

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PRÓ-REITORIA ACADÊMICA
COORDENAÇÃO GERAL DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO

LUCAS BARBALHO DE LIMA

**O TRABALHO DA MULHER E A PROTEÇÃO À RELAÇÃO DE EMPREGO
DA GESTANTE QUE PEDE DEMISSÃO SEM CONHECIMENTO DO SEU
ESTADO GRAVÍDICO**

Recife

2016

LUCAS BARBALHO DE LIMA

**O TRABALHO DA MULHER E A PROTEÇÃO À RELAÇÃO DE EMPREGO
DA GESTANTE QUE PEDE DEMISSÃO SEM CONHECIMENTO DO SEU
ESTADO GRAVÍDICO**

Dissertação de Mestrado apresentada
ao Programa de Pós-Graduação em
Direito pela Universidade Católica de
Pernambuco – UNICAP para obtenção
do grau de Mestre em Direito.

ORIENTADOR: PROF. DR. FÁBIO TÚLIO BARROSO

Recife

2016

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PRÓ-REITORIA ACADÊMICA
COORDENAÇÃO GERAL DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO

**O TRABALHO DA MULHER E A PROTEÇÃO À RELAÇÃO DE EMPREGO
DA GESTANTE QUE PEDE DEMISSÃO SEM CONHECIMENTO DO SEU
ESTADO GRAVÍDICO**

LUCAS BARBALHO DE LIMA

Comissão Examinadora

Orientador: Prof. Dr. Fábio Túlio Barroso

Vitor Salino de Moura Eça (Examinador Externo)

Sérgio Torres Teixeira (Examinador Interno)

Marcelo Labanca Corrêa de Araújo (Examinador Interno)

Recife, 4 de abril de 2016.

AGRADECIMENTOS

Neste momento, sinto-me tomado de uma grande emoção - não aquela que enche os olhos e molha o rosto, mas a emoção que se senti como um nó na garganta - ao perceber que muitas pessoas contribuíram para que eu conquistasse o grau de Mestre em Direito.

Primeiramente, meu agradecimento é à Ele. Obrigado, **Meu Deus**, pelo sopro da vida, pela saúde, pela proteção e por me tornar capaz de alcançar os meus objetivos que, com certeza, também são Teus.

Em segundo, um agradecimento sincero e afetuoso ao meu orientador **Professor Fábio Túlio Barroso**, por quem tenho uma profunda admiração e respeito, sendo para mim, um referencial como pessoa e profissional. Por muitas vezes você me inspirou, me ajudou, provocou, ensinou e mostrou o caminho - neste tortuoso labirinto - da pesquisa científica. Além disso, os ensinamentos que tive não se restringem à vida profissional, pelo contrário, vejo-o como um homem generoso, preocupado em dar o melhor de si ao seu semelhante, empenhado na transmissão do conhecimento, fiel às suas convicções e ideologias. A você, que dignifica a docência e a advocacia, o meu **MUITO OBRIGADO!**

Não poderia esquecer-me de alguns importantes Mestres, dentre muitos, que tive a honra de coviver até o presente momento e são culpados de me deixar encantado com a *arte di insegnare*, são eles: **Maria Goretti, Maria do Rosário Sá Barreto, Armando da Costa Carvalho (in memorian), João Hélio Coutinho, Marcelo Labanca Corrêa de Araújo, Ubiratan de Couto Maurício, Marília Montenegro Pessoa de Mello, Francisco Rodrigues dos Santos Sobrinho, Francisco Caetano Pereira, Jose Soares Filho e Sergio Torres Teixeira**. Agradeço também ao Professor **João Ferreira Braga** que muito me orientou durante o processo de seleção para o Mestrado na Universidade Católica de Pernambuco.

À **Carlinha**, minha companheira, eu agradeço a compreensão por minha ausência em muitos momentos importantes nestes últimos anos – desde o início da minha preparação para a seleção até a presente conclusão –, pela paciência,

pois o assunto “mestrado” estava sempre presente de alguma maneira até nos momentos de descontração e relaxamento. Pelo apoio e dedicação. **Muito Obrigado, Amor!**

À **Minha Querida Mãe**, por todo o apoio e carinho, incentivando-me a trilhar os caminhos outrora percorridos pelo meu avô materno **Gerson Barbalho Macedo Cavalcanti** (*In memoriam*) na docência, que por meio do seu esforço nos estudos conseguiu, com muita dificuldade, concretizar o seu sonho de fundar o Curso de Odontologia, da Universidade de Pernambuco – UPE.

À **minha família** pela compreensão e incentivo, em especial meus irmãos **Ana Carolina** e **Tiago** que fizeram questão de participar de perto nesta longa caminhada e foram entusiastas deste projeto. À **Maria de Fátima de Andrade** e ao **Orestes Ciuffo Monte** pela ajuda e por estarem sempre presentes e ajudarem sem nem perceber.

“Desde os primórdios da humanidade, até a época atual, o trabalho tem sido condição sine qua non para a sobrevivência e para o crescimento moral, espiritual, religioso, intelectual, cultural, científico e material do homem”

Luiz Otávio Linhares Renault

RESUMO

A presente pesquisa se dedica a um importante tema do Direito do Trabalho que é a Proteção da Maternidade. Verificam-se muitos avanços desde o seu surgimento no ordenamento brasileiro em 1932, mas são as últimas mudanças que continuam provocando forte debate jurídico, em especial as alterações que ocorreram em 2004, quando a concepção do nascituro passou a ser considerada como o marco inicial para a proteção e, em 2012, quando foi reconhecida a tutela para as mulheres que engravidassem no curso do contrato por prazo determinado, do contrato por experiência ou do curso do aviso prévio. Entretanto, ainda há situações em que as gestantes não estão sendo tuteladas pelo Direito do Trabalho, como ocorre com aquelas que pedem demissão sem conhecimento do seu estado gravídico, provocando uma situação de vulnerabilidade para a mesma e, principalmente, para o nascituro que também é considerado o titular dos direitos destinados a sua genitora. Desta maneira, a dissertação está dividida em capítulos, tendo sido realizado no primeiro, um levantamento acerca da relação entre o Direito do Trabalho e a Mulher e, em seguida, no mesmo capítulo, uma análise das principais normas nacionais e internacionais sobre mulher e a gestante. No segundo capítulo, fora analisado o mercado de trabalho da mulher, com a apresentação de gráficos e comparativos de dados com a finalidade de identificar a relação existente entre a ampliação de direitos das mulheres e o desemprego no gênero feminino em relação aos homens. No terceiro capítulo, foi analisado o atual contexto do Poder Judiciário em relação ao Direito do Trabalho, posto que as últimas ampliações do ordenamento jurídico sobre a matéria foram capitaneadas pelo Judiciário e não pelo Poder Legislativo, como seria de se esperar em um Estado Democrático de Direito. Ademais, no mesmo capítulo, foi analisado como o neoconstitucionalismo pode contribuir para o avanço da Proteção à Maternidade. No quarto capítulo, foram analisados os institutos jurídicos diretamente relacionados com a gestante que pede demissão sem conhecimento da gravidez, como o Princípio da Irrenunciabilidade, o estudo do vício na manifestação da vontade nos casos em que não há conhecimento de informações importantes acerca do próprio negócio jurídico, além do estudo da titularidade da proteção da maternidade e o marco para a proteção da maternidade. Por fim, chegou-se a conclusão acerca da possibilidade de ampliação da proteção da gestante nos casos em que ela pede demissão sem conhecimento do seu estado gravídico, desde que manifeste interesse na continuidade do contrato de trabalho.

Palavras Chave:

Ampliação da Proteção à Maternidade. Direito do Trabalho da Mulher. Princípio da Irrenunciabilidade dos Direitos Trabalhistas.

ABSTRACT

The current research is dedicated to an important theme of the Labor Law, which is the Maternity Protection. It is notorious that there was a significant advancement from the first Brazilian legal standards for the protection of women's work since 1932, but the last changes are the ones that continue to cause strong legal debate, in particular the changes that occurred in 2004, when the conception of the unborn began to be regarded as the starting point for protection and, in 2012, when the guardianship was recognized for women who become pregnant in the course of the contract for a fixed term, of the contract by experience or while serving the previous notice. However, there are still situations where pregnant women are not being protected by the Labour Law, as with those who ask for dismissal without knowing of their pregnancy status, causing the waiver of rights and, therefore, in a vulnerable position for her and, especially, for the unborn child which is also considered the holder of the rights for the mothers'. At first, the law protects pregnant women only against unjustified or arbitrary dismissal, as set out in Article 10 b, II, ADCT, with no specific protection if she expressed formal interest to terminate the employment contract. However, maternity protection begins from the moment of conception the unborn child instead of when the women take notice of pregnancy; The Labor Law prohibits the waiving of labor rights and seeks to boost social worker conditions; the manifestation of the will to terminate the employment contract without knowledge of the rights acquired concerning pregnancy, it is considered a declaration of intent addiction, making voidable the legal act; the Maternity Protection holder is not only pregnant women but especially the unborn, and maternity protection is the preservation of life and maintenance of the human species. Thus, the initial hypothesis is that it is possible to recognize the pregnant protection for the women that quits without knowledge of their pregnancy status, applying all the rights and guarantees intended to pregnant women by the Labour Law. As for the methodology of this study, it is considered bibliographic and jurisprudential, qualitative, and the method is deductive. Finally, we come to the conclusion about the possibility of a systemic interpretation to recognize the mother's protection who wants to continue the employment contract where she resigned without knowing of their pregnancy status.

Key words:

Expansion of the Maternity Protection. Labor Law of Women. Principle of non-waiver of labor laws.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO | 13 |
| 1 TRABALHO DA MULHER E A LEGISLAÇÃO TRABALHISTA | 16 |
| 1.1 ORIGEM DO TRABALHO E DIREITO DO TRABALHO..... | 16 |
| 1.2 ORIGEM DO DIREITO DO TRABALHO DA MULHER E DA GESTANTE . | 19 |
| 1.3 PRINCIPAIS NORMAS ACERCA DA PROTEÇÃO AO TRABALHO DA MULHER E DA GESTANTE | 22 |
| 1.3.1 Organização Internacional do Trabalho e a proteção do trabalho da mulher e da gestante | 22 |
| 1.3.2 Principais normas jurídicas pátrias sobre a proteção ao trabalho da mulher e da gestante | 28 |
| 1.3.3 Projeto de Lei n. ° 7.136/2014 sobre ampliação da proteção à maternidade e ao nascituro | 37 |
| 2 O MERCADO DE TRABALHO E A PROTEÇÃO DA MULHER E DA GESTANTE | 45 |
| 2.1 A SUBORDINAÇÃO FORÇADA DO GÊNERO FEMININO | 45 |
| 2.1.1 A diferença de remuneração entre Homens e Mulheres no Mercado de Trabalho..... | 46 |
| 2.2 A MULHER E O MERCADO DE TRABALHO | 53 |
| 2.2.1 A suposta relação entre a ampliação de direitos da mulher e o aumento do desemprego no Brasil | 55 |
| 2.2.2 A proteção do trabalho da mulher na França | 58 |
| 2.2.3 A proteção do trabalho da mulher na Itália..... | 60 |
| 2.2.4 A proteção do trabalho da mulher na América Latina | 61 |
| 3 O PODER JUDICIÁRIO E A AMPLIAÇÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS | |

| | |
|--|------------|
| 3.1 A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO DO TRABALHO E O DIREITO CONSTITUCIONAL | 67 |
| 3.2 O NEOCONSTITUCIONALISMO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO | 68 |
| 3.3 A JURIDIFICAÇÃO, A JUDICIALIZAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL | 73 |
| 3.3.1 A Juridificação do Direito | 74 |
| 3.3.2 A Judicialização no Direito | 75 |
| 3.3.3 O Ativismo Judicial | 77 |
| 4 DO PEDIDO FORMAL DE DEMISSÃO FORMULADO PELA GESTANTE SEM CONHECIMENTO DO SEU ESTADO GRAVÍDICO | 81 |
| 4.1 POSICIONAMENTO ATUAL DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA ACERCA DA GESTANTE QUE PEDE DEMISSÃO SEM CONHECIMENTO DA GRAVIDEZ | 85 |
| 4.2 QUEM SÃO OS DESTINATÁRIOS DA PROTEÇÃO À MATERNIDADE? . | 87 |
| 4.3 A CONCEPÇÃO DA GESTANTE COMO MARCO INICIAL DA PROTEÇÃO DA GESTANTE..... | 90 |
| 4.4 O VÍCIO NA MANIFESTAÇÃO DA VONTADE DA GESTANTE QUE RENUNCIA SEM TER CONHECIMENTO DOS DIREITOS ADQUIRIDOS 92 | |
| 4.5 O PRINCÍPIO DA IRRENUNCIABILIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS | 94 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 97 |
| REFERÊNCIAS..... | 102 |

ABREVIações

ADCT – Atos das disposições Constitucionais Transitórias

CAGED – Cadastro Geral de Empregados e Desempregados

CC – Código Civil de 2002

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CR/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

MPT – Ministério Público do Trabalho

MTE – Ministério do Trabalho e Emprego

OIT – Organização Internacional do Trabalho

RAIS – Relação Anual de Informações Sociais

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

TRF – Tribunal Regional Federal

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

TST – Tribunal Superior do Trabalho

ANEXOS

ANEXO A – Projeto de Lei n.º 7.136/2014 – Acrescenta o parágrafo ao art. 391-A, da Consolidação das Leis do Trabalho, para permitir a reintegração ao trabalho da empregada gestante que solicitar demissão do emprego.

ANEXO B – Andamento do Processo Legislativo referente ao Projeto de Lei n.º 7.136/2014.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa busca analisar o Direito do Trabalho da mulher na contemporaneidade no Brasil e propor uma mudança no ordenamento jurídico – não por meio de uma *lege ferenda*, mas de uma interpretação sistêmica dos dispositivos constitucionais e legais, já previstos no *caput* do artigo 6º, da Constituição da República de 1988, e no artigo 10, b, II, do ADCT, objetivando alcançar a finalidade do Direito do Trabalho que é de promover a melhoria da condição social do trabalhador, conforme previsto no *caput*, do artigo 7º, da CR/88 – para que a gestante que pede demissão sem conhecimento do seu estado gravídico tenha os seus direitos trabalhistas reconhecidos, mesmo tendo manifestado vontade de não dar continuidade ao contrato de trabalho.

A temática do Trabalho da Mulher tem passado por importantes mudanças nos últimos anos, entre elas, em 2004, quando a gestante começou a ser protegida a partir do momento da concepção da gravidez – deixando de ser considerado o momento em que a mulher tinha conhecimento da gravidez e comunicava ao empregador – impactando significativamente na vida de muitas gestantes que eram dispensadas do emprego e depois descobriam que já estavam grávidas no momento do término contratual.

Outra significativa mudança ocorre em 2012, quando ocorreu a ampliação na proteção da maternidade sendo estendida para os casos em que a concepção da gravidez ocorresse no curso do aviso prévio, do contrato por prazo determinado, ou do contrato por experiência, promovendo um forte debate jurídico acerca do tema em todo o país até a atualidade.

Esses embates jurídicos que ocorreram, principalmente, em 2004 e em 2012, respectivamente, – e continuam nos principais centros produtores de pesquisa científica no Direito do Trabalho – confirmam a importância e a controversa acerca das propostas de ampliação de direitos trabalhistas, ainda mais, quando se destinam diretamente às mulheres.

O objeto da pesquisa é a proteção da maternidade, buscando responder o seguinte problema: A gestante que pede demissão, sem conhecimento da gravidez, pode requerer a proteção legal prevista no ordenamento jurídico pátrio

destinado às trabalhadoras gestantes, caso tenha manifestado a vontade de não dar continuidade ao contrato de trabalho?

A princípio, o ordenamento jurídico protege a gestante apenas contra a dispensa injustificada ou arbitrária, conforme consta no artigo 10, b, II, do ADCT, não havendo proteção específica nos casos em que ela mesma manifesta formalmente o interesse em rescindir o contrato de trabalho.

Entretanto, (1) a proteção da maternidade inicia-se a partir do momento da concepção do nascituro e não do conhecimento da gravidez; (2) o Direito do Trabalho veda a renúncia de direitos trabalhistas; (3) a manifestação da vontade de encerrar o contrato de trabalho, sem conhecimento dos direitos adquirido relativos à gestação, é considerada um vício de manifestação da vontade, tornando o ato jurídico anulável; (4) o titular da proteção da maternidade não é apenas a mulher grávida, mas, sobretudo o nascituro, e (5) a proteção da maternidade representa a preservação da própria vida e da manutenção da espécie humana.

Sendo assim, a hipótese inicial é que é possível o reconhecimento da proteção da gestante que pede demissão sem conhecimento do seu estado gravídico, aplicando-lhe todos os direitos e garantias destinadas à gestante pelo Direito do Trabalho.

O tema possui bastante relevância e representa uma inovação para o ordenamento jurídico além de contrariar a produção acadêmica na atualidade, uma vez que uma parte significativa da doutrina – que já foi mais importante como fonte do Direito - tem se dedicado à defesa de posicionamentos já sedimentados nos Tribunais, produzindo grandes – quantitativamente – manuais destinados à preparação de candidatos que prestarão concurso e, conseqüentemente, é reduzido o número de doutrinadores que produzem ciência jurídica de qualidade.

Quanto à metodologia da presente pesquisa, é considerada bibliográfica e jurisprudencial, pois é realizada por meio de consulta à livros, artigos científicos, revistas científicas e busca nas decisões judiciais um elemento de informação, o que se justifica pelo fato de as últimas ampliações da proteção à maternidade terem surgido por meio do Poder Judiciário.

A pesquisa é essencialmente qualitativa, pois o objetivo não é quantificar a ocorrência de determinado evento, mas eventualmente poderão ser analisados dados estatísticos disponibilizados por outras pesquisas confiáveis, para identificar se a ampliação de direitos trabalhistas das mulheres – de 1988 a 2014 – provocou o aumento do desemprego delas em relação aos homens e a evolução da média salarial das mulheres e dos homens.

O método utilizado é o dedutivo, uma vez que se busca apresentar uma conclusão acerca do tema pesquisado, preocupando-se com a tutela interindividual, no sentido de permitir a proteção de gestantes, independentemente da propositura de demandas judiciais.

Os objetivos da presente pesquisa são estudar a relação entre a mulher e o Direito do Trabalho, discutir a existência do patriarcado nas relações de trabalho no Brasil e em outros países na atualidade, comparar a relação entre a ampliação de direitos trabalhistas das mulheres e o aumento do número de desemprego do gênero feminino, identificar o protagonismo do Poder Judiciário na ampliação de direitos trabalhistas destinados às gestantes, explicar institutos jurídicos relacionados a presente temática e, ao final, sugerir o reconhecimento da proteção da maternidade para a gestante que pede demissão sem conhecimento do seu estado gravídico, com base nas normas já previstas no ordenamento jurídico pátrio.

Por fim, adianta-se que a conclusão obtida com a presente pesquisa é a possibilidade da proteção da gestante que pede demissão sem conhecimento da gravidez, tendo em vista que ao pedir demissão ela já possuía os direitos trabalhistas inerentes à gestação, entre eles a própria garantia ao emprego e, por não ter conhecimento destas garantias, verifica-se um vício na manifestação da vontade decorrente da ignorância – falta de informação essencial ao negócio jurídico –, tornando o ato jurídico anulável. Ademais, caso não fosse suficiente, é vedado ao trabalhador renunciar direitos trabalhista, não menos importante, é o fato de que a finalidade da proteção da maternidade é garantir a sobrevivência do nascituro e não apenas da gestante, o que se sobrepõe a qualquer outro direito.

1 TRABALHO DA MULHER E A LEGISLAÇÃO TRABALHISTA

1.1 ORIGEM DO TRABALHO E DIREITO DO TRABALHO

A origem da relação entre o trabalho e o homem possui duas correntes, sendo uma delas a religiosa e, a outra, científica. Para a primeira delas, o trabalho foi criado por Deus como uma forma de punição à Adão, posto que este teria descumprido uma determinação expressa do Criador ¹ para que não comesse do fruto proibido, fazendo surgir o mito do pecado original.

Segundo a corrente científica, por sua vez mais fundamentada e por esse motivo será mais desenvolvida, a relação surge na Idade da Pedra, período também denominado de comunismo primitivo que durou de 03 (três) milhões de anos antes de Cristo até 03 (três) mil anos antes de Cristo, que se iniciou com a utilização de técnicas específicas em cerâmica, anzóis e arco e flecha (EÇA; ROCHA, 2014, p.15).

Com o final do período denominado de comunismo primitivo, o homem passou a dominar a escrita e a desenvolver a fala, surgindo o Estado e, com este, o sistema de escravidão entre senhores e escravos (EÇA; ROCHA, 2014, p.15).

Após o sistema de escravidão, surge o feudal caracterizado pela relação entre o senhor feudal e o servo, ou seja, não houve muita mudança para o trabalhador que antes era considerado um objeto de propriedade do seu senhor e passou a estar vinculado à terra e sob as ordens do senhor feudal (EÇA; ROCHA, 2014, p.15).

Com o término do sistema feudal, se inicia o Estado Moderno e nesse período ocorreram as Revoluções Industriais modificando significativamente as relações jurídicas existentes, entretanto, o homem continuou sendo explorado pelo seu semelhante, desta vez, na relação entre os donos dos meios de produção e os empregados.

¹ E a Adão disse: Porquanto destes ouvidos à voz de tua mulher, e comeste da árvore de que te ordenei, dizendo: Não comerás dela, maldita é a terra por causa de ti; com dor comerás dela todos os dias da tua vida. Espinhos, e cardos também, te produzirá; e comerás a erva do campo. No suor do teu rosto comerás o teu pão, até que te tornes à terra; porque dela foste tomado; porquanto és pó e em pó te tornarás (Gênesis 3:17-19)

Naquele contexto do século XVIII, a exploração de homens, crianças e de mulheres nos ambientes de trabalho era frequente e natural para aquele contexto. Ademais, as mulheres e as crianças eram as maiores vítimas nesse período, pois tinham menor capacidade física e menos mobilização contra o sistema de exploração.

Sendo assim, a relação entre os donos dos meios de produção e os empregados era conflituosa, mas de dependência recíproca, posto que os trabalhadores dependiam da capacidade do empregador para gerir, administrar e ampliar os postos de emprego e conceder mais benefícios, ao mesmo tempo, o empregador dependia do empenho e da capacidade do trabalhador para ampliar a sua produção na relação industrial ou ordinária de trabalho (BARROSO, 2010, p. 46).

Importante, o registro de que até o início da Revolução Industrial os conflitos eram tutelados pelo Direito Civil, tendo em vista que a relação de trabalho é, essencialmente, uma relação contratual entre o trabalhador e o dono dos meios de produção (MARTINS, 2007, p.144).

Contudo, com o aumento da complexidade nas relações, surge o Direito do Trabalho como um importante ramo da ciência jurídica destinada a realizar um controle social para o Estado ² atingir a sua finalidade imediata que é a manutenção da ordem capitalista, com a mesma estrutura produtiva proporcionada pelas empresas privadas e com a continuidade da utilização da mão de obra subordinada e assalariada. Ou seja, ocorreram mudanças conjunturais, para a manutenção da estrutura do mesmo sistema econômico (BARROSO, 2010, p. 47).

Ao mesmo passo, esta disciplina também atende a sua finalidade estatal mediata (secundária), a inserção da classe trabalhadora na dinâmica do sistema capitalista, proporcionada pela melhoria de sua condição social, por normas de

² Sem que o discurso seja contraditório, o Direito do Trabalho nasce em uma realidade em que até então não existia a intervenção de ninguém entre os sujeitos da relação produtiva. O Estado Liberal não admitia este intervencionismo e os movimentos de trabalhadores organizados serviu como um dos motivos da necessidade de juridificar o conflito de classes.

proteção, que inquestionavelmente proporcionam, ao menos no plano formal, a dignidade do trabalhador (BARROSO, 2010, p. 49-50) ³.

Desde el entendimiento de la naturaleza contradictoria del Derecho del Trabajo, éstas, al legalizar a la clase obrera, expresa la exploración de la fuerza de trabajo y la represión de la acción obrera, al mismo tiempo que expresa e legaliza esta lucha y las ventajas que ha permitido conquistar. La tesis central se resume en la idea de que el Derecho del Trabajo, tal y como existe hoy en los países del capitalismo maduro, es esencialmente Derecho del capitalismo, sector específico del orden jurídico de una sociedad altamente compleja y "pluriconflictual". (...) el Derecho del Trabajo participa en la misma constitución de las razones de producción: expresa y "codifica" las relaciones de producción al mismo tiempo que las enmascara y posibilita su reproducción. (...) el ordenamiento laboral es, asimismo, un elemento y una apuesta de la acción de la clase obrera contra el orden capitalista, y un elemento de lucha de la clase dominante contra la acción de los trabajadores (PEREZ, 1996, p.24)⁴.

Além de muitas mudanças sociais advindas com a Revolução Industrial, verifica-se que a inclusão do homem na sociedade por meio do trabalho ⁵ foi uma delas. E esta relação foi motivo de escalonamento social com a definição da importância dos sujeitos sociais, de acordo com as funções desenvolvidas, dos valores agregados a estas atividades e da autoridade política na manutenção do

³ "El espíritu del capitalismo debe responder a una exigencia de auto justificación, sobre todo para poder resistir a la crítica anticapitalista, lo que implica un recurso a convenciones de validez universal en cuanto a lo que es justo e injusto [...] El espíritu del capitalismo proporciona, al mismo tiempo, una justificación al capitalismo (que se opone a los cuestionamientos que pretenden ser radicales) y un punto de apoyo crítico, que permite denunciar la separación entre las formas concretas de acumulación y las concepciones normativas del orden social" (BOLTANSKI, CHIAPELLO, 2002 p. 68). Tradução: O espírito do capitalismo deve responder a uma demanda de auto-justificação, especialmente para resistir a crítica anti-capitalista, o que implica o recurso à convenções de validade universal quanto a o que é certo e errado [...] o espírito do capitalismo fornece, ao mesmo tempo, uma justificação (em oposição a questões que se destinam a ser radical) e um apoio crítico que permite denunciar a separação entre as formas concretas de acumulação e parceiros concepções normativas de ordem social".

⁴ Tradução: "A partir do entendimento da natureza contraditória do Direito do Trabalho, este, ao legalizar a classe trabalhadora, expressa a exploração da força de trabalho e a repressão de ação dos trabalhadores ao expressar e legaliza essa luta e vantagens ele permitiu conquistar. A tese central é resumida na ideia de que o Direito do Trabalho, como existe hoje nos países de capitalismo maduro, é essencialmente a lei do capitalismo, setor específico da ordem jurídica de uma sociedade "pluriconflictual" altamente complexa. (...) O Direito do Trabalho participa na constituição das mesmas razões de produção: Expressa e "codifica" as relações de produção, enquanto as máscaras e permite a reprodução. (...) O direito do trabalho é também um elemento e um compromisso com a ação da classe trabalhadora contra a ordem capitalista, e um elemento de luta da classe dominante contra a ação dos trabalhadores".

⁵ A origem da palavra trabalho decorre do latim, *tripalium*, que era o nome de um instrumento de tortura, formado por um gancho de três pontas, cuja função era a evisceração ou a retirada e exposição das tripas, região de intensa dor e de lenta agonia, comumente utilizado durante a Inquisição da Igreja Católica (BONZATO, 2012, p. 01).

poder, principalmente após a industrialização, pois o homem se estabeleceu na sociedade de acordo com sua capacidade de se relacionar com o produto derivado de suas atividades produtivas, sendo estas físicas ou intelectuais (BARROSO, 2010, p. 23).

É importante destacar que essa forma de trabalho, paradoxalmente, de um lado, aumentou a exploração sofrida pelo empregado, e, de outro, permitiu que os trabalhadores se identificassem uns com os outros, tendo em vista que, como realizavam o mesmo labor, passaram a ter os mesmos sentimentos, as mesmas angústias, uma identidade de necessidades, e isso facilitou o movimento sindical (EÇA; ROCHA, 2014, p. 16).

Em que pese ter havido a Juridificação dos conflitos de classe com o advento do Direito do Trabalho como uma disciplina jurídica, a relação entre os donos dos meios de produção, e os donos da força de trabalho, nunca foi homogênea ou pacífica, uma vez que sempre houve uma busca de ambas as partes por melhorias.

Para os empregadores, as garantias sociais apenas geram custo de produção, por isso devem ser contidas e reduzidas sempre que possível, ao mesmo tempo, para os trabalhadores as garantias devem ser ampliadas, pois representam melhorias materiais e sociais.

Portanto, o Direito do Trabalho surge como ciência jurídica a partir da Revolução Industrial do século XVIII com a finalidade precípua de manter o sistema de produção Capitalista, tendo em vista que muitos trabalhadores estavam insatisfeitos com a estrutura socioeconômica, perdendo suas vidas nos postos de trabalho em péssimas condições e em exaustivas jornadas.

1.2 ORIGEM DO DIREITO DO TRABALHO DA MULHER E DA GESTANTE

É pelo trabalho que a mulher vem diminuindo a distância que a separava do homem; somente o trabalho poderá garantir-lhe uma independência concreta (BEAUVOIR *apud* PRONI, 2013, p. 19).

Com a Revolução Industrial que ocorreu na Europa, no século XVIII, a mão de obra feminina passou a ser incluída nos meios de produção, isso porque havia uma grande rotatividade de empregados, em decorrência dos acidentes de trabalho, das doenças e da ausência de garantias ao emprego e, paralelamente, as mulheres e as crianças eram mão de obra disponível e que muitas vezes tinham a mesma capacidade de produção dos homens, sempre que não dependesse exclusivamente da força física (TORRES, 2007, p. 66).

Quanto menos habilidade e força manual exige, isto é, quanto mais a indústria moderna progride, tanto mais o trabalho dos homens é suplantado das mulheres e crianças. As diferenças de idade e de sexo não têm mais importância social para a classe operária. Não há senão instrumentos de trabalho, cujo preço varia segundo a idade e o sexo (MARX; ENGELS, 2007, p.46).

Segundo OLIVA (2006, p.40), durante a Revolução Industrial as mulheres e as crianças eram conhecidas como trabalhadores de “meia força”, não apenas por produzirem menos que os homens, mas também por possuírem uma menor capacidade física e de mobilização para reivindicar melhoria nas condições de trabalho, portanto, eram mais exploradas do que os demais trabalhadores do gênero masculino.

Homens adultos, mulheres e crianças recebiam o mesmo tratamento, o que resultava em uma enorme exploração do trabalho infantil e feminino (esses dois tipos eram os preferidos da classe patronal, pois esses trabalhadores eram vistos como empregados pacíficos, por não oferecerem resistência, e as crianças também, pela sua energia) (EÇA; ROCHA, 2014, p. 17).

Sendo assim, restou evidente a necessidade de criar normas legais de proteção de mulheres e de gestantes, caso contrário, o sistema de produção ceifaria a vida de todas nos meios de ambiente de trabalho. Portanto, tem-se que a proteção ao trabalho da mulher e da gestante surgiu logo após o período em que ela passou a integrar o mercado de trabalho.

E foi na Inglaterra onde surgiu a primeira norma de proteção ao trabalho da mulher, por meio da *Coal Mining Act*, em 1842, que proibiu o trabalho da mulher em minas e, no mesmo ano, a *Factory Act*, reduziu a jornada diária de trabalho da mulher de 12 (doze) a 14 (quatorze) horas para 10 (dez) horas e 30 (trinta) minutos (TORRES, 2007, p. 66).

Ainda na Inglaterra, em 1872, a *Factory and Workshopp* proibiu o trabalho das mulheres em ambientes insalubres e perigosos, posto que elas eram consideradas mais vulneráveis à doenças e acidentes, o que atrapalhava o ritmo da produção. Portanto, a criação das normas destinadas ao trabalho da mulher tinha no seu objetivo imediato a preservação do ritmo de produção e a lucratividade no ambiente de trabalho e, de forma indireta, a saúde das trabalhadoras (TORRES, 2007, p. 66).

As novas técnicas de produção surgidas na Inglaterra foram reproduzidas e controladas em outros países como, por exemplo, na França onde a mulher também passou a ser mais explorada do que os homens – o assédio sexual, a baixa remuneração e as péssimas condições dos locais de trabalho eram bastante comuns.

Sendo assim, em maio de 1874, restou proibido na França o trabalho em minas e pedreiras, além disso, o trabalho noturno passou a ser vedado às mulheres menores de 21 (vinte e um) anos.

Em novembro de 1892, a jornada de trabalho da mulher na França foi limitada a 11 (onze) horas diárias. Em dezembro de 1890, as empresas que empregassem mão de obra feminina eram obrigadas a instalar cadeiras, conforme o número de mulheres. Em novembro de 1909, foi criado o repouso semanal não remunerado para as mulheres grávidas, proibindo-as de carregar objetos demasiadamente pesados (TORRES, 2007, p. 66).

Na Alemanha, em 1891, foi criado o Código Industrial, protegendo também o trabalho da mulher e em agosto de 1919, a Constituição de Weimar, igualou formalmente o trabalho da mulher ao do homem, além de estabelecer normas de proteção da maternidade (TORRES, 2007, p. 66).

Após as referidas normas, muitas outras foram criadas para proteger as mulheres e gestantes da exploração e das péssimas condições de trabalho,

motivo pelo qual, essa evolução das normas jurídicas destinadas a elas, será retomado.

Contudo, já é possível concluir que desde a origem da inclusão das mulheres no mercado de trabalho, elas sempre foram mais exploradas do que o próprio homem e, a partir disso, o Estado começou a protegê-las por meio de uma legislação protecionista que será melhor analisada em seguida.

1.3 PRINCIPAIS NORMAS ACERCA DA PROTEÇÃO AO TRABALHO DA MULHER E DA GESTANTE

As conquistas das mulheres não foram alcançadas por concessão dos homens ou do Poder Estatal, pelo contrário, todas as suas conquistas sociais, assim como as que ocorreram no Direito do Trabalho, foram consequência direta da sua capacidade de luta, de mobilização e de pressão, ampliada ao longo dos séculos desde a Revolução Industrial (PRONI, 2013, p.20).

Faz-se importante, compreender as principais regulamentações que se destinaram à mulher e à gestante ao longo da história da humanidade, a fim de identificar quais avanços ocorreram e o que ainda precisa ser tutelado.

Tem-se por certo que a legislação estrangeira influenciou a legislação pátria e, portanto, didaticamente serão analisadas as principais normas internacionais, notadamente da Organização Internacional do Trabalho – OIT, e em seguida, será analisado o Direito do Trabalho da Mulher no Brasil, inclusive projetos de lei que se encontra em andamento no Congresso Nacional para discussão e aprovação, o que torna a presente pesquisa atualizada e contemporânea.

1.3.1 Organização Internacional do Trabalho e a proteção do trabalho da mulher e da gestante

Hoje no Direito do Trabalho vive uma fase de transição, onde se questiona o paternalismo estatal, a intervenção estatal em regras privadas. Alguns pretendem a total desregulamentação, isto é, a ausência total, a abstinência estatal nas relações de trabalho, deixando o contrato de trabalho livre e à mercê das regras do mercado, sob o argumento de que o modelo que inspirou o *welfare* não existe mais, que os trabalhadores atuais são mais conscientes, mais maduros e menos explorados (BOMFIM, 2014, p. 24).

Apesar de ter sido a principal instituição de Direito do Trabalho Internacional, a OIT foi precedida por outras tentativas de proteção internacional dos direitos dos trabalhadores, entre outros, destacam-se Robert Owen, Daniel Le Grand, Charles Hindley, J.A. Blanqui, Louis-René Villermé e Edouard Ducpétiaux que contribuíram para aumentar a proteção dos trabalhadores e trabalhadoras (SOARES FILHO, 2002, p. 24-28) ⁶.

Na segunda metade do século XIX, ocorreram vários encontros internacionais para discutir o Direito Internacional do Trabalho e tentar criar uma regulamentação supranacional destinada a vários países, entre outros, destacam-se o Congresso Internacional de Benevolência em Bruxelas (1856) e depois em Frankfurt (1857), a Primeira Internacional promovida por Marx (1864), Congresso da Associação Internacional em Genebra (1866), Assembleia Nacional (1873), portanto, incorreta a teoria que considera a Organização Internacional do Trabalho o marco inicial para o Direito Internacional do Trabalho.

As associações de classe e coletividades as mais diversas, assim como congressos nacionais e internacionais, científicos, políticos ou profissionais, em grande escala inspiraram e apoiaram essas intervenções parlamentares, reclamando negociações internacionais com vista à conclusão de convenções internacionais do trabalho e precisando os pontos que deviam ser objeto de tais convenções. Por outro lado, as associações de industriais pediam também uma ação internacional a fim de que as condições de trabalho nos países concorrentes fossem regulamentadas de maneira análoga à que eram adotadas em seu próprio país. (SOARES FILHO, 2002, p. 30-31)

Entretanto, com o início da I Grande Guerra (1914 a 1918) os debates internacionais que ocorriam essencialmente na Europa foram totalmente interrompidos, até que em 1919, surgiu um contexto em que os países estavam

⁶ Apesar do benefício que possuíam com o sistema capitalista, posto que faziam parte da classe econômica beneficiada com o sistema de exploração da mão de obra operária

mais propensos a um acordo internacional, posto que havia em comum o desejo de que os episódios de mortes e destruição não voltassem a ocorrer.

A primeira grande guerra (...) transformou ou aboliu as mais radicais resistências à generalização das leis de proteção ao trabalho: destruição de grandes riquezas públicas e privadas, a morte de milhões de homens úteis, a bancarrota de numerosas empresas, a solidariedade das esferas sociais nos campos de batalha – tudo veio a apaziguar o espírito sórdido de especulação e a luta desenfreada pela posse dos bens. (ANTOKLETZ, 2000, p. 101)

Assim a OIT foi criada na celebração do Tratado de Versalhes, logo após o fim da Primeira Guerra Mundial e já se dedicou a proteção ao trabalho da mulher e da gestante desde a sua Constituição, ao estabelecer ainda no preâmbulo ⁷, os principais objetivos a serem alcançados. Além disso, a OIT estabeleceu a sua própria obrigação de auxiliar os Estados na proteção da maternidade⁸.

A Organização Internacional do Trabalho – OIT foi a principal instituição capaz de internacionalizar a discussão sobre o Direito do Trabalho e que promoveu a proteção do trabalhador em diferentes países, tendo em vista a grave situação de exploração que trabalhadores e trabalhadoras estavam vivenciando.

Sendo assim, a Organização Internacional do Trabalho formou-se como um organismo internacional utilizando como base um arcabouço extraído do próprio Tratado de Versalhes, por meio da Constituição da OIT e, em seguida, produzindo outras importantes declarações.

É evidente a importância que a OIT teve enquanto instituição internacional que visava a proteção não apenas das indústrias, mas principalmente, objetivava a proteção de direitos básicos dos trabalhadores e, por isso, o surgimento da OIT:

⁷ Considerando que existem condições de trabalho que implicam, para grande número de indivíduos, miséria e privações, e que o descontentamento que daí decorre põe em perigo a paz e a harmonia universais, e considerando que é urgente melhorar essas condições [...] a proteção das crianças, dos adolescentes e das mulheres, às pensões de velhice e de invalidez, à defesa dos interesses dos trabalhadores empregados no estrangeiro, à afirmação do princípio "para igual trabalho, mesmo salário", à afirmação do princípio de liberdade sindical, à organização do ensino profissional e técnico, e outras medidas análogas (Preâmbulo da Constituição da OIT)

⁸ A Conferência proclama solenemente que a Organização Internacional do Trabalho tem a obrigação de auxiliar as Nações do Mundo na execução de programas que visem: h) garantir a proteção da infância e da maternidade.

Representou uma grande inovação no Direito Internacional e uma forma original – avançada para a época – de cooperação internacional, quer por seus procedimentos e regras de adoção, ratificação e controle da aplicação de seus instrumentos, quer pela composição tripartite de seus principais órgãos. (DE LA CRUZ, 1998, p. 11-14).

As características inovadoras da OIT foram, ao mesmo tempo, a causa para a sua expansão, entre outras, destaca-se a sua formação tripartite permitindo a participação de representantes não apenas dos Estados Membros, mas também dos representantes de empregadores e de empregados, o que concedeu legitimidade para as normas produzidas nas Convenções.

A razão histórica e ideológica dessa modalidade de composição radica-se na participação das organizações sindicais na construção do direito internacional do trabalho e, especialmente, na criação da OIT. Como já dissemos atrás, a ação sindical foi importante e decisiva para o êxito do movimento empreendido por representantes de vários seguimentos sociais (políticos, juristas, funcionários públicos, empresários, professores universitários, trabalhadores organizados em associações de classe) em prol da internacionalização das normas de proteção ao trabalhador (SOARES FILHO, 2002, p. 97).

Em 1919, a OIT adotou o texto da Convenção nº 03 para iniciar a proteção do trabalho da mulher, entre outras determinações, ela deveria ser afastada das atividades profissionais durante o período de 06 (seis) semanas antes e de 06 (seis) semanas após o parto, ademais, durante esse período, receberia uma indenização suficiente para sua sobrevivência paga pelo poder público, conforme o artigo 3º⁹.

Ademias, a mesma norma estabelecia que caso houvesse mudança na data prevista para o parto, com o nascimento prematuro, a gestante não seria

⁹ Artigo 3º Em todos os estabelecimentos industriais ou comerciais, públicos ou privados, ou nas suas dependências, com exceção dos estabelecimentos onde só são empregadas os membros de uma mesma família, uma mulher; a) não será autorizada a trabalhar durante um período de seis semanas, depois do parto; b) terá o direito de deixar o seu trabalho, mediante a exibição de um atestado médico que declare esperar-se o parto, provavelmente dentro em seis semanas; c) receberá, durante todo o período em que permanecer ausente, em virtude dos parágrafos (a) e (b), uma indemnização suficiente para a sua manutenção e a do filho, em boas condições de higiene; a referida indemnização, cujo total exato será fixado pela autoridade competente em cada país, terá dotada pelos fundos públicos ou satisfeita por meio de um sistema de seguros. Terá direito, ainda, aos cuidados gratuitos de um médico ou de uma parteira. Nenhum erro, da parte do médico ou da parteira, no cálculo da data do parto, poderá impedir uma mulher de receber a indemnização, a qual tem direito a contar da data do atestado médico até aquela em que se produzir o parto; d) terá direito em todos os casos, si amamenta o filho, duas folgas de meia hora que lhe permitam o aleitamento.

prejudicada e gozaria do período total de 12 (doze) semanas. Além disso, teria direito a dois intervalos de 30 (trinta) minutos para amamentar o bebê.

Em outro dispositivo ¹⁰ da referida convenção, artigo 4º, da mesma Convenção nº 03, da OIT, também restou estabelecido a estabilidade provisória da gestante, não fixando, contudo, um prazo determinado para início ou fim, delegando aos países membro esta regulamentação. A referida norma foi ratificada no Brasil em 26/04/1934.

Também no mesmo ano de 1919, a OIT adotou o texto da Convenção nº 04, no artigo 3º ¹¹, que estabeleceu uma limitação ao trabalho noturno das mulheres em estabelecimentos industriais entre as 22 (vinte e duas) horas e às 05 (cinco) horas do dia seguinte. Contudo, nos casos em que houvesse no mesmo local de trabalho, membros da família da mulher, ou em casos de força maior ou de trabalhos relacionados à matéria de rápida deterioração, estavam autorizados os trabalhos à noite.

Além disso, a realização de trabalho à noite pelas mulheres poderia ser realizada por 60 (sessenta) dias no ano. A referida norma foi ratificada no Brasil em 26/04/1934.

A Convenção nº 41, de 1934, praticamente reproduziu o teor da Convenção nº 4, contudo, estabelecia mais exceções ao trabalho noturno das mulheres, em destaque, naqueles países em que o calor durante o dia, tornava a atividade profissional penosa, ela poderia ser contratada para trabalhar noturnamente, entre as 22 (vinte e duas) horas e as 05 (cinco) horas da manhã ¹². A referida norma foi ratificada no Brasil em 08/06/1936.

¹⁰ Artigo 4º, da Convenção 03, da OIT. No caso em que uma mulher se ausente do trabalho em virtude dos parágrafos (a) e (b) do artigo 3º da presente Convenção ou dele se afaste, por um período mais longo, depois de uma doença provada por atestado médico, como resultado da gravidez ou do parto, e que a reduza a incapacidade de voltar ao trabalho, será ilegal, para o seu patrão, até que a sua ausência tenha atingido uma duração máxima, fixada pela autoridade competente de cada país, notificar à sua, dispensa, durante a referida ausência ou em uma data tal que, produzindo-se o pré-aviso expire o prazo no decurso da, ausência acima mencionada.

¹¹ Artigo 3º. Sem distinção de idade, as mulheres não poderão ser empregadas durante a noite em nenhum estabelecimento industrial público ou privado, como tão pouco em qualquer dependência de um desses estabelecimentos, exceção feita dos estabelecimentos onde são só empregados os membros de uma mesma família.

¹² Artigo III - As mulheres, sem distinção de idade, não poderão ser empregadas durante a noite em nenhum estabelecimento industrial, público ou privado, nem em nenhuma de suas dependências, com exceção dos estabelecimentos que somente empregam os membros de uma mesma família.

A Convenção nº 45, realizada em 1935, estabeleceu a proibição de trabalhos de mulheres em minas subterrâneas, no artigo 2º, mas exceceu os casos em que os trabalhos eram realizados em decorrência de cargo de chefia, quando eram empregadas do serviço de saúde ou durante a fase de estudos para efeitos de formação prática ¹³. A referida norma foi ratificada no Brasil em 22/09/1938.

Em 1948, surgiu a Convenção nº 89 que se destinou novamente ao trabalho noturno da mulher ampliando ainda mais as exceções já identificadas nas Convenções anteriores. Com a referida Convenção, no artigo 3º, a mulher poderia trabalhar noturnamente nos países em que o interesse nacional o exigir e especificando que a referida regulamentação não se destinava as mulheres que exerciam função de supervisão, ou chefia, assim, como as trabalhadoras que executem os trabalhos de higiene e bem-estar social, flexibilizando o texto anteriormente aprovado e em vigor ¹⁴. A referida norma foi ratificada no Brasil em 25/04/1957.

Em 1951, surge a Convenção nº 100, destinando-se a proibição de remunerações diferentes entre homens e mulheres, no artigo 1º ¹⁵, determinando

¹³ 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.

¹⁴ Art. 3 — As mulheres, sem distinção de idade, não poderão ser empregadas durante a noite, em nenhuma empresa industrial, pública ou privada, ou em dependência de uma dessas empresas, excetuadas as empresas onde somente são empregados membros de uma mesma família. Art. 4 — O art. 3 não será aplicado: a) em caso de força maior, quando em uma empresa se produza uma interrupção de exploração impossível de prever e que não seja de caráter periódico; b) no caso em que o trabalho se faça com matérias-primas ou matérias em elaboração, que sejam suscetíveis de alteração rápida, quando esse trabalho noturno é necessário para salvar tais matérias de perda inevitável. Art. 5 — 1. Quando, em razão de circunstâncias particularmente graves, o interesse nacional o exigir, a interdição do trabalho noturno das mulheres poderá ser suspensa por decisão do governo, depois de consulta às organizações de empregadores e de empregados interessadas. 2. Tal suspensão deverá ser notificada ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho, pelo governo interessado em seu relatório anual sobre a aplicação da Convenção. Art. 6 — Nas empresas industriais sujeitas às influências das estações, e em todos os casos em que circunstâncias excepcionais o exigirem, a duração do período noturno, indicado no art. 2, poderá ser reduzida há dez horas durante sessenta dias do ano. Art. 7 — Nos países em que o clima torne o trabalho diurno particularmente penoso, o período noturno pode ser mais curto que o fixado nos artigos acima, com a condição de ser concedido um repouso compensador durante o dia.

¹⁵ Art. 1 — Para os fins da presente convenção: a) o termo 'remuneração' compreende o salário ou o tratamento ordinário, de base, ou mínimo, e todas as outras vantagens, pagas direta

a vedação de diferenças salariais, sempre que o trabalho for realizado de forma semelhante, determinando ainda que a utilização de critérios objetivos para a fixação dos salários. A referida norma foi ratificada no Brasil em 25/04/1957.

A Convenção nº 103, de 1952, foi responsável por rever a Convenção nº 03, ampliando os direitos que já haviam sido criados, buscando proteger mulheres, independentemente de idade, estado civil, nacionalidade, fixando uma licença maternidade de no mínimo 12 (doze) semanas, deixando à escolha da gestante a divisão da licença entre a quantidade de semanas antes e após o parto.

Estabelecia ainda que a mulher teria direito à acompanhamento médico, ou com parteira, a sua escolha, o que seria custeado por um Seguro Social, tendo no Brasil o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS como órgão correspondente, ou pelo próprio Estado. Também restou tutelado o direito de a gestante amamentar o bebê, sem prejuízo da sua jornada de trabalho e, por fim, o empregador ficava impedido de dispensar a gestante em razão da gravidez. A referida norma foi ratificada no Brasil em 18/06/1965.

Portanto, as Convenções acima mencionadas influenciaram significativamente as normas brasileiras sobre a proteção do trabalho da mulher e da gestante, razão pela qual foi imprescindível o estudo dessa temática. No momento seguinte, serão analisadas as normas brasileiras sobre a temática pesquisa, com a finalidade de identificar as principais regras estabelecidas no ordenamento jurídico.

1.3.2 Principais normas jurídicas pátrias sobre a proteção ao trabalho da mulher e da gestante

A primeira norma acerca da proteção da mulher e da gestante no Brasil fora o Decreto nº 21.417-A, de 1932, que previu a igualdade de salário entre homens e mulheres que exercem a mesma função, a proibição do trabalho da mulher entre as 22 (vinte e duas) horas e as 05 (cinco) horas, proibindo-a de

ou indiretamente, em espécie ou in natura pelo empregador ou trabalhador em razão do emprego deste último; b) a expressão 'igualdade de remuneração para a mão-de-obra masculina e a mão-de-obra feminina por um trabalho de igual valor', se refere às taxas de remuneração fixas sem discriminação fundada no sexo.

pegar pesos excessivamente pesados, a proibição do empregador dispensar a empregada pelo simples fato de estar grávida, além de proibir o trabalho das mulheres em subterrâneos ou minas ¹⁶.

Para as gestantes, havia a proibição do trabalho no período de 04 (quatro) semanas antes e 04 (quatro) semanas após o parto, podendo haver a ampliação de mais 02 (duas) semanas antes e depois do parto, bem como havia a previsão de 02 (dois) intervalos de descansos de 30 (trinta) minutos cada para amamentação da criança, durante o período de 06 (seis) primeiros meses.

Caso comprovado a necessidade mediante atestado médico e, enquanto estivesse afastada do trabalho, a gestante receberia um benefício correspondente à metade do seu salário, surgindo no ordenamento jurídico o que seria definido alguns anos depois como a licença maternidade.

A mulher também poderia rescindir o contrato de trabalho, caso a atividade provocasse riscos à gravidez e, caso houvesse aborto teria direito a uma licença de 02 (duas) semanas, o empregador estava impedido de dispensar a mulher em razão da sua gestação, instituindo, no Brasil, a estabilidade provisória da gestante. Muitas garantias criadas em 1932 pela referida Lei foram incorporadas na CLT e estão em vigor no ordenamento jurídico até a presente data.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, estabeleceu algumas proteções às mulheres, como a proibição do trabalho em indústrias insalubres, estabeleceu a igualdade formal entre homens e mulheres perante a lei, proibiu a diferença de salários para pessoas de gêneros diferentes que exercessem a mesma função, além de estabelecer direitos e garantias para os trabalhadores, como salário mínimo, jornada de trabalho de 08 (oito) horas diárias, proibição de trabalho por menores de 14 (quatorze) anos, repouso

¹⁶ Art. 1º Sem distinção do sexo, a todo trabalho de igual valor correspondente salário igual. Art. 2º O trabalho da mulher nos estabelecimentos industriais e comerciais, públicos ou particulares, é vedado desde 22 horas até 5 horas. Art. 4º As mulheres empregadas em estabelecimentos industriais e comerciais é vedado remover materiais de peso superior ao estabelecido nos regulamentos elaborados pela autoridade pública. Art. 9º Enquanto afastada do trabalho por força do disposto no art. 7º e respectivos parágrafos, terá a mulher direito a um auxílio correspondente à metade dos seus salários, de acordo com a média dos seis últimos meses, e, bem assim, a reverter ao lugar que ocupava. Art. 13. Aos empregadores não é permitido despedir a mulher grávida pelo simples fato da gravidez e sem outro motivo que justifique a dispensa.

semanal preferencialmente aos domingos, reconhecimento das convenções coletivas realizadas pelas negociações das categorias, entre outras garantias ¹⁷.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937 reafirmava a igualdade formal entre homens e mulheres perante a lei, no artigo 139 ¹⁸, é prevista a criação da Justiça do Trabalho para dirimir conflitos referentes às relações de emprego, além disso, a greve e o *lock out* ¹⁹ foram declarados antissociais e nocivos ao capital e ao trabalho. Neste momento, muitos dos direitos trabalhistas criados foram revogados pelo mesmo presidente que promulgou a Constituição de 1937, Getúlio Vargas, fazendo surgir leis espaciais prevendo os direitos trabalhistas.

Em 1943, por meio do Decreto-Lei nº 5.452, foi criada a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT ²⁰ e apesar de, naquele momento, a maioria dos trabalhadores estarem localizados no meio rural, a Consolidação das Leis do Trabalho, influenciada pelos movimentos sindicais que surgiram em São Paulo, por meio da *Carta del Lavoro*, de Mussolini, e pelos imigrantes anarquistas

¹⁷ Art 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País. § 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: 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; h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta 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; § 3º - Os serviços de amparo à maternidade e à infância, os referentes ao lar e ao trabalho feminino, assim como a fiscalização e a orientação respectivas, serão incumbidos de preferência a mulheres habilitadas.

Art. 170 - O Poder Legislativo votará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo às seguintes normas, desde já em vigor: 10) os funcionários terão direito a férias anuais, sem descontos; e a funcionária gestante, três meses de licença com vencimentos integrais.

¹⁸ Art. 139 - Para dirimir os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados, reguladas na legislação social, é instituída a Justiça do Trabalho, que será regulada em lei e à qual não se aplicam as disposições desta Constituição relativas à competência, ao recrutamento e às prerrogativas da Justiça comum.

¹⁹ *Lock out* é a recusa pelo empregador em ceder os instrumentos de trabalho necessários para a atividade dos trabalhadores.

²⁰ Em comemoração ao dia 01 de maio de 1943, tendo a cerimônia de assinatura sido realizada no Estádio São Januário, no Estado do Rio de Janeiro. Importante registrar que a sua criação foi antecedida em alguns Congressos realizados para discussão do tema por especialistas e obtenção de sugestões, além disso, o projeto da Consolidação foi publicado em Diário Oficial para que todos os interessados pudessem contribuir com sugestões, endereçadas à Comissão de Juristas, composta por José de Segadas Viana, Oscar Saraiva, Luís Augusto Rego Monteiro, Dorval Lacerda Marcondes e Arnaldo Lopes Sússekind.

italianos, foi criada antecipando-se a própria urbanização e industrialização do país.

A CLT estabeleceu um capítulo inteiro sobre a proteção ao trabalho da mulher, visando impedir a discriminação dela no ambiente de trabalho, além de buscar protegê-la em suas peculiaridades. O capítulo não buscou sobrepor ao direito do homem, até mesmo porque no artigo 372 ²¹, há previsão expressa acerca da igualdade formal: “os preceitos que regulam o trabalho masculino são aplicáveis ao trabalho feminino”. Mas era evidente a necessidade de proteger outros direitos trabalhistas específicos do gênero feminino em razão das práticas abusivas e discriminatórias presentes no mercado de trabalho.

Outras normas foram criadas e estão em vigor até hoje como, por exemplo, o artigo 373-A ²², onde há proibição de publicação de anúncios para empregos que comprometessem o acesso da mulher ao mercado de trabalho, havendo referência ao gênero ou à situação familiar.

Além disso, no mesmo dispositivo, também foi vedada a exigência de atestados médicos para comprovação de esterilidade de mulheres no momento da admissão para a permanência no emprego e impediu a realização de revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

Em relação ao trabalho noturno, a CLT passou a autorizar a sua realização, contanto que recebesse os mesmos benefícios que os homens, ou

²¹ Art. 372 - Os preceitos que regulam o trabalho masculino são aplicáveis ao trabalho feminino, naquilo em que não colidirem com a proteção especial instituída por este Capítulo.

²² Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir; II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível; III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional; IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego; V - 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; VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias. Parágrafo único. 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 acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher.

seja, o acréscimo de um adicional de 20% e a redução da hora de trabalho para 52 (cinquenta e dois) minutos e 30 (trinta) segundos, conforme artigo 381²³.

As mulheres também tiveram o descanso Inter jornada de 11 (onze) horas seguidas reconhecido, conforme artigo 382²⁴. Ademais as trabalhadoras também possuem direito a um intervalo intrajornada de pelo menos 1 (uma) hora e de no máximo 2 (duas) horas, a cada turno superior a 06 (seis) horas.

Um ponto de divergência é acerca do intervalo de 15 (quinze) minutos entre o fim da jornada ordinária o início da jornada extraordinária de trabalho, pois violaria o princípio da isonomia previsto na CR/88, contudo o Tribunal Superior do Trabalho recentemente declarou a validade da regra prevista no artigo 384²⁵, da CLT, mesmo diferenciando em relação aos homens²⁶.

No que se refere ao descanso semanal remunerado, a mulher também possui o período de 24 (vinte e quatro) horas consecutivas, coincidindo com o domingo, salvo motivo de conveniência pública ou necessidade imperiosa de serviço, fazendo recair sobre outro dia, conforme disposto no artigo 385²⁷.

Ademais, a empresa é obrigada a adotar medidas concernentes à higienização dos locais de trabalho, tais como ventilação, iluminação, segurança, instalar bebedouros, lavatórios, aparelhos sanitários, cadeiras em quantidade suficiente para evitar o desgaste físico, instalar vestiários, armários individuais e fornecer equipamentos de proteção individual.

²³ Art. 381 - O trabalho noturno das mulheres terá salário superior ao diurno. § 1º - Para os fins desse artigo, os salários serão acrescidos duma percentagem adicional de 20% (vinte por cento) no mínimo. § 2º - Cada hora do período noturno de trabalho das mulheres terá 52 (cinquenta e dois) minutos e 30 (trinta) segundos.

²⁴ Art. 382 - Entre 2 (duas) jornadas de trabalho, haverá um intervalo de 11(onze) horas consecutivas, no mínimo, destinado ao repouso.

²⁵ Art. 384 - Em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso de 15 (quinze) minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário do trabalho.

²⁶ HORAS EXTRAS - ARTIGO 384 DA CLT. O C. TST já firmou o entendimento no sentido de que o artigo 384, da CLT não fere o disposto no artigo 5º, I, da Constituição Federal, assentando, também, que os intervalos sonegados não se restringem a meras infrações administrativas, resultando no pagamento, como extra, do período correspondente (TST - RR 465/2003-068-09-00 - Rel. Min. José Simpliciano Fontes de F. Fernandes - DJe 06.11.2009 e E-EDRR-43900-23.2007.5.01.0038, Julgamento: 11/03/2010, Relator: Min. Horácio Raymundo de Senna Pires, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 09/04/2010).

²⁷ Art. 385 - O descanso semanal será de 24 (vinte e quatro) horas consecutivas e coincidirá no todo ou em parte com o domingo, salvo motivo de conveniência pública ou necessidade imperiosa de serviço, a juízo da autoridade competente, na forma das disposições gerais, caso em que recairá em outro dia. Parágrafo único - Observar-se-ão, igualmente, os preceitos da legislação geral sobre a proibição de trabalho nos feriados civis e religiosos.

Nos estabelecimentos com mais de 30 (trinta) mulheres maiores de 16 (dezesesseis) anos, o empregador deverá disponibilizar uma área para que os filhos possam ficar no período da amamentação. Podendo ser criadas creches para as crianças.

A referida norma também limitou a capacidade de peso que a mulher poderia pegar, não podendo ultrapassar o limite de 20 (vinte) quilogramas de forma contínua e nem 25 (vinte e cinco) quilogramas de forma eventual.

O empregador é proibido de dispensar uma mulher apenas por ela estar grávida, protegendo-a com a estabilidade provisória, a exceção é para os casos de dispensa por justa causa.

O valor do benefício previdenciário pago à gestante é considerado a partir de uma média dos últimos 06 (seis) meses. Ademais, caso a atividade profissional prejudique a gestação, será facultado a ela o encerramento do contrato. E, caso a gestante tenha um aborto, terá direito a um descanso de 02 (duas) semanas. E até que o bebê complete 06 (seis) meses, a mulher terá direito a dois intervalos especiais de 30 (trinta) minutos cada para amamentação.

Após a Consolidação das Leis do Trabalho de 1943, surgiram outras normas para alterá-la, entre elas destacam-se a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 que estabeleceu normas referentes à igualdade de salário entre homens e mulheres que desempenhassem a mesma função, a remuneração do trabalho noturno superior ao diurno, participação dos trabalhadores nos lucros da empresa, duração diária de 08 (oito) horas, repouso semanal remunerado sendo preferencialmente aos domingos, férias anuais remuneradas, proibição de menores de 14 (quatorze) anos e mulheres em ambientes insalubres, assistência aos desempregados, entre outros direitos trabalhistas.

Em 1967, a Constituição da República Federativa do Brasil estabeleceu o direito ao trabalhador receber o salário família, repouso semanal e nos feriados civis e religiosos, além da igualdade de salário entre homens e mulheres que desempenhassem a mesma função, a remuneração do trabalho noturno superior ao diurno, participação dos trabalhadores nos lucros da empresa, duração diária de 08 (oito) horas, com direito a intervalos intrajornadas. Os ambientes

insalubres passaram a ser proibidos para os menores de 18 (dezoito) anos e para as mulheres de qualquer idade.

Além disso, a referida Constituição estabelecia direito à estabilidade, com indenização nos casos de dispensa do trabalhador sob o montante dos valores depositados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, descanso remunerado para as gestantes, antes e após o parto, sem prejuízo do emprego e do salário, seguro desemprego, Previdência Social nos casos de doença, velhice, invalidez e morte, seguro obrigatório pelo empregador contra acidentes do trabalho, aposentadoria para a mulher aos 30 (trinta) anos de trabalho com salário integral.

Em 1969, foi editada a Emenda Constitucional nº 01, alterando todo o texto da Constituição de 1967, decretando o recesso parlamentar do Congresso Nacional, mas mantendo todos os direitos trabalhistas previstos na Constituição de 1967, não podendo considerar o mesmo em relação aos direitos políticos dos cidadãos brasileiros ²⁸.

Após um longo período de recessão política, em razão da tomada do poder pelos militares com o Golpe de 1964, a reivindicação e a ampliação de direitos por muito tempo foram prejudicadas. Até que na década de 80, com o início do processo de redemocratização, foi convocada uma Constituinte para a promulgação de uma nova Constituição.

Os debates se iniciaram no dia 01 de fevereiro de 1987 e foram encerrados em 02 de setembro de 1988 com a aprovação do texto final da Constituição da República do Brasil de 1988, marcando o início do Estado Democrático de Direito. Os deputados federais e senadores cumularam a atividade de Constituintes e, após o final dos trabalhos, concluíram a legislatura

²⁸ Art. 2º - O Presidente da República poderá decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por Ato Complementar, em estado de sítio ou fora dele, só voltando os mesmos a funcionar quando convocados pelo Presidente da República.

§ 1º - Decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo correspondente fica autorizado a legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios.

Art. 10 - Fica suspensa a garantia de habeas corpus, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.

Art. 11 - Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos.

parlamentar exercendo as atribuições de um poder legislativo, por meio da presidência do Deputado Ulysses Guimarães.

Muitos direitos trabalhistas foram reconhecidos e protegidos, entre outros, o piso salarial, 13º salário, remuneração do trabalho noturno superior ao trabalho diurno, participação nos lucros, salário família, irredutibilidade de salário, Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, seguro desemprego, salário mínimo condizente para custear todas as despesas necessárias à efetividade da Dignidade da Pessoa Humana, trabalho diário não superior a 08 (oito) horas diárias, jornada de 06 (seis) horas ininterruptas para turnos de revezamento, repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos, férias acrescidas de 1/3 constitucional, adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres e perigosas, aposentadoria, assistência gratuita aos filhos dos empregados até completarem 05 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas, seguro contra acidente de trabalho a cargo do empregador, proibição de diferenciação de salário em razão de gênero idade, o trabalho em ambientes insalubres foi autorizado para as mulheres, entre outros direitos.

Ademais, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no caput do artigo 6º, instituiu a Proteção da Maternidade ²⁹ como sendo uma Cláusula Pétreia e delegou ao Estado o dever de realizar medidas de proteção não apenas endereçadas à gestante, mas, também ao nascituro que necessita muito mais da proteção do que a própria gestante.

Segundo Luís Roberto Barroso (2011, p. 489-505), como se sabe os Atos e Disposições Transitórias “destinam-se às normas dessa natureza a auxiliar na transição de uma ordem jurídica para outra, procurando neutralizar os efeitos nocivos desse confronto, no tempo, entre regras de igual hierarquia”.

Deste modo, algumas normas foram dispostas no ADCT sobre o direito do trabalho da mulher e da gestante, em especial no artigo 10, II, b, do ADCT ³⁰

²⁹ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

³⁰ Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

de 1988, foi reconhecida a estabilidade provisória de 05 (cinco) meses após o parto.

Cabe ressaltar que até aquele momento, não ainda havia no ordenamento jurídico uma proteção que estabelece um prazo para proteger a relação do emprego da gestante.

No artigo 7º, XVIII ³¹, o constituinte ampliou a licença maternidade que já estava prevista na Consolidação das Leis do Trabalho de 1943 de 04 (quatro) semanas antes do parto e 08 (oito) semanas após o parto e passou a ser de 120 (cento e vinte) dias, o que representa, aproximadamente, 17 (dezessete) semanas.

Em 1995, por meio da Lei n.º 9.029, o legislador aumentou o rigor contra práticas discriminatórias de empresas relacionadas à maternidade que prejudicavam a participação da mulher no mercado de trabalho. Uma das práticas proibidas pelo foi a exigência de atestado de gravidez nos exames médicos realizados nos processos de seleção de empregadas, tipificando inclusive como crime, além disso, também classificou como ato ilícito a prática de medidas que provoquem algum tipo de controle de natalidade ou de esterilização ³².

Em 2006, a Lei nº 11.324 passou a estender às empregadas domésticas o direito à estabilidade provisória e à licença maternidade reconhecido pelo ordenamento jurídico, não havendo razão para distingui-las das gestantes que não eram domésticas.

Em 2008, a Lei 11.770, criou o Programa Empresa Cidadã, como importante instrumento para iniciar uma ampliação no período da licença maternidade. Contudo, o referido programa não é compulsório para todos os empregadores, devendo a empresa se cadastrar para conceder um aumento de 60 (sessenta) dias na licença maternidade totalizando 180 (cento e oitenta) dias,

³¹ 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;

³² Art. 1º Fica proibida a adoção 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, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

em troca de redução de pagamento do Imposto de Renda. Além disso, a referida Lei ampliou para as servidoras públicas do poder público federal, a licença maternidade para 180 (cento e oitenta) dias.

Em 2013, fora promulgada a Lei nº 12.812 que estendeu as garantias constitucionais às gestantes que tinham engravidado durante o aviso prévio, contrato de experiência ou durante um contrato com prazo determinado, a referida ampliação dos direitos da mulher foi importante para aumentar a qualidade de vida do bebê e da gestante, após o parto. Além disso, a referida lei apenas confirmou a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho que havia editado a Súmula nº 244 acerca da matéria, a fim de possibilitar a proteção das gestantes que engravidavam no curso do aviso prévio, do contrato por experiência ou nos contratos por prazo determinado.

Desta maneira, verifica-se no ordenamento jurídico uma evolução significativa da Proteção da Maternidade, contudo, ainda há questões que precisam ser tuteladas e ampliadas, sobre essas questões, será aprofundado o estudo nos próximos capítulos.

1.3.3 Projeto de Lei n.º 7.136/2014 sobre ampliação da proteção à maternidade e ao nascituro

Importante registrar ainda que em 2014, portanto, após o início da presente pesquisa que se iniciou com o Projeto de Pesquisa em 2013, o Deputado Federal pelo Estado do Mato Grosso, Carlos Bezerra, apresentou no plenário do Congresso Nacional um Projeto de Lei para ampliar a proteção jurídica às gestantes que pedem demissão sem o conhecimento da gravidez, permitindo-as que requeiram a reintegração em até 90 (noventa) dias após o término do aviso prévio³³.

Ocorre que a referida proteção é de suma importância para tutelar as mulheres que pedem demissão sem o conhecimento da gravidez, e que

³³ Fica garantida à empregada gestante que tenha pedido rescisão do contrato de trabalho a sua reintegração no emprego, com a remuneração do período correspondente, desde ue requerida no prazo de noventa dias após a entrega do aviso prévio. ”

atualmente não são tuteladas pelo ordenamento jurídico. Entretanto, o projeto limita o direito da gestante em requerer a continuidade do contrato de trabalho, caso manifeste a vontade antes do período de 90 (noventa) dias, o que limita o direito da gestante sem justificativas.

Importante, destacar que a presente pesquisa visa uma proteção da relação de emprego, da gestante e do nascituro ainda mais ampla, posto que não se limita ao prazo de 90 (noventa) dias após o aviso prévio, mas sim a qualquer momento durante o período correspondente ao da estabilidade provisória³⁴, fazendo jus à continuidade do contrato de trabalho e aos salários desde a data da comunicação ao empregador, posto que o empregador não pode ser penalizado de nenhuma maneira e, os valores eventualmente pagos à gestante a título de rescisão, poderão ser compensados durante o contrato de trabalho, sem que haja perdas para nenhuma das duas partes.

Portanto, é evidente a importância da presente pesquisa a fim de identificar situações em que a gestante se encontra totalmente desprotegida, como ocorre quando a gestante pede demissão sem conhecimento do seu estado gravídico.

1.4 DIREITO DO TRABALHO DA MULHER NA ATUALIDADE

Na atualidade, a mulher possui uma maior capacidade de produção, tendo em vista que as máquinas não necessitam de tanta força física como antes e pelo fato delas exercerem outras atividades onde a capacidade física é pouco relevante. Além disso, a mulher tem se mobilizado cada vez mais para protestar e reivindicar melhores condições³⁵, não apenas no ambiente de trabalho, mas também em várias outras áreas, como, por exemplo, pelo fim da violência

³⁴ Desde a concepção da gravidez até o prazo de 05 (cinco) meses após o parto.

³⁵ Apenas para exemplificar, na atualidade, especificamente em março de 2015, quando se comemorou 15 (quinze) anos da Conferência de Pequim, da Organização das Nações Unidas – ONU ocorreu várias manifestações principalmente para protestar pela igualdade entre homens e mulheres no mercado de trabalho, entre elas destacou-se a que ocorreu nos Estados Unidos, onde as mulheres já possuem mais qualificação técnica do que os homens, são a maioria no mercado de trabalho, porém recebem 23% a menos do que eles naquele país.

doméstica, pela igualdade de direitos, pelo fim da discriminação do gênero, entre muitas outras reivindicações.

Atualmente, a relação entre a mulher e o trabalho é universal e supranacional, com exceção de poucos países orientais fundamentalistas que coisificam a mulher e a impedem de trabalhar, mantendo-a numa relação de subordinação e submissão absoluta em relação ao homem.

As reivindicações da mulher, no campo do Direito do Trabalho têm o objetivo de alcançar a igualdade – de oportunidades e de remuneração - em relação ao gênero masculino, de forma igualitária, com exceção das peculiaridades de cada gênero como, por exemplo, a maternidade posto que a gestação é um processo biológico e psicológico exclusivo da mulher³⁶.

Para Alice Monteiro de Barros, na gestação há “um processo psicológico complexo, de intensa atividade emocional, que testa tanto as reservas físicas e psíquicas quanto a sua aptidão para criar uma nova vida” (1995, p. 39). Deve-se afastar a concepção de que a mulher é o “gênero frágil” ou o “segundo gênero”, devendo-se apenas ser consideradas as suas diferenças em relação ao outro gênero como particularidades e sem discriminação.

Ademais, é possível verificar que quando a mulher excepcionalmente alcança o mesmo salário do homem na mesma função é perceptível que ela assumiu muitas características da personalidade masculinas para provar sua capacidade para homens e mulheres, ou seja, trata-se de uma maneira de negar a própria feminilidade e se assemelhar ao homem para se destacar no ambiente de trabalho (PRONI, 2013, p. 47).

É indiscutível que a efetividade ou a ampliação de direitos das mulheres provoca um debate, pois são muitos aqueles que defendem que a existência de uma relação direta entre a ampliação de direitos das mulheres e o aumento da

³⁶ A Proteção da Maternidade visa à tutela da gestante, mas, sobretudo do nascituro que necessita dos cuidados – preferencialmente – de sua genitora. Por essa razão, O Direito do Trabalho reconhecesse a possibilidade de transferir o direito da licença maternidade para o pai da criança em caso de óbito da genitora ou em caso de adoção, seja por casal heterossexual ou homossexual. Neste sentido, as seguintes decisões: TRF-3 - AC: 1684 SP 0001684-04.2011.4.03.6127, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, Data de Julgamento: 21/05/2013, DÉCIMA TURMA e TRF-3 - AI: 27307 SP 0027307-84.2012.4.03.0000, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA, Data de Julgamento: 28/01/2013, OITAVA TURMA, apenas para citar alguns casos.

taxa de desemprego delas em relação aos homens. E, sob esse argumento, muitas mulheres desistem de reivindicar a efetividade ou o reconhecimento de novos direitos.

Entretanto, as pesquisas - que serão analisadas de forma analítica no próximo capítulo deste trabalho - comprovam que a partir de 1985 os direitos das mulheres sofreram uma ampliação significativa, pois foram várias as garantias reconhecidas e ampliadas pelas leis brasileiras ³⁷ e, paralelamente a isso, a participação da mulher no mercado de trabalho apenas aumentou de 32,40% (trinta e dois e quatro décimos) em 1985 para 43,25% (quarenta e três e vinte e cinco décimos) em 2014 ³⁸, sem decréscimos durante esse período, mesmo com a ampliação de direitos trabalhistas das mulheres.

Importante destacar que no longo processo de reconhecimento de direitos e garantias das gestantes, nenhum direito foi concedido de forma generosa ou gratuita pela sociedade ou pelo Estado, sem que tivessem sido realizadas reivindicações e lutas das mulheres, sendo assim, pode-se afirmar que as conquistas foram obtidas graças a sua capacidade de luta, de mobilização e de pressão (PRONI, 2013, p.20).

É inegável que a maternidade se trata de uma peculiaridade do gênero feminino, contudo, não se quer dizer com isso que ela seja a única beneficiada. O nascituro nos primeiros meses de vida necessita dos cuidados – preferencialmente – da sua genitora, além disso, toda a sua família se beneficia com essa garantia, pois a licença maternidade melhora qualidade de vida das futuras gerações, portanto, pode-se concluir que a proteção da maternidade beneficia toda a humanidade ³⁹.

Atualmente, a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT protege o Direito do Trabalho da gestante, estabelecendo garantias de emprego, como a estabilidade provisória, que se inicia a partir do momento da concepção e dura até 05 (cinco) meses após o parto; prevê o pagamento de licença maternidade

³⁷ Inclusive em 1988, com a Constituição da República, as mulheres tiveram o direito à isonomia reconhecido no *caput* do artigo 5º.

³⁸<http://acesso.mte.gov.br/geral/estatisticas.htm>, acessado em 05/12/2015.

³⁹ Art. 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente: A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

pelo período de 120 (cento e vinte) dias⁴⁰, podendo ser prorrogado por mais dois períodos de 15 (quinze) dias ⁴¹, antes e depois do parto; redução na jornada de trabalho em 02 (dois) períodos de 30 (trinta) minutos para amamentação nos primeiros 06 (seis) meses após o fim da licença maternidade ⁴²; e ainda tem direito de ter a função temporariamente alterada, caso haja alguma incompatibilidade médica entre a gestação e a função, entre outros direitos⁴³.

Até 2004, a gestante apenas era protegida caso tivesse conhecimento da gravidez e se tivesse comunicado ao empregador o seu estado gravídico, contudo, naquele ano, o Tribunal Superior do Trabalho reformou o Enunciado da Súmula nº 244, I, estabelecendo que o marco temporal para a proteção seria a concepção e não mais o conhecimento da gravidez.

Até 2012, a gestante que engravidasse no curso do aviso prévio, do contrato de experiência ou do contrato de trabalho por prazo determinado não teria as garantias destinadas às demais grávidas que tivessem a concepção do nascituro no curso do contrato de trabalho por prazo determinado. Contudo, naquele ano, por meio de uma revisão do Enunciado Sumular nº 244, III, do Tribunal Superior do Trabalho, a jurisprudência passou a ampliar a referida proteção, sendo seguida, respectivamente pelo Poder Legislativo que incluiu o artigo 391-A⁴⁴, na CLT, e pela doutrina que também passou a reconhecer a ampliação do direito da gestante que engravidasse no curso do aviso prévio, do contrato por prazo determinado ou no contrato de experiência.

Ainda em relação à doutrina jurídica pátria, é importante sublinhar que ela atualmente atravessa uma crise muito preocupante, posto que há

⁴⁰ Art. 392, da CLT. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário.

⁴¹ § 2º do Art. 392, da CLT. Os períodos de repouso, antes e depois do parto, poderão ser aumentados de 2 (duas) semanas cada um, mediante atestado médico.

⁴² Art. 396, da CLT. Para amamentar o próprio filho, até que este complete 6 (seis) meses de idade, a mulher terá direito, durante a jornada de trabalho, a 2 (dois) descansos especiais, de meia hora cada um.

⁴³ § 4º, do Art. 392, da CLT. 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.

⁴⁴ Art. 391-A. A confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

doutrinadores que não se dedicam à pesquisa científica ou em sugerir mudanças na proteção jurídica, nem mesmo se dedicam ao desenvolvimento de novas teses garantistas, provocando desta maneira uma queda na variedade e especificidade da doutrina pátria moderna.

Ademais, muitos textos jurídicos são voltados para a preparação de candidatos em concursos públicos e, portanto, de manuais que apenas reafirmam as decisões jurídicas majoritárias e as correntes doutrinárias mais aceitas pelos tribunais e por bancas avaliadoras, afastando-se das teses minoritárias, das novas pesquisas e de possibilidades jurídicas ainda não legitimadas, como é o caso da gestante que pede demissão sem conhecimento da gravidez.

Sendo assim, nesse contexto de fragilidade da doutrina pátria sobre este tema específico evidencia-se a importância de novas pesquisas científicas acerca de garantias ainda não reconhecidas, ainda mais quando se dedica a proteção da mulher em uma fase da vida que mais necessita de proteção para cuidar do bebê. Caso não fosse suficiente, a finalidade do Direito do Trabalho ⁴⁵ é promover a melhoria das condições sociais do trabalhador, portanto, seria um contrassenso, caso o Direito do Trabalho não protegesse a referida situação.

Em que pese ser escassa a produção científica sobre esse tema, é inegável a sua importância, tendo inclusive o Tribunal Superior do Trabalho se adiantado em relação ao Poder Legislativo em dois momentos distintos.

No primeiro, para reconhecer que o início da proteção à gestante é o momento da concepção, superando o entendimento anterior que era no sentido de considerar que a proteção deveria se iniciar a partir do seu conhecimento e da informação ao empregador.

E, em segundo momento, reconhecer a proteção daquelas mulheres que engravidassem no curso do aviso prévio, do contrato de experiência ou durante o contrato por tempo determinado, superando o entendimento antagônico que era no sentido oposto, ou seja, de não reconhecer a proteção nos casos em que a gestação ocorria no curso do contrato por prazo determinado, no curso do

⁴⁵ Art. 7º, da CF/88. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

aviso prévio ou do contrato de experiência. Neste sentido, evidente a importância, atualidade e pertinência do tema que provocou uma verdadeira ruptura com o entendimento anterior sustentado pelo próprio Tribunal⁴⁶.

O Poder Judiciário fundamentou a ampliação na necessidade de reconhecimento de um direito social fundamental para a mulher, e principalmente para o bebê, em detrimento do direito do empregador em encerrar o contrato na data já designada.

Uma interpretação literal do §1º, do artigo 5º da Carta Magna de 1988 poderia supor que, diante da situação topográfica conferida a tal dispositivo, a norma refere-se somente aos direitos individuais e coletivos. No entanto a expressão constante do dispositivo aduz “direitos e garantias individuais”, o que significa que engloba todo o rol de direitos e garantias individuais constantes no Título II, da CF/88. Significa dizer que todos os direitos fundamentais consagrados na Carta Magna estão inseridos na aplicação imediata que informa o dispositivo citado. Não cabe, pois, falar em interpretação restritiva da norma em comento (EÇA; VILELA, 2014, p. 43).

O que chama a atenção é que essa proteção da gestante tem sido conduzida pelo Poder Judiciário, por meio de decisões e não pela Lei ou pela Doutrina, como era frequente outrora, o que será analisado mais adiante.

O reconhecimento e a ampliação de direitos não podem – e não devem – provocar reflexos negativos à gestante, pois caso contrário, ao conceder e reconhecer direito estaria provocando um prejuízo, e não um benefício, para isso, será analisado como tem sido a participação da mulher no mercado de trabalho paralelamente à ampliação dos seus direitos trabalhistas, no Brasil e em outros países.

⁴⁶ GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012.

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT).

II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

Portanto, é necessário identificar as principais normas inseridas no ordenamento jurídico relacionadas à proteção do trabalho da mulher e, em seguida, as mudanças que ocorreram no que se refere à participação da mulher no mercado de trabalho em diversos países nos últimos anos, posto que os direitos das mulheres têm sofrido importante ampliação.

2 O MERCADO DE TRABALHO E A PROTEÇÃO DA MULHER E DA GESTANTE

2.1 A SUBORDINAÇÃO FORÇADA DO GÊNERO FEMININO

Nosso mundo é dominado pelos homens. Nele, as mulheres, em distintos graus, são expropriadas e submetidas à opressão de maneira predeterminada. Nesta ordem, se apontam os homens como donos e dirigentes do mundo em todas as formações sociais. Preservam-se para eles poderes de domínio senhorial sobre as mulheres, e os filhos e as filhas das mulheres, os quais devem corresponder-lhes com serviçalismo. (LAGARDE, 1996, p.52)

A mulher sempre teve, ao longo da história da humanidade, um importante papel na sociedade, entretanto, em quase todas as sociedades, foi forçosamente colocada em uma situação de subordinação e de dependência em relação ao homem. Há muitas pesquisas, sobre a subordinação forçada do gênero feminino, e o que se destaca é que essa relação foi criada culturalmente pelo próprio homem.

É praticamente impossível determinar com precisão quando se inicia este processo de subordinação da mulher ao homem. Talvez se possa dizer *ab ovo*, ou seja, desde os albores da humanidade; mas, talvez não. Com efeito, o fato se perpetua através do tempo com matizes variados, em consonância com cada civilização onde se desenvolve. Com justificação, alegam-se razões de natureza filosófica, religiosa e, inclusive, científica. (PEREIRA, 2001, p.13)

Sendo assim, há diversas justificativas utilizadas para fundamentar a subordinação forçada das mulheres, entre elas, verifica-se a justificativa religiosa, ou seja, para muitas a mulher deve ocupar um lugar inferior ao homem na sociedade, por ser a vontade divina, prevista em várias passagens nos textos religiosos.

Ou seja, os livros religiosos são utilizados como fundamento para a manutenção da subordinação da mulher em relação ao homem, entretanto, os referidos textos religiosos foram criados em um momento em que a mulher não era respeitada e nem era vista em igualdade ao homem, não significa dizer que fosse essa a vontade divina.

Os primeiros registros de que os homens passaram a tratar as mulheres de forma inferior aos próprios homens remonta 03 (três) milênios antes de Cristo, quando se escrevia a Bíblia hebraica. Nos textos religiosos, há evidentemente uma influência religiosa de um povo no sentido de que a subordinação da mulher era uma vontade divina, deste modo, contestar a subordinação feminina era considerado um pecado ou heresia em muitas religiões, o que contribuiu para o surgimento e fortalecimento do patriarcado.

A dominação patriarcal dos “cabeças” da família sobre seus parentes antecede a antiguidade clássica; começa no terceiro milênio a. C. e se encontra já bem estabelecida até a época em que se escreve a Bíblia hebraica. Ademais, se pode argumentar que no século XIX a dominação masculina dentro da família visivelmente toma nova forma e não se extingue. (LERNER, 1990, p. 340)

A mulher, diferentemente do homem, ao longo da história da civilização ocidental precisou superar questões sociais que eram reproduzidas ao longo das gerações, entre elas, a o poder de dominação e de dependência dos homens imposto por estes. Inclusive são muitos os registros que a mulher sempre teve o acesso à educação e ao trabalho negado pelos maridos, irmãos, genitores, se não bastasse, muitas vezes, as próprias mulheres também reproduziam essa subordinação – mesmo sem perceber - contribuindo para a manutenção do patriarcado.

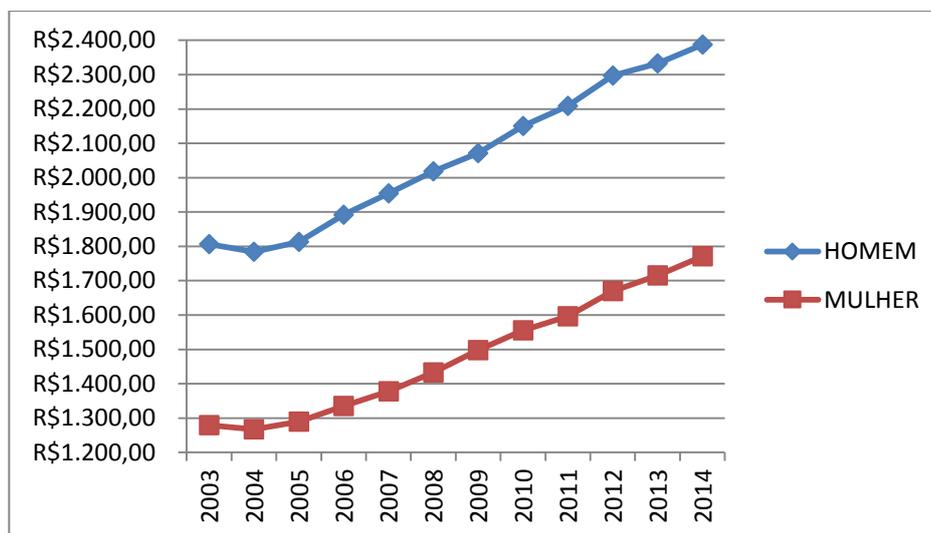
2.1.1 A diferença de remuneração entre Homens e Mulheres no Mercado de Trabalho

Nós não entendemos nada de mulheres, nós os povos do Ocidente. Nós as conduzimos, muito erroneamente, quase a nossas iguais. Os povos do Oriente têm mais espírito e justeza. Eles as declaravam as verdadeiras escravas do homem; e a natureza, de fato, as fez nossas escravas. É preciso que as mulheres tricotem. Para cada uma que nos inspire alguma coisa de elevado, há centena que nos leva a cometer loucuras (BONAPARTE *apud* PEREIRA, 2003, p.10).

Apesar da reivindicação das mulheres, atualmente ainda se verifica um tratamento bastante diferente se comparadas aos homens, pois, muitas vezes, elas desempenham a mesma atividade, na mesma empresa, pelo mesmo período, mas são remuneradas com salários inferiores, o que denuncia e

comprova por meio de pesquisas estatísticas a existência de uma inferiorização do gênero feminino, conforme gráfico⁴⁷ a seguir.

SALÁRIO MÉDIO DE HOMENS E MULHERES NO BRASIL ENTRE OS ANOS DE 2003-2014



Ademais, apesar de ainda haver no Brasil, diferença entre os salários de homens e mulheres que exercem as mesmas funções, essa diferença tem diminuído nos últimos anos se analisada no período 2003-2014, mas ainda é significativa, principalmente, pois as mulheres recebem em média 74,20% (setenta e quatro e dois décimos por cento) dos salários dos homens, o que comprova a diferença de tratamento dispensado à mulher pelo reconhecimento do seu salário, conforme gráfico abaixo (PRONI, 2013, p. 44):

⁴⁷ FONTE: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Mensal de Emprego. Elaboração Própria com dados obtidos no sítio do IBGE.



Neste sentido, em 2014, o Ministério do Trabalho e Emprego – MTE divulgou os números extraídos da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS) e do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED), identificando que, em média, as mulheres recebem 26,80% (vinte e seis e oito décimos por cento) a menos que os homens, apesar de ocuparem o mesmo cargo, na mesma empresa, no mesmo local de trabalho e que possuem o mesmo nível de instrução.

Portanto, na relação entre a Mulher e o Direito do Trabalho existe um elemento que precisa ser identificado, reconhecido e compreendido - a subordinação do gênero feminino -, posto que a ampliação de direitos trabalhistas da mulher está sendo impedida sob este fundamento que não se sustentam cientificamente e denunciam forte influência patriarcal desta sociedade.

2.1.2 O Patriarcado e a ampliação da Proteção da Maternidade

Diversos agentes sociais – utilizando-se de diferentes argumentos - manifestam-se contra a ampliação de direitos trabalhistas, dentre eles, os empregadores alegam a inviabilidade econômica em razão do aumento dos custos trabalhistas na atividade econômica. Além disso, acrescenta-se que no final do primeiro e início do segundo mandato da Presidente Dilma Rousseff a

crise econômica se agravou de tal maneira que os direitos trabalhistas passaram a ser atacados e encarados como obstáculos para a retomada do crescimento econômico dos anos anteriores.

Portanto, a flexibilização de direitos trabalhistas tornou-se uma temática debatida e, não é raro, verificam-se entidades que representam os trabalhadores pleiteando a redução dos próprios direitos, com receio de demissões em massa ou fechamento de empresas e de postos de trabalho.

Contudo, a crise econômica não pode servir como fundamento para se negar ou para conter o avanço dos direitos trabalhistas, principalmente no contexto brasileiro, onde a soma dos valores despendidos por um empregador ao Estado – Federal, Estadual e Municipal - é muito superior do que se comparado com a soma dos valores despendidos e recebidos diretamente pelo empregado⁴⁸.

Independentemente da conceituação de remuneração que for feita, identificamos primeiramente que uma parte relevante dos custos trabalhistas foi, com raras exceções, praticamente ignorada até o momento: mostramos que o custo de um trabalhador pode ser de 2,83 vezes o salário de carteira dele (aumento de 183%), no caso de um vínculo empregatício com doze meses de duração (SOUZA, 2012, p.4).

Destarte, as propostas de ampliação ou de efetividade de direitos trabalhistas destinados diretamente à mulher, precisam superar vários obstáculos, principalmente de ordem cultural – o patriarcado – que impedem o seu reconhecimento.

E onde se inicia esse processo cultural que impede as conquistas dos direitos – não apenas trabalhistas – das mulheres? É importante esclarecer que a tarefa de identificar em qual momento histórico, ou a partir de qual sociedade

⁴⁸ A diferença entre o custo total de uma empresa com o trabalhador e o valor total do contrato de trabalho percebido por este trabalhador é o que definimos como custo da legislação trabalhista. O desafio empírico que essa metodologia impõe é justamente estimar qual é o valor percebido pelos certos benefícios. Nessa abordagem foi a de definir valores máximos e mínimos para cada componente do custo do trabalho, de forma que em nossas simulações estimamos que a legislação trabalhista represente algo entre 17% e 48% do custo total de um empregador para a empresa (SOUZA, 2012, p.8)

ocidental ou oriental, a mulher passou a ser tratada de forma subordinada ao homem, é bastante complexa e inexata na identificação da sua origem.

Mas, não restam dúvidas que essa tentativa de inferiorizar a mulher decorre de uma criação do próprio homem e não de um processo biológico da natureza humana, como muitos acreditam que a mulher é por natureza passiva, submissa, dependente, frágil e inferior em relação ao homem ⁴⁹.

As pesquisas mais específicas realizadas sobre as causas da subordinação da mulher em comparação ao homem na relação de trabalho identificam que é o patriarcado a principal delas e que não se formou de um momento para o outro da história, como um rápido processo, com marco temporal definido, decorrendo de uma longa construção social, religiosa e filosófica de mais de dois mil anos, variando-se a intensidade de acordo com o lugar e a época (PEREIRA, 2001, p. 36-37).

Ao mesmo passo, a ciência do Direito tem servido para a sociedade como uma importante ferramenta de diminuição da subordinação feminina, mas também, o Direito possui a característica de conter - por meios dos seus mecanismos de segurança jurídica – mudanças rápidas favorecendo a manutenção do *status quo*.

Até bem recentemente, o artigo 233, do Código Civil de 1916 estava em vigor e estabelecia que “o marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos” ⁵⁰. E na CLT havia um dispositivo 446, parágrafo único, revogado pela Lei 7.855, de 1989, nos seguintes termos:

Ao marido ou pai é facultada 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.

⁴⁹ As religiões ocidentais reproduzem nos livros sagrados os hábitos da época em que foram escritos e muitas vezes influenciam as gerações seguintes a reproduzirem os rituais ali descritos. Além disso, a concepção daquele período era de que a mulher era inferior ao homem e muitos mitos reproduziam esse pensamento, apenas para exemplificar, verifica-se na Bíblia – verificar em que passagem – que a Eva (mulher) foi feita a partir de uma costela de Adão (homem), parte está totalmente secundária e menos importante do corpo.

⁵⁰ Artigo 233, do Código Civil de 1916 que ficou em vigor até 21/12/2002.

Além disso, o Direito não tem se aproximado – e está bastante longe como um retardatário – das rápidas e constantes mudanças sociais. Nesse contexto, o Direito tem sido utilizado como uma importante ferramenta manipuladora que permite o uso de técnicas de controle e dominação para impedir as mudanças necessárias (FERRAZ JÚNIOR. 2003, p. 26).

A espirituosa inversão da lógica natural dá conta de uma das marcas dessa geração: a velocidade da transformação, a profusão de ideias, a multiplicação das novidades. Vivemos a perplexidade e a angústia da aceleração da vida. Os tempos não andam propícios para doutrinas, mas para mensagens de consumo rápido. Para *jingles*, e não para sinfonias. O Direito vive uma grave crise existencial. Não consegue entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos. De fato, a *injustiça* passeia pelas ruas com passos firmes e a *insegurança* é a característica da nossa era (BARROSO, 2005, p.2)

Entretanto, importante salientar também que a ciência do Direito não se apresenta apenas como um dos elementos causadores da subordinação de gênero, pois é inegável que é uma importante ferramenta de mudança social pelo seu criador, o homem.

Ao longo da história da civilização ocidental, a mulher sempre precisou superar questões sociais, filosóficas, legais e religiosas que são reproduzidas ao longo das gerações e que tentam convencer a todos que a mulher é inferior em relação aos homens. Inclusive são muitos os registros que a mulher sempre teve o acesso à educação e ao trabalho negado pelos maridos, irmãos, genitores, se não bastasse, muitas vezes, as próprias mulheres também reproduziam a subordinação legitimando-a, contribuindo para a manutenção da diferença em relação aos homens (LAGARDE, 1996, p.52).

As mulheres têm sido impedidas pelos homens, e sem perceber por elas mesmas, de terem seus direitos ampliados e efetivados em decorrência do patriarcalismo. Inegavelmente, a forma como o homem subordina a mulher é diferente como ela se subordina ao homem, ou seja, não há uma única forma de patriarcado, podendo ser de coerção, assim definido por ter respaldo nas normas positivas e consuetudinárias, ou ainda de fundo religioso, mais comum em países do oriente, como Arábia Saudita, Irã e Paquistão.

E há o patriarcado de consentimento, sendo este mais sutil e com grande capacidade de adaptação às circunstâncias na contemporaneidade, em que as próprias mulheres reproduzem os hábitos patriarcais, sem a percepção crítica e da extensão dos danos-reflexos que estão ocorrendo.

Outro aspecto importante sobre o patriarcado é sua conceituação científica de uma prática que é facilmente identificada e reproduzida e pode ser considerado como sendo “uma ordem social genérica de poder, fundamentada em um modo de dominação cujo paradigma é o homem (...) assegura a supremacia dos homens e do masculino sobre a inferiorização das mulheres e do feminino” (LAGARDE, 2003, p.36).

Deste modo, é inegável a importância do reconhecimento e da compreensão do patriarcado que provoca uma tentativa de inferiorização da mulher também no ambiente de trabalho e, conseqüentemente, tem impedido uma maior proteção pelo Direito do Trabalho. Inclusive, por muitos séculos, a subordinação do gênero feminino foi considerada como algo natural e correto por toda a sociedade, tendo iniciado o seu fim apenas com o surgimento de teorias críticas e dos movimentos feministas na década de 60, do século XX, momento em que surgiram vários estudos e pesquisas identificando que o gênero “é a definição cultural do comportamento que se define como apropriado a cada sexo (...). O gênero é um conjunto de papéis sociais. É um disfarce, uma máscara, uma camisa de força dentro da qual homens e mulheres praticam uma dança desigual” (LERNER, 1990, p.339).

Sendo assim, as características que são dadas às mulheres, muitas delas relacionadas à passividade, ou à submissão, são criações culturais do próprio homem, ou seja, “a mulher é menos dominante porque isto é o que a sociedade lhe exige; mais emocional, porque seus pensamentos e sua educação foram orientados mais para o coração que para o cérebro” (FIGES *apud* PEREIRA, 2001, p. 11).

Neste contexto, não apenas o reconhecimento e a ampliação de direitos trabalhistas são rejeitados em uma sociedade patriarcal, mas também a emancipação da mulher no mercado de trabalho com condições igualitárias em relação aos homens, com mesma remuneração para os mesmos cargos dentro

de uma mesma empresa, menos disparidade entre a quantidade de homens e mulheres em postos de chefia e comando nos ambientes de trabalho.

E, o que impede esse reconhecimento é a forma como a mulher é concebida em uma sociedade patriarcal, como um ser inferior e que não merece ser titular de mais direitos, evidentemente, que essa fundamentação não é assumida e nem verbalizada de forma expressa, mas é inegável que esteja presente na relação entre a mulher e o Direito do Trabalho, o que é confirmado pelas inúmeras medidas discriminatórias verificadas no mercado de trabalho.

Portanto, pode-se considerar que a subordinação do gênero feminino ainda é uma realidade, uma evidencia disso é aumento na quantidade de movimentos feministas em defesa de igualdade entre homens e mulheres. A presente pesquisa busca sugerir a ampliação de direitos relativos à proteção da maternidade, contudo, é evidente que a resistência para a referida ampliação possui natureza patriarcal.

Muitos afirmam que as mulheres já possuem muitos direitos, mas não percebem a importância da proteção para a mulher e, principalmente, para o bebê. Além disso, afirmam que o aumento de direitos das mulheres, provocará o aumento no desemprego em relação aos homens, contudo - conforme ser amplamente analisado adiante - inexistente a relação da forma indicada, pelo contrário, nos últimos anos os direitos trabalhistas das mulheres têm aumentado significativamente e a participação da mulher no mercado de trabalho também tem aumentado, portanto, inexistente o reflexo negativo sustentado.

2.2 A MULHER E O MERCADO DE TRABALHO

A Revolução Industrial que ocorreu no século XIX no Velho Continente provocou muitas rupturas como seria de se esperar em qualquer processo revolucionário, e essas mudanças conseqüentemente produziram efeitos diversos nas relações de trabalho. Dentre os efeitos negativos destaca-se que a mulher passou a ser mais explorada como até então não tinha acontecido na história e, também como nunca mais aconteceu até a atualidade, dedicando-se à jornada extensa de trabalho e a péssimas condições, sem qualquer proteção, nem mesmo durante o período da gestação (TORRES, 2007, p. 66).

Após um aumento significativo das vítimas de acidentes de trabalho, as mulheres inglesas receberam uma proteção legal denominada de *Coal Mining Act*, em 1842, que passou a proibir o trabalho em subterrâneos e limitou a jornada de trabalho da mulher em 10h30 (dez horas e trinta minutos), apesar de ser considerada uma jornada de trabalho longa para o atual contexto que limita a jornada de trabalho a 8 (oito) horas diária e a 44 (quarenta e quatro) horas semanais, significou uma importante redução da jornada média da época que era de 16 (dezesesseis) horas, sendo considerado um marco inicial da proteção da mulher em face da exploração desumana.

Em seguida, a França buscou seguir o caminho da Inglaterra na produção de normas importantes para a proteção da mulher, tendo em 1874 proibido o trabalho em minas e pedreiras, e o trabalho noturno, às mulheres menores de 21 (vinte e um) anos, e em 1892 limitou a jornada de trabalho das mulheres em 11h (onze horas), em 1890 introduziu cadeiras nas empresas de acordo com o número de mulheres que trabalhassem no local de trabalho, em 1909 as mulheres tiveram o reconhecimento do direito ao repouso semanal não remunerado e às mulheres grávidas foram proibidas de carregar objetos severamente pesados.

Outros países seguiram a mesma medida de proteger o trabalho da mulher, como a Alemanha que criou o Código Industrial, fixando normas mínimas quanto ao trabalho realizado pelas mulheres e, em 1919, as mulheres tiveram alguns direitos iguais aos direitos dos homens, por meio da Constituição de Weimar.

A partir deste momento, se inicia uma fase de proteção legal do trabalho da mulher que evolui até a atualidade. O que é muito importante perceber que em outros países, como ocorre no Brasil, o aumento dos direitos trabalhistas das mulheres não provoca o desemprego desse gênero, pelo contrário, na mesma medida em que normas foram criadas, a mulher aumentou a sua participação no mercado de trabalho, contribuindo para demonstrar que o reconhecimento da proteção da gestante que pede demissão não provocará um aumento no desemprego das mulheres.

Portanto, é importante analisar de forma mais aprofundada a criação de normas trabalhistas dedicadas à proteção das mulheres e aos seus reflexos no mercado de trabalho.

2.2.1 A suposta relação entre a ampliação de direitos da mulher e o aumento do desemprego no Brasil

Na maioria das vezes em que Poder Legislativo inicia um debate para ampliar direitos trabalhistas, sempre se insurge uma corrente majoritária - posto que a grande maioria dos parlamentares no Brasil recebem financiamentos de campanha de empresas privadas e, conseqüentemente, representam os interesses delas - defendendo que a ampliação de direitos trabalhistas provocará a redução dos postos de trabalho e o aumento do desemprego. E, quando a ampliação de direitos se destina a beneficiar às mulheres, essa resistência é ainda maior.

Um estudo realizado por um Comitê de Especialistas na aplicação de Convenções e Recomendações, órgão da OIT, chegou à conclusão de que a discriminação da sociedade em relação à mulher decorre de questões históricas, culturais, além de estereótipos criados, contribuindo para a segregação da mulher no mercado de trabalho.

This resulted in the undervaluation of jobs predominantly performed by women, such as kindergarten teachers and nurses that are remunerated relatively less than jobs of equal value performed by men. The concept of work of equal value is essential in order to redress the results of occupational segregation and permits a wider scope of comparison between jobs performed by men and women in different places or enterprises, or between different employers⁵¹ (LANDAU e BEIGBEDER, 2008, p.68).

⁵¹ Tradução livre: Isso resultou na desvalorização de postos de trabalho predominantemente desempenhados por mulheres, como educadores de infância e os enfermeiros que são remunerados relativamente menos do que postos de trabalho de igual valor realizado por homens. O conceito de trabalho de igual valor é essencial a fim de corrigir os resultados de segregação ocupacional e permite um escopo mais amplo de comparação entre os trabalhos realizados por homens e mulheres em diferentes lugares ou empresas, ou entre diferentes empregadores.

Muitas são situações que ocorrem com a gestante que ainda não são tuteladas, como ocorre com a gestante que pede demissão sem reconhecimento da gravidez. Atualmente, a legislação constitucional e infraconstitucional só protege expressamente a gestante contra a dispensa discriminatória ou arbitrária desde o momento da concepção até 120 (cento e vinte dias) após o parto, independentemente se o contrato é por prazo indeterminado ou durante o aviso prévio, contrato por experiência ou contrato por prazo determinado ⁵².

E, não sendo diferente no presente caso, verifica-se uma corrente que se apresenta de forma contrária sob o argumento de que a ampliação de direitos destinados à mulher gestante poderá provocar, uma desvantagem em contratá-la, posto que poderia engravidar.

Em verdade, é necessário esclarecer que inexistente a relação entre a ampliação de direitos destinados às mulheres gestantes e com a diminuição na sua participação no mercado formal de trabalho, pelo contrário, a participação delas continua em crescimento, mesmo quando novas normas trabalhistas surgem.

Com a CR/88, as mulheres grávidas tiveram seus direitos ampliados de forma significativa, posto que anteriormente à Carta Magna, a licença maternidade era de apenas 90 (noventa) dias e em 1988 passou a ser de 120 (cento e vinte) dias, um aumento significativo de 30% no tempo em que a mulher passou a ficar afastada do trabalho e recebendo o benefício denominado de Auxílio Maternidade.

⁵² Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: I - Fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, "caput" e § 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966; II - Fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: a) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato; b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. § 1º Até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-maternidade a que se refere o inciso é de cinco dias. § 2º Até ulterior disposição legal, a cobrança das contribuições para o custeio das atividades dos sindicatos rurais será feita juntamente com a do imposto territorial rural, pelo mesmo órgão arrecadador. § 3º Na primeira comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas pelo empregador rural, na forma do art. 233, após a promulgação da Constituição, será certificada perante a Justiça do Trabalho a regularidade do contrato e das atualizações das obrigações trabalhistas de todo o período.

Essa ampliação de direitos não foi isenta de críticas e debates na Assembleia Nacional Constituinte (fevereiro de 1987 a setembro de 1988), encontrando resistência entre os próprios “representantes” dos empregados posto que a bancada parlamentar que representava os empregadores defendia que a ampliação produziria um efeito negativo para as trabalhadoras, inclusive muitas representantes das trabalhadoras também acreditavam no discurso que visava contar os avanços dos direitos das trabalhadoras gestantes. Naquele momento, as mulheres parlamentares constituintes se reuniam com frequência para discutir alguns direitos destinados ao gênero feminino, o que era denominado pela imprensa daquela época de o lobby do batom (PRONI, 2010, p. 25-26).

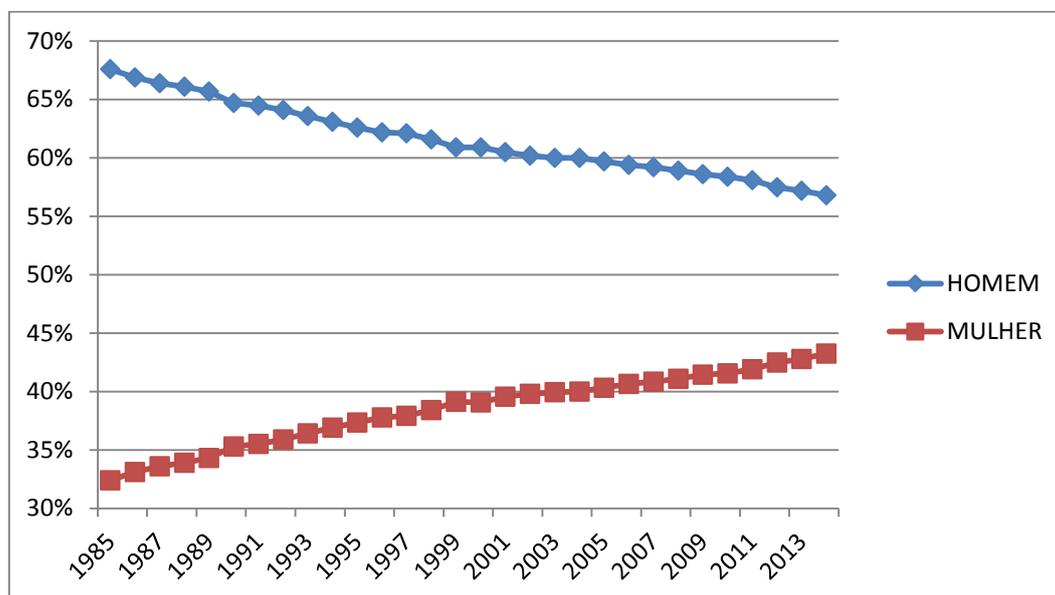
Ademais, não se pode esquecer que o contexto econômico do período em que ocorreram ampliações nos direitos das mulheres grávidas, era bastante complexo, posto que em 1986, o Brasil foi obrigado a pedir a moratória da sua dívida externa, a inflação voltou a crescer, a economia brasileira sofreu forte desaceleração em decorrência do *crash* da bolsa de valores de *Dow Jones* que se alastrou nas bolsas do Japão e da Europa, portanto, economicamente, o país estava em péssima situação econômica (PRONI, 2013, p. 37).

O cenário desenhado pelos discursos da classe empresária e por seus representantes ao longo da Assembleia Constituinte não se concretizou, tendo em vista que a Constituição da República de 1988 representou uma significativa ampliação de direitos trabalhistas das mulheres gestantes, mesmo ocorrendo em um período de grande instabilidade econômica (PRONI, 2013, p.43).

No que diz respeito ao ingresso da mulher no mercado de trabalho, pode se considerar que em 1988 apenas 1/3 (33,9%) dos empregos formais no Brasil era ocupado por mulheres e 2/3 (66,1%) era ocupado por homens. E, se o cenário traçado pelos empresários ocorresse, haveria necessariamente a redução na participação da mulher nos anos seguintes se comparada com a participação dos homens. (PRONI, 2013, p. 43).

Entretanto, não foi isso que ocorreu, pois, a mulher aumentou a sua participação no mercado formal de trabalho para 35,9%, em 1992, e continuou

aumentando nos anos seguintes, conforme planilha abaixo, com base nos relatórios da RAIS-MTE⁵³.



Portanto, após a maior ampliação dos direitos e garantias das gestantes no Brasil que ocorreu em 1988, com a promulgação da Constituição da República, o que se esperava pelos empresários era que a mulher teria uma redução em sua participação no mercado formal de trabalho, contudo, a evolução acima comprova que a ampliação de direitos trabalhistas das mulheres e, notadamente, das gestantes, não provoca aumento de desemprego em relação aos homens, portanto, a efetividade e ampliação da proteção da maternidade não prejudica a sua participação no mercado de trabalho.

2.2.2 A proteção do trabalho da mulher na França

A Constituição Francesa de 1946, que iniciou a Quarta República Francesa, e foi sucedida pela atual Constituição Francesa, em vigor desde 1958 e que já estabelecia a igualdade de todos perante a Lei, estabelecendo

⁵³ <http://bi.mte.gov.br/scripts10/dardoweb.cgi>, acessado em 11/12/2015. Elaboração Própria.

expressamente a proteção da mulher gestante em dois aspectos, sendo um deles no momento da contratação e o segundo no momento da dispensa.

Naquele país, a temática da proteção à maternidade não está restrita a legislação constitucional ou trabalhista, posto que o Código Penal Francês estabelece um tipo penal para as condutas de dispensa discriminatórias da mulher grávida, estando deste modo, amplamente tutelada pelas leis trabalhistas e penais daquele país desde meados do século XX.

As pesquisas realizadas demonstram que a situação da mulher no mercado de trabalho da França possui dois aspectos. O primeiro positivo que demonstra um significativo percentual de participação da mulher no mercado de trabalho formal, tendo em vista que em 1994, 77% das mulheres entre 25 e 48 anos exerciam atividades profissionais, por outro lado, o aspecto negativo denuncia que há uma forte segregação no mercado de trabalho da mulher, posto que elas ocupavam os cargos menos remunerados (DELGADO, 2000, p. 41-57).

Além disso, na França a Legislação trabalhista prevê a possibilidade de trabalhadores serem contratados para trabalharem em um período de tempo inferior àquele que os demais trabalhadores estão habituados a serem contratados, denomina-se de empregados por tempo parcial e, normalmente, nesse trabalho são realizados serviços que demandam pouca ou nenhuma qualificação profissional, posto que muitas vezes são serviços de limpeza em grandes supermercados, serviços de babás e serviços domésticos de limpeza e em sua grande maioria, 83%, são ocupados por mulheres, enquanto que apenas 17% dos homens realizam esses tipos de serviços em jornada parcial de trabalho. (TORRES apud DELGADO, 2000, p. 41-57).

Importante registrar ainda que várias medidas têm sido adotadas na França para diminuir as diferenças no mercado de trabalho entre homens e mulheres, em 1972, uma lei específica com a finalidade de igualar os salários de homens e mulheres foi implantada, em 1975, outra lei com objetivo de coibir as discriminações contra a mulher no ambiente de trabalho, 1983, novamente a igualdade de salários foi objeto de uma legislação trabalhista e específica, desta vez, estabelecendo uma obrigatoriedade para as empresas com mais de 50 empregados de apresentar um levantamento denominado de “relatório anual da

situação comparada das condições gerais de emprego das mulheres e dos homens” (TORRES apud DELGADO, 2000, p. 41-57).

A pesquisa quantitativa é importante para identificar parâmetros numéricos importantes para avaliar e comparar realidades diferentes, o que se pode concluir na análise da relação entre a mulher e o mercado de trabalho na França é que inexistente uma relação entre a ampliação da quantidade de direitos da mulher e diminuição da sua participação no mercado de trabalho, pelo contrário, conforme se evidencia nos percentuais de participação da mulher verifica-se o aumento, paralelamente à ampliação dos direitos trabalhistas, o que falta às mulheres é serem tratadas em igualdade em relação aos homens e essa diferença decorre das influências do patriarcado.

2.2.3 A proteção do trabalho da mulher na Itália

No sistema jurídico italiano, desde 1977 havia na legislação pátria uma norma prevendo a proteção à mulher gestante para esta se afastar do trabalho em decorrência do parto. A grande inovação dessa regulamentação, em relação a outros países, foi de que o pai também teria direito ao afastamento do trabalho, devendo ser decidido pelo casal qual dos dois ficaria com o bebê durante o período da licença maternidade.

Essa possibilidade de os pais decidirem de mútuo acordo quem gozará a licença maternidade, apenas confirma que o titular da proteção à maternidade não é mesmo a mulher, mas sim o bebê que precisa de proteção e cuidados nos primeiros meses de vida e, por uma questão biológica de amamentação, o bebê necessita mais da sua genitora do que do seu pai, o que não impede que a licença maternidade seja gozada pelo pai, desde que os 30 (trinta) primeiros dias sejam gozados obrigatoriamente pela mãe.

Analisando pesquisas realizadas sobre o mercado de trabalho da mulher na Itália, percebe-se que não se trata de uma exceção em relação aos demais países da União Europeia, posto que nos últimos anos paralelamente à criação de normas jurídicas de proteção da mulher, não se evidenciou diminuição na sua participação no mercado de trabalho.

Pelo contrário, pode-se afirmar que houve um significativo aumento na década de 70 e um aumento ainda maior na década de 80, do século passado, sendo interrompido com a crise econômica que se instaurou naquele país. A taxa de participação da mulher no mercado de trabalho cresceu de 33,2% em 1975, para 43% em 1995, e a taxa de ocupação passou de 30,4% em 1975 para 36% em 1995. Importante, salientar que neste mesmo período o índice de desemprego entre todos os trabalhadores praticamente dobrou de 8,7% para 16,4% em 1995. (TORRES apud DELGADO, 2000, p. 59-74).

Em que pese o aumento da participação da mulher no mercado de trabalho, neste mesmo período, a Itália aumentou a quantidade de regulamentações de proteção à mulher e, especificamente, à maternidade, entre todas as regulamentações destaca-se a lei criada em 1963 proibindo a dispensa com fundamento no matrimônio, em 1971, outra lei mais genérica estabeleceu a igualdade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, em 1977, proibindo a discriminação salarial em razão do gênero, garantindo o acesso à qualificação, ao cargo ou ascensão na carreira, em 1980, a atenção foi destinada a igualdade de salário entre homens e mulheres.

Portanto, o que se pode extrair dos dados estatísticos apresentados é que nos últimos anos, mesmo com o crescimento dos direitos destinados às mulheres e, especificamente, às gestantes, a participação feminina tem aumentado, o que não significa dizer que esse aumento da sua participação no mercado de trabalho tem sido de forma equilibrada, posto que a mulher tem ocupado de forma mais quantitativa os cargos de menor qualificação profissional, o que decorre do patriarcado, mas, por outro lado, a criação de normas não tem sido um obstáculo para a sua inclusão no mercado de trabalho.

2.2.4 A proteção do trabalho da mulher na América Latina

As pesquisas quantitativas demonstram que o número de mulheres ativa, ou seja, que participam do mercado de trabalho triplicou se comparado a realidade da década de 1960 com a realidade da década de 1990, posto que aumentou de 18 (dezoito) milhões para 57 (cinquenta e sete) milhões, enquanto que o número de homens não chegou nem a dobrar, passando de 80 (oitenta)

milhões para 147 (cento e quarenta e sete) milhões, o que representa um aumento significativo da participação da mulher no mercado de trabalho em relação ao homem. (TORRES apud DELGADO, 2000, p. 111).

Enquanto que a quantidade de homens que ocupam a população economicamente ativa diminuiu de 77,5% (setenta e sete e cinco décimos por cento), em 1960, para 70,3% (setenta e três décimos por cento), em 1990, por outro lado, a quantidade de mulheres que ocupam a população econômica ativa aumentou de 18,1% (dezoito e um décimo por cento) em 1960, para 27,2% (vinte e sete e dois décimos por cento), em 1990, o que demonstra que independente da ampliação de direitos trabalhistas das mulheres na América Latina, a sua participação aumentou numericamente e percentualmente em relação aos homens.

Importante salientar que assim como ocorre em países da Europa, o aumento da participação da mulher no mercado de trabalho na América Latina não representa necessariamente que a mulher está tendo boas condições de trabalho, apenas para exemplificar, no Brasil, em 1990, metade das mulheres trabalhadoras se concentrava em apenas seis ocupações, sendo elas: empregada doméstica, balconista, comerciante ou vendedora por conta própria, professora de ensino fundamental, costureira.

Destarte, é evidente que a mulher tem ocupado funções menos qualificadas se comparada com as funções ocupadas pelo homem, o que apenas reafirma que o que atrapalha a mulher no mercado de trabalho não é a criação de normas legais protetoras, mas o tratamento desigual que é dado a elas (TORRES apud RAIS-1990, 2007, p. 83).

Um das causas para o aumento da participação da mulher no mercado de trabalho decorreu de uma forte crise econômica em 1980 que provocou mudanças na configuração de muitas famílias, deixando de serem providas apenas pelos homens e passando a serem sustentadas também por mulheres. Para estas, assim como ainda acontece, não foi fácil pois passou a ter que conciliar uma jornada de trabalho no emprego e nas atividades domésticas com os filhos, comprometendo ainda mais a qualificação delas.

Ocorreu não apenas um aumento quantitativo, mas sim uma mudança no modelo da participação laboral feminina, apontando para uma maior homogeneização do comportamento de atividade de homens e mulheres. Por outro lado, aumentou a porcentagem de famílias chefiadas por mulheres, o que cada vez mais questiona a ideia de que a mulher constitui uma “força de trabalho secundária”. (TORRES, 2007, p. 84)

Uma peculiaridade das áreas rurais da América Latina é que o nível médio de instrução das mulheres é superior ao dos homens no mercado de trabalho, o que diferencia do que ocorre em outros países do Velho Continente, tendo a mulher uma média de 09 (nove) anos de instrução enquanto que os homens possuem uma média de 07 (sete) anos.

Em conclusão, percebe-se que os direitos trabalhistas das mulheres têm aumentado em vários países analisados, paralelamente a isso, a participação da mulher tem aumentado no mercado de trabalho. Além disso, evidencia-se que a mulher sempre tem ocupado cargos inferiores em relação à média dos homens e quando alcança os mesmos cargos recebe menos que os homens. Essa prática não decorre da ampliação de direitos, mas do elemento patriarcal que impede a mulher de ocupar um espaço em relação de igualdade em relação ao homem.

3 O PODER JUDICIÁRIO E A AMPLIAÇÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS

O tema da proteção ao trabalho da gestante não pode ser analisado exclusivamente sob a ótica dogmática, pois uma pesquisa científica mais profunda sobre esse importante instituto do Direito do Trabalho, sem analisar o atual contexto da atuação do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, no Estado Democrático de Direito, provocaria um resultado limitado e incompleto.

Logo, será analisado também a relação entre o Poder Judiciário e a proteção do trabalho da gestante, notadamente, como o Poder Judiciário tem capitaneado a ampliação de direitos trabalhistas e como essa nova concepção pode justificar o aumento de garantias legais destinadas à gestante.

Inicialmente, é importante compreender que com o final da II Guerra Mundial, o Constitucionalismo iniciou uma nova fase de fortalecimento o que ocorreu em vários países da Europa que tiveram líderes tiranos. Desta maneira, as Cartas Magnas passaram a prever garantias e direitos que teoricamente não poderiam ser alterados a bel prazer de um único líder, mesmo que tivesse a justificativa de proteger o próprio povo.

Após a Segunda Guerra Mundial, o mundo estava esfacelado, e por isso precisava ser reconstruído; porém, seguindo e pautado por outras premissas, e não por aquelas do Estado Liberal – um capitalismo desordenado e segmentado pelo individualismo. Para isso, dentre as mudanças, foi criado o Direito do Trabalho, que objetivava a reconstrução da sociedade, pautada na ordem coletiva e não individual (EÇA; ROCHA, 2014, p.19)

Em momento seguinte, os textos constitucionais passaram a se restringir às intenções de vontades, com direitos e garantias sem aplicabilidade imediata, estando repleta de normas programáticas. Desta maneira, até aquele momento, era bastante comum haver um distanciamento entre o texto constitucional de um país e a realidade vivenciada pela população.

Atualmente, no Brasil verifica-se que o Constitucionalismo possui características de um Constitucionalismo da Efetividade, em que os princípios e os direitos fundamentais podem se fundamentar a pretensão de uma atuação da

tutela jurisdicional. Desta maneira, o texto constitucional possui natureza de norma jurídica normativa imediata e aplicável ao caso concreto.

No Brasil, como decorrência da atribuição de normatividade à Constituição, surge a doutrina da efetividade, que procurava superar algumas disfunções na formação do ordenamento jurídico nacional, evidenciadas na ausência de determinação política para o exercício das disposições constitucionais e no uso da Constituição unicamente como instrumento ideológico. O objetivo da doutrina da efetividade era o de tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e indiretamente na maior extensão de sua densidade normativa (BARROSO, 2008a, p.15).

Paralelamente à efetividade das normas constitucionais, o Poder Legislativo tem sido inerte as rápidas mudanças sociais, o que tem provocado um aumento na atividade de interpretação e de aplicação da Constituição pelo Poder Judiciário para garantir direitos tutelados. Portanto, é importante analisar o Neoconstitucionalismo, o Ativismo Judicial, a Judicialização do Direito e a Judicialização da Política que interagem com o Direito do Trabalho brasileiro e que tem promovido o avanço de garantias.

O Direito não é uma ciência exata ou imutável, há várias concepções sobre essa ciência e com frequência as definições modificam-se na mesma medida em que o homem se transforma, ou seja, as mudanças no Direito são frequentes, assim como o homem está sempre em mutação.

Anteriormente, a ciência jurídica restringia-se apenas ao estudo da norma jurídica criada pelo Poder Legislativo, ou seja, a supervalorização da Lei, a convicção de que todos os conflitos poderiam ser tutelados a partir da aplicação do texto legal, em sua literalidade. Contudo, após a II Guerra Mundial, restou evidente a necessidade de criação de mecanismos de proteção das garantias adquiridas e para conter práticas autoritárias.

Dessa maneira, as Constituições passaram a ocupar maior importância no ordenamento jurídico e a conter princípios e garantias importantes para as respectivas sociedades, com o objetivo de diminuir a possibilidade do retorno do autoritarismo dos líderes políticos.

Ao mesmo passo, nos Estados Liberais se evidenciava uma menor preocupação com as questões sociais, além da intensificação do processo de

Globalização, provocando um aumento nos conflitos sociais e a diminuição das fronteiras, também se verifica um maior contraste entre as diferenças de grupos sociais.

Com o aumento na quantidade e na complexidade dos conflitos sociais, as Leis que são produzidas principalmente pelo Poder Legislativo, não representavam mais as necessidades da população, posto que a ineficiência na produção de regras de dever ser, que representariam os anseios do povo provocaram uma atuação do Poder Judiciário mais proativa do que anteriormente.

O que significa dizer que o Poder Judiciário passou com mais frequência a realizar funções que não correspondiam com a sua atividade preponderante, ou seja, criar novas regras em razão da ausência de Leis que deveriam ser criadas pelo Poder Legislativo.

O mesmo aconteceu com a proteção da maternidade que foi ampliada por meio da atuação do Poder Judiciário em casos concretos, provocando em um segundo momento a regulamentação pelo Poder Legislativo, portanto, não se pode afastar a análise no Poder Judiciário sobre a matéria.

Outra questão importante é que a Constituição consagra os direitos fundamentais, princípios e finalidades públicas que são mais importantes para uma nação, tais como, por exemplo, a proteção da maternidade que possui uma importância que não se restringe apenas para a gestante ou apenas para o nascituro, mas se destina a todos os seres humanos que precisam de cuidados nos primeiros meses de vida.

Com essa nova corrente do Direito Constitucional Contemporâneo, denominada de Neoconstitucionalismo, verifica-se que a Constituição passa a ocupar outro papel de importância no ordenamento, não apenas de servir como um elemento de união para o seu povo, mas também de ser o fundamento para garantias e proteções.

Desta maneira, as normas constitucionais passam a ter eficácia direta e imediata, sendo o texto constitucional aplicado para tutelar direitos e garantias no caso concreto, como se tem no art. 5º, § 1º da Carta maior ⁵⁴.

No caso da Proteção da Maternidade, verifica-se que inexistem no ordenamento jurídico a previsão legal, ou regulamentação de todas as situações relacionadas às gestantes, por essa razão importante se faz a compreensão do Princípio de Proteção à Maternidade, uma vez que deve ser aplicado diretamente aos casos em que inexistente previsão legal de proteção mais específica.

Sendo assim, o aspecto teleológico da dignidade da pessoa, aliado à melhoria da condição social, além de outros direitos, elementos presentes nas normas constitucionais dos artigos 1º ⁵⁵ e 7º ⁵⁶, respectivamente, servem de fundamentação para que se avance cada vez mais na proteção tanto ao trabalho da mulher quanto do nascituro.

Portanto, importante percebermos que os avanços na matéria têm sido decorrentes de um Poder Judiciário atuante e de um Poder Legislativo inerte às novas mudanças e que a Constituição Federal pode e deve ser aplicada ao caso concreto para dirimir lides judiciais, em especial, no que se refere à proteção da maternidade.

3.1 A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO DO TRABALHO E O DIREITO CONSTITUCIONAL

A relação entre Direito do Trabalho e Direito Constitucional nunca foi tão intensa quanto na atualidade, tendo em vista que muitos dos direitos trabalhistas foram inseridos no texto constitucional. Tal mudança, iniciada de forma significativa na Constituição da República de 1988, possui o intento de revestir alguns direitos de maior proteção e, conseqüentemente, dificultar modificações

⁵⁴ § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

⁵⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.

⁵⁶ 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; XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

ou revogações pelos agentes políticos, em decorrência de circunstâncias políticas ou econômicas.

Os dois citados ramos do Direito possuem surgimento em períodos diferentes, enquanto que as primeiras normas constitucionais datam de 1215, da Magna Carta inglesa, de João Sem Terra, e possuíam o escopo de reunir e constituir a unidade de uma nação e ao mesmo tempo limitar os poderes do monarca. Por outro lado, as primeiras normas trabalhistas foram criadas após a Revolução Industrial, no século XVIII, com a dupla finalidade de conter os movimentos revolucionários dos trabalhadores e também de incluir no sistema capitalista.

Apesar de possuírem um surgimento diverso e independente do outro, o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional se aproximam com o final da 2ª Grande Guerra mundial, momento em que surgem várias constituições na Europa e, com elas, surge um novo paradigma de constitucionalização de direitos fundamentais sociais e de supremacia da Constituição em relação às demais fontes formais de direito.

Neste contexto, o fortalecimento das Constituições passou a contribuir também com a valorização do Direito do Trabalho, uma vez que muitas normas trabalhistas foram incluídas nos dispositivos constitucionais.

3.2 O NEOCONSTITUCIONALISMO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

A Constituição da República de 1988, diferentemente dos demais textos constitucionais de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988, possui uma hermenêutica diferenciada de aplicabilidade imediata das suas normas constitucionais. Essa característica decorre de vários fatores históricos, filosóficos e jurídicos que contribuíram com algumas mudanças jurídicas e, por sua vez, provocaram uma alteração no paradigma em relação à aplicabilidade dos textos constitucionais.

Há muitos motivos para se destacar a importância da atual norma constitucional em vigor, entre outras razões, historicamente destaca-se que o seu surgimento ocorreu em um período de significativa transição entre um regime ditatorial militar para um Estado Democrático de Direito e, caso não fosse suficiente, o período que se iniciou com a Constituição Cidadã foi de eventos políticos e econômicos que colocaram a força do texto constitucional à prova, tendo em vistas as adversidades políticas e econômicas. Apesar disso, a Constituição da República de 1988 continua incólume, mantendo a estabilidade institucional republicana no país.

Uma constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um sentimento constitucional no país é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso, superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor. (BARROSO, 2005, p. 4-5).

Outro aspecto que sofreu significativa mudança foi sob o aspecto filosófico, pois se verifica a superação do positivismo jurídico, não pelo jus naturalismo que sempre foi a corrente oposta ao positivismo jurídico, mas sim pelo pós-positivismo, no sentido de permitir ao aplicador do direito ir além da legalidade estrita, ou literalidade do texto legal, sem representar uma desvalorização da norma legal, e procurando empregar uma leitura moral do direito.

A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia. (BARROSO, 2005, p.6)

Além dos aspectos histórico e filosófico, sob o aspecto jurídico há três grandes mudanças relevantes que contribuem para a efetividade das normas constitucionais. Em primeiro, o reconhecimento da força normativa à Constituição, em segundo, a expansão da jurisdição constitucional e, em terceiro, o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional (BARROSO, 2005, p. 6).

Em relação à força normativa da Constituição, restou superado o paradigma que vigorava na Europa, ao longo do século XX, no qual o referido texto constitucional correspondia apenas a um documento político, congregando intenções do constituinte a serem perseguidas pelas futuras gerações. Ademais, até aquele momento, não se reconhecia nenhuma função relevante ao Poder Judiciário que fosse capaz de ampliar a literalidade das normas criadas pelo legislador, posto que a atuação judicante era de aplicar de forma mais próxima à literalmente das normas, sendo expressamente impedido de realizar interpretações mais amplas ou mais justas, o que impedia que as Constituições tivessem uma força normativa.

No Brasil, a efetividade das normas constitucionais teve início apenas em 1988 com a Constituição da República. Não restam dúvidas que, em razão do contexto político, houve muita resistência por parte daqueles que se beneficiavam com o contexto jurídico, além disso, já se estava habituado à característica programática da norma constitucional de servir como uma orientação e não como um texto que pudesse ser aplicado de forma direta. Nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência desempenharam um importante papel para romper os paradigmas e contribuir para que a norma constitucional tivesse uma força normativa.

Em relação à expansão da jurisdição constitucional, destaca-se o controle de constitucionalidade que surgiu desde o final do século XIX, influenciado pelo sistema norte-americano de supremacia da Constituição e denominado de *judicial review*, possibilitando ao Poder Judiciário o controle de validade, de forma abstrata ou concentrada, sobre normas criadas pelo Poder Legislativo e, conseqüentemente, valorizando e destacando o Judiciário em relação ao Legislativo, como o Guardião da Constituição.

A formula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais (BARROSO, 2005, p.8)

No Brasil, a ampliação da jurisdição constitucional é evidenciada na grande quantidade de atividades desempenhadas pelo Supremo Tribunal Federal, pois além de ser considerado uma corte de terceira e segunda instância para inúmeros recursos processuais, dependendo da competência originária da ação principal, também é responsável por realizar o controle de constitucionalidade de forma abstrata, possui uma lista ampla de ações cuja competência é exclusiva e, caso não fosse suficiente, são vários os legitimados para propor ações perante este órgão, conforme dispõe o artigo 102⁵⁷, da Constituição da República.

⁵⁷ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal; e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território; f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta; g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro; h) (Revogado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados; l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais; n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados; o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal; p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade; q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal; r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público; II - julgar, em recurso ordinário: a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; b) o crime

Em relação à nova interpretação constitucional, evidencia-se que há uma relação de causa e consequência em relação à força normativa da Constituição e à ampliação da jurisdição constitucional. Na topografia das normas, é inegável que a norma constitucional corresponde a uma espécie das normas jurídicas, portanto, possuem as mesmas formalidades para a sua criação, inclusive as normas constitucionais têm mais formalidades e requisitos a serem observados se comparadas com as outras espécies de normas jurídicas, não havendo razão para não terem reconhecidos os mesmos efeitos de uma norma jurídica, entre outros, a aplicabilidade imediata.

Ainda em relação à interpretação constitucional, é importante registrar que dentre as normas jurídicas há diversos conceitos gerais indeterminados que precisam ser preenchidos e contextualizados pelo aplicador da norma, e nem por essa razão, perdem o efeito de aplicabilidade imediata da norma, da mesma maneira ocorre com os princípios e direitos fundamentais constitucionais que também não podem perder o efeito de aplicabilidade imediata em razão das referidas normas serem abstratas.

A norma em abstrato não contém integralmente os elementos de sua aplicação. Ao lidar com locuções como ordem pública, interesse social e boa-fé, dentre outras, o intérprete precisa fazer a valorização de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e o alcance da norma. Como a solução não se encontra integralmente no enunciado normativo, sua função não poderá limitar-se à revelação do que lá se contém; ele terá de ir além, integrando o comando normativo com a sua própria avaliação. (BARROSO, 2005, p. 12-13)

Portanto, com as mudanças elencadas, o constitucionalismo recebe uma nova nomenclatura, passando a ser compreendido como o

político; III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. § 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Neoconstitucionalismo, caracterizando-se pela efetividade das normas constitucionais, mesmos aquelas que possuem conceitos indefinidos ou abstratos, como ocorre com frequência com os direitos fundamentais sociais, não podendo ser afastado o efeito de aplicabilidade imediata que as normas jurídicas possuem.

O reconhecimento de normatividade aos Princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo. Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios. A definição do conteúdo de cláusulas como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e eficiência também transfere para o intérprete uma dose importante de discricionariedade. Como se percebe claramente, a menor densidade jurídica de tais normas impede que delas se extraia, no seu relato abstrato, a solução completa das questões sobre as quais incidem. Também aqui, portanto, impõe-se a atuação do intérprete na definição concreta de seu sentido e alcance. (BARROSO, 2005, p.13)

Portanto, o neoconstitucionalismo pode ser definido como um conjunto amplo de mudanças que ocorreram em muitos países, entre eles o Brasil, com o Direito Constitucional, de caráter histórico, filosófico e teórico, resultando em um processo de constitucionalização do direito e efetividade das normas constitucionais, dentre elas, as normas trabalhistas.

3.3 A JURIDIFICAÇÃO, A JUDICIALIZAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL

Nos últimos anos, verifica-se um aumento significativo – não apenas no Brasil – na quantidade de estudos dedicados ao Direito Constitucional e, mais especificamente, ao Ativismo Judicial e à Judicialização no Direito. E, como ocorre com algumas outras áreas do Direito, evidenciam-se tantos conceitos, quanto a quantidade de pesquisadores e estudiosos sobre a matéria. Isso é fruto da complexidade da temática que possui vários aspectos relevantes para a sua compreensão e definição.

Ademais, é importante perceber que as temáticas acima mencionadas são necessárias para a compreensão da efetividade das normas fundamentais

trabalhistas, por essa razão serão apresentadas e aprofundadas de forma separada, iniciando-se pela análise do processo de Juridificação do Direito para compreender em suas origens o processo de Constitucionalização do Direito, e, conseqüentemente, do Direito do Trabalho.

3.3.1 A Juridificação do Direito

Com o final do período histórico feudal na Europa, o sistema capitalista encontrou um contexto social, político e econômico favorável para o seu surgimento e rápido desenvolvimento. A partir desse momento, surgem os Estados Absolutos que passam a controlar a prática do mercantilismo e a buscar novos mercados consumidores para uma produção que se inicia em pequenos centros urbanos, além disso, a população que era predominantemente rural passa a buscar nas cidades melhores condições de vida.

No que se refere aos aspectos jurídicos, a centralização do poder pelo monarca provocou o surgimento do que se denomina de justiça do rei, estrutura em que este exercia a atividade jurisdicional determinando obrigações, ordenando penas e resolvendo os conflitos. Nesse momento, o direito sofre um processo de unificação e positivação de normas jurídicas, surgindo cortes de justiça com a finalidade exclusiva de realizarem os julgamentos e dirimir as controvérsias na sociedade.

Conseqüentemente, o direito perdeu a característica que muitos acreditavam na Idade Média de ter o Direito emanado de uma vontade divina. Em seguida, foi instaurado o Estado Liberal, surgindo o conceito de cidadão, como o homem livre, capaz de obedecer às leis e a si mesmo. (PONTES; TEIXEIRA, 2013, p.5).

Neste mesmo período, verifica-se uma valorização do ser humano e o surgimento dos conceitos de cidadão e de democracia, tendo em vista que o Estado Liberal combatia de forma direta o absolutismo. Neste contexto, o Estado necessitou de um instrumento jurídico eficiente para evitar o regresso do Absolutismo e para efetivar os direitos, razão pela qual surge a Constituição, inaugurando o Estado Constitucional.

Nesse período de Estado Constitucional, o Direito passa a ser codificado e surge uma grande variedade de legislações. Outro importante fato que ocorreu nesse período foi o conflito entre a corrente que defendia o apego à vontade da lei e, de outro lado, a corrente que defendia uma interpretação mais flexível de acordo com a vontade do legislador.

Estando o Direito em várias relações humanas, verifica-se um aumento significativo na Judicialização, que pode ser compreendido como a busca da sociedade pelo Poder Judiciário, o que será aprofundado a seguir.

3.3.2 A Judicialização no Direito

É inegável que o Direito está presente em praticamente todas as relações humanas e sociais existentes, não apenas nas relações entre os homens, mas também com outros seres como, por exemplo, nas relações entre o homem e o meio ambiente. Inclusive, há na ciência um brocardo em latim, *ubi homini ibi societas ubi societas ibi jus*⁵⁸, muito conhecido que sintetiza essa realidade.

Nesse contexto, a Judicialização é reflexo da quantidade de questões, políticas, econômicas ou sociais que estão sendo decididas pelo Judiciário, inclusive acerca de competências dos outros poderes. Não tem sido raro, o Poder Judiciário determinar como o Poder Executivo deve administrar os recursos e, nem tem sido eventual, decisões judiciais que interferem no processo legislativo de criação de novas normas jurídicas.

A Judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. (BARROSO, 2009, p. 3).

Uma das causas da Judicialização foi a redemocratização que teve na promulgação da Constituição da República o marco histórico para o início de um

⁵⁸ Onde está o homem, esta a sociedade; e onde está a sociedade está o direito.

período em que a magistratura se encontra mais fortalecida, além disso, verifica-se o surgimento de uma cidadania mais intensa, além do fortalecimento do Ministério Público. Portanto, essas mudanças que ocorreram no final da década de 80, do século XX, contribuíram para a expansão do Poder Judiciário, bem como o aumento do desejo da sociedade por mais justiça emanada pelo Poder Judiciário.

A segunda causa da Judicialização e expansão do Judiciário foram a constitucionalização abrangente que inegavelmente trouxe muitas matérias antes analisadas pelo legislador ordinário e que, por sua vez, faziam a inclusão de novas garantias e direito apenas nas normas infraconstitucionais. Essa ampliação decorre de um contexto internacional também vivenciado por outros países como Portugal (1976) e Espanha (1978).

E, a terceira causa para o surgimento da Judicialização foi o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que pode ser considerado como um dos mais amplos do mundo. Por essa razão, segundo BARROSO (2009, p. 4), a Constituição da República é ambiciosa, analítica e desconfiada do legislador. Cumulando efeitos e características do sistema norte-americano e do europeu, o controle de constitucionalidade brasileiro pode ser denominado de eclético ou híbrido.

É importante considerar que o processo de Judicialização não pode ser considerado como um processo negativo ou positivo, isoladamente, verifica-se que há vários efeitos. Ademais, é importante esclarecer que o Poder Judiciário não pode ser identificado como causador da Judicialização, posto que se trata de uma busca da sociedade pelo referido Poder, não sendo facultado a escolha entre jogar ou não a demanda. Na medida em que elas são propostas, o Judiciário deverá julgar da maneira que entenda correta e justa.

Na América Latina, segundo o pesquisador VERONESE (2009, p. 216), vários países vivenciam certo paralelismo institucional, ressalvadas as suas eventuais diferenças históricas de cada país. Tanto a Argentina, Venezuela, Paraguai, Uruguai quanto o Brasil e o Chile têm passado por problemas similares em seu retorno à institucionalidade constitucional de caráter democrático. Por mais que a Colômbia não tenha tido uma ditadura militar em sentido estrito, esse

país experimentou uma sequência de estados de exceção e uma contínua guerra civil.

Ainda segundo VERONESE (2009, p. 217-218), essa expansão estaria em curso, de acordo com a tradição norte-americana, mesmo em países onde tal modelo não estava presente, como a França, e os fatores condicionais, são: (a) Expansão democrática. (b) Separação de poderes. (c) Política em prol de direitos. (d) Uso dos tribunais por grupos de interesses. (e) Uso dos tribunais por oposições políticas. (f) Instituições políticas ineficazes para definição da vontade da maioria (*majoritarian institutions*). (g) Percepção negativa das instituições de produção de políticas públicas. (h) Delegação de responsabilidade por parte das instituições para definição da vontade da maioria (*majoritarian institutions*).

Não é pouco frequente a confusão realizada por especialistas entre a definição de Judicialização e o Ativismo Judicial, entretanto, um aspecto importante deve ser salientado, a Judicialização consiste em uma busca da sociedade pela tutela do Poder Judiciário, ou seja, está relacionada à busca pelo Poder Judiciário e não à forma como o Judiciário se manifesta ou se posiciona, como ficou evidenciado em tópico sobre o Ativismo Judicial.

A Judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A Judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria (BARROSO, 2009, p.6).

Por essa razão, é necessário também o estudo acerca do Ativismo Judicial que será realizado a seguir e pode ser caracterizado pela forma como o Poder Judiciário tem decidido algumas demandas judiciais avançando na proteção de direitos e garantias, em detrimento do Poder Legislativo que tem sido inerte diante de muitas mudanças sociais.

3.3.3 O Ativismo Judicial

O surgimento da expressão “ativismo judicial” auxilia na explicação e aprofundamento do tema, pois a criação do termo surgiu de forma despretensiosamente, em 1947, nos Estados Unidos da América, quando o jornalista Arthur Schlesinger Jr. escreveu na revista intitulada *Fortune Magazine* um texto em que descrevia simpatias e inimizades entre os membros da corte norte americana e ainda mencionando que a corte era composta por juízes ativistas e por juízes de autorrestrrição. (LIMA, 2014, p. 164)

Na descrição de Schlesinger Jr., os *Judges* Hugo Black (1937 - 1971) e William O. Douglas (1939-1975) entenderiam que a argumentação legal é mais maleável que “científica” (“*The Black-Douglas view*”). Estes seriam conscientes de que a ambiguidade dos precedentes a serem considerados e a diversidade das doutrinas aplicáveis nos casos submetidos à apreciação permitiriam escolhas, e quaisquer delas seriam aceitáveis à “lógica jurídica”. Para essa visão, não haveria respostas corretas; mas escolhas políticas, tidas como inevitáveis. O processo decisório, sem “falsa pretensão de objetividade”, deveria estar atento às consequências sociais. Estes juízes seriam ativistas, pois sua concepção do direito arbitraria espaço para considerações de ordem ideológica (LIMA, 2014, p. 164).

Não é raro o termo “ativismo judicial” ser utilizado de forma pejorativa com uma expressão para representar um juízo valorativo negativo de crítica doutrinária, de uma atuação diferente daquilo que normalmente se esperaria do exercício jurisdicional. Desta maneira, é necessário se desvencilhar da tendência de considerar o ativismo como algo positivo ou negativo, antes mesmo de melhor conhecê-lo (LIMA, 2014, p. 163).

Ademais, o ativismo judicial não é algo imutável ou homogêneo, sendo absolutamente possível uma mesma corte ser considerada ativista em determinados momentos e não ser considerada ativista em outros, e mais, ser considerada simultaneamente ativista, ou não, dependendo da matéria a ser analisada, como ocorre no Tribunal Superior do Trabalho no julgamento de determinadas matérias.

Na identificação e definição do ativismo judicial, há inúmeros pesquisadores que se dedicam a essa finalidade, entre eles, destaca-se GREEN (*apud* LIMA, 2014, p 165), para quem os pontos mais utilizados para identificar o ativismo judicial na manifestação judicial podem ser identificados quando (a)

implique num erro jurídico grave; ou (b) produza resultado controverso ou indesejável; ou ainda (c) invalide uma norma.

É importante registrar que para o mesmo pesquisador não é necessário que uma decisão judicial analisada atenda simultaneamente a todos os elementos indicados, bastando apenas enquadrar-se em uma das hipóteses para ser considerada uma manifestação de ativismo judicial.

Já para o pesquisador Keenan Kmiec (*apud* LIMA, 2014, p.166) será considerado ativismo judicial uma decisão que realizar apenas uma das seguintes hipóteses: (a) derrubar atos constitucionais dos outros poderes; (b) desconsiderar os precedentes; (c) exercer a atividade legislativa; (d) desviar a metodologia “aceitável” de interpretação; ou (e) julgar “voltando-se aos resultados”.

Sendo assim, verifica-se uma riqueza de detalhes se comparados os conceitos de diferentes especialistas sobre a matéria, portanto, a apresentação de um único conceito ou definição sobre ativismo judicial comprometeria uma análise mais aprofundada sobre o tema estudado.

E, a contribuição de um pesquisador brasileiro, acerca do ativismo judicial, destaca-se Luís Roberto Barroso (2009, p.6), para quem o ativismo judicial é mais nítido e perceptível nas sociedades onde há um afastamento entre o poder legislativo e a sociedade civil, provocando, conseqüentemente, uma retração do Parlamento e uma expansão do Judiciário para atender aos anseios da sociedade por meio da tutela jurisdicional.

Ocorre que a utilização do ativismo judicial por uma corte de forma reiterada, conseqüentemente, poderá provocar efeitos nocivos para o Estado Democrático de Direito, entre eles destaca-se: (a) a politização da justiça, na medida em que os magistrados passam a priorizar o caráter ideológico ou julgam objetivando determinado resultado em detrimento do meio técnico jurídico adequado compromete-se a imparcialidade inerente ao órgão julgador; (b) compromete a própria democracia, uma vez que o magistrado não possui mandato representativo para realizar escolhas e deliberar sobre políticas públicas ou sobre novos direitos, assim como não possui elementos técnicos sobre finanças, receitas e despesas para determinar que o poder público

promova determinada medida; e (c) a realização da microjustiça afasta a realização da macrojustiça, ou seja, o atendimento de determinadas demandas de forma individual, impede que todos os cidadãos alcancem a prestação universal sem que precise demandar judicialmente, uma vez que apenas aqueles que demandarem judicialmente terão reconhecido determinado direito, contrariando a essência da universalidade dos direitos e, também, limitando àqueles que possuem acesso à justiça.

Para o Direito do Trabalho, a compreensão da Juridificação no Direito, a Judicialização do Direito e o Ativismo Judicial, contribuem para a compreensão do Constitucionalismo na atualidade e, conseqüentemente, da efetividade das normas fundamentais sociais constitucionais, entendendo que essa efetividade tem sido compreendida pelo Poder Judiciário que, por sua vez, tem efetivado direitos e garantias constitucionais, em detrimento de um poder Executivo e um Poder Legislativo ineficientes, comprometido com um pequeno grupo da sociedade.

4 DO PEDIDO FORMAL DE DEMISSÃO FORMULADO PELA GESTANTE SEM CONHECIMENTO DO SEU ESTADO GRAVÍDICO

Vivemos num período avassalado pela questão da sua própria relatividade. O ritmo, a escala, a natureza e o alcance das transformações sociais são de tal ordem que os momentos de destruição e os momentos de criação se sucedem uns aos outros numa cadência frenética, sem deixar tempo nem espaço para momentos de estabilização e de consolidação. É precisamente por isso que caracterizo o período atual como sendo um período de transição. (BOAVETURA, 2003, p.3)

A partir da Constituição da República de 1988, a mulher e a gestante tiveram um aumento significativo na quantidade de direitos e garantias como nunca na história havia ocorrido. Tal ampliação refletiu no Direito do Trabalho e, especificamente, no Direito do Trabalho da Mulher, provocando a criação e ampliação das garantias, mas sempre com bastante resistência por parte dos homens e também por parte delas, tendo em vista que elas acreditavam que sofreriam perseguição ou seriam marginalizadas no mercado de trabalho em relação aos homens ⁵⁹.

O artigo em comento [matéria jornalística publicada na Revista Veja, edição de 30 de março de 1988, sobre os debates na Assembleia Constituinte de 1987-1988 para ampliação da licença maternidade para 120 dias] repercutiu na opinião pública. A exemplo disso, uma leitora de Brasília/DF escreveu para a Veja, que publicou seu comentário na sessão Cartas. Segundo esta leitora, a mesma se declarava apreensiva com a concessão de licença maternidade de 120 dias "(...) meu medo é que com essa medida a mulher fique mais discriminada no ambiente de trabalho; se já era difícil a contratação de uma mulher antes, agora então será pior" (PRONI, 2013, p. 41)

Após esse período, o Direito do Trabalho da Mulher experimentou outra importante ampliação de direitos, foi em 2004 quando a proteção da maternidade passou a ser tutelada a partir da concepção da gravidez e, não a partir do conhecimento e comunicação ao empregador, como era até aquele ano.

⁵⁹ A afirmação de que os benefícios sociais, principalmente licença maternidade e multa na dispensa, então pesados, produziram mais desemprego, conforme afirmou o deputado Delfim Neto. Para o empresário gaúcho Jorge Gerdau, então presidente do grupo Gerdau, a concessão desses direitos seria uma intervenção profundamente burra as relações de trabalho (PRONI, 2013, p. 40).

Ocorre que a referida ampliação, suscitou tanto debate quanto resistência, pois a partir daquele momento caso a gestante fosse dispensada pelo empregador - e depois do término contratual tivesse conhecimento que estava grávida no momento da dispensa - teria direito a ser reintegrada, com fundamento na Súmula 244, I ⁶⁰, do TST.

Antes de 2012, o ordenamento jurídico considerava que caso uma mulher engravidasse no curso do aviso prévio, do contrato por prazo determinado, ou durante o contrato de experiência, não teria nenhum direito de proteção da relação de emprego.

Pois, segundo a legislação, a doutrina e a jurisprudência inexistia no ordenamento jurídico capaz de obrigar o empregador a conceber benefícios à gestante que estivesse em um contrato de trabalho cujo término já havia sido fixado, esse entendimento foi inclusive sumulado pelo TST, por meio do Enunciado 244, III ⁶¹.

Entretanto, em razão das recentes modificações na sociedade e no Direito, na ampliação do que se compreende por dignidade humana e, especificamente sobre a proteção da gestante, a mesma Corte por meio da Resolução nº 185/2012, reformou o conteúdo do referido verbete ⁶², para proteger os mesmos casos que há pouco antes não eram tutelados.

Ou seja, a mais alta Corte do Direito do Trabalho passou a adotar um posicionamento antagônico em relação ao que adotava anteriormente, confirmando que paradigmas podem ser quebrados e que um entendimento jurisprudencial é passível de ser revisto pelos ministros, favorecendo o avanço

⁶⁰ Súmula nº 244 do TST - GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA - 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).

⁶¹ GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais n.º 88 e 196 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005 - 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 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000)

⁶² GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 - III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

na perspectiva humanista e social, presente na Carta Magna, em especial no seu art. 1º, III ⁶³.

Nesse momento, houve outro importante avanço sobre a proteção da maternidade, capaz de modificar significativamente a maneira como se compreende a proteção da maternidade, deixando esta de ser considerada como apenas um direito trabalhista da mulher e passando a ser compreendida como um importante direito social e imprescindível para a sua proteção social e do nascituro ⁶⁴.

Sendo assim, para o Tribunal Superior do Trabalho a ampliação está fundada na proteção da maternidade ⁶⁵ - direito social previsto no caput do artigo 6º, da Constituição da República ⁶⁶ – e no artigo 10, II, b⁶⁷, do ADCT.

Em verdade, sempre existiu na legislação uma fundamentação para a proteção da gestante, contudo a partir de várias demandas judiciais propostas e que chegaram ao Tribunal Superior do Trabalho, a matéria foi revisitada e reconhecida a proteção da maternidade com base em normas legais já previstas

⁶³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;

⁶⁴ "A empregada gestante tem direito subjetivo à estabilidade provisória prevista no art. 10, II, "b", do ADCT/88, bastando, para efeito de acesso a essa inderrogável garantia social de índole constitucional, a confirmação objetiva do estado fisiológico de gravidez, independentemente, quanto a este, de sua prévia comunicação ao empregador, revelando-se irrita, de outro lado e sob tal aspecto, a exigência de notificação à empresa, mesmo quando pactuada em sede de negociação coletiva" (STF-AI 448572-SP).

⁶⁵ GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. COMPATIBILIDADE. 1. A Constituição Federal prevê, no seu art. 6º, "caput", que são direitos sociais, entre outros que enumera, "a proteção à maternidade e à infância". O art. 10, II, "b", do ADCT, respondendo à diretriz do art. 7º, XVIII, da Carta Magna, afirma que "II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses parto". 2. Com atenção aos fins sociais buscados pela Lei (LIDB, art. 5º), não se deve rejeitar a estabilidade provisória da empregada gestante no curso de trabalho temporário. Os direitos decorrentes do disposto no art. 7º, XVIII, da Constituição Federal, e no art. 10, II, "b", do ADCT, não têm sua eficácia limitada aos contratos por prazo indeterminado, uma vez que erigidos a partir de responsabilidade objetiva. Enquanto se cuide de proteção ao nascituro, prevalecerão os benefícios constitucionais, ainda que a própria empregada, ao tempo da dissolução contratual, já aguardasse o seu termo final. TST-RR-49800-75.2009.5.02.0462. Ministro Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Data de julgamento: 13/06/2012.

⁶⁶ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁶⁷ Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: II - Fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

anteriormente, ou seja, o que ocorreu foi uma mudança na interpretação das fontes do direito ⁶⁸ e não a produção de uma nova norma ⁶⁹.

De certa maneira, sobre o reconhecimento da proteção da maternidade para a gestante que pede demissão sem conhecimento da gravidez, assemelha-se com as ampliações que ocorreram em 2004 e 2012, pelo Tribunal Superior do Trabalho, posto que se referem à proteção da maternidade, notadamente, de uma ampliação na interpretação de normas jurídicas que já estavam inseridas no próprio ordenamento jurídico, portanto, busca-se uma nova quebra de paradigma ⁷⁰.

Neste contexto de mudanças, verifica-se que a sociedade brasileira tem passado por muitas nas últimas décadas e cada vez mais se busca a imediatividade nas respostas, sem que seja realizada a devida e profunda análise. É possível que tal contexto justifique a “ausência” da doutrina na análise de novas formas de proteção - como no presente caso em que se limita a reproduzir o entendimento dominante e nada mais -, ou seja, as mudanças são tantas que a doutrina tem caminhado após as mudanças, quando os debates jurídicos já estão sedimentados, após as inovações entrarem em vigor.

A espirituosa inversão da lógica natural dá conta de uma das marcas dessa geração: a velocidade da transformação, a profusão de ideias, a multiplicação das novidades. Vivemos a perplexidade e a angústia da aceleração da vida. Os tempos não andam propícios para doutrinas, mas para mensagens de consumo rápido. Para *jingles*, e não para sinfonias. O Direito vive uma grave crise existencial. Não consegue entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos. De fato, a *injustiça* passeia pelas ruas com passos firmes e a *insegurança* é a característica da nossa era (BARROSO, 2005, p. 2)

⁶⁸ No caso da gestante que pede demissão sem conhecimento da gravidez, verifica-se que o que falta para a tutela é a mudança na interpretação normativa, assim como ocorreu com outros casos acerca da ampliação na proteção da maternidade, posto que não é necessária – obrigatoriamente – a produção de uma norma legislativa para estabelecer essa possibilidade.

⁶⁹ A alteração no ordenamento jurídico, com a reformulação do artigo 391-A, da CLT, aconteceu posteriormente ao entendimento do Poder Judiciário sobre a matéria.

⁷⁰ Thomas Kuhn designou como paradigmáticas as realizações científicas que geram modelos que, por períodos mais ou menos explícito, orientam o desenvolvimento posterior das pesquisas exclusivamente na busca da solução para os problemas por ela suscitados. “Ao adquirir um paradigma, adquire igualmente um critério para a escolha de problemas que, enquanto o paradigma for aceito, poderemos considerar como dotados de uma solução possível” (KUHN, 1978, p. 60).

É certo que os efeitos são percebidos na ciência do Direito, encontrando-se em constante mutação – sempre com um *delay* muito grande em relação às mudanças sociais -, devendo transformar-se para se adequar aos novos contextos sociais e econômicos.

Além disso, caso não fosse suficiente, dentre os inúmeros ramos do Direito, destaca-se o Direito do Trabalho, em que as mudanças ocorrem ainda mais rápidas, não havendo muitas vezes um tempo suficiente para uma análise adequada pela doutrina especializada das últimas mudanças, como tem acontecido com a proteção da gestante nos últimos anos no Brasil.

4.1 POSICIONAMENTO ATUAL DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA ACERCA DA GESTANTE QUE PEDE DEMISSÃO SEM CONHECIMENTO DA GRAVIDEZ

Até pouco tempo - setembro de 2012 -, a mulher que engravidasse no curso do aviso prévio, do contrato por prazo determinado ou do contrato de experiência, não teria direito a nenhuma proteção, posto que se compreendia que o empregador tinha o direito de dispensá-la ao final do contrato, visto que o contrato já havia começado com a comunicação do seu término e, especificamente, da sua duração.

Neste sentido, as fontes formais do Direito do Trabalho – as leis, a jurisprudência e a doutrina -, reafirmaram por muitos anos de forma clara a impossibilidade de proteger a gestante que engravidasse no curso do aviso prévio, do contrato por prazo determinado ou do contrato por experiência, até que a própria Corte trabalhista modificou completamente o seu entendimento sobre essa matéria.

Foi por meio da Resolução nº 185/2012, do Tribunal Superior do Trabalho, com fundamento no Direito Social da Proteção à Maternidade que houve a ampliação da proteção da gestante que engravidasse no curso dos contratos por prazo determinado ⁷¹, em que pese o direito do empregador em

⁷¹ Contrato por experiência, Contrato por Prazo Determinado e Aviso Prévio. O primeiro e terceiro não são contratos por prazo determinado por essência, mas assumem as mesmas características do Contrato Por Prazo Determinado.

dispensar a gestante na data em que havia sido pactuada para o término do contrato de trabalho, devendo prevalecer a proteção da gestante.

Deste modo, em decorrência de algumas demandas judiciais que estavam chegando àquela Corte Suprema da Justiça do Trabalho pleiteando a Proteção da Gestante, restou compreendido que esta é mais legítima do que o direito do empregador de encerrar o contrato de trabalho na data previamente fixada⁷².

Ocorre que há outras modalidades que ainda não estão sendo protegidas pelo Direito do Trabalho e que causam desamparo e desproteção não apenas à gestante, mas também ao nascituro que está sendo gerado e precisa da sua genitora para receber os cuidados nos primeiros meses.

Atualmente, o posicionamento do Poder Judiciário, capitaneado pelo Tribunal Superior do Trabalho e, seguido pelos 24 (vinte e quatro) Tribunais Regionais do Trabalho, é de negar a proteção da gestante que pede demissão, mesmo que tenha sido realizado sem conhecimento do estado gravídico.

Neste sentido, inexistente uma decisão judicial transitada em julgado neste país que reconheça a proteção da gestante que pede demissão sem conhecimento da gravidez, pelo contrário, todas as pesquisas realizadas nos sítios eletrônicos evidenciam decisões que negam a proteção à gestante⁷³.

⁷² Precedentes: RR 1601-11-2010.5.09.0068 (1ªT - Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho DJE 09.03.2012/J-29.02.2012 - Decisão unânime); RR 107-20.2011.5.18.0006, (1ªT - Min. Walmir Oliveira da Costa DJE 16.12.2011/J-07.12.2011 - Decisão unânime); RR 194040-35.2006.5.02.0472, (1ªT - Min. Walmir Oliveira da Costa DJE 18.06.2010/J-09.06.2010 - Decisão unânime) RR 49800-75.2009.5.02.0462, (3ªT - Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira DJE 15.06.2012/J-13.06.2012 - Decisão unânime) RR 57041-60.2009.5.09.0671, (3ªT - red. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires DJE 27.04.2012/J-18.04.2012 - Decisão por maioria) RR 6605-52.2010.5.12.0001, (4ªT - Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho DJE 11.05.2012/J-09.05.2012 - Decisão unânime) RR 21700-25.2009.5.01.0079, (6ªT - Min. Maurício Godinho Delgado DJE 13.04.2012/J-08.02.2012 - Decisão unânime) RR 167300-09.2008.5.24.0003, (6ªT - Min. Augusto César Leite de Carvalho DJE 03.04.2012/J-14.12.2011 - Decisão por maioria) RR 62700-90.2009.5.02.0074, (6ªT - Red. Min. Augusto César Leite de Carvalho DJE 08.06.2012/J-09.05.2012 - Decisão por maioria)

⁷³ RECURSO DE REVISTA - PROCESSO ELETRÔNICO - ESTABILIDADE DA GESTANTE. PEDIDO DE DEMISSÃO. Quando a rescisão contratual ocorre por iniciativa da empregada, não se cogita de direito à estabilidade a que alude o art. 10, II, b, do ADCT, pois não se trata de dispensa arbitrária ou sem justa causa. Recurso de Revista conhecido e provido. TST - RR: 4368320115090749, Relator: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 10/06/2015, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/06/2015.e ESTABILIDADE GESTANTE. PEDIDO DE DISPENSA. Incontroverso nos autos que o contrato findou por iniciativa da reclamante, por pedido de demissão. É irrelevante para o deslinde da questão o fato de a empregada desconhecer o seu estado gravídico no momento do pedido de demissão, já que a garantia

Ademais, em recente decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho, no mês de novembro de 2015, sob o mesmo fundamento de impossibilidade de proteção da gestante que pede demissão sem conhecimento da gravidez.

RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. DESCONHECIMENTO DO ESTADO GRAVÍDICO. EXTINÇÃO DO CONTRATO POR INICIATIVA DA EMPREGADA. VALIDADE 1. A estabilidade provisória prevista no art. 10, II, b, do ADCT confere limitações à rescisão do contrato de emprego por iniciativa do empregador, vedando-se a dispensa sem justa causa. 2. Independentemente do conhecimento do estado gravídico pela empregada, por outro lado, não há vedação ao exercício regular do direito à demissão, conferindo-se total validade ao seu ato. Precedentes. 3. Não enseja condenação ao pagamento de indenização substitutiva e reconhecimento de estabilidade provisória da gestante quando comprovada a extinção da relação de emprego por iniciativa da empregada. 4. Recurso de revista da Reclamante não conhecido⁷⁴.

Portanto, resta evidente o atual posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho e dos demais Tribunais Regionais do Trabalho no sentido de negar a proteção à gestante que pede demissão sem conhecimento da gravidez, o que reafirma a importância e a relevância da presente pesquisa que busca comprovadamente uma mudança na ordem jurídica trabalhista e, conseqüentemente, uma mudança social na vida de muitas mulheres ⁷⁵.

4.2 QUEM SÃO OS DESTINATÁRIOS DA PROTEÇÃO À MATERNIDADE?

constitucional de estabilidade gestante provisória, prevista art. 10, II, "b", do ADCT, é para a dispensa arbitrária ou sem justa causa. Tal como proferido, o v. acórdão está em conformidade com a atual e notória jurisprudência desta Corte Superior. Descabe cogitar de conhecer do recurso por divergência jurisprudencial, nos termos do art. 896, § 4º, da CLT. Agravo de instrumento não provido. AIRR-1287-64.2012.5.01.0053, Relator Desembargador Convocado: Breno Medeiros, Data de Julgamento: 20/5/2015, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/5/2015.

⁷⁴ TST - RR: 202052620125200009, Relator: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 04/11/2015, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/11/2015

⁷⁵ Atualmente inexistem pesquisas sobre o quantitativo de mulheres que enfrentam essa dificuldade de pedir demissão sem conhecimento da gravidez, contudo, é certo que esta situação ocorre com muitas mulheres.

O Direito do Trabalho quando se refere à proteção da maternidade, na grande maioria das vezes, considera a mulher – que potencialmente poderá vir a engravidar – como a única beneficiada. Entretanto, com a proteção do emprego da gestante, outras pessoas também são beneficiadas, entre elas, o nascituro.

Segundo Alice Monteiro de Barros (1995, p. 26), a proteção da maternidade transcende a vida privada da gestante e de sua família, provocando a renovação das gerações e, por isso, não pode ser considerada a mulher como apenas a única beneficiada.

A maternidade tem uma função social, pois dela depende a renovação das gerações. As medidas destinadas a proteger as mulheres em decorrência da gravidez ou de parto, vinculadas a um contrato de trabalho, não constituem discriminação; seu fundamento reside na salvaguarda da saúde da mulher e das futuras gerações (BARROS, 1995, p. 26).

Neste sentido, nos últimos anos tem sido comum a concessão de benefícios previdenciários denominados de Auxílio-Maternidade para pessoas que adotam crianças, ou quando a parturiente falece - antes, durante ou logo após o parto ⁷⁶.

Portanto, é inegável que o titular da proteção à maternidade é a gestante de maneira imediata, mas também o nascituro de forma mediata, tendo em vista que em alguns casos, mesmo com a ausência da gestante, verifica-se a efetividade desse direito, em prol exclusivo do nascituro – evidentemente que materializado por meio daquela pessoa que cuidará da criança, normalmente, o pai, os avós ou o adotante.

Assim, atualmente, a doutrina e a jurisprudência já reconhecem que a proteção da maternidade é um do direito do nascituro, portanto, essa questão é

⁷⁶ PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MATERNIDADE PARA O PAI DAS CRIANÇAS. ANALOGIA. I - Considerando-se que o salário-maternidade não é um benefício destinado à mãe segurada, mas sim à proteção da criança em seus primeiros meses de vida, impõe-se ratificar o entendimento do r. Juízo a quo, no sentido de que se aplica in casu o princípio constitucional da isonomia para que a criança que não pode ter os cuidados e a atenção de sua mãe em seu início de vida, possa receber esses cuidados de seu pai, que não seriam integrais, caso não lhe fosse concedido o benefício em epígrafe. II - Apelação do INSS improvida. TRF-3 - AC: 1684 SP 0001684-04.2011.4.03.6127, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, Data de Julgamento: 21/05/2013, DÉCIMA TURMA

de fundamental importância no que se refere à impossibilidade da gestante – sem conhecimento da gravidez – renunciar um direito que pertence também a um terceiro: ao nascituro ⁷⁷.

Portanto, quando o Direito do Trabalho não tutela a gestante que pediu demissão, estará violando um direito do nascituro que também é titular do mesmo direito da sua mãe, porém de forma mediata.

Ocorre que essa preocupação está inserida na Constituição da República de 1988, ao estabelecer a proteção da gestação, da maternidade e, por extensão, o direito à vida no artigo 6º, caput, que elenca os direitos sociais, entre eles "a proteção à maternidade e à infância", no artigo 201 ⁷⁸ refere-se sobre previdência social e diz que ela atenderá a proteção da maternidade, especialmente da gestante, e no artigo 227 ⁷⁹, no que tange aos direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente, estipulando que:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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.

Portanto, sendo o nascituro titular do direito de proteção da maternidade – para a sua sobrevivência – não poderia a gestante renunciar esse direito – ainda mais sem conhecimento que o adquiriu –, ainda mais quando não é a única titular do direito, restando demonstrada a viabilidade e a necessidade de ser reconhecida a proteção da gestante que pede demissão.

⁷⁷ Artigo 2º, do Código Civil, de 2002 - 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.

⁷⁸ 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.

⁷⁹ 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.

4.3 A CONCEPÇÃO DA GESTANTE COMO MARCO INICIAL DA PROTEÇÃO DA GESTANTE

Até 2004, o início da proteção da gestante era o exato momento em que esta comunicava ao empregador o seu estado gravídico, contudo, após debates doutrinários - principalmente jurisprudenciais acerca do tema - restou superado a referida posição, passando a ser adotado como marco inicial para a proteção da gestante o momento da sua concepção ⁸⁰.

Sendo assim, com a concepção biológica da mulher, independentemente do conhecimento pela mesma ou pelo empregador, receberá os benefícios e garantias listados no ordenamento jurídico trabalhista, recebendo um repertório de direitos que – mesmo sem seu conhecimento – já integram e incorporam a proteção da gestante, podendo inclusive ser reivindicado quando tiver conhecimento deles.

É o que já ocorre com a gestante que é dispensada e, depois da rescisão contratual, descobre que no momento em que o contrato de trabalho se encerrou – por vontade do empregador ou por ser um contrato de trabalho por prazo determinado – já estava grávida, podendo requerer a reintegração ao emprego com a continuidade do contrato de trabalho ⁸¹.

⁸⁰ RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE DA GESTANTE. IRRELEVÂNCIA DO CONHECIMENTO PELO EMPREGADOR OU PELA EMPREGADA DO ESTADO GRAVÍDICO OCORRIDO DURANTE O CONTRATO DE TRABALHO. PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO. O atual posicionamento desta Corte é no sentido de se conferir a garantia de estabilidade provisória à trabalhadora a partir do momento da concepção, ocorrida no curso do contrato de trabalho. Essa garantia não visa apenas à proteção objetiva da gestante, mas, sobretudo, a tutela do nascituro. Nesse sentido, nos termos do que recomenda a Súmula nº 244, I, do TST, não se afigura indispensável para o reconhecimento da garantia de emprego que a confirmação da gravidez da reclamante tenha ocorrido antes da rescisão contratual. Assim sendo, para a garantia da estabilidade provisória da gestante é irrelevante que o empregador, e também a empregada, tenham conhecimento do estado gravídico. TST - RR: 4763220145040771, Relator: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 13/05/2015, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/05/2015

⁸¹ RECURSO DE REVISTA. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. CONCEPÇÃO NO CURSO DO CONTRATO DE TRABALHO. DIREITO AOS SALÁRIOS E DEMAIS VANTAGENS DO PERÍODO DE ESTABILIDADE. Nos termos da Súmula nº 244 do TST, o fato gerador do direito à estabilidade provisória da

Assim, a trabalhadora estando grávida no momento da rescisão contratual – por vontade do empregador ou da empregada – ela já estará protegida pela estabilidade provisória prevista no artigo 391-A⁸², da Consolidação das Leis do Trabalho, pois o objetivo do legislador foi o amparo à trabalhadora grávida que, sabidamente, teria muita dificuldade em encontrar nova colocação profissional⁸³.

Neste momento, verifica-se a incoerência nesta temática, pois como o Direito do Trabalho protege a gestante – que não sabe que está grávida - em face da dispensa sem justa causa, mas não a protege do pedido - sem conhecimento da gravidez - de demissão? Portanto, não é tecnicamente sustentável a atual situação da mulher perante o Direito do Trabalho.

Por outro lado, não menos importante, a proteção da maternidade é essencialmente uma proteção do nascituro que depende das garantias concedidas a sua genitora – ou outra pessoa em caso de adoção ou de óbito da parturiente – para ter resguardada a sua sobrevivência.

Em conclusão, a proteção da maternidade se inicia com a concepção biológica e com ela a mulher recebe direitos trabalhistas como, por exemplo, a estabilidade provisória – direito irrenunciável e indisponível -, e mesmo sem ter conhecimento deles, inegavelmente estão incorporados aos direitos da gestante. Além disso, tendo em vista que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do

empregada gestante, sem prejuízo dos salários, surge com a concepção na vigência do contrato de trabalho e se projeta até 5 meses após o parto, e não com a confirmação da gravidez. O escopo da garantia constitucional é não só a proteção da gestante contra a dispensa arbitrária, por estar grávida, mas, principalmente, e, sobretudo, a tutela do nascituro. Precedentes do STF e do TST. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 30366520115020040, Relator: Walmir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 25/02/2015, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/02/2015).

⁸² Art. 391-A. A confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea *b* do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

⁸³ É certo que a Mulher gestante encontrará dificuldade em ser admitida no mercado de trabalho por diversas razões, entre elas, de ordem econômica e prática, pois se um empregador a contrata, pressupõe-se que esteja precisando dos seus serviços de mão de obra, porém com o parto, a empregada ficará afastada do trabalho por pelo menos 120 (cento e vinte) dias. Ademias, o empregador não poderá usufruir do direito de experimentar – contrato de experiência por até 90 (noventa) dias, pois a empresa gestante possui uma estabilidade provisória que a impede de ser dispensa em menos de 05 (cinco) meses após o parto.

nascituro⁸⁴”, logo o nascituro também já possui direitos, mesmo que sua mãe não tenha consciência da sua própria gestação.

4.4 O VÍCIO NA MANIFESTAÇÃO DA VONTADE DA GESTANTE QUE RENUNCIA SEM TER CONHECIMENTO DOS DIREITOS ADQUIRIDOS

A relação de trabalho é essencialmente uma relação contratual onde estão presentes todos os requisitos da teoria civilista dos contratos, entre eles, destacam-se os requisitos intrínsecos e extrínsecos, a capacidade das partes, a legitimação, a idoneidade do objeto, a forma e, principalmente, a manifestação da vontade.

Segundo VENOSA (2014, p. 346) o ato jurídico pode ser definido como “aqueles eventos emanados de uma vontade, quer tenham intenção precípua de ocasionar efeitos jurídicos, quer não”. Sendo assim, inegavelmente, um pedido de demissão é um ato jurídico que possui interesse de produzir efeitos jurídicos, notadamente, para o término do contrato de trabalho.

Ademais, o contrato de trabalho é considerado um negócio jurídico que pode ser definido como:

A manifestação de vontade que procura produzir determinado efeito jurídico [...]. Trata-se de uma declaração de vontade que não apenas constituiu um ato livre, mas pela qual o declarante procura uma relação jurídica entre as várias possibilidades que oferece o universo jurídico (VENOSA, 2014, p. 348).

Um dos elementos mais importantes dos negócios jurídicos denominados de contrato – como aquele que ocorre na relação de trabalho, embora na grande maioria dos casos, o contrato seja verbal, aplicam-se as mesmas regras do contrato escrito – corresponde à preservação da vontade das partes, sendo vedada qualquer prática que interfira na livre manifestação da

⁸⁴ Artigo 2º, do Código Civil de 2002.

vontade ou provoque erro ⁸⁵ ao contratar, podendo o ato jurídico ou o negócio jurídico ser anulado.

E um contrato de trabalho que não obedece aos requisitos formais e legais apontados pelo Código Civil ⁸⁶ na sua formação, está passível de nulidade. Ocorre que o contrato é um negócio jurídico por excelência e este é composto por atos jurídicos que pode estar perfeito ou pode estar viciado por várias razões.

Nesse sentido, a manifestação de vontade da gestante que pede demissão sem conhecimento da gravidez é, sim, um ato jurídico realizado na fase final do contrato e passível de nulidade caso esteja eivado de vício, coação ou erro.

No que se refere ainda à manifestação da vontade, o Direito Civil equipara a ignorância ao erro, ou seja, a ausência de informação essencial ao contrato por uma das partes, e se caso tivesse conhecimento, não agiria daquela maneira.

Erro é forma de representação psíquica, porém desacertada, incorreta, contrária à verdade. A ignorância é ausência de conhecimento, falta de noção a respeito de um assunto; não há ignorância nem mesmo representação imperfeita, porque inexistente qualquer representação mental ou conhecimento psíquico. Como vemos, apesar de equiparadas nos efeitos pela lei, não há identidade de conceitos para as duas noções. Portanto, o que se diz para o erro, para fins legais, aplica-se à ignorância. (VENOSA, 2014, p. 410).

O erro é a ideia falsa da realidade capaz de conduzir o declarante a manifestar sua vontade de maneira diversa da que manifestaria se por ventura melhor a conhecesse.

O artigo 138, do Código Civil de 2002, estabelece que “são anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro

⁸⁵ O primeiro vício de consentimento é o *erro*, com as mesmas consequências da ignorância. Trata-se de manifestação de vontade em desacordo com a realidade, quer porque o declarante a desconhece (ignorância), quer porque tem representação errônea dessa realidade (erro). (VENOSA, 2014, p. 410)

⁸⁶ Artigo 104, do Código Civil – A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e III – forma prescrita ou não defesa em lei.

substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio”.

No presente caso, trata-se de uma vontade manifestada pela gestante sem o conhecimento da gravidez, sendo assim, caso ela tivesse conhecimento que estaria protegida em sua função – estabilidade provisória – por mais alguns meses, que passaria parte desse tempo em sua residência – 120 (cento e vinte) dias -, que teria outras várias garantias, evidentemente que a gestante desejaria dar continuidade ao contrato de trabalho ao invés de ficar em casa sem fonte de renda e sem poder trabalhar.

Ademais, é possível a existência de exceções que podem ocorrer, sobretudo naqueles casos em que a gestante pediu demissão para aceitar outra proposta de emprego melhor e que seja mais valorizada – contudo, mesmo nesses casos, ainda é possível que a gestante deseje dar continuidade ao contrato de trabalho anterior.

Portanto, no caso da gestante que pede demissão sem conhecimento da gravidez, verifica-se um vício na manifestação da vontade – e a ignorância se equipara ao erro -, uma vez que aquela que a declarou o desejo de terminar a relação contratual não tinha conhecimento de todos os seus direitos e benefícios, caso continuasse empregada.

4.5 O PRINCÍPIO DA IRRENUNCIABILIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS

É inegável a importância dos Princípios no ordenamento jurídico brasileiro, por diversas razões, mas, principalmente, por ter a função de complementar e adequar as demais normas jurídicas na solução de casos concretos.

Neste sentido, não é raro a utilização de princípios para fundamentar requerimentos perante o Poder Judiciário e a utilização por este mesmo órgão julgante dos princípios para fundamentar decisões, o que *per si* já denuncia a importância da análise dos princípios do Direito do Trabalho para a temática da ampliação da proteção à maternidade.

Embora a temática seja bastante estudada, sendo importante para a compreensão de outros institutos no Direito, verifica-se com frequência uma imprecisão da doutrina, e de outras fontes do direito, ao tratar dos Princípios do Direito do Trabalho.

Apenas para exemplificar, na Declaração da Organização Internacional do Trabalho, relativa aos “Princípios e aos Direitos Fundamentais” aprovada pela 86ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Genebra, em junho de 1998, nela verifica-se com frequência a utilização das expressões “Princípios” e “Direitos Fundamentais” como sendo expressões sinônimas o que representa uma incorreção que traduz a própria dificuldade em compreender o significado do seu instituto.

Além disso, ao analisarmos a doutrina pátria acerca dos Princípios do Direito do Trabalho verificamos a variedade de classificações adotadas, muitas vezes, variando-se apenas o nome do Princípio, mas tutelando o mesmo bem jurídico e da mesma maneira.

Outro fator que demonstra que a temática é compreendida de forma diversa pelos doutrinadores, é que há obras que aglutinam diversos Princípios diferentes do Direito do Trabalho em um único princípio, tendo inclusive obras que apontam apenas a existência de 02 (dois) princípios e critica a classificação dos outros doutrinadores, pois entende que se trata de derivações de um mesmo princípio.

Assim como se verifica uma variação na classificação dos Princípios, a sua definição também é bastante diversificada entre os doutrinadores brasileiros, destacando-se a definição utilizada por BANDEIRA DE MELLO para quem

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, mas compondo lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica da racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere tônica e lhe dá sentido harmônico (1986, p. 230).

Nesse contexto, há um importante princípio para o Direito do Trabalho que é o da Irrenunciabilidade dos Direitos Trabalhistas, que impede o avanço da exploração dos empregadores sobre os empregados, uma vez que proíbe a negociação e a renúncia de direitos trabalhistas pelos empregados. Nesse

sentido, resta impossibilitada a renúncia de direitos trabalhistas por qualquer trabalhador, inclusive pela gestante sem conhecimento de sua gravidez.

Desta maneira, a impossibilidade de a gestante renunciar a um direito adquirido referente à estabilidade provisória ou à licença maternidade está prevista no ordenamento jurídico brasileiro, como forma de proteger a própria gestante e, principalmente, o nascituro.

Com o Princípio da Irrenunciabilidade dos Direitos Trabalhistas a livre negociação e renúncia de direitos trabalhistas passaram a ser vedadas no Direito do Trabalho, impedindo que o trabalhador reduzisse as suas garantias em razão da pressão exercida por aquele que detêm os meios de produção. Atualmente, no ordenamento jurídico o artigo 468, da CLT, manifesta essa impossibilidade de alteração do contrato de trabalho sem o consentimento de ambas as partes e, principalmente, que a modificação não represente um prejuízo ou uma perda para o hipossuficiente.

Portanto, não poderia a gestante renunciar a um direito trabalhista, pois não é permitido transigir sobre direitos e garantias conquistadas por todos os empregados, o que compromete todo o ordenamento jurídico e as conquistas alcançadas.

Atualmente, a gestante que é dispensada pelo empregador possui direito a ser reintegrada ao seu emprego, pois em razão de seu estado gravídico possui direitos e garantias e, portanto, essa proteção é reconhecida pela legislação, pela doutrina e pela jurisprudência.

Portanto, o princípio da irrenunciabilidade é plenamente aplicável ao presente caso, inclusive com efetividade imediata ao presente caso, posto que a norma-princípio determina de forma bastante clara que a gestante não pode renunciar direitos e garantias que lhes são favoráveis.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proteção da maternidade é um importante direito social previsto no *caput* do artigo 6º, da Constituição da República de 1988⁸⁷ que visa tutelar as mulheres gestantes e o nascituro, durante os primeiros meses de sua vida.

Nesse contexto, inicialmente foi realizada uma análise acerca do surgimento do Direito do Trabalho enquanto ciência jurídica com método e objeto próprio, demonstrando a existência de forças antagônicas desde suas origens. Ademais, evidenciou-se a finalidade principal dessa ciência que é a manutenção do sistema capitalista impedindo o surgimento de revoluções operárias e, secundariamente, promovendo a inclusão dos trabalhadores no sistema e a diminuição da exploração destes pelos donos dos meios de produção.

A relação existente entre a mulher e o trabalho é tão antiga quanto a relação existente entre o homem e o trabalho, ou seja, não há documentos para comprovar exatamente a partir de qual momento a mulher passou a ser forçosamente colocada em uma posição inferior ao homem, mas sabe-se que esse processo de subordinação do gênero feminino decorre do patriarcado.

São muitas as normas destinadas à mulher e à gestante inseridas no ordenamento jurídico, por uma razão quantitativa, foram analisadas apenas as que regulamentavam os direitos e benefícios mais importantes. Em seguida, foi realizado o estudo das normas produzidas durante a Industrialização na Inglaterra, França, Alemanha, entre outros países.

Ademais, as normas produzidas pela Organização Internacional do Trabalho, por meio das Convenções e Recomendações, que se destinavam à mulher ou à gestante foram identificadas e, ao final, sugerida a sua influência na produção das normas trabalhistas brasileiras.

As principais normas internas foram analisadas, desde o Decreto n.º 21.417-A, de 1932, até as últimas produzidas pelo Poder Judiciário,

⁸⁷ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

principalmente, por meio do Enunciado da Súmula n.º 244, do TST, em 2012, e seguidas – a reboque – pelo Poder Legislativo.

Um destaque foi a análise do Projeto de Lei n.º 7.136/2014 que teve o seu surgimento – e continua em tramitação – após o início da presente pesquisa e busca proteger a gestante que pede demissão sem conhecimento da gravidez, porém limita o prazo de 90 (noventa) dias para a manifestação da vontade, o que restringe temporalmente um importante direito que não pode ser reconhecido de forma parcial ou limitado em função do tempo era inferior ao que a CR/88 reconhece para a garantia ao emprego de até 05 (cinco) meses após o parto.

Evidentemente, que não se busca tutelar a gestante que intencionalmente demore – por má fé – a comunicar ao empregador que estava grávida no momento do pedido de demissão, posto que a gestante apenas teria direito ao recebimento de salário e das garantias legais, a partir do momento que manifestasse a vontade ao seu empregador de dar continuidade ao contrato de trabalho e, até o final do prazo previsto para a estabilidade provisória, ou seja, 05 (cinco) meses após o parto.

Entretanto, sempre que se propõe a ampliação de direitos destinados às mulheres no Direito do Trabalho, verifica-se uma insurgência por parte de vários setores da sociedade, inclusive das próprias mulheres, decorrente do receio que a ampliação de direitos destinados a elas, provoque como um efeito negativo a demissão de mulheres e o aumento no número de desempregadas.

Sendo assim, foi realizado um levantamento acerca da relação existente entre a ampliação de direitos trabalhistas das mulheres e a sua participação no mercado do trabalho em comparação aos homens. O resultado foi obtido por meio da análise percentual da participação da mulher no mercado formal de trabalho, segundo o Ministério do Trabalho e Emprego, por meio de informações extraídas do CAGED e da RAIS, desde 1985 até dezembro de 2014.

Leva-se em consideração que desde 1985 o reconhecimento dos direitos trabalhistas das mulheres está em grande crescimento, não experimentando em nenhum momento um retrocesso, ao mesmo passo, a participação da mulher no mercado de trabalho apenas aumentou desde 1985, enquanto que a do homem está diminuindo desde o referido ano, o que

comprova inexistir a relação – arguida por muitos – de que a ampliação de direitos trabalhistas das mulheres provoca demissões destas.

Neste sentido, pode-se considerar que em 1988 apenas 1/3 (33,9%) dos empregos formais no Brasil era ocupado por mulheres e 2/3 (66,1%) eram ocupados por homens. E, se o cenário traçado pelos empresários ocorresse, haveria necessariamente a redução na participação da mulher nos anos seguintes se comparada com a participação dos homens, entretanto em 2014, a participação da mulher era de aproximadamente, 43,20%, paralelamente, a participação do homem que apenas diminuiu para 56,80% em 2014, conforme dados coletados e fontes informadas na presente pesquisa.

Outro levantamento realizado na presente pesquisa é que a mulher continua sendo desvalorizada no mercado de trabalho, mesmo que ela desempenhe idêntica função, dentro da mesma empresa e na mesma cidade, pois recebe um salário equivalente a 74,20% do salário do homem. Contudo, essa inferioridade não possui relação com a ampliação de direitos específicos da mulher, mas sim, com o patriarcado, presente até a atualidade na relação entre a mulher e o trabalho.

Ademais, foram verificadas muitas mudanças referentes à proteção da maternidade no ordenamento jurídico que ocorreram desde 1932, mas as últimas ampliações – em 2004 e em 2012 – têm sido produzidas pelo Poder Judiciário e, não pelo Poder Legislativo, como se esperaria em um Estado Democrático de Direito.

Sendo assim, foi analisado o aumento na atuação do Poder Judiciário em matérias de proteção da maternidade, o que decorre do Neoconstitucionalismo, da Judicialização do Direito e do Ativismo Judicial, paralelamente a isso, foi constatado uma inércia do Poder Legislativo em promover as mudanças no ordenamento jurídico para ampliar direitos trabalhistas e, também foi identificado o distanciamento entre o parlamento e as demandas sociais.

Atualmente, a gestante que pede demissão sem conhecimento do seu estado gravídico não possui nenhum direito, pois segundo a doutrina e a jurisprudência, há o entendimento de que tendo a gestante pedido demissão, ela

não teria interesse na continuidade ao contrato de trabalho, ademais, segundo esta mesma corrente, o ordenamento jurídico apenas protege a gestante contra os casos de dispensa arbitrária ou demissão injustificada, conforme dispõe o artigo 10, b, II, do ADCT.

Contudo, primeiramente, com a alteração na legislação em 2004, por meio da reedição do Enunciado da Súmula 244, I, do TST, a concepção do nascituro passou a ser considerado o momento inicial para a proteção da gestante, e não mais o momento em que a gestante e o empregador tomavam conhecimento da sua gestação. Sendo assim, com a concepção do nascituro, a gestante adquire todos os direitos inerentes à proteção da gestante previstas na Constituição e na Legislação Trabalhista, entre muitas outras se destaca nesse momento a garantia ao emprego, por meio da estabilidade provisória.

Em segundo, no Direito do Trabalho a renúncia de direitos trabalhistas é vedada, tendo em vista a sua indisponibilidade, o que por essa razão impediria a gestante renunciar direitos.

Em terceiro, a gestante quando pede demissão sem conhecimento da gravidez, manifesta uma vontade em um negócio jurídico – contrato de trabalho – sem conhecimento de informações essenciais, o que caracteriza o vício na manifestação da vontade, na espécie de ignorância, quando se verifica a falta de informação importante acerca do negócio jurídico.

Em quarto, a titularidade dessa proteção é do nascituro, posto que o próprio Direito do Trabalho já reconhece a possibilidade de o pai, nos casos em que a gestante falece no momento do parto, ou para adotantes, independentemente de serem homossexuais ou heterossexuais receberem o Auxílio Maternidade para cuidarem do nascituro, portanto, a renúncia da gestante estaria prejudicando um direito de terceiro, o que impede a sua validade.

Em quinto, o objetivo da proteção à maternidade é a preservação da própria espécie humana, resguardando e protegendo a mulher e o nascituro nessa importante fase de sua vida.

Portanto, em conclusão, a presente pesquisa concluiu pela viabilidade e possibilidade jurídica de proteção da gestante que pede demissão sem

conhecimento do seu estado gravídico, pois esta se encontra em uma espécie de “zona cinzenta” onde o Direito do Trabalho não tem tutelado, apesar de haver outras situações – menos relevantes e mais conflituosas – que já são protegidas.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALVES. Amauri César. *Novo contrato de emprego: parassubordinação trabalhista*. São Paulo: LTr, 2004.
- AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. *Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Trabalhistas*, 2ª edição, LTR, são Paulo, 2014.
- ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. *Direito do trabalho e pós-modernidade: fundamentos para uma teoria geral*. São Paulo: LTr, 2005.
- ARAÚJO, Eduardo Marques Vieira. *O direito do trabalho pós-positivista: por uma teoria geral jus trabalhista no contexto do Neoconstitucionalismo*. São Paulo: Ltr, 2014.
- ARAÚJO, Elizabeth Alice Barbosa Silva de. Possibilidades de efetivação dos direitos sociais dos trabalhadores pela corte interamericana de direitos humanos. Em: *Direitos fundamentais sociais na contemporaneidade*. Coordenadores Fernando Basto Ferraz; Elizabeth Alice Barbosa Silva de Araújo e William Paiva Marques Júnior. São Paulo: LTr, 2014.
- ARAÚJO, Eneida Melo Correia. Mercado de trabalho: critérios para a não discriminação da mulher. *Revista TRT*, 6. Região, Recife- PE, 2007.
- ARIÉS, Philippe. *História social da criança e da família*. Rio de Janeiro. Guanabara, 1981. 2007.
- BARROS. Alice Monteiro de. *A mulher e o direito do trabalho*. 1 ed. São Paulo: Ltr, 1995.
- _____. *Curso de Direito do Trabalho*. 8 ed. São Paulo: LTr, 2012.
- BARROSO, Fábio Túlio. Discussão sobre a evolução do Direito do Trabalho e o Panorama para uma Reforma Trabalhista e Sindical. Em: *Elementos Doutrinários do Novo Direito do Trabalho, Estudos em Homenagem ao Prof. Francisco Solano de Godoy Magalhães*, Organização de Fábio Túlio Barroso. Recife: Nossa Livraria, 2004, pág. 29. Veja também: BARROSO, Fábio Túlio. *Manual de Direito Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

_____. *Extrajudicialização dos Conflitos de Trabalho*, São Paulo: LTr, 2010, p. 61.

_____. *Manual de Direito Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

_____. *Novo contrato de trabalho por prazo determinado*. Curitiba: Juruá, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à Judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Revista Jurídica UNIJUS, Uberaba, Universidade de Uberaba – UNIUBE, Vol. 11, nº 15, nov. 2008. Disponível em: http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus_15.pdf>. Acesso em: 07 set. 2015.

_____. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n. 13, jan./mar. 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005.

BENVINDO, Juliano Zaiden. COSTA, Alexandre de Araújo (coord.). *A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais*. Brasília: UnB, 2014.

BOLTANSKI, Luc. y CHIAPELLO, Ève. *“El Nuevo Espiritu del capitalismo”*. Madri : Ed. Akal, 2002

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 11ª edição, Malheiros, São Paulo, 2001.

BRASIL. *Decreto Legislativo n.º 20*, de 18 de junho de 1965. *Aprova as Convenções de n. 21,22, 91,93,94,97,103,104,105, 106, e 107 e rejeita a de n.º 90, anotações pela Conferência-geral da Organização Internacional do Trabalho*. Disponível em http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/legis_jur/sumario/declara%C3%A7%C3%A3o%20legislativo%20n%C2%BA%2020%20de%201965.pdf, em 06/07/2014.

_____. *Decreto Lei n.º 5.452*, de 1º de maio de 1943.

_____. *Decreto n.º 21.417-A*, de 17 de maio de 1932. *Regula as condições do trabalho das mulheres nos estabelecimentos industriais e comerciais*. 1932. Disponível em <http://portal.mte.gov.br/imprensa/versao-integral-do-decreto-1.htm>, em 06 de julho de 2014.

_____. *Decreto n.º 58.820*, de 14 de julho de 1966. *Promulga a Convenção nº 103 sobre proteção à maternidade*. 1966. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D58820.htm, em 06/07/2014.

_____. *Lei n.º 6.136*, de 07 de novembro de 1974. Disponível em <http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/128446/lei-6136-74>, em 06/07/2014.

_____. Poder Executivo. Decreto nº. 423 de novembro de 1935. Promulga quatro Projetos de Convenção, aprovados pela Organização Internacional do Trabalho, da Liga das Nações, por ocasião da Conferência de Washington, convocada pelo Governo dos Estados Unidos da América a 29 de outubro de 1919, pelo Brasil adotados, a saber: Convenção relativa ao emprego das mulheres antes e depois do parto; Convenção relativa ao trabalho noturno das mulheres; Convenção que fixa a idade mínima de admissão das crianças nos trabalhos industriais; Convenção relativa ao trabalho noturno das crianças na indústria.

CASSAR, Volia Bomfim, *Direito do Trabalho*, 9ª edição, São Paulo: Método, 2014.

CASTRO, Maria do Perpétuo S. W. de. A concretização da proteção da maternidade no direito do trabalho. *Revista LTr*, ano 69, ago. São Paulo: 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. 3. Reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista de direito constitucional e internacional*, São Paulo, v. 14, n. 54, p. 28-39, jan. /mar. 2006.

DELGADO, Gabriela Neves; RIBEIRO, Ana Carolina Paranhos de Campos. *Os direitos sociotrabalhistas como dimensão dos Direitos Humanos*. Em: Trabalho,

constituição e cidadania: a dimensão coletiva dos direitos sociais.

Coordenadores Gabriela Neves Delgado e Ricardo José Macedo de Britto Pereira. São Paulo: LTr, 2014.

DELGADO, Maurício Goldinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 13 ed. São Paulo. LTr, 2014.

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

EÇA, Vitor Salino de Moura; Rocha, Cláudio Jannotti da. O direito do trabalho analisado sob a perspectiva humanística: efeito corolário a uma (super) proteção na dispensa coletiva. Em: *Direito material e processual do trabalho: na perspectiva dos direitos humanos*. Coordenadores: Carlos Henrique; Bezerra Leite e Vitor Salino de Moura Eça. São Paulo: Ltr, 2014.

_____; VILELA, Janaína Alcântara. Os direitos fundamentais sociais: considerações sobre sua efetividade. Em: *Direito material e processual do trabalho: na perspectiva dos direitos humanos*. Coordenadores: Carlos Henrique; Bezerra Leite e Vitor Salino de Moura Eça. São Paulo: Ltr, 2014.

FACHIN, Luiz Edson e GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Normas trabalhistas na legalidade constitucional. Em: *Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Civil*. Coordenação de Gustavo Tependino, Luiz Phillippe Vieira de Mello Filho, Ana Frazão e Gabriela Neves Delgado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FERRAZ, Fernando Basto; ARAÚJO, Elizabeth Alice Barbosa Silva de; MARQUES JÚNIOR, William Paiva. *Direitos fundamentais sociais na contemporaneidade*. São Paulo: LTr, 2014.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 2013.

FREITAS JR., Antônio Rodrigues de (Org.). *Direito do Trabalho e direitos humanos*. São Paulo: BH Editora, 2006, Apresentação.

GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

GIL,

Vilma Dias. Direito da Minoria: Formas de trabalho são marginalizadas pelo direito. Revista Consultor Jurídico. São Paulo. 17 janeiro 2007. Disponível em: < <http://conjur.estadao.com.br/static/text/51970,1>>. Acesso em 08/12/2015.

GOULART, Rodrigo Fortunato; HASSON, Roland. “A eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações de trabalho”, “Revista Trabalhista Direito e Processo”, Anamatra-LTr, nº 25, 2008.

GREEN, Craig. *An intellectual history of judicial activism*. Emory Law Journal, v. 58, n. 5, p. 1195-12664, maio 2009.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. *(Ré) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 4. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

HOGEMANN, Edna Raquel R. S. *A Tutela Jurisdicional Diferenciada dos Conflitos Trabalhistas*. Disponível em <http://direitopenal.freewebsite.org/arbitral/tutel.htm>. Acesso em: 25. jan. 2015.

HRDY,

Sarah Blafer. Mãe natureza: uma visão feminina da evolução: maternidade, filhos e seleção natural. Rio de Janeiro. Campos, 2001.

JORGE NETO, F. F.; CAVALCANTE, J. de Q. P. *Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

KMIEC, Keenan D. *The origin and current meanings of “judicial activism”*. Califórnia Law Review. V. 92, n. 5.

KUHN, Thomas. *Estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1978.

LIMA, Flávia Santiago. *Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF*. Curitiba: Juruá, 2014

MAÇÔNICA, Marina de Andrade. *Metodologia científica para o curso de direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MEIRELES, Edilton. Natureza Jurídica e Limites da Dispensa Arbitrária ou sem Justa Causa, em: *Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Civil*.

Coordenação de Gustavo Tependino, Luiz Phillipe Vieira de Mello Filho, Ana Frazão e Gabriela Neves Delgado. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013.

MESQUITA, Carolina Pereira Lins. *Teoria Geral do Direito do Trabalho*. Pela progressividade sociojurídica do trabalhador. São Paulo: Ltr, 2012.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa do direito*. São Paulo: Saraiva, 2003

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 203.

MORAES. Vanderlei Pascoal. *Alcance do Princípio da Irrenunciabilidade dos Direitos do Trabalho*. Presidente Prudente 2003. Disponível em:

<<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/144/146>> Acesso em: 15 janeiro. 2014.

MOURA, Solange Maria Sobottka Rolim. ARAÚJO, Maria de Fátima. A maternidade na

história e a história dos cuidados maternos. Psicologia: ciência e profissão conselho Federal de Psicologia. Ano 24. N1, Brasília DF, 2004.

MURARO, Rose Marie, A mulher no terceiro milênio: uma história de mulher através dos tempos e suas perspectivas para o futuro. Rio de Janeiro. Record: Rosa dos ventos,2000. 10ed.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NASCIMENTO, Amaury Mascaro et al. *História do Trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho*. 1. ed. São Paulo: LTR, 1998.

_____. *Curso de Direito do Trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

_____. *Direito Contemporâneo do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011.

NEGRI, Antônio. *A feminilização do trabalho*. Folha de São Paulo, São Paulo, 14. Jun. 1998, seções Autores.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos como trunfos contra a maioria – sentido e alcance da vocação contra majoritária dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (coords.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense: 2007.

OIT. *Convenção n.º 03*. Disponível em <http://www.oitbrasil.org.br/content/conven%C3%A7%C3%A3o-relativa-ao-emprego-das-mulheres-antes-e-depois-do-parto-prote%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-maternidade> em 06/07/2014.

_____. *Convenção n.º 103*. Disponível em <http://www.oitbrasil.org.br/node/524> Em 06/07/2014.

_____. *Recomendação 95 da OIT*. Disponível em <http://www.oitbrasil.org.br/node/463>, 06/07/2014.

OLIVA, José Roberto Dantas. *Autorização para o trabalho infanto-juvenil artístico e nas ruas e praças: parâmetros e competência exclusiva do Juiz do Trabalho*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, n. 28, ano 2006.

OLIVEIRA, Luciano. *Não me fale do Código de Hamurabi!* In: *Sua excelência o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

PÉREZ, José Luiz Monereo. *Introducción al nuevo derecho del trabajo: una reflexión crítica sobre el derecho flexible del trabajo*. Valência. Madri: Trotta, 1996.

PEREZ LUÑO, Antônio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Novena Edición. Madrid, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*; 3. ed. Tradução de Wagner Giglio. São Paulo: LTr, 2004.

PONTES, Juliana de Brito Giovanetti, TEIXEIRA, João Paulo Allain. A crise do direito legislado e o ativismo judicial como modelo de efetividade constitucional: entre promessas e riscos. In: Teoria do Estado e da Constituição. Coord. José Filomeno de Moraes Filho, Regina Célia Martinez, Ilton Norberto Rob Filho. Florianópolis: FUNJAB, 2013.

PRONI, Thaíssa Tamarindo da Rocha Weishaupt. *Proteção constitucional à maternidade no Brasil: um caso de expansão*. São Paulo: 2013, Ltr.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROCHA, Marcelo Oliveira. *Flexibilização do Direito do Trabalho*. Campinas: LZN, 2005.

ROMITA, Arion Sayão. Direito à igualdade, Proibição de discriminação. Revista LTr. junho, 2. ed. São Paulo: 2007.

_____. *O Princípio da Proteção em Xequê e outros Ensaios*. 1. ed. São Paulo: LTR, 2003

SANTOS, Antônio Raimundo. *Metodologia científica: a construção do conhecimento*. Rio de Janeiro: DP&A, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4 eds. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *A efetividade dos Direitos Fundamentais*. 7. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado*. Rido de Janeiro: Elzevir, 2009. vol. 3.

SILVA, Wilson Melo da. A mulher e o direito do trabalho. 3. Ed. São Paulo: Ltr, 2000. SIVOLELLA, Roberta Ferem. Estabilidade da gestante – interpretação, requisitos e limites. Revista LTr, São Paulo: 2008.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*. São Paulo: abril Cultural, 1983.

SUNDFELD, Carlos Ari *et al.* *Controle de Constitucionalidade e Judicialização: o STF frente à sociedade e aos Poderes*. Belo Horizonte. Faculdade de

Filosofia e ciências humanas, 2010. Projeto Observatório da Justiça brasileira. Ministério da Justiça, disponível em http://democraciaejustica.org/cienciapolitica3/sites/default/files/control_e_judicializacao.pdf, acesso em 16/02/2015.

TAVARES, Fernanda Pereira. A mulher como um elemento dinâmico das transformações sociais, políticas e econômicas. Disponível em <http://www.III.comvibra.com.br>. Acesso em 20 de out. 2012.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. Racionalidade das decisões judiciais. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

TEIXEIRA, Sergio Torres e BARROSO, Fábio Túlio. *Os princípios do direito do trabalho diante da flexibilidade laboral*. Rev. TST, Brasília, vol. 75, no3, jul/set 2009, p. 60.

VERONESE, Alexandre. A Judicialização da política na América Latina: panorama do debate teórico contemporâneo. Escritos: revista da Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, v. 3, p. 215-265, 2009.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. Coimbra: Almedina, 2004.

YOUNG, Ernest A. *Judicial activism and conservative politics*. University of Colorado Law Reviw. V. 73, n. 4, p. 1139-1216, 2002.