

MARINA DUTRA MARQUES

**A PROTEÇÃO DO TRABALHO DA MULHER
E A PERPETUAÇÃO DO ESTEREÓTIPO DE GÊNERO**
Os dispositivos legais que diferenciam homens e mulheres e seu sentido na
atualidade

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Dr. Estevão Mallet

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

São Paulo, SP

2019

MARINA DUTRA MARQUES

**A PROTEÇÃO DO TRABALHO DA MULHER
E A PERPETUAÇÃO DO ESTEREÓTIPO DE GÊNERO**

Os dispositivos legais que diferenciam homens e mulheres e seu sentido na
atualidade

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito do Trabalho e da Seguridade Social, sob a orientação do Professor Associado Dr. Estevão Mallet.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

São Paulo, SP

2019

FICHA CATALOGRÁFICA

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Serviço de Processos Técnicos da Biblioteca da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Marques, Marina Dutra

A proteção do trabalho da mulher e a perpetuação do estereótipo de gênero: Os dispositivos legais que diferenciam homens e mulheres e seu sentido na atualidade / Marina Dutra Marques.

– São Paulo: M. D. Marques, 2019.

146 f.; 30 cm.

Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, USP, Programa de Pós-Graduação em Direito, Direito do Trabalho e da Seguridade Social, 2019.

Orientador: Estevão Mallet.

1. Trabalho. 2. Estereótipo. 3. Gênero. 4. Direito da Mulher. 5. Proteção da Mulher. I. Mallet, Estevão. II. Título.

FOLHA DE APROVAÇÃO

Marques, M. D. A Proteção do Trabalho da Mulher e a Perpetuação do Estereótipo de Gênero: Os dispositivos legais que diferenciam homens e mulheres e seu sentido na atualidade. 2019. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2019.

BANCA EXAMINADORA

MALLET, Estevão (FACULDADE DE DIREITO/USP)

*À Manu, Luísa, Olívia, Pipa, Alice, Betina, Maitê
e tantas outras por vir*

A gender line... helps to keep women not on a pedestal, but in a cage.

(Ruth Bader Ginsburg)

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a todas as mulheres que me precederam e lutaram pelo movimento feminista como souberam ou puderam, refinando os debates até o ponto em que se encontram; as imagens recentes do cordão humano na Índia me deram forças quando este estudo pareceu desconectado com a realidade do Brasil.

Agradeço, de forma particular, às mulheres da minha vida: minha avó, minha mãe e minha irmã; cada uma, a sua maneira, quebrou padrões e me ensinou que não existe apenas uma forma de abraçar as oportunidades e vencer os desafios.

Agradeço também a toda minha família, fonte de solidez e estabilidade, incluindo no conceito de família aqueles amigos que também dividem comigo o afeto e a incondicionalidade que conectam pessoas da forma mais profunda.

Agradeço, especialmente, às duas novas amigas trazidas pelo mestrado, que compartilharam comigo todas as conquistas e angústias dessa fase de descobertas acadêmicas e pessoais que nos trouxe até o depósito desta dissertação juntas, cansadas e realizadas.

Agradeço aos companheiros de todos os dias, sócios, advogados e estagiários do escritório onde trabalho, aprendo e me divirto, pelos conselhos, livros, ideias, discussões – mas, especialmente, pelo apoio e espírito de equipe que não deixam de me impressionar.

Agradeço ao professor orientador deste estudo, fonte de inspiração não só para a escrita do trabalho, mas também para a atuação acadêmica, comprometimento com o aprendizado e cordialidade em qualquer ocasião. Agradeço também à professora que motivou o meu interesse pelo tema dos estereótipos de gênero, tema este que eu sequer conhecia antes de conhecê-la.

Agradeço aos livros. Agradeço à música. *Gracias a la vida, que me ha dado tanto.*

RESUMO

O tema desta pesquisa é a proteção do trabalho da mulher e a perpetuação do estereótipo de gênero. O objetivo é analisar o papel do estereótipo de gênero na criação das normas trabalhistas que diferenciam homens e mulheres no Brasil; as tendências de transformação das normas no tempo; o sentido das normas na atualidade, à luz das transformações sociais desde a sua promulgação; a capacidade da norma de assegurar a transformação ou perpetuação do *status quo*; a compatibilidade das normas com as previsões constitucionais e convencionais em voga; e alternativas para atingimento da igualdade de fato. Assim, a pesquisa analisa a legislação protetora do trabalho da mulher, bem como normas previdenciárias correlatas, frente ao conceito e à classificação do estereótipo de gênero conforme os ensinamentos de Rebecca J. Cook e Simone Cusack, além das pertinentes normas internacionais, constitucionais e supralegais, recomendações e publicações de organismos internacionais sobre os direitos humanos, da mulher e do trabalho, dados estatísticos, doutrina e jurisprudência. É traçado paralelo entre os estereótipos de gênero e as normas sobre saúde e segurança, normas de proteção à maternidade e normas previdenciárias correlatas. Em separado, são classificadas as normas que tem condão de ações afirmativas. As normas que tem carga de estereótipo de gênero e não constituem medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato são interpretadas como inconstitucionais, bem como afrontosas às convenções internacionais ratificadas pelo Brasil. Assim, seguindo a lógica das tendências normativas verificadas nas últimas décadas, são analisadas as hipóteses de nivelamento de direitos entre os gêneros.

Palavras-chave: trabalho; estereótipo; gênero; direito da mulher; proteção da mulher.

ABSTRACT

The focus of this dissertation is the protection of women's work and the perpetuation of the gender stereotype. The goal is to analyze the role of gender stereotype in the creation of labor standards that differentiate men and women in Brazil; trends in standards transformation over time; the purpose of these norms in the present, in the light of the social changes since their enactment; the standards' ability to ensure social transformation or perpetuation of the status quo; the compatibility of the standards with the current constitutional and conventional bases; and alternatives for attaining de facto equality. Thus, the research analyzes the protective legislation of women's work, as well as related social security norms, against the concept and classification of the gender stereotype according to the lessons of Rebecca J. Cook and Simone Cusack. In addition to the relevant international, constitutional and supra-legal norms, recommendations and publications of international organizations on human rights, women and labor, statistical data, doctrine, and jurisprudence. A parallel is drawn between gender stereotypes and norms on health and safety, maternity protection and related social security legislation. The norms with affirmative action characteristics are classified separately. Norms that have a gender stereotype burden and are not special temporary measures designed to accelerate de facto equality are interpreted as unconstitutional as well as being contrary to international conventions ratified by Brazil. Thus, following the logic of the normative tendencies verified in the last decades, the hypotheses of the leveling of rights between the genders are analyzed.

Keywords: labor; gender; stereotype; women's rights; protection of women.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 – Desempenho global do Relatório Global de Desigualdade de Gênero. Fonte: Fórum Econômico Mundial (2017).....	29
Figura 2 – Relação entre qualificação educacional e participação no mercado de trabalho. Fonte: Fórum Econômico Mundial (2016).....	31
Figura 3 – Média global dos ganhos mundiais. Fonte: Fórum Econômico Mundial (2016).	31
Figura 4 – A Jornada de trabalho de homens e mulheres. Fonte: Fórum Econômico Mundial (2016).....	32
Figura 5 – Média de horas dedicadas aos cuidados de pessoas e/ou afazeres domésticos por pessoas ocupadas, por sexo (horas semanais); dados de 2016. Fonte: IBGE, 2018.	116
Figura 6 –Proporção de ocupados em trabalho por tempo parcial, na semana de referência, por sexo (%). Fonte: IBGE, 2016.	117
Figura 7 – Rendimento habitual médio mensal de todos os trabalhos e razão de rendimentos, por sexo. Fonte: IBGE, 2018.	118

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Aposentadoria por idade	86
Tabela 2 – Aposentadoria tempo de serviço	86
Tabela 3 – Licença parental nos países nórdicos	112

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos Humanos
CEEP	<i>European Centre of Employers and Enterprises providing Public Services and Services of general interest</i>
CF	Constituição da República Federativa do Brasil
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
DNSHT	Departamento Nacional de Segurança e Higiene do Trabalho
EACDH	Escritório do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos (<i>Office of the High Commissioner for Human Rights</i>)
EPI	Equipamentos de Proteção Individual
EsPCEx	Escola Preparatória de Cadetes do Exército
ETUC	<i>European Trade Union Confederation</i>
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)
LGBT	Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros
ONU	Organização das Nações Unidas
TST	Tribunal Superior do Trabalho
STF	Supremo Tribunal Federal
OAE	Organização dos Estados Americanos
OIT	Organização Internacional do Trabalho
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU MULHERES	Entidade das Nações Unidas para a Igualdade de Gênero e o Empoderamento das Mulheres (<i>United Nations Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women</i>)
UNICE	<i>Union of Industrial and Employers' Confederation of Europe</i>

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	25
1. CONTEXTUALIZAÇÃO	29
1.1. DADOS INTERNACIONAIS	29
1.2. DISCURSO DISCRIMINATÓRIO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO	32
1.3. PROTEÇÃO E IGUALDADE	34
1.4. EXTRATO DA POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS.....	37
2. ESTEREÓTIPO DE GÊNERO	41
2.1. CONCEITO DE ESTEREÓTIPO DE GÊNERO	41
2.2. ESTEREÓTIPO DE GÊNERO COMO FORMA DE DISCRIMINAÇÃO.....	43
2.3. PANORAMA NORMATIVO INTERNACIONAL	45
2.3.1. <i>Organização das Nações Unidas (ONU)</i>	45
2.3.2. <i>Organização Internacional do Trabalho (OIT)</i>	49
2.3.3. <i>Organização dos Estados Americanos (OEA)</i>	52
2.3.4. <i>MERCOSUL</i>	53
2.3.5. <i>Outras normas internacionais</i>	53
2.4. PANORAMA NORMATIVO NACIONAL.....	55
2.4.1. <i>Normas constitucionais</i>	55
2.4.2. <i>Normas infraconstitucionais</i>	56
3. LEGISLAÇÃO PROTETORA DO TRABALHO DA MULHER	61
3.1. NORMAS SOBRE A SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHO	62
3.1.1. <i>Duração do trabalho</i>	62
3.1.2. <i>Trabalho noturno</i>	63
3.1.3. <i>Períodos de descanso</i>	63
3.1.4. <i>Métodos e locais de trabalho</i>	67
3.2. NORMAS SOBRE A PROTEÇÃO À MATERNIDADE	70
3.3. NORMAS SOBRE A DISCRIMINAÇÃO DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO.....	78
3.4. NORMAS PREVIDENCIÁRIAS	82
3.4.1. <i>Salário-maternidade</i>	83
3.4.2. <i>Aposentadoria</i>	85
4. ANÁLISE NORMATIVA	87
4.1. TENDÊNCIAS NORMATIVAS	87
4.1.1. <i>Movimento de subtração das normas protetoras</i>	87

4.1.2.	<i>Movimento de alteração do sujeito das normas protetoras.....</i>	<i>90</i>
4.1.3.	<i>Movimento de expansão das normas protetoras</i>	<i>92</i>
4.2.	PAPEL DO ESTEREÓTIPO DE GÊNERO NAS NORMAS PROTETORAS	94
4.2.1.	<i>Intersecção entre normas de saúde e segurança e estereótipo de sexo.....</i>	<i>95</i>
4.2.2.	<i>Intersecção entre normas de proteção à maternidade e estereótipo do papel do</i> <i>sexo</i>	<i>98</i>
4.2.3.	<i>Intersecção entre normas previdenciárias e estereótipo de papel de sexo.....</i>	<i>104</i>
4.3.	NORMAS PROTETORAS COMO AÇÕES AFIRMATIVAS	106
4.3.1.	<i>Normas sobre discriminação da mulher no mercado de trabalho.....</i>	<i>106</i>
4.3.2.	<i>Normas de saúde e segurança, de proteção à maternidade e previdenciárias</i>	<i>107</i>
4.4.	MELHORES PRÁTICAS INTERNACIONAIS.....	107
4.4.1.	<i>Recomendações de órgãos internacionais.....</i>	<i>108</i>
4.4.2.	<i>Direito comparado</i>	<i>110</i>
5.	RESULTADOS E ALTERNATIVAS.....	115
5.1.	RESULTADOS DA PERPETUAÇÃO DO ESTEREÓTIPO DE GÊNERO	115
5.2.	ALTERNATIVAS DE NIVELAMENTO	119
5.2.1.	<i>Movimento de subtração das normas protetoras</i>	<i>120</i>
5.2.2.	<i>Movimento de alteração do sujeito das normas protetoras.....</i>	<i>122</i>
5.2.3.	<i>Movimento de expansão das normas protetoras</i>	<i>124</i>
6.	CONCLUSÃO	127
	REFERÊNCIAS	133
	ANEXO I	143

INTRODUÇÃO

O tema desta pesquisa, como indica o próprio título, é a proteção do trabalho da mulher e a perpetuação do estereótipo de gênero. O subtítulo foi escolhido para demonstrar que os dispositivos legais que diferenciam homens e mulheres serão objeto desta análise com o propósito de entender o seu sentido na atualidade. O recorte metodológico se dá para analisar a legislação trabalhista, bem como previdenciária correlata, ainda que se reconheça a imensa relevância de outros diversos aspectos de políticas públicas e costumes sociais para a perpetuação do estereótipo de gênero. Ademais, apesar de ser extremamente interessante e (mais do que nunca) valoroso estudar as questões afeitas à comunidade de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros (LGBT) e as novas formas de família, acertadamente reconhecidas pela jurisprudência moderna, elas não serão o foco deste trabalho, ainda que possam ser mencionadas pontualmente. Também não serão tratados assuntos relacionados a pessoas hermafroditas, assim como mulheres do sexo feminino que não carregam as supostas especificidades biológicas naturais, como o órgão reprodutor.

A importância da discussão sobre estereótipos de gênero, no contexto apresentado, ocorre, pois estereotipar é inegavelmente parte da natureza humana; é uma forma de categorizar indivíduos, por vezes inconscientemente, entre diferentes grupos ou tipos, em parte, para simplificar o mundo que nos envolve, sem considerar as habilidades, necessidades, desejos e circunstâncias individuais de cada pessoa (Cook & Cusack, 2010). Todavia, o estereótipo de gênero, objeto deste trabalho, é prejudicial quando limita a capacidade do ser humano de desenvolver suas habilidades pessoais, perseguir suas carreiras profissionais e fazer escolhas sobre suas vidas e planos de vida (EACDH, 2013).

As estatísticas mostram que ainda existe um longo caminho a ser percorrido para a conquista da plena igualdade de gênero, especialmente no tocante ao trabalho e emprego. Apesar da evolução observada no último século, inclusive no que tange à educação, as mulheres continuam afastadas das melhores oportunidades remuneradas e sobrecarregadas com tarefas não remuneradas. Ademais, persiste o discurso discriminatório e aberto contra a empregabilidade da mulher, emanado desde as primeiras discussões do Código de Trabalho de 1917. Além de persistir o debate generalizado sobre a constitucionalidade ou não das normas diferenciadoras de homens e mulheres em matéria de trabalho frente ao princípio da igualdade quase 30 (trinta) anos após o início da “nova” ordem constitucional – debate esse intensificado pela promulgação da chamada “Reforma Trabalhista”. Todavia,

pouco se fala da convencionalidade dessas previsões ou de sua relação com a perpetuação do estereótipo de gênero que, de acordo com o relatório comissionado do Escritório do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos (EACDH) (*Office of the High Commissioner for Human Rights – OHCHR*) intitulado de Estereótipo de Gênero como uma Violação aos Direitos Humanos (*Gender Stereotyping as a Human Rights Violation*), é uma causa disseminada de violação aos direitos humanos.

Ainda que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (Brasil, 1988) não seja específica ao tratar de estereótipos de gênero, cria todo um arcabouço de comandos antidiscriminatórios e protetivos que trazem abertura à referida questão. De início, o artigo 3º, IV proíbe genericamente qualquer forma de discriminação. Também o artigo 5º, *caput* determina que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Nos termos da Constituição, seu inciso primeiro determina categoricamente que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.

No âmbito do trabalho, especificamente, o artigo 7º, XXX da CF determina a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. Ao lado dos comandos antidiscriminatórios, estipulou-se no artigo 7º, XX, “a proteção do mercado de trabalho da mulher mediante incentivos específicos, nos termos da lei”. Nessa linha, há de se entender que a Constituição somente permite a prática diferenciada *desde que* efetivamente direcionada à proteção ou ampliação do *mercado de trabalho* da mulher.

Junte-se a isso as normas internacionais. Nada obstante toda proteção internacional ao ser humano, independentemente de gênero, a mulher continua sendo objeto de grandes discriminações. Assim, foram criados instrumentos específicos com o intuito de atingir a igualdade de gênero de forma irrestrita, principalmente a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, adotada em 1979 pela Assembleia Geral da ONU, com texto publicado oficialmente em língua nacional pelo Decreto 89.460/1984¹. Ela reconhece que, para alcançar a plena igualdade entre o homem e a mulher, é necessário modificar o papel tradicional de ambos na sociedade e na família.

A Convenção em comento também determina as principais obrigações dos Estados-Parte com o objetivo eliminar a discriminação contra a mulher, até o compromisso de “adotar todas as medidas adequadas, inclusive de caráter legislativo, para modificar ou derrogar leis, regulamentos, usos e práticas que constituam discriminação contra a mulher”

¹ Posteriormente revogado e substituído pelo Decreto 4.337/2002, que removeu reservas anteriormente estabelecidas.

(artigo 2º, “f”). Ademais, a norma traz à baila, explicitamente, a questão do estereótipo de gênero como parte do contexto dessa discriminação. Assim, em interpretação conjunta dos dispositivos, entende-se que “leis, regulamentos, usos e práticas baseados na ideia da inferioridade ou superioridade de qualquer um dos sexos ou em funções estereotipadas de homens e mulheres devem ser modificados ou derogados” (Cook & Cusack, 2010, p. 5). Por outro lado, o artigo 4º da Convenção trata, de forma apartada, da adoção de medidas especiais de caráter *temporário* destinadas a alcançar a igualdade de fato entre homens e mulheres.

Nesse cenário, o tema deste estudo será limitado à análise de normas trabalhistas brasileiras de proteção do trabalho da mulher, bem como previdenciárias correlatas, para investigar: (a) o papel do estereótipo de gênero na criação das normas; (b) as tendências de transformação das normas no tempo; (c) o sentido das normas na atualidade, à luz das transformações sociais desde a sua promulgação; (d) a capacidade da norma de assegurar a transformação ou perpetuação do *status quo*; (e) a compatibilidade das normas com as previsões constitucionais e convencionais em voga; e (f) alternativas para atingimento da igualdade de fato.

Assim, a dissertação será construída para responder as seguintes questões principais: (i) as normas que diferenciam o trabalho do homem e da mulher têm poder de transformação social, ou perpetuam *status quo* da desigualdade e do estereótipo de gênero?; e (ii) tais normas são alinhadas com a *ratio legis* da CF e das convenções internacionais ratificadas pelo Brasil, bem como com as melhores práticas internacionais para atingimento da igualdade de gênero?

Sob o contexto já delimitado, pretende-se analisar o Capítulo III da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), intitulado “Da Proteção do Trabalho da Mulher”, bem como as leis que alteraram suas disposições desde a promulgação (inclusive a Lei 13.467/2017, que trouxe a chamada “Reforma Trabalhista”), além das normas administrativas e entendimentos jurisprudenciais pertinentes à matéria ali tratada. Também serão analisadas a Lei 9.029/1995 (apesar de deslocada da CLT, ela trata de práticas discriminatórias e limitativas para efeitos de acesso e manutenção da relação de emprego) e previsões esparsas, como aquelas do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) sobre a estabilidade da gestante e a licença paternidade. Ademais, é pertinente aludir às normas previdenciárias, insertas na Lei 8.213/1991, quanto ao salário gestante e aposentadoria.

Esse conjunto normativo será cotejado conforme a seguinte metodologia: serão analisadas as normas trabalhistas que protegem o trabalho da mulher, bem como normas

previdenciárias correlatas (acima enumeradas), frente às normas internacionais, constitucionais e supralegais pertinentes, além de recomendações e publicações de organismos internacionais sobre os direitos humanos, da mulher e do trabalho, como o relatório Estereótipo de Gênero como uma Violação aos Direitos Humanos (EACDH, 2013), bem como a doutrina e a jurisprudência. Ademais, serão utilizados dados estatísticos que se mostrem relevantes para determinar as tendências globais e nacionais relativas ao trabalho da mulher, especialmente aqueles publicados por órgãos internacionais, a exemplo do Relatório Global de Desigualdade de Gênero (*Global Gender Gap Report*) do Fórum Econômico Mundial (2016; 2017).

Em relação ao conceito e classificações do estereótipo de gênero, será adotada a doutrina de Rebecca J. Cook e Simone Cusack (2010), por ser precursora e aclamada na matéria, e por ter baseado o supramencionado relatório do EACDH (2013). Sua doutrina foi também utilizada pela Relatora Especial da ONU Gabriella Knaul no *Report of the Special Rapporteur on the Independence of Judges and Lawyers* (Knaul, 2011) e “citada com aprovação – embora indireta – no Grupo de Trabalho das Nações Unidas sobre a Questão da Discriminação contra as Mulheres na Lei e na Prática (*UN Working Group on the Issue of Discrimination against Women in Law and in Practice*)” (EACDH, 2013, p. 8).

Para tanto, é importante apresentar uma contextualização sobre o assunto, ainda que sumariamente, conforme os dados encontrados em pesquisas internacionais, o discurso discriminatório ainda propagado no Brasil, os conceitos de proteção e igualdade no ordenamento jurídico pátrio e um extrato da posição dos tribunais no Capítulo 1. Após, o Capítulo 2 trará breve explicação sobre os conceitos que rodeiam o estereótipo de gênero; o Capítulo 3 disporá sobre a legislação sob análise; o Capítulo 4 fará a comunicação entre os Capítulos 2 e 3, relacionando tais normas com os diferentes tipos de estereótipo, ou não; e, por fim, o Capítulo 5 tratará sobre os resultados da perpetuação do estereótipo de gênero e as possíveis alternativas para o nivelamento de direitos entre homens e mulheres.

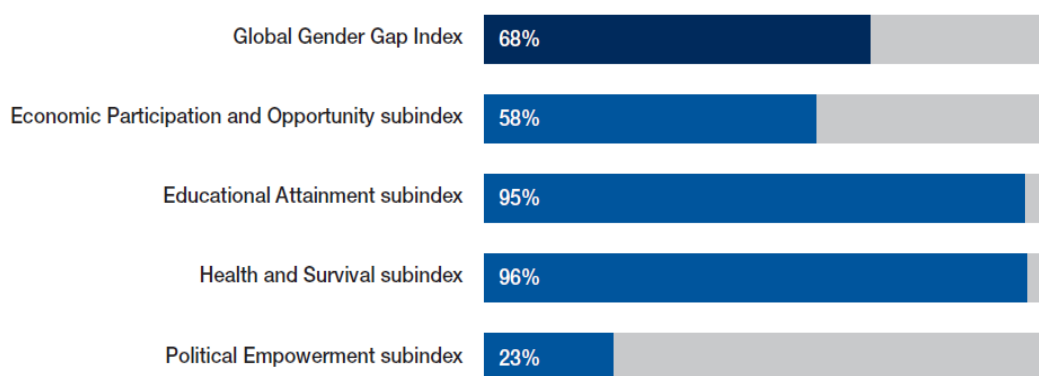
1. CONTEXTUALIZAÇÃO

O estereótipo de gênero, especialmente quando relacionado às relações de trabalho, é um assunto pouco explorado. Entretanto, há diversas informações relacionadas ao tema que, ainda que não concatenadas entre si, valem ser mencionadas de forma introdutória e exemplificativa para contextualizar a discussão.

1.1. Dados internacionais

O Relatório Global de Desigualdade de Gênero do Fórum Econômico Mundial (2016; 2017) mede as disparidades existentes face ao ideal da igualdade de gênero em diversos países no mundo com quatro enfoques, sendo fonte engrandecedora de índices globais, regionais e de cada nação individualmente analisada. Os quatro enfoques da análise realizada pelo Relatório são: (a) participação econômica e oportunidade; (b) educação; (c) saúde e sobrevivência; e (d) participação política. Os índices do Relatório de 2017 mostram que, ainda que os 144 (cento e quarenta e quatro) países estudados estejam próximos de preencher a lacuna de gênero nos quesitos de saúde e educação, as disparidades na participação política e econômica permanecem vastas (Fórum Econômico Mundial, 2017).

Figura 1 – Desempenho global do Relatório Global de Desigualdade de Gênero



Source: Global Gender Gap Index 2017.

Note: Covers all 144 countries featured in the 2017 index.

Fonte: Fórum Econômico Mundial (2017).

Para elucidar a questão, vale dizer que 34 (trinta e quatro) e 27 (vinte e sete) países analisados encerraram as disparidades na saúde e educação, respectivamente. Por outro lado, nenhuma nação preencheu totalmente a lacuna do gênero em relação aos demais medidores (Fórum Econômico Mundial, 2017).

O Relatório dá notas aos países, variando de 0 (zero) – absoluta disparidade de gêneros – a 1 (um) – absoluta igualdade de gênero –, e os classifica de acordo com um *ranking* geral e por *subindex*. Em 2017, o Brasil teve nota 0,684 (zero seiscientos e oitenta e quatro) localizado na 90^a (nonagésima) posição geral, estando em 1^o (primeiro) lugar em saúde e em educação (havendo encerrado a disparidade em educação neste ano, após ter sido reaberta em 2016); mas ficou em 110^o (centésimo décimo) lugar em participação política e 83^o (octogésimo terceiro) lugar em participação econômica e oportunidade (Fórum Econômico Mundial, 2017).

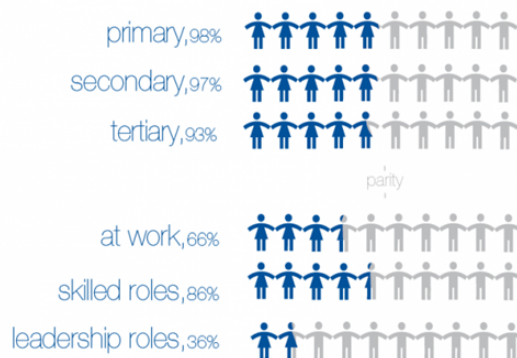
Ademais, o Relatório também compara a posição atual de cada país à posição que ocupou no primeiro relatório em que foi avaliado. O Brasil se fez presente desde o relatório inaugural, em 2006, quando esteve na 67^a (sexagésima sétima) posição do *ranking* geral. Foi constatado em 2017 que o índice nacional está em seu ponto mais distante desde 2011, sendo que a ampliação da disparidade de gênero na participação política não pôde ser contrabalanceada pelas melhorias modestas em participação econômica e oportunidade (Fórum Econômico Mundial, 2017). Por outro lado, o *gap* na educação foi mais uma vez encerrado, após a reabertura no ano de 2016 (Fórum Econômico Mundial, 2016).

No tocante à participação econômica, é relevante notar que a participação no mercado de trabalho diminuiu tanto para homens quanto mulheres, mas para mulheres, o declínio foi acentuado. Além disso, em termos absolutos, a renda tanto dos homens quanto das mulheres cresceu, mas o crescimento foi mais relevante para homens do que para mulheres, sugerindo que as melhorias não foram distribuídas de forma igualitária entre os gêneros. Finalmente, a participação de mulheres em altos cargos nos setores público e privado permanece tímida, sendo que atualmente apenas 22% (vinte e dois por cento) das posições de gestão são preenchidas com pessoas do gênero feminino (Fórum Econômico Mundial, 2017).

O Relatório de 2016 também foi claro ao demonstrar que os ganhos educacionais não se traduzem em ganhos econômicos para as mulheres. Apesar de haver participação quase igualdade no emprego para profissionais e técnicos, refletindo em parte a paridade na educação e nas habilidades de homens e mulheres com educação superior, mulheres ocupam menos de 1/3 (um terço) dos altos cargos (Fórum Econômico Mundial, 2016).

Figura 2 – Relação entre qualificação educacional e participação no mercado de trabalho.

Same qualifications, different outcomes



Source: Global Gender Gap Index 2016, World Economic Forum

Fonte: Fórum Econômico Mundial (2016).

A lacuna também persiste em relação ao trabalho remunerado e não remunerado. No primeiro cenário, até os dias atuais, os ganhos médios das mulheres são quase metade dos ganhos dos homens (Fórum Econômico Mundial, 2016).

Figura 3 – Média global dos ganhos mundiais.

Global Average, Annual Earnings

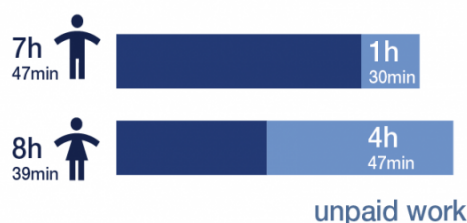


Fonte: Fórum Econômico Mundial (2016).

Já em relação ao trabalho não remunerado, em muitas sociedades, até mesmo mulheres que fazem parte da força de trabalho também detém a responsabilidade primária do trabalho não remunerado, como cuidados com crianças e idosos e tarefas domésticas. Assim, a soma do tempo da mulher no trabalho – remunerado e não remunerado – é maior do que a do homem em 52 (cinquenta e dois) minutos diários (Fórum Econômico Mundial, 2016).

Figura 4 – A Jornada de trabalho de homens e mulheres.

A working day for men and women



Fonte: Fórum Econômico Mundial (2016).

No geral, presumindo que os parâmetros permaneçam estáveis, e observando as tendências recentes, existe a perspectiva de que a lacuna entre os gêneros seja completamente encerrada, na América Latina em 79 (setenta e nove) anos – i.e. 2096 (Fórum Econômico Mundial, 2017).

Assim, as estatísticas mostram que ainda existe um longo caminho a ser percorrido em direção à paridade, especialmente no tocante à participação política, bem como ao trabalho e ao emprego. Apesar da evolução observada no último século, inclusive no que tange à educação, as mulheres continuam afastadas das melhores oportunidades remuneradas.

1.2. Discurso discriminatório nas relações de trabalho

O discurso discriminatório em relação ao trabalho da mulher ainda é impregnado em diversos assuntos e escalas de poder no Brasil. Não faltam exemplos, alguns mais sutis e outros bastante incisivos. O atual presidente do Brasil, Jair Bolsonaro, eleito em 2018 para o mandato de 2019-2022, já realizou diversas declarações como aquela ao jornal gaúcho Zero Hora (2014) sobre as relações de trabalho, enquanto ainda deputado federal pelo estado do Rio de Janeiro:

Repórter (R): O senhor, como deputado progressista, não tem o papel de trazer a discussão sobre os direitos das mulheres à tona?

Jair Bolsonaro (JB): Eu sou liberal. Defendo a propriedade privada. Se você tem um comércio que emprega 30 pessoas, eu não posso obrigá-lo a empregar 15 mulheres. A mulher luta muito por direitos iguais, legal, tudo bem. Mas eu tenho pena do empresário no Brasil, porque é uma desgraça você ser patrão no

nosso país, com tantos direitos trabalhistas. Entre um homem e uma mulher jovem, o que o empresário pensa? "Poxa, essa mulher tá com aliança no dedo, daqui a pouco engravida, seis meses de licença-maternidade..." Bonito pra c..., pra c...! Quem que vai pagar a conta? O empregador. No final, ele abate no INSS, mas quebrou o ritmo de trabalho. Quando ela voltar, vai ter mais um mês de férias, ou seja, ela trabalhou cinco meses em um ano.

R: Mas qual seria a solução?

JB: Por isso que o cara paga menos para a mulher! É muito fácil eu, que sou empregado, falar que é injusto, que tem que pagar salário igual. Só que o cara que está produzindo, com todos os encargos trabalhistas, perde produtividade. O produto dele vai ser posto mais caro na rua, ele vai ser quebrado pelo cara da esquina. Eu sou um liberal, se eu quero empregar você na minha empresa ganhando R\$ 2 mil por mês e a Dona Maria ganhando R\$ 1,5 mil, se a Dona Maria não quiser ganhar isso, que procure outro emprego! O patrão sou eu.

R: Mas aí a mulher se ferra porque engravida?

JB: É liberdade, pô. A mulher competente... Ou você quer dar cota para mulher? Eu não quero ser carrasco das mulheres, mas, pô...

A entrevista em questão teve bastante repercussão. Em 15 de fevereiro de 2016, o então deputado federal compareceu ao programa de televisão SuperPop, tentando se explicar de maneira informal. Entretanto, ele disse:

Entrevistadora: Agora, deputado, é verdade que o senhor disse que mulher tem que ganhar menos porque engravida? (...)

Jair Bolsonaro (JB): Eu fui entrevistado pelo jornal Zero Hora. O assunto era: por que mulher ganha menos do que homem?

Luciana Gimenez (LG): Por que?

JB: E eu estudei o assunto. Fui em pesquisas, conversei com alguns empresários, outra – empresários não, empregador (sic) – o que acontece: a mulher, por ter um direito trabalhista a mais, no caso a licença gestante, o empregador prefere contratar homem. O empregador! Não é o Jair Bolsonaro. E muitas vezes prefere, ao ser mulher, dar o emprego ganhando menos. Isso é que está na cabeça do empregador e o jornalista botou na minha conta isso aí. É falta de...

LG: Entendi. Então você acha certo ou errado isso?

JB: Olha, você não tem... Olha, no serviço público, você não tem distinção. Se você fizer – se nós fizermos um concurso para sermos sargentos do exército, a gente vai ganhar a mesma coisa. Pra (sic) sermos aqui médicos de um hospital qualquer público, federal mesma coisa. Agora, na questão privada nós não temos como interferir. Fica no livre arbítrio do empregador.

LG: Eu perguntei o que que você acha.

JB: Eu não empregaria com o mesmo salário... Olha, mas tem muita mulher que é competente. (...) (HuffPost, 2018)

O então candidato à presidência tentou, em várias oportunidades, relativizar suas declarações posteriores. Contudo, é pavoroso notar que o discurso não se distancia muito

daquele emanado há literalmente cem anos no “Jornal do Comércio”, em 10 de setembro de 1917, à época das discussões do projeto de Código de Trabalho de 1917, citada por Arnaldo Sussekind (2003):

A lei, neste caso, deve ser mero amparo à mulher e não uma lei que torne a gravidez rendosa e cômoda profissão, fazendo-se o patrão, como o holandês, pagar o mal ou o bem que não fez! Se a lei for votada com esses exageros os patrões serão naturalmente obrigados a tomar as suas precauções, e logo que tenham a menor suspeita evitarão os serviços da futura mãe. É, certamente, o meio mais seguro de ensinar o nosso operariado os processos de artificialmente diminuir a natalidade (pp. 970-971 – ênfase nossa).

Até mesmo a doutrina trabalhista reconhece, de forma mais polida, que a mulher (especialmente se grávida) pode ser “compreensivelmente” preterida em relação a outra mulher. Ao comentar o artigo 373-A, IV da CLT, que veda a exigência de atestado ou exame para comprovação de esterilidade ou gravidez na admissão ou permanência no emprego, Eduardo Gabriel Saad (2007) comenta:

De fato, é ofensivo à dignidade da pessoa humana da trabalhadora a exigência de prova de sua esterilidade ou de que não está grávida. Mas, se o empregador tem a possibilidade de selecionar uma empregada solteira, é compreensível que se dê preferência a esta e não a uma candidata grávida. No nosso regime político, não se pode mutilar a liberdade de iniciativa (no plano econômico) a ponto de anulá-la de todo (pp. 375 – ênfase nossa).

Conclui-se, assim que a discriminação e estereótipo de gênero permanecem enraizados na sociedade brasileira, nada obstante a inegável evolução da legislação trabalhista ao longo dos anos. Como mostram os dados apresentados, é seguro dizer que a igualdade de gêneros no âmbito trabalhista está longe de ser atingida. Nas palavras de Homero Batista Mateus da Silva (2016):

O direito do trabalho consegue intervir em diversos aspectos do funcionamento do mercado de trabalho, mas não tem sido tão eficiente quando o assunto é a ordem econômica ou cultural, como é o caso da persistente discrepância salarial entre homens e mulheres com os mesmos atributos e funções e a baixa dimensão feminina em postos de comando, desde as empresas pequenas até as transnacionais (pp. 181 – ênfase nossa).

1.3. Proteção e igualdade

A proteção do trabalho da mulher está no cerne dessa discussão. Sabidamente, a legislação trabalhista (e também a previdenciária) distinguem o trabalho do homem e da mulher. A CF de 1988 prevê, como direito dos trabalhadores urbanos e rurais, em seu artigo

7º, XVIII, “licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias” (enquanto o inciso subsequente somente menciona a licença paternidade, sem delimitar prazo específico, “nos termos fixados em lei”).

Por ora, no tocante à licença paternidade, vige o artigo 10, parágrafo 1º do ADCT, que dispõe: “até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias”. No mesmo passo, permanece vigente a estabilidade gestante do artigo 10, II, “b” do ADCT, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, sendo que não há proteção semelhante para pais ou futuros pais.

Por seu turno, o artigo 7º, XXX da CF determinou a “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”; já o artigo 7º, XX instituiu “a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”.

Finalmente, o artigo 201, II da Constituição determina que a previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a proteção à maternidade, *especialmente à gestante*.

No plano infraconstitucional, o Capítulo III da CLT destina-se, conforme o próprio título, à “Proteção do Trabalho da Mulher”. Também relevante a Lei 9.029/1995, que condena práticas discriminatórias contra o gênero feminino e outros grupos vulneráveis.

Há décadas se debate a relação entre a proteção do trabalho da mulher e a igualdade dos gêneros no ambiente de trabalho. Exemplifica-se a partir da discussão sobre a proibição do trabalho noturno da mulher. Por um lado, a doutrina de Amaro Barreto defendia, em 1967:

A regra é a proibição do labor noturno à mulher, em obséquio à *delicadeza de seu organismo* e à *integridade e defesa da família e sociedade*. Mescla de *interesses públicos e privados*, norteia esta norma, com a proteção da mulher aliada ao amparo dos filhos e da cédula da sociedade (Barros, 1994, p. 26 – ênfase nossa)

Por outro lado, consignou a ex-Juíza do Trabalho, Dra. Anna Britto da Rocha Acker, em entrevista ao jornal “O Globo” no dia 18 de setembro de 1977:

Mas hoje a tecnologia acabou com este conceito de que a mulher é mais fraca, já que para movimentar máquinas imensas só se precisa apertar um botão. Vê-se agora muito mais o intelecto e a capacidade de produção. *A proteção agora é para o humano, o emocional e aí entra o homem como a mulher*. O ideal, é claro para os dois, seria não haver trabalho noturno, já que é uma hora destinada ao

repouso, mas o funcionamento de uma cidade exige que nem todos parem. (Sussekind, 2003, pp. 967 – ênfase nossa).

Assim, a questão não podia deixar de ser alvo de debate do Poder Constituinte dos anos 1980, sendo que a preocupação latente ensejou diversas publicações sobre o assunto à época. Em 1987, Octavio Bueno Magno (1987) já consignava:

Não há mais unanimidade de vistas a respeito da decantada fragilidade da mulher, prevalecendo antes a opinião de serem *poucas as profissões, se é que realmente existem*, em que condições de trabalho sejam *mais insalubres às mulheres do que aos homens*. Sublinhe-se, por outro lado, que o *trabalho noturno apresenta as mesmas inconveniências* tanto para o homem como para a mulher. Adiciona-se que a vedação à mulher de certas atividades importe, afinal, para ela, em discriminação negativa (p. 83 – ênfase nossa).

Luiz Carlos Amorim Robortella também consignou em 1988: “está emergindo uma nova doutrina sobre a matéria, contrária à falsa noção de inferioridade físicas, psíquica e moral da mulher e preconizando a supressão da discriminação” (Robortella, 1988, p. 934).

A questão do trabalho insalubre e perigoso foi superada pelo próprio texto constitucional – visto que o artigo 7º, XXXIII, só restringiu sua realização por menores de 18 (dezoito) anos. Segadas Vianna analisa que “no plano constitucional, a interpretação histórica demonstra que a proposital supressão da proibição do trabalho para a mulher, em condições de insalubridade e periculosidade, teve o escopo de, realmente, viabilizar o efetivo tratamento igualitário à mulher” (Sussekind, 2003, p. 974). No ano seguinte à promulgação da Constituição, alterou-se a legislação infraconstitucional por meio da Lei 7.855/1989, que revogou diversas das normas protetoras antes vigentes.

Não obstante, o debate sobre as demais normas protetoras remanescentes permanece após a promulgação da CF de 1988. Isso porque soma-se às normas constitucionais específicas sobre a mulher, acima mencionadas, o princípio da igualdade, estampado pelo artigo 5º, *caput* da CF, “largamente interpretado de acordo com a notória afirmação de Aristóteles que estabelece o dever de tratar os iguais igualmente, e os desiguais desigualmente, na medida de sua desigualdade” (Mello, 2009, p.10). Não obstante seu brilhantismo, a máxima deixa margem para questionamento, como já levantado por Celso Antônio Bandeira de Mello, no seguinte sentido: “quem são os iguais e quem são os desiguais? Afinal, que tipo de desigualdade faculta a discriminação de situações e pessoas?” (Mello, 2009, p. 11). Nas palavras de Estêvão Mallet (2013):

(A dificuldade) consiste exatamente em determinar aquilo que é justificável ou não no campo da diferenciação, que dizer, *separar os critérios legítimos de diferenciação de outros critérios não legítimos*, dificuldade agravada pela evolução das concepções sociais (p. 92 – ênfase nossa).

Assim, há de se questionar, em interpretação conjunta dos artigos 5º, *caput* e I, bem como 7º, XVIII, XX e XXX da CF, primeiramente, se o gênero é um critério de diferenciação legítimo nas relações de trabalho. Em caso positivo, há de se refletir sobre os aspectos de gênero que são utilizados como justificativa de tal diferenciação na legislação, doutrina e jurisprudência, e se tais aspectos também se revelam compatíveis com os valores constitucionais e infraconstitucionais do ordenamento jurídico pátrio. Na opinião de João de Lima Teixeira Filho:

Essa eloquência constitucional quanto à *isonomia específica*, entre homens e mulheres, fracionando-a do *tratamento igualitário amplo* (art. 5º, I, da CF) no qual estariam incluídos, tem um significado que o intérprete não pode desaperceber-se. Essa ênfase, a nosso sentir, visa evitar protecionismos que, no fundo, desguarneçam a mulher no seu acesso ao emprego pelos embaraços que cria. Por isso, é inconstitucional a norma jurídica que confere tutela especial à mulher, diferenciando-a do homem, por razões que não sejam de ordem estritamente biológica, precisamente onde a natureza a desiguou do homem. Cumpre recordar, como proclamou Rui Barbosa, que “a regra da igualdade não consiste senão em quinhão desigualmente aos desiguais, na medida que se desiguam (...). Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real” (Sussekind, 2003, p. 977).

1.4. Extrato da posição dos tribunais

Em tom ilustrativo, introduz-se a presente discussão a partir da análise dos julgamentos recentes do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da constitucionalidade do artigo 384 da CLT, que previa um intervalo exclusivo para mulheres, de 15 (quinze) minutos, antes do início da jornada extraordinária. A posição do TST (2008) consignava:

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

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

2. A igualdade jurídica e intelectual entre homens e mulheres não afasta a natural *diferenciação fisiológica e psicológica dos sexos*, não escapando ao senso comum a patente diferença de compleição física entre homens e mulheres. Analisando o art. 384 da CLT em seu contexto, verifica-se que se trata de norma legal inserida no capítulo que cuida da proteção do trabalho da mulher e que, versando sobre intervalo intrajornada, possui natureza de norma afeta à medicina e segurança do trabalho, infensa à negociação coletiva, dada a sua indisponibilidade (cfr. Orientação Jurisprudencial 342 da SBDI-1 do TST).

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

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

5. Nesse diapasão, levando-se em consideração a máxima albergada pelo princípio da isonomia, de tratar desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades, ao ônus da dupla missão, familiar e profissional, que desempenha a mulher trabalhadora corresponde o bônus da jubilação antecipada e da concessão de vantagens específicas, em função de suas circunstâncias próprias, como é o caso do intervalo de 15 minutos antes de iniciar uma jornada extraordinária, sendo de se rejeitar a pretensa inconstitucionalidade do art. 384 da CLT. Incidente de inconstitucionalidade em recurso de revista rejeitado. (ênfase nossa).

Posteriormente, o STF também declarou a constitucionalidade do dispositivo legal em comento, com base nos fundamentos compilados na ementa do acórdão:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO DO TRABALHO E CONSTITUCIONAL. RECEPÇÃO DO ART. 384 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. CONSTITUCIONALIDADE DO INTERVALO DE 15 MINUTOS PARA MULHERES TRABALHADORAS ANTES DA JORNADA EXTRAORDINÁRIA. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. MANTIDA A DECISÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O assunto corresponde ao Tema nº 528 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do Supremo Tribunal Federal na internet. 2. O princípio da igualdade não é absoluto, sendo mister a verificação da correlação lógica entre a situação de discriminação apresentada e a razão do tratamento desigual. 3. A Constituição Federal de 1988 utilizou-se de alguns critérios para um tratamento diferenciado entre homens e mulheres: i) em primeiro lugar, levou em consideração a *histórica exclusão da mulher do mercado regular de trabalho* e impôs ao Estado a obrigação de implantar políticas públicas, administrativas e/ou legislativas de natureza protetora no âmbito do direito do trabalho; ii) considerou existir um componente orgânico a justificar o tratamento diferenciado, em virtude da *menor resistência física da mulher*; e iii) observou um componente social, pelo fato de ser comum o *acúmulo pela mulher de atividades no lar e no ambiente de trabalho* – o que é uma realidade e, portanto, deve ser levado em consideração na interpretação da norma. 4. Esses parâmetros constitucionais são legitimadores de um tratamento diferenciado desde que esse sirva, como na hipótese, para ampliar os direitos fundamentais sociais e que se observe a proporcionalidade na compensação das diferenças. 5. Recurso extraordinário não provido, com a fixação das teses jurídicas de que o art. 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e de que a norma se aplica a todas as mulheres trabalhadoras. (STF, 2015 – ênfase nossa).

Meses depois, o Tribunal, por unanimidade, acolheu embargos de declaração com efeitos modificativos para anular o acórdão proferido pelo Tribunal Pleno neste recurso extraordinário, determinando, ainda, sua inclusão em pauta para futuro julgamento (STF, 2015), o qual jamais ocorreu. Com a promulgação da Lei 13.467/2017, conhecida como “Reforma Trabalhista”, o artigo em comento foi revogado, pelo que a ação perdeu seu objeto.

De todo modo, os textos de ambos acórdãos são relevantes no sentido de demonstrar o entendimento das mais altas cortes do país (em matéria de trabalho) em relação às mulheres e aos critérios adotados para sua diferenciação em relação aos homens – nomeadamente, a histórica exclusão da mulher, seu “natural” ritmo de trabalho, sua resistência e seu papel social.

2. ESTEREÓTIPO DE GÊNERO

O relatório comissionado do EACDH (2013) estabelece a premissa de que a aplicação do estereótipo de gênero de forma injusta (*wrongful gender stereotyping*) é uma causa disseminada de violação aos direitos humanos. Entretanto, a pesquisa que resultou no referido relatório, conduzida pelo Setor de Gênero e Direitos da Mulher (*Women's Rights and Gender Section*) concluiu que os estereótipos de gênero são regularmente ignorados ou mal identificados, e raramente ocorre uma discussão aprofundada sobre as inúmeras formas em que eles prejudicam as mulheres. Ademais, tal relatório consigna que há uma consciência surpreendentemente limitada de toda extensão e respaldo das obrigações internacionais em matéria de direitos humanos relacionadas aos estereótipos (EACDH, 2013).

2.1. Conceito de estereótipo de gênero

O trabalho *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, de Rebecca J. Cook e Simone Cusack (Cook & Cusack, 2010), é precursor e aclamado na matéria de estereótipo de gênero. Além de suas definições embasarem o relatório comissionado do EACDH (2013), como mencionado na Introdução, elas foram utilizadas diversas vezes por Knaul (2011). Suas definições também foram citadas indiretamente pelo Grupo de Trabalho das Nações Unidas sobre a Questão da Discriminação contra as Mulheres na Lei e na Prática (EACDH, 2013).

De acordo com Cook & Cusack (2010), estereotipar é uma forma de categorização de indivíduos, consciente ou inconscientemente, entre diferentes grupos ou tipos. Isso é feito, em parte, para simplificar o mundo que nos envolve. Estereotipar produz generalizações ou suposições referentes a atributos, características ou papéis dos membros de certo grupo social. No entanto, ao estereotipar, desconsidera-se motivações, habilidades, necessidades, desejos e todas outras circunstâncias individuais e sociais dos membros de um grupo social. Estereótipos também afetam a concepção de gênero. Assim, o estereótipo de gênero pode ser definido como “a visão ou percepção generalizada sobre atributos ou características que são ou devem ser possuídas por homens e mulheres, ou papéis que devem ser desempenhados por homens e mulheres” (EACDH, 2013, p. 8). Já o termo “estereotipar com base em gênero” (*gender stereotyping*), segundo Cook & Cusack (2010),

refere-se à prática de aplicar uma ideia estereotipada a um indivíduo que é membro de um certo grupo; ou seja, a prática de determinar atributos, características ou papéis específicos ligados à diferenciação entre os sexos.

De acordo com Cook & Cusack (2010), os estereótipos de gênero são classificados de acordo com quatro subgrupos:

Estereótipo de sexo

O estereótipo de sexo (*sex stereotype*) se refere à visão ou preconceção generalizada sobre atributos físicos, biológicos, emocionais e cognitivos que são ou devem ser possuídos por homens e mulheres (Cook & Cusack, 2010). Por exemplo, mulheres são fracas; mulheres são sensíveis; homens são agressivos; mulheres são passivas (EACDH, 2013, p. 11). Vale dizer que a visão generalizada de que homens são fisicamente mais fortes que as mulheres pode ser uma descrição estatística, “na medida em que, na média, homens são mais fortes que as mulheres; mas também pode ser falsa, quando aplicada a uma mulher que é mais forte que um homem; ou prescritiva, quando aplicada de modo a sugerir que uma mulher não deve ser mais forte que um homem” (Cook & Cusack, 2010, p. 25).

Estereótipo sexual

O termo estereótipo sexual (“*sexual stereotype*”) faz alusão à visão ou preconceção generalizada sobre características ou comportamentos sexuais esperados de homens ou mulheres.

Os estereótipos sexuais tipicamente reforçam as formas prevalentes de sexualidade, particularmente a heterossexualidade e a sexualidade masculina dominante. Por exemplo, mulheres são sexualmente passivas; homens tem libido intensa; mulheres devem ser recatadas; homens são promíscuos (EACDH, 2013, pp. 12-13).

Estereótipo do papel do sexo

O estereótipo do papel do sexo (*sex-role stereotype*) remete à visão ou preconceção generalizada sobre papéis sociais ou posturas apropriadas a homens e mulheres; assim, “essa forma de estereótipo se baseia nas diferenças biológicas entre os sexos para determinar os tipos de comportamentos que homens e mulheres devem possuir ou aos quais se espera que eles se adequem” (Cook & Cusack, 2010, p. 28). Por exemplo, o papel do homem é associado à esfera pública e o da mulher, à esfera privada; além disso, presume-

se que mulheres são maternais (*caregivers*) e encarregadas pelo lar, enquanto homens são chefes de família e responsáveis pelo sustento da família (EACDH, 2013, pp. 14-15).

Estereótipos combinados

Finalmente, o estereótipo combinado (*compounded stereotype*) é a visão ou preconceção generalizada sobre grupos que resulta da prescrição de atributos, características ou “papéis baseados em estereótipos de gênero somados a outro traço de certo grupo ou indivíduo (como idade, raça ou etnia, deficiência, orientação sexual, classe social e nacionalidade)” (Cook & Cusack, 2010, p. 29). Por exemplo, mulheres idosas são bondosas, mulheres asiáticas são submissas, mulheres com deficiência são assexuais, mulheres da zona rural não têm instrução (EACDH, 2013, p. 17).

2.2. Estereótipo de gênero como forma de discriminação

O relatório da EACDH (2013) incumbe-se de determinar especificamente o que são estereótipos de gênero prejudiciais (*harmful stereotypes*) e o que é estereotipar com base em gênero de forma injusta (*wrongful stereotyping*). Desta maneira:

o estereótipo de gênero *prejudicial* é a visão ou preconceção generalizada sobre atributos ou características que são ou devem ser possuídas, ou as funções que são ou devem ser realizadas por mulheres e homens que, entre outras coisas, *limita sua capacidade de desenvolver suas habilidades pessoais, perseguir suas carreiras profissionais e fazer escolhas e planos para suas vidas*. É importante notar que os estereótipos prejudiciais podem ser hostis/negativos (e.g. mulheres são irracionais) ou aparentemente benignos (e.g. mulheres são maternais) (EACDH, 2013, pp. 19-20).

É bastante evidente que os estereótipos negativos têm um potencial mais alarmante. Tomando como base o exemplo de que “mulheres são irracionais”, vale uma pequena digressão para destacar que essa suposta característica acaba por justificar o argumento – aliás, explorados tanto por homens quanto mulheres – de que preferem não trabalhar com pessoas do gênero feminino, porque são “menos objetivas”, “temperamentais”, “hormonais”. Especialmente este último aspecto, que parece ter fundo biológico, acaba por legitimar a dificuldade das mulheres de se posicionarem no mercado de trabalho, especialmente em cargos de chefia. Mas também se deve atentar quanto aos estereótipos benignos, como “mulheres são cuidadoras ou maternais”, pois podem acabar definindo e, porque não, restringindo mulheres de forma a lhes atribuir responsabilidades que deveriam

ser socialmente distribuídas exclusivamente a elas, como a criação de crianças e cuidados com idosos. Assim, a aplicação do estereótipo de gênero de forma injusta é a prática de designar a atributos, características ou papéis individuais a uma mulher ou a um homem, em particular, apenas pela sua inserção no gênero feminino ou masculino – o que resulta na violação de seus direitos humanos e o reconhecimento, exercício e gozo de seus direitos e liberdades fundamentais (EACDH, 2013, p. 21).

Destarte, o estereótipo de gênero desfavorece a mulher quando lhe considera incapaz de realizar as mesmas tarefas que os homens. Por seu turno, os homens encontram obstáculos consideráveis em serem identificados em funções habitualmente endereçadas ao sexo “oposto”. Nesse sentido, homens e mulheres tendem a ser vistos como dois grandes grupos sociais com funções antagônicas. Não obstante toda a evolução histórica e as valiosas contribuições do movimento feminista, os estereótipos de gênero descritos permanecem enraizados.

Especificamente no âmbito do direito do trabalho, a questão já foi, inclusive, objeto de preocupação legislativa. A justificação do Projeto de Lei 382 de autoria da deputada federal Rita Camata – PMDB/ES, transformado na Lei Ordinária 9.799/1999 que inseriu na CLT regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho, informa:

Acredita-se que os principais fatores que levam a esta discriminação sistemática da mulher no mercado de trabalho sejam:

a) o *papel social da mulher* que define como prioritária a sua função reprodutiva e doméstica. Com isso, estabelece-se um *caráter complementar e secundário ao trabalho feminino*, que reforça e legitima a discriminação. Além disso, a associação do espaço externo e instâncias públicas ao homem e do espaço privado e instâncias domésticas à mulher, condiciona-a a ocupar principalmente *posições subalternas na hierarquia produtiva*.

b) a *sexualização dos papéis domésticos* que limita o trabalho feminino e inibe a trabalhadora. Atribuindo-se à mulher a maior e quase única responsabilidade pela reprodução da mão de obra, exige-se dela um enorme esforço no sentido de atender suas tarefas profissionais, sem descuidar de suas responsabilidades domésticas. Desta forma as mulheres desdobram-se nas duplas jornadas e não conseguem dedicar-se com mais intensidade e mesma liberdade à sua atividade profissional, prejudicando seu acesso a estágios, cursos e consequentes promoções e chefias. (...)

A presença de *dispositivos constitucionais* referentes à mulher trabalhadora torna implícito o *reconhecimento da forma injusta pela qual se dá a inserção da mulher no mercado de trabalho*. A reversão deste quadro se constitui em determinação constitucional, e não pode se tornar inócuo. Urge, pois, transformar os avanços que estão no papel em conquistas práticas. Para isso, é preciso que se tenha em mente que toda a política de igualdade de oportunidades que venha a ser estabelecida deverá considerar a maternidade como uma característica do segmento feminino. Assim sendo, não basta que a legislação refira-se (sic) ao princípio genérico da discriminação, mas é preciso que se especifique os pontos onde ela ocorre. (Camata, 1991, p. 140 – ênfase nossa).

2.3. Panorama normativo internacional

O estudo das diferenças entre homem e mulher na legislação trabalhista brasileira e da importância do tema do estereótipo de gênero demanda a compreensão de algumas premissas estabelecidas em normas internacionais que serão vistas a seguir.

2.3.1. Organização das Nações Unidas (ONU)

Primeiramente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, inclui proteção específica aos direitos humanos da mulher por meio do artigo 2º, que determina:

Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania (ONU, 1948).

A mesma Declaração também determina, no artigo 23.3, que “todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual” e garante, no artigo 25.2, que “a maternidade e a infância têm direito à ajuda e assistência especiais” (ONU, 1948).

Por seu turno, e partindo do pressuposto de que nada obstante toda proteção internacional ao ser humano, independentemente de gênero, a mulher continua sendo objeto de grandes discriminações (conforme consta no sexto parágrafo de seu Preâmbulo), foi criada a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, adotada em 1979 pela Assembleia Geral da ONU.

A Referida Convenção (ONU, 1979) é reconhecida como uma declaração internacional de direitos das mulheres. Composta por um preâmbulo e 30 (trinta) artigos, ela define a discriminação contra a mulher e estabelece uma agenda de ação nacional para eliminação dessa forma de discriminação. Ela foi oficialmente publicada em língua nacional por meio do Decreto 89.460/1984, e posteriormente revogada e substituída pelo Decreto 4.337/2002, que removeu reservas anteriormente estabelecidas, reconhece que, para alcançar a plena igualdade entre o homem e a mulher, é necessário modificar o papel tradicional de ambos na sociedade e na família (décimo quarto parágrafo do Preâmbulo).

O artigo 2º dessa Convenção determina as principais obrigações dos Estados-Parte com o objetivo de eliminar a discriminação contra a mulher. O inciso “f” estabelece o compromisso de “adotar todas as medidas adequadas, inclusive de caráter legislativo, para

modificar ou derrogar leis, regulamentos, usos e práticas que constituam discriminação contra a mulher” (ONU, 1979). Já o artigo 5º da Convenção traz à baila, explicitamente, a questão do estereótipo de gênero como parte do contexto da discriminação contra as mulheres:

Artigo 5º. Os Estados-Partes tornarão todas as medidas apropriadas para:

a) Modificar os padrões socioculturais de conduta de homens e mulheres, com vistas a alcançar a eliminação dos preconceitos e práticas consuetudinárias e de qualquer outra índole que estejam baseados na ideia da inferioridade ou *superioridade de qualquer dos sexos* ou em *funções estereotipadas de homens e mulheres*.

b) Garantir que a educação familiar inclua uma compreensão adequada da maternidade como função social e o *reconhecimento da responsabilidade comum de homens e mulheres* no que diz respeito à *educação e ao desenvolvimento de seus filhos*, entendendo-se que o interesse dos filhos constituirá a consideração primordial em todos os casos (ONU, 1979).

Assim, em interpretação conjunta do artigo 2º, “f” com o artigo 5º, 1, conclui-se que “leis, regulamentos, usos e práticas baseados na ideia da inferioridade ou superioridade de qualquer um dos sexos ou em funções estereotipadas de homens e mulheres devem ser modificados ou derogados” (Cook & Cusack, 2010, p. 5). Por seu turno, e de forma apartada, o artigo 4º da Convenção trata da adoção de medidas especiais de caráter temporário destinadas a alcançar a igualdade de fato entre homens e mulheres, nos seguintes termos:

Artigo 4º. 1. A adoção pelos Estados-Partes de *medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato* entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de *nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas*; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados.

2. A adoção pelos Estados-Partes de *medidas especiais*, inclusive as contidas na presente Convenção, destinadas a proteger a *maternidade*, não se considerará discriminatória (ONU, 1979).

A Recomendação Geral n. 25 do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Contra a Mulher da Entidade das Nações Unidas para a Igualdade de Gênero e o Empoderamento das Mulheres (*United Nations Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women*) criado pelo artigo 17 desta mesma Convenção, esclarece que há clara diferença entre os propósitos das “medidas especiais” dos parágrafos 1º e 2º do artigo mencionado:

15. Há uma clara diferença entre os objetivos das “medidas especiais” conforme artigo 4º, parágrafo 1º, e aquelas do parágrafo 2º. O objetivo do artigo 4º,

parágrafo 1º, é *acelerar a evolução* da posição das mulheres para atingirem sua igualdade de fato ou igualdade objetiva com os homens, e realizar as mudanças estruturais, sociais e culturais necessárias para *corrigir formas de discriminação contra a mulher* do passado e do presente, assim como concedê-la compensação. Essas medidas são de natureza temporária.

Nesse sentido, o Comitê esclarece que as necessidades e experiências das mulheres determinadas por suas diferenças biológicas devem ser distintas daquelas necessidades que possam ser resultado de discriminações presentes ou passadas contra as mulheres por agentes individuais, a ideologia dominante de gênero ou pela manifestação de tal discriminação em estruturas e instituições sociais e culturais (ONU Mulheres, 2004, p. 3).

16. O artigo 4º, parágrafo 2º determina o *tratamento não idêntico* de mulheres e homens em razão de suas *diferenças biológicas*. Essas medidas têm natureza *permanente*, ao menos até que o conhecimento técnico e científico mencionado no artigo 11 permitam sua revisão (ONU Mulheres, 2004, pp.4-5 – tradução nossa).

No que tange à razão de ser e terminologia das “medidas especiais de caráter temporário”, aplicada no parágrafo 1º do artigo 4º da Convenção em comento, destaca a Recomendação Geral que:

(a) O termo “medidas” abarca uma ampla variedade de medidas legislativas, executivas, administrativas e de outras práticas, políticas ou instrumentos regulatórios tais quais programas de assistência e apoio, alocação ou realocação de recursos, tratamento preferencial, recrutamento, contratação e promoção específicos, metas numéricas conectadas a períodos de tempo e sistema de cota. A escolha de cada medida dependerá do contexto em que o dispositivo seja aplicado e no objetivo específico que se pretende atingir;

(b) O termo “especiais” (em “medidas especiais”) deve ser cuidadosamente explicado, porque seu uso pode dar a impressão de que mulheres e outros grupos sujeitos a discriminação são fracos, vulneráveis ou que precisam de medidas “especiais” para participar ou competir na sociedade. Todavia, seu real significado é que essas medidas são desenhadas para atingir uma finalidade específica, como a equiparação entre o grupo social dominante e outro historicamente discriminado ; e

(c) A expressão “de caráter temporário” significa que as medidas não devem ser consideradas necessárias para sempre, apesar de o “caráter temporário” poder se estender, na prática, por um longo período. A duração das medidas especiais deve

ser determinada por seus resultados em resposta ao problema concreto, e não por um termo pré-determinado. Assim, medidas temporárias podem ser descontinuadas quando os resultados desejados sejam atingidos e se mantenham estáveis por certo tempo (ONU Mulheres, 2004)².

Nesse tocante, interessante mencionar que, nas palavras de Flávia Piovesan, “as ações afirmativas devem ser compreendidas não somente pelo prisma retrospectivo – no sentido de aliviar a carga de um passado discriminatório –, mas também prospectivo – no sentido de fomentar a transformação social, criando uma nova realidade” (Piovesan, 2014, p. 342).

Entretanto, não se pode olvidar que ações afirmativas devem ser, por natureza, transitórias. Assim, de tempos em tempos, a pertinência e atualidade das normas protetoras devem ser avaliadas; do contrário, tais diferenciações podem ser falsamente percebidas como soluções definitivas para questões relacionadas à discriminação, auxiliando, ainda, a perpetuação do estereótipo de gênero.

Avante, referida Convenção ainda traz, o artigo 10, “c”, tratamento específico sobre o estereótipo de gênero no campo da educação, determinando “a eliminação de todo conceito estereotipado dos papéis masculino e feminino em todos os níveis e em todas as formas de ensino (...) em particular, mediante a modificação dos livros e programas escolares e adaptação dos métodos de ensino” (Brasil, 2002). Na sequência, o artigo 11 trata da esfera do emprego, objeto deste estudo, e correspondente legislação protetiva, nos termos:

Artigo 11

1. Os Estados-Partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na *esfera do emprego* a fim de assegurar, em *condições de igualdade entre homens e mulheres*, os mesmos direitos, em particular:

- a) O direito ao trabalho como direito inalienável de todo ser humano;
- b) O direito às mesmas oportunidades de emprego, inclusive a aplicação dos mesmos critérios de seleção em questões de emprego;
- c) O direito de escolher livremente profissão e emprego, o direito à promoção e à estabilidade no emprego e a todos os benefícios e outras condições de serviço,

² Ver (ONU Mulheres, 2014, esp. Itens ‘a’, ‘b’ e ‘c’). Disponível: [http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20\(English\).pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20(English).pdf).

e o direito ao acesso à formação e à atualização profissionais, incluindo aprendizagem, formação profissional superior e treinamento periódico;

d) O direito a igual remuneração, inclusive benefícios, e igualdade de tratamento relativa a um trabalho de igual valor, assim como igualdade de tratamento com respeito à avaliação da qualidade do trabalho;

e) O direito à seguridade social, em particular em casos de aposentadoria, desemprego, doença, invalidez, velhice ou outra incapacidade para trabalhar, bem como o direito de férias pagas;

f) O direito à proteção da saúde e à segurança nas condições de trabalho, inclusive a salvaguarda da função de reprodução.

2. A fim de *impedir a discriminação contra a mulher por razões de casamento ou maternidade* e assegurar a efetividade de seu direito a trabalhar, os Estados-Partes tomarão as medidas adequadas para:

a) *Proibir, sob sanções, a demissão por motivo de gravidez ou licença de maternidade* e a discriminação nas demissões motivadas pelo *estado civil*;

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

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

d) Dar *proteção especial às mulheres durante a gravidez* nos tipos de trabalho comprovadamente *prejudiciais* para elas.

3. A *legislação protetora* relacionada com as questões compreendidas neste artigo será *examinada periodicamente* à luz dos conhecimentos científicos e tecnológicos e será *revista, derrogada ou ampliada* conforme as necessidades. (Brasil, 2002 ênfase nossa)

Ainda, conforme o artigo 18, cada Estado-Parte se compromete a submeter ao Secretário-Geral das Nações Unidas, para exame do Comitê, um relatório sobre as medidas legislativas, judiciárias, administrativas ou outras que adotarem para tornarem efetivas as disposições desta Convenção e sobre os progressos alcançados a esse respeito, pelo menos cada quatro anos e toda vez que o Comitê solicitar.

2.3.2. Organização Internacional do Trabalho (OIT)

Por seu turno, a Organização Internacional do Trabalho (“OIT”), agência especializada incorporada ao sistema ONU, não possui convenção específica sobre estereótipo de gênero nas relações de trabalho. Nada obstante, o caminho traçado desde suas primeiras convenções até as atuais é um bom extrato da evolução da percepção do

trabalho da mulher pela comunidade internacional. A Convenção 3, de 1919 sobre a *proteção à maternidade*, ratificada pelo Brasil em 1934, foi revista pela Convenção 103, de 1952, também ratificada em 1965 (o que ocasionou a derrogação da anterior), que permanece vigente conforme publicação do Decreto 58.820/1966.³ Ambos instrumentos previram a licença-maternidade remunerada e concomitante estabilidade da gestante, bem como pausas no trabalho para amamentação.

Por oportuno, a evolução se deu no sentido de incluir as trabalhadoras domésticas sob o âmbito de proteção, além outorgar aos Estados maior flexibilidade na regulamentação dos direitos previstos. Por outro lado, foi estipulado expressamente que a remuneração do período de licença-maternidade deveria se dar por meio de sistema de seguro obrigatório, por fundos públicos ou por assistência social, sendo que, se a lei local determinar o pagamento com base nos proventos anteriores, a razão não poderá ser inferior a 2/3 (dois terços).

A Convenção 103 foi revisada pela Convenção 183, de 2000, não ratificada pelo Brasil até esta data, que inova em incluir uma seção de proteção ao emprego e não discriminação da mulher, estendendo a restrição de dispensa da mulher, *por motivo relacionado* à gravidez, nascimento ou cuidados com a criança para além do período de licença-maternidade. Ademais, cada país signatário deve adotar medidas adequadas para garantir que a maternidade não constitua uma fonte de discriminação no emprego.

No tocante, é relevante mencionar também a Convenção 156, de 1981, sobre Trabalhadores com Responsabilidades Familiares (*Workers with Family Responsibilities*), paradigmática no sentido de tratar sobre os cuidados familiares independentemente de gênero. Nessa linha, a Recomendação 165 (*Workers with Family Responsibilities Recommendation*) substituiu a anterior Recomendação 123 (*Women with Family Responsibilities Recommendation*). Já em relação ao *trabalho noturno da mulher*, foi pactuada em 1919 a Convenção 4 sobre o trabalho noturno da mulher⁴, também ratificada pelo Brasil em 1934, com o condão de virtualmente proibi-lo, salvo em casos de oficinas familiares.

A norma foi revista pela Convenção 41, de 1934, ratificada pelo Brasil em 1936, por sua vez revista pela Convenção 89, de 1948, ratificada pelo Brasil em 1957 e que

³ No ínterim entre a Convenção 3 e a Convenção 103 foi lançada a Recomendação 67, de 1944 sobre benefícios de seguridade social, que também trata da questão do salário maternidade.

⁴ Nos mesmos moldes da Convenção 3, a Convenção 4 também foi acompanhada pela Recomendação 13 sobre o trabalho noturno da mulher na agricultura.

continua vigente, conforme Decreto 41.721/1957. Esta última Convenção, por seu turno, foi revista pelo Protocolo de 1990. As proibições foram se abrandando progressivamente, sendo o movimento culminado na Convenção 171, de 1990 sobre o trabalho noturno, também ratificada pelo Brasil e publicada pelo Decreto 5.005/2004, cujo artigo 7º determina que se busque alternativa ao trabalho noturno da mulher, tão-somente, no período da gravidez. Assim, não subsistiu proibição expressa.

Abrem-se parênteses para notar a peculiaridade de o Brasil ter duas convenções internacionais, do mesmo órgão, vigentes sobre o mesmo assunto. O próprio Comitê de Experts na Aplicação das Convenções e Recomendações (*Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*) esclarece que essas Convenções coexistem ao satisfazer as necessidades prioritárias de seus constituintes sem perder vista do objetivo final de fixar condições socialmente aceitáveis para trabalhadores noturnos – mas encoraja ratificações à Convenção 171, considerada mais moderna no sentido de afastar a questão do gênero e proteger os trabalhadores sem distinção (OIT, 1990). Por outro lado, a OIT conta com outros instrumentos internacionais de proteção à mulher já revogados, como a Recomendação 26, de 1926 sobre a proteção das mulheres migrantes no mar, além de alguns a serem revistos (“*to be revised*”), como a Recomendação 4, de 1919, que aconselha contra o trabalho de mulheres e crianças em *ambientes insalubres* e a Convenção 127, de 1967, vigente no Brasil e publicada pelo Decreto 662/1969 que limita o *peso* máximo a ser manuseado por mulheres e crianças. Já a Convenção 45 de 1935, que proíbe o trabalho de mulheres em *minas de subsolo*, publicada no Brasil conforme Decreto 482/1938, encontra-se aberta a denúncias.

Sob outro aspecto – não de proteção, mas de *equiparação* – a Convenção 100 da OIT, de 1951, bem como a Recomendação 90, do mesmo ano, tratam sobre a igualdade de remuneração de homens e mulheres por trabalho de igual valor. Publicada pelo Decreto 41.721/1957, a Convenção trata da obrigação dos Estados-Parte de *incentivar e assegurar* a aplicação de igual remuneração à mão de obra masculina e feminina em igualdade de condições. Por fim, a Convenção 111 sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação, de 1958, foi publicada pelo Decreto 62.150/1968 para vedar toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão.

2.3.3. Organização dos Estados Americanos (OEA)

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, conhecida como “Convenção de Belém do Pará”, foi adotada em Belém do Pará, Brasil, em 1994, no Vigésimo Quarto Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OAE, 1994).

A Convenção, trazida ao ordenamento jurídico pátrio em língua nacional via Decreto 1.973/1996, aborda a violência contra a mulher em sentido amplo e inclui a questão do estereótipo de gênero, nos termos do artigo 5º:

Artigo 6. O direito de toda mulher a ser livre de violência abrange, entre outros:

- a. o direito da mulher a ser livre de todas as formas de discriminação; e
- b. o *direito da mulher a ser valorizada e educada livre de padrões estereotipados* de comportamento e costumes sociais e culturais baseados em conceitos de inferioridade ou subordinação (OAE, 1994).

Por meio do artigo 8º, os Estados-Parte se comprometem à adoção progressiva de medidas e programas específicos no que tange à questão, destacando-se, para os fins deste estudo:

Artigo 8

Os Estados Partes convêm em adotar, progressivamente, medidas específicas, inclusive programas destinados a: (...)

- b) *modificar os padrões sociais e culturais* de conduta de homens e mulheres, inclusive a formulação de programas formais e não formais adequados a todos os níveis do processo educacional, a fim de combater preconceitos e costumes e todas as outras práticas baseadas na premissa da *inferioridade ou superioridade de qualquer dos gêneros* ou nos *papéis estereotipados para o homem e a mulher*, que legitimem ou exacerbem a violência contra a mulher; ... (OAE, 1994, ênfase nossa)

Não há previsão correlata àquela estabelecida na Convenção da ONU, que determine a obrigação de cada Estado em apresentar relatórios periódicos sobre a situação da discriminação ou violência contra a mulher a comitê específico. Todavia, o sistema da OEA (1928) conta com a Comissão Interamericana de Mulheres criada para assegurar o reconhecimento dos direitos humanos das mulheres.

2.3.4. MERCOSUL

A Declaração Sociolaboral do Mercosul de 1998, firmada por Argentina, Brasil, Uruguai e Paraguai estabelece, logo no artigo 1º, o direito à não discriminação. Assim, é determinado que todo trabalhador tem garantida a igualdade efetiva de direitos, tratamento e oportunidades no emprego e ocupação, sem distinção ou exclusão por motivo de raça, nacionalidade, cor, sexo ou orientação sexual, idade, credo, opinião política ou sindical, ideologia, posição econômica ou qualquer outra condição social ou familiar. No mesmo dispositivo, os Estados-Parte se comprometem a garantir a vigência deste princípio, em particular, por meio da realização de ações destinadas à eliminação da discriminação no que tange aos grupos em situação desvantajosa no mercado de trabalho.

Já no título seguinte, sobre a promoção da igualdade, o artigo 3º determina que os Estados-Parte se comprometem a garantir, mediante legislação e práticas trabalhistas, a igualdade de tratamento e oportunidades entre homens e mulheres. Por seu vez, a Declaração Sociolaboral do Mercosul de 2015 replica as previsões de não discriminação do documento anterior no artigo 4º, incluindo também um item sobre a igualdade salarial por trabalho de igual valor.

O artigo 5º da nova Declaração se dedica especificamente à igualdade de oportunidades e de tratamento entre mulheres e homens, sendo que os Estados Partes se comprometem, conforme a legislação e práticas nacionais, a fomentar as políticas públicas visando a igualdade de oportunidades e de tratamento entre mulheres e homens no trabalho, em particular no que tange ao acesso ao emprego ou atividade produtiva, e não discriminação no acesso a postos de relevância nas empresas e instituições públicas, remuneração, condições de trabalho, proteção social, educação, qualificação profissional e conciliação de obrigações laborais e familiares, exercício do direito a sindicalização e negociação coletiva.

2.3.5. Outras normas internacionais

Para fechar este tópico, cabe mencionar outras normas que, mesmo que não aplicáveis ao Brasil, demonstram as tendências da comunidade internacional em relação às questões de gênero, igualdade e proteção da mulher.

O artigo 1º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) determina a interdição geral da discriminação, por meio da garantia do gozo efetivo de todo e qualquer

direito previsto na lei sem discriminação, nomeadamente, de sexo, raça, cor, língua, religião, convicções políticas ou outras, origem nacional ou social, pertencimento a uma minoria nacional, riqueza, nascimento ou outra situação (item 1), inclusive por parte de qualquer autoridade pública (item 2). Por seu turno, a Constituição da União Europeia estabelece em seus valores e objetivos a promoção da igualdade entre mulheres e homens (artigos I-2º e I-3º). O Título III, nomeado “Igualdade”, determina que todas as pessoas são iguais perante a lei (artigo II-80º) e proíbe a discriminação em razão, designadamente, de sexo, raça, cor, origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertencimento a minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual (artigo II-81º, 1) – ver União Europeia, (2005, esp. p.52).

O artigo II-83º determina expressamente a garantia de igualdade entre homens e mulheres em todos os domínios, incluindo em matéria de emprego, trabalho e remuneração, ressalvando que o princípio da igualdade não obsta que se mantenham ou adotem medidas que prevejam regalias específicas a favor do gênero subrepresentado. A ideia é reforçada sob o título das disposições de aplicação geral, pelo artigo III-116º, que determina que, na realização de todas as ações, a União Europeia tem por objetivo eliminar as desigualdades e promover a igualdade entre homens e mulheres.

Ainda, o artigo III-210º estabelece que a União Europeia apoia e completa a ação dos Estados-Membros, dentre outros domínios, na igualdade entre homens e mulheres quanto às oportunidades do mercado de trabalho e ao tratamento no trabalho. Já o artigo III-214º é inteiramente dedicado ao princípio da igualdade de remuneração entre trabalhadores femininos e masculinos por trabalho de igual valor. No tocante à proteção à maternidade, a fim de poderem conciliar a vida familiar e a vida profissional, todas as pessoas têm direito a proteção contra a dispensa por motivos ligados à maternidade, bem como licença-maternidade paga e licença parental pelo nascimento ou adoção de filho (artigo II-93º, 2), inclusive por meio de seguridade e assistência social (artigo II-94º, 1).

Ademais, são diversas as Diretivas da União Europeia sobre igualdade de gênero, como: Diretiva 2010/41 sobre a aplicação do princípio de igualdade de trabalho entre homens e mulheres autônomos; Diretiva 2010/18 implementando o “*Framework Agreement*” revisado sobre licença parental; Diretiva 2006/54 sobre a implementação dos princípios da igualdade de oportunidade e igualdade de trabalho de homens e mulheres em matéria de emprego e ocupação; Diretiva 2004/113 implementado o princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso e fornecimento de bens e serviços;

Diretiva 92/85 sobre a introdução de medidas destinadas a incentivar a melhoria da saúde e segurança no trabalho das trabalhadoras grávidas, em pós-parto ou lactantes; e Diretiva 79/7 sobre a implementação progressiva do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em questões de seguridade social.

Já no âmbito da União Africana, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos reconhece que toda a pessoa tem direito ao gozo dos direitos e liberdades reconhecidos e garantidos na referida Carta, sem nenhuma distinção, nomeadamente de raça, de etnia, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou de qualquer outra opinião, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação (artigo 2º).

No âmbito de gênero, a Carta Africana estabelece que o Estado tem o dever de zelar pela eliminação de toda a discriminação contra a mulher e de assegurar a proteção dos direitos da mulher e da criança tais como estipulados nas declarações e convenções internacionais (artigo 18, 3). Por fim, o sistema africano também conta com o Protocolo à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos sobre os Direitos das Mulheres na África, o qual prevê diversas medidas para o atingimento da igualdade e erradicação da discriminação, inclusive no tocante à modificação de padrões sociais e culturais para eliminar a ideia de superioridade de qualquer dos sexos ou a visão estereotipada dos papéis de homens e mulheres (artigo 2.2 combinado com artigos 4.2, “d” e 12.1, “b”).

2.4. Panorama normativo nacional

Além das convenções internacionais incorporadas à legislação nacional, como acima explorado, também existem normas de origem pátria que tratam do estereótipo e da igualdade de gênero. Destacam-se:

2.4.1. Normas constitucionais

A Constituição Federal não é específica ao tratar de estereótipos de gênero. Todavia, cria todo um arcabouço de comandos antidiscriminatórios e protetivos que devem ser mencionados, justamente por criarem espaço para referida discussão. Primeiramente, o artigo 3º, IV proíbe genericamente qualquer forma de discriminação. Também o artigo 5º, *caput* determina que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Nada obstante, seu inciso primeiro determina categoricamente que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos da Constituição. No âmbito do trabalho, especificamente, o artigo 7º, XXX da Lei Maior determina a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. Ao lado dos comandos antidiscriminatórios, estipulou-se no artigo 7º, XX, “a proteção do mercado de trabalho da mulher mediante incentivos específicos, nos termos da lei”. Nessa linha, há de se entender que a Constituição somente permite a prática diferenciada *desde que* efetivamente direcionada à proteção ou ampliação do *mercado de trabalho* da mulher. Assim, nas palavras de Mauricio Godinho Delgado:

Nesse quadro, em vista de mais um fundamento constitucional, *tornam-se inválidas normas jurídicas* (ou medidas administrativas ou particulares) que importem em *direto ou indireto desestímulo à garantia do mercado de trabalho para a mulher* (Delgado, 2015, p. 866, ênfases nossas).

Não obstante, como já mencionado, o artigo 7º, XVIII prevê a “licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias” (enquanto o inciso subsequente somente menciona a licença paternidade, que permanece vigente pelo prazo de 5 (cinco) dias, nos termos do artigo 10, parágrafo 1º do ADCT, “até que a lei venha a disciplinar”). No mesmo passo, permanece vigente a estabilidade gestante do artigo 10, II, “b” do ADCT, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, de modo que não há garantia semelhante para os pais e futuros pais. Finalmente, o artigo 201, II da Constituição determina que a previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a proteção à maternidade, *especialmente à gestante*.

Já no âmbito estadual, as Constituições Estaduais do Amapá, Bahia, Distrito Federal, Goiás e Rio de Janeiro tratam da eliminação da descrição estereotipada de mulheres em apostilas e materiais escolares. Algumas das Constituições inclusive mencionam a alteração do currículo escolar e treinamento de professores sob a perspectiva da igualdade de gênero (ONU, 1979).

2.4.2. Normas infraconstitucionais

Não se pode tratar da proteção da mulher no Brasil sem mencionar a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), fruto de Resolução Interamericana de Direitos Humanos que

condenou o Brasil no tocante à violência doméstica e familiar contra a mulher. Na ocasião, foi recomendado ao Estado Brasileiro:

(...) 4. Prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil. A Comissão recomenda particularmente o seguinte:

a) Medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica;

b) Simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo;

c) O estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às consequências penais que gera;

d) Multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais.

e) Incluir em seus planos pedagógicos unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher e a seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará, bem como ao manejo dos conflitos intrafamiliares. (Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2001).

Ainda que seu objeto seja especialmente a violência contra a mulher, a Lei contém previsões gerais relevantes ao presente estudo, como aquelas abaixo colacionadas:

Art. 2º. *Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.*

Art. 3º. Serão asseguradas às mulheres as *condições para o exercício efetivo dos direitos* à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, *ao trabalho*, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

§ 1º. O poder público desenvolverá *políticas* que visem garantir os *direitos humanos das mulheres* no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 2º. Cabe à *família, à sociedade e ao poder público* criar as condições necessárias para o *efetivo exercício dos direitos* enunciados no caput. (Brasil, 2006 – ênfase nossa)

Ademais, considerando que a violência doméstica e familiar é um fenômeno complexo, que afeta todos os aspectos da vida da mulher, o artigo 9º, parágrafo 2º determina:

Art. 9º. *A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar* será prestada de forma articulada e conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção, e emergencialmente quando for o caso. (...)

§ 2º. O juiz assegurará à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica:

I - acesso prioritário à remoção quando servidora pública, integrante da administração direta ou indireta;

II - manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses. (Brasil, 2006 – ênfase nossa)

Por seu turno, especificamente sobre o estereótipo de gênero, no âmbito federal, o Plano Nacional de Educação, estabelecido pela Lei 10.172/2001 traça em seus objetivo e metas para o ensino fundamental e, na sequência, para educação a distância e tecnologias educacionais:

[2.3] 11. Manter e consolidar o programa de avaliação do livro didático criado pelo Ministério de Educação, estabelecendo entre seus critérios a adequada *abordagem das questões de gênero* e etnia e a *eliminação de textos discriminatórios ou que reproduzam estereótipos acerca do papel da mulher*, do negro e do índio.

[...]

[6.3] 7. Promover *imagens não estereotipadas de homens e mulheres na Televisão Educativa*, incorporando em sua programação temas que afirmem pela igualdade de direitos entre homens e mulheres, assim como a adequada abordagem de temas referentes à etnia e portadores de necessidades especiais. (Brasil, 2001 – ênfase nossa)

Especificamente no âmbito do trabalho, o Decreto 10.261/2004 instituiu, no Ministério do Trabalho, a Comissão Tripartite com o objetivo de promover políticas públicas de igualdade de oportunidades e de tratamento, e de combate a todas as formas de discriminação de gênero e de raça, no emprego e na ocupação.⁵

Também no âmbito laboral, em referência à vedação a qualquer discriminação, inclusive fundada em gênero, Lei 9.029/1995 proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização e outras práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho. Por seu turno, a Lei 9.799/1999 insere na CLT

⁵ A Medida Provisória 870/2019 (Brasil, 2019) extinguiu o Ministério do Trabalho e distribuiu suas atribuições aos Ministérios da Economia, Justiça e Cidadania. Assim, na data de entrega deste estudo, não se sabe ao certo para que órgão será transferida a Comissão Tripartite em comento, pelo que o texto foi mantido no formado original.

regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho. Ambos diplomas serão tratados, em detalhe, adiante.

3. LEGISLAÇÃO PROTETORA DO TRABALHO DA MULHER

Primeiramente, como destaca Alice Monteiro de Barros, é interessante notar a influência significativa das normas internacionais da OIT, mencionadas no item 2.3.2 acima, na legislação brasileira (Barros, 1994). A inspiração cosmopolita se demonstra desde primeira lei a proteger a situação da mulher trabalhadora no Brasil, Decreto 21.417-A/1932. O referido Decreto estabeleceu a proibição do trabalho noturno; do trabalho de minerações em subsolo, nas pedreiras e obras públicas e nos serviços perigosos e insalubres; assegurou o descanso de 4 (quatro) semanas antes e 4 (quatro) depois do parto com percepção de *metade* do salário; estabeleceu os descansos diários, durante o trabalho, para alimentação e determinou que nos estabelecimentos em que trabalhassem pelo menos 30 (trinta) mulheres com mais de 16 (dezesesseis) anos de idade haveria local apropriado destinado à guarda dos filhos no período da amamentação. Na sequência, o Decreto 24.273/1934 criou o Instituto da Aposentadoria de Pensões dos Comerciantes e estabeleceu o auxílio-maternidade às empregadas no comércio (Sussekind, 2003).

Nota-se que o primeiro Decreto mencionado reproduzia diversas previsões das convenções internacionais vigentes à época. A CLT, por seu turno, também ecoou tais medidas em sua promulgação (sendo que, atualmente, diversos dispositivos foram revogados).

O artigo 5º da CLT prontamente enuncia, desde sua promulgação: “a todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo” (Brasil, 1943). A redação original do artigo 461 também determinava que “sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá, igual salário, sem distinção de sexo” (Brasil, 1943). Após a redação dada pela Lei 1.723/1952, incluiu-se também a distinção por nacionalidade ou idade. Nas palavras de Estevão Mallet (2008), em relação ao referido artigo 5º:

De uma parte, é significativa a *referência do legislador à igualdade apenas no plano remuneratório*. Importante parece que tão-só a igualdade de remuneração. Os outros aspectos do contrato de trabalho, inclusive o tratamento dispensado a cada empregado, são deixados de lado, em clara mostra da *concepção patrimonialista* que inspirou a CLT e que ainda impregna o Direito do Trabalho brasileiro. Leva-se quase sempre em conta apenas o aspecto pecuniário da relação de trabalho, como se fosse o único decisivo. Vários exemplos haveriam para mencionar, mas basta a alusão à monetização do risco à saúde do trabalhador, com pagamento de adicionais pelo trabalho realizado em condições insalubres ou perigosas, já sublinhada pela doutrina.

De outra parte – eis o segundo ponto a notar no art. 5º da CLT –, é significativa a *referência apenas à discriminação fundada em motivo de sexo*, como aí

estivesse a única hipótese de discriminação. A explicação para a referência restrita do legislador – quando muito mais acertada seria previsão ampla, excludente de qualquer forma de discriminação – resulta do *peso histórico da discriminação por motivo de sexo*, mesmo em países com maior tendência à igualdade. É, aliás, o que também justifica e explica a regra expressa no *inciso I, art. 5º, da vigente Constituição, que se poderia ter por desnecessária*, ante aos termos gerais do *caput*, do mesmo dispositivo (p. 243 – ênfases nossas).

Para além das normas de equiparação, as previsões legais de proteção ao trabalho da mulher podem ser divididas em três grandes grupos: as normas afetas, à saúde e segurança do trabalho, à proteção à maternidade, bem como à discriminação da mulher no mercado de trabalho. Em algumas disposições, de certa forma, há a sobreposição desses caracteres.

O capítulo III da CLT, intitulado “Proteção ao Trabalho da Mulher”, trata, na Seção I, da duração, condições do trabalho e da discriminação contra a mulher. De início, a legislação realizava uma ressalva relevante sobre o trabalho não remunerado:

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.

Parágrafo único - *Não é regido* pelos dispositivos a que se refere este artigo o trabalho nas *oficinas* em que sirvam exclusivamente pessoas da família da mulher e esteja esta sob a *direção do esposo, do pai, da mãe, do tutor ou do filho* (Brasil, 1943).

O artigo em comento foi recentemente revogado pela Lei 13.467/2017, que promulgou a chamada “Reforma Trabalhista”. Na sequência, inicia-se a enumeração das normas protetivas, divididas nos grupos supramencionados para os fins do presente estudo.

3.1. Normas sobre a saúde e segurança do trabalho

3.1.1. Duração do trabalho

O artigo 373 da CLT já não cria condições especiais ao trabalho da mulher, pois determina o limite de 8 (oito) horas para a jornada de trabalho, que posteriormente foi garantida a todos os trabalhadores urbanos e rurais pela Constituição Federal (artigo 7º, XIII). Por seu turno, os artigos 374 a 376 Consolidados constituíam normas protetivas relativas a jornadas, revogadas pela Lei 7.855/1989. Algumas previsões estavam desatualizadas em relação às normas constitucionais advindas em 1988 (determinando, por exemplo, o limite de 48 (quarenta e oito) horas semanais e remuneração da hora

extraordinária em com adicional de 20% (vinte por cento)⁶, e outras constituíam diferenças no trabalho do homem e da mulher hoje superadas, a saber:

Art. 375. *Mulher nenhuma poderá ter o seu horário de trabalho prorrogado, sem que esteja para isso autorizada por atestado médico oficial, constante de sua carteira profissional.*

Parágrafo único. Nas localidades em que não houver serviço médico oficial, valerá para os efeitos legais o atestado firmado por médicos particulares em documento em separado. (Brasil, 1943 – ênfase nossa).

O artigo 378, relativo à forma de anotações e atestados médicos na carteira de trabalho, também foi logicamente revogado em razão da derrogação da previsão principal.

3.1.2. *Trabalho noturno*

Na sequência, a Seção II da CLT, referente ao trabalho noturno, resta quase inteiramente revogada pela mesma Lei 7.855/1989. O artigo 379 proibía expressamente o trabalho noturno da mulher, salvo em algumas hipóteses taxativas (e.g. telefonia, enfermagem, casas de diversões etc.). As hipóteses foram gradativamente alargadas em 1967, 1969 e 1971, 1984, antes de serem totalmente revogadas em 1989. Em alguns casos, era necessária a concordância prévia da empregada, exame médico da trabalhadora e comunicação à autoridade regional do trabalho, que poderia exigir meios especiais de proteção ao trabalho, inclusive de natureza labor-ambiental (como iluminação e ventilação, além do funcionamento de lanchonetes e refeitórios no período noturno).

Resta vigente, nesta Seção II, apenas o artigo 381, que repete a mesma proteção constitucional da remuneração do trabalho noturno superior à do diurno (artigo 7º, IX, CF c/c artigo 73 da CLT) e jornada reduzida ficta prevista a todos os empregados no artigo 73, § 1º da própria CLT.

3.1.3. *Períodos de descanso*

Na Seção III da CLT, que trata dos períodos de descanso, o artigo 382 reproduz o intervalo interjornada de 11 (onze) horas previsto de forma geral no artigo 66 da CLT. Já o artigo 383 Consolidado, referente ao intervalo intrajornada, determina: “Art. 383 - Durante

⁶ A Constituição Federal prevê a duração normal do trabalho não superior a 44 horas semanais (artigo 7º, XIII) e a remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% à do normal (artigo 7º, XVI).

a jornada de trabalho, será concedido à empregada um período para refeição e repouso não inferior a 1 (uma) hora nem superior a 2 (duas) horas salvo a hipótese prevista no art. 71, § 3º (Brasil, 1943) ⁷. Nota-se que, ao contrário da previsão geral do artigo 71 e seus parágrafos, o artigo 383 não ressalva o tempo da jornada de trabalho que deve abarcar o intervalo mínimo de 1 (uma) hora. Assim, em sua literalidade, o dispositivo determina que, independentemente do tempo de trabalho diário, a mulher teria o mesmo descanso mínimo de 60 (sessenta) minutos. Nas palavras de Mauricio Godinho Delgado (2015):

(...) o art. 383, da CLT, que exige um repouso mínimo de uma a duas horas para a obreira, qualquer que seja a extensão de sua jornada de trabalho. Ora, tal preceito é grosseiramente discriminatório (e insensato), impondo à mulher uma disponibilidade temporal enorme (ao contrário do imposto ao homem) mesmo em casos de curtas jornadas, abaixo de seis horas ao dia (como previsto no art. 71, §1º da CLT, que prevê, em tais casos, descanso de apenas 15 minutos) (p. 867).

Há quem entenda de forma diversa, no sentido de que o artigo se refere às jornadas superiores a 8 (oito) horas diárias, como é o caso de Adalberto Martins (2017):

O referido artigo disciplina o intervalo intrajornada, também abrigado no art. 71 desta Consolidação. Ao que parece, o presente artigo *parte da premissa de que a jornada de trabalho seja de oito horas*, pois, do contrário, seria possível reivindicar o intervalo de uma hora até mesmo em jornada de seis horas ou menos, em contradição com o art. 71, § 1º, da CLT – que alude a quinze minutos –, o que não se revela razoável e contribuiria para a discriminação. Em síntese, a disciplina dos intervalos intrajornadas encontra-se no art. 71 desta Consolidação de maneira bem mais detalhada, inclusive quanto à possibilidade de redução (art. 71, § 3º) e quanto às consequências de sua inobservância (art. 71, § 4º, da CLT), o que se revela plenamente aplicável ao trabalho da mulher; afinal, homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações (art. 5º, I, da CF) (p. 258 – ênfases nossas).

Todavia, essa não o maior debate sobre o artigo 383 Consolidado no âmbito do TST. Sob o prisma da possibilidade de alteração do intervalo intrajornada mediante acordo entre as partes, manifestou-se a 4ª Turma do TST, no sentido da constitucionalidade desse artigo para fins de elastecimento além de 2 (duas) horas, conforme polêmica ementa do Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho (2005):

⁷ Art. 71 - Em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de 6 (seis) horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo, de 1 (uma) hora e, salvo acordo escrito ou contrato coletivo em contrário, não poderá exceder de 2 (duas) horas. (...)

§ 3º O limite mínimo de uma hora para repouso ou refeição poderá ser reduzido por ato do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, quando ouvido o Serviço de Alimentação de Previdência Social, se verificar que o estabelecimento atende integralmente às exigências concernentes à organização dos refeitórios, e quando os respectivos empregados não estiverem sob regime de trabalho prorrogado a horas suplementares.

MULHER - INTERVALO PARA REFEIÇÃO E DESCANSO - ELASTECIMENTO - POSSIBILIDADE - ART. 383 DA CLT - CONSTITUCIONALIDADE.

1. O art. 383 da CLT, que regulamenta o período de refeição e descanso do trabalho da mulher, foi recepcionado pela Constituição Federal, porquanto o *princípio da isonomia* (CF, art. 5º, I) admite exceções, sendo certo que a própria Constituição da República estabelece algumas diferenças entre os sexos, a exemplo da aposentadoria para as mulheres, com menos idade e tempo de contribuição previdenciária (CF, art. 201, § 7º, I e II). Essa diferenciação em matéria previdenciária apenas se justifica diante da realidade do desgaste maior da mulher trabalhadora, quando se tem em conta a necessidade a que está sujeita, de compatibilização dos deveres domésticos com o trabalho profissional.

2. Para EDITH STEIN, três características se destacam na relação homem-mulher: igual dignidade, complementariedade e diferenciação (não só biológica, mas também anímica). *Cada um dos sexos teria sua vocação primária e secundária, em que, nesta segunda, seria colaborador do outro: a vocação primária do homem seria a atividade produtiva e a da mulher a geração e educação dos filhos* (“A primeira vocação profissional da mulher é a construção da família”). Por isso, *a mulher deve encontrar, na sociedade, a profissão adequada que não a impeça de cumprir a sua vocação primária*, de ser “o coração da família e a alma da casa”. O papel da mulher é próprio e insubstituível, não podendo limitar-se à imitação do modo de ser masculino (cfr. Elisabeth Kawa, -Edith Stein-, Quadrante - 1999 - São Paulo, pgs. 58-63).

3. Nesse diapasão, levando-se em consideração a máxima albergada pelo princípio da isonomia, de tratar desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades, ao ônus da dupla missão, familiar e profissional, que desempenha a mulher trabalhadora, corresponde o bônus da jubilação antecipada e da concessão de vantagens específicas, em função de suas circunstâncias próprias, como é o caso da possibilidade de elástico do intervalo intrajornada por ajuste coletivo.

4. Assim, *reconhecida a constitucionalidade do art. 383 da CLT*, tem-se que o aludido preceito consolidado, ao remeter às disposições do § 3º do art. 71 da CLT, autoriza o alargamento do intervalo para refeição e descanso quando houver acordo escrito entre as partes. Isso porque o legislador não vedou a ampliação do intervalo intrajornada para o trabalho da mulher, mas apenas disciplinou que seria necessária a existência de acordo escrito ou contrato coletivo, o que restou evidenciado nos autos. A jurisprudência do TST, contra posicionamento pessoal deste Relator, não tem admitido a redução ou a supressão do intervalo intrajornada (cfr. Orientação Jurisprudencial nº 342 da SBDI-1). Todavia, esta Corte tem admitido o elástico do intervalo para repouso e alimentação. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido. (ênfase nossa)

O mesmo caso foi levado à Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (“SDBI-I”), que decidiu a questão de forma diversa (2009).

RECURSO DE EMBARGOS - PROTEÇÃO DO TRABALHO DA MULHER - ELASTECIMENTO DO INTERVALO INTRAJORNADA MEDIANTE ACORDO ESCRITO - IMPOSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 383 DA CLT. A gênese do art. 383 da CLT, ao proibir, expressamente, a majoração do intervalo intrajornada de duas horas para a mulher, não concedeu direito desarrazoado às trabalhadoras. Ao contrário, objetivou preservá-las da *nocividade decorrente da concessão de intervalo excessivamente elástico, que gera um desgaste natural* pelo longo período de tempo em que a trabalhadora fica vinculada ao local de trabalho, uma vez que necessita retornar à empresa

para complementar sua jornada laboral. Essa previsão legislativa considerou, para tanto, a *condição física, psíquica e até mesmo social da mulher*, pois é público e notório que, não obstante as mulheres venham conquistando merecidamente e a duras penas sua colocação no mercado de trabalho, em sua grande maioria ainda são submetidas a uma *dupla jornada*, tendo que cuidar dos seus lares e de suas famílias. O comando do art. 383 da CLT, recepcionado pelo princípio isonômico tratado no art. 5º, I, da Magna Carta, é expresso em *vedar essa prática*, ao dispor que o intervalo não poderá ser “inferior a 1 (uma) hora nem superior a 2 (duas) horas salvo a hipótese prevista no art. 71, § 3º”. A única exceção à aludida proibição, admitida pelo legislador ordinário, é a do § 3º do art. 71 da CLT, que autoriza a diminuição do intervalo mínimo, o que não é o caso. O descumprimento do limite máximo legal destinado ao intervalo para refeição e descanso da mulher, tratado no art. 383 da CLT, importa pagamento de horas extraordinárias do período dilatado, por se tratar de norma de ordem pública, dirigida à proteção do trabalhado da mulher, infensa à disposição das partes. Recurso de embargos conhecido e provido. (ênfase nossa)

Por seu turno, o artigo 384, que dispunha sobre o intervalo anterior ao início da jornada de trabalho extraordinária, talvez seja o mais célebre dentre as normas protetoras mencionadas neste estudo. Vejamos: “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” (Brasil, 1943). Note-se que não há qualquer obrigação ou tempo mínimo de descanso, antes do início do período extraordinário de trabalho para os homens. Nas palavras de Homero Batista Mateus da Silva (2016), “esse dispositivo parte da premissa de que as mulheres não têm o mesmo vigor físico que os homens e devem ser tratadas de forma diferente dos homens” (p.182).

Houve intensa discussão sobre a recepção desse artigo legal pela Constituição Federal de 1988. Todavia, como já mencionado no item 1.3, o STF e TST emitiram julgamentos favoráveis à constitucionalidade do dispositivo – nada obstante posterior anulação da decisão do STF. Dentre aqueles que defendiam que o dispositivo não havia sido recepcionado pela Constituição Federal, Homero Batista Mateus da Silva (2016):

Era preciso uma informação segura de que as mulheres necessitam dessa proteção por questões de ordem física ou muscular, sendo secundários os argumentos de que elas precisam dessa proteção para fazer frente à dupla jornada, assim entendidos os afazeres profissionais e domésticos. À falta dessa convicção, melhor considerarmos derrogado o dispositivo (p. 182).

Havia também quem defendesse a constitucionalidade do artigo 384 com base em argumentos diversos daqueles utilizados pelo STF e TST, como Mauricio Godinho Delgado (2015):

Ao revés, não se encontra revogado (ou não recebido) pela Constituição o art. 384 da CLT (...). É que o preceito tem certa dimensão de política de medicina preventiva no ambiente de trabalho, usualmente corroborada pela Constituição

(art. 7º, XXII), uma vez que as horas extras, de *maneira geral*, produzem inegáveis desgastes na saúde física e mental da *pessoa humana* a elas submetida (p. 868 – ênfase nossa).

Assim, ainda que partidário da recepção do artigo pela nova ordem constitucional, Delgado (2015) parecia insinuar que qualquer pessoa se beneficiaria do intervalo anterior ao trabalho em horas extraordinárias (e não somente as mulheres, como denota o dispositivo legal).

De todo modo, tramitou no Congresso Nacional o Projeto de Lei 358/2015, do deputado federal Silvio Costa (PSC/PE), com o específico intuito de revogar o artigo 384 da CLT. Por fim, o artigo foi revogado pela Lei 13.467/2017, chamada “Reforma Trabalhista”. Na sequência, o artigo 385 reproduz a ideia do artigo 67 da CLT, ambos sobre o descanso semanal remunerado de 24 (vinte e quatro) horas, preferencialmente aos domingos. Ademais, a previsão do artigo 386 será tratada no subitem adiante, sobre as normas de proteção à maternidade.

3.1.4. *Métodos e locais de trabalho*

Finalmente, a Seção IV, dos métodos e locais de trabalho, foi revogado o artigo 387, que proibia o trabalho subterrâneo, em minerações de subsolo, pedreiras e obras, construção pública ou particular, além do trabalho em atividades perigosas ou insalubres, pela mesma Lei 7.855/1989. Estranhamente, o artigo 388 continua em vigor, apesar de se referir à possibilidade de estabelecer derrogações totais e parciais ao artigo anterior, que não subsiste. Também vigente, o artigo 389 determina:

Art. 389 - Toda empresa é obrigada:

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

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

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

IV - a fornecer, gratuitamente, a juízo da autoridade competente, os *recursos de proteção individual*, tais como óculos, máscaras, luvas e roupas *especiais*, para

a defesa dos olhos, do aparelho respiratório e da pele, de acordo com a natureza do trabalho.

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

§ 2º - A exigência do § 1º poderá ser suprida por meio de *creches* distritais mantidas, diretamente ou mediante *convênios, com outras entidades públicas ou privadas*, pelas próprias empresas, em regime comunitário, ou a cargo do SESI, do SESC, da LBA ou de entidades sindicais. (Brasil, 1943 – ênfase nossa)

As questões ambientais de ventilação, iluminação, bebedouros, lavatórios, aparelhos sanitários, cadeiras, bancos, armários etc., são estabelecidas pelas Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho, as quais virtualmente não diferenciam homens e mulheres.⁸ As exigências do fornecimento de equipamentos de proteção individual (EPI) também não são limitadas pelo fator do gênero. Assim, na prática, as distinções não são tão presentes no dia-a-dia do trabalhador.

Por seu turno, os parágrafos 1º e 2º do dispositivo legal criam a obrigação do empregador de ter local apropriado onde seja permitido às empregadas mulheres manter seus filhos durante o período da amamentação. Todavia, como destaca Segadas Vianna:

Cumpramos ressaltar que, na verdade, o atendimento da criança, de 0 a 6 anos de idade, é dever do Estado, imposto pelo art. 208, IV, da Constituição Federal. O artigo 54, IV,⁹ do Estatuto da Criança e do Adolescente repisa esta obrigação estatal, o que implica a derrogação da determinação para que a empresa possua creche própria (Sussekind, 2003, pp. 970-971).

Isso faz sentido quando se considera que as creches comumente não têm horários compatíveis com a jornada de trabalho *mais* deslocamento da mãe até seu local (especialmente em grandes metrópoles), o que dificulta que encontrem vagas formais no mercado de trabalho enquanto seus filhos são pequenos. De todo modo, a Portaria 3.296/1986, alterada pela Portaria 670/1997, relativiza a aplicação da norma, na medida em que autoriza as empregadoras a adotar sistema de Reembolso-Creche em substituição à exigência do fornecimento do local físico. De acordo com a norma, o reembolso deve cobrir integralmente as despesas efetuadas com o pagamento da creche de livre escolha da empregada-mãe, até pelo menos os 6 (seis) meses de vida da criança, e depende de prévia

⁸ O item 24.1.26, inciso “f” da NR-16, que trata das Condições Sanitárias e de Conforto nos Locais de Trabalho estabelece tão-somente que gabinetes sanitários devem possuir recipientes com tampa, para guarda de papéis servidos, quando não ligados diretamente à rede ou quando destinados às mulheres.

⁹ A Lei 13.206/2016 alterou o inciso IV do artigo 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente para reduzir o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco (e não mais seis) anos de idade. De toda forma, o raciocínio se mantém.

estipulação em acordo ou convenção coletiva. Na prática, entretanto, sabe-se que diversas normas coletivas limitam o valor a ser reembolsado a esse título, ou até mesmo estipulam um montante fixo a ser concedido.

Ademais, a Portaria 1/1969 do Departamento Nacional de Segurança e Higiene do Trabalho (DNSHT) se incumbiu de determinar uma idade máxima das empregadas que seriam contabilizadas para estipulação da proporção de leitos para guardar os filhos no período da amamentação (idade essa considerada, à época, o limite da fertilidade da mulher):

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

§ 2º. O número de leitos no berçário obedecerá à proporção de 1 (um) leito para cada grupo de 30 (trinta) empregadas entre 16 e 40 anos de idade. (DNSHT, 1969 - ênfase nossa)

Além de a previsão já ser questionável de pronto, por criar um limite que a lei não impõe, sabe-se que hoje diversas mulheres engravidam e amamentam após os 40 (quarenta), pelo que a norma também se encontra defasada.

Ato contínuo, a única vedação específica do trabalho da mulher que permanece vigente no texto Consolidado se encontra no artigo 390, que dita:

Art. 390 - Ao empregador é vedado empregar a mulher em serviço que demande o emprego de força muscular superior a 20 (vinte) quilos para o trabalho contínuo, ou 25 (vinte e cinco) quilos para o trabalho ocasional.

Parágrafo único - Não está compreendida na determinação deste artigo a remoção de material feita por impulsão ou tração de vagonetes sobre trilhos, de carros de mão ou quaisquer aparelhos mecânicos. (Brasil, 1943 – ênfase nossa)

O artigo 198 da CLT, por sua vez, determina que é de 60 (sessenta) quilos o peso máximo um homem adulto pode remover manual e individualmente, ressalvadas as disposições relativas ao trabalho do menor e da mulher.

Vale dizer que a previsão do artigo 390 se encontra em linha com a Convenção 127, 1967 da OIT, ratificada pelo Brasil (mas que se encontra aberta a denúncias). Desta feita, as normas da CLT sobre saúde e segurança do trabalho que efetivamente diferenciam o trabalho do homem da mulher, atualmente vigentes, são os artigos 386 (revezamento de trabalho aos domingos), 389, parágrafo 1º (local apropriado para guarda dos filhos no período da amamentação) e 390 (limitação do trabalho que exija força muscular).

Homero Batista Mateus da Silva entende que tais normas (sobre saúde e segurança) devem ser tratadas de modo separado em relação às normas de proteção da maternidade pois, aos poucos, aquelas foram perdendo sua atualidade, enquanto estas continuam permanentes e necessárias. O doutrinador esclarece sua opinião:

Diz-se que as normas de proteção ao trabalho da mulher perderam sua atualidade, porque, para os fins do direito do trabalho, proteção era sinônimo de restrição ao trabalho, como podia ser visto nos dispositivos que vedavam atividades noturnas, trabalho na construção civil ou no emprego que pudesse colidir com as lides domésticas. Atualmente, ainda mais depois da CF/1988, somente se justificam normas especiais para mulheres se houver realmente um fator expressivo de discriminação, como talvez seja o caso de ergonomia – carregamento de pesos diferenciados de acordo com a massa muscular de homens e mulheres –, algumas normas de saúde e segurança do trabalho e, se possível, normas de promoção de oportunidades para mão de obra feminina (Silva, 2016, p. 181).¹⁰

Nessa linha, passamos a tratar das normas de proteção à maternidade.

3.2. Normas sobre a proteção à maternidade

Amador Paes de Almeida (2015) leciona que, após a promulgação da Constituição de 1988, “há de ser visto como inconstitucional toda e qualquer restrição ao trabalho da mulher, salvo aquelas relacionadas com sua natureza, como, por exemplo, a licença-maternidade” (p.236).

Qualquer esclarecimento sobre a diferenças biológicas entre homens e mulheres é desnecessário, sendo estas as únicas capazes de engravidar e, por consequência, sofrer aborto ou parto e amamentar naturalmente o recém-nascido. Todavia, há de perceber que esses não são as únicas razões da diferenciação das normas trabalhistas. Mauricio Godinho Delgado (2015) entende que a Constituição “não inviabiliza tratamento diferenciado da mulher enquanto mãe”, e explica:

A maternidade recebe normatização especial privilegiada pela Constituição de 1988, autorizando condutas e vantagens superiores ao padrão deferido ao homem – e mesmo à mulher que não esteja vivenciando a situação da gestação e do recente parto. É o que resulta da leitura combinada de diversos dispositivos, como o art. 7º, XVIII (licença à gestante de 120 dias), art. 226 (preceito valorizador da família) e das inúmeras normas que buscam assegurar um padrão moral e educacional minimamente razoável à criança e adolescente (contidos no art. 227, CF/88, por exemplo) (Delgado, 2015, p. 867 – ênfase nossa).

¹⁰ Todavia, como bem citado pelo mesmo doutrinador no caso do intervalo de 15 minutos do artigo 384, entende-se que também seria preciso uma informação segura de que as mulheres necessitam dessa proteção por questões de ordem física ou muscular, e não simples generalização em relação à sua força muscular.

Há de se notar, assim, que as normas a seguir não se baseiam simplesmente no critério biológico, mas também uma caracterização generalizada do papel social da mulher como responsável pela família e educação dos filhos. Primeiramente, cabe retornar à Seção III do Capítulo da Proteção ao Trabalho da Mulher da CLT, que trata dos Períodos de Descanso, na qual há a seguinte norma diferenciadora: “Art. 386 - Havendo trabalho aos domingos, será organizada uma escala de revezamento quinzenal, que favoreça o repouso dominical”. Por outro lado, o descanso semanal remunerado, para o comércio em geral, deverá coincidir, pelo menos uma vez no período máximo de *três* semanas, com o domingo, conforme redação do artigo 6º, parágrafo único da Lei 10.101/2000. Assim, conclui-se que as mulheres têm direito ao descanso nos domingos com maior frequência.

Apesar de ser afeta à jornada de trabalho, a previsão não tem tanta relação com o descanso e recuperação física em si (pois sua efetivação independe do dia da semana em que há a pausa no trabalho). Vislumbra-se, assim, que a determinação é correlata à convivência da mulher com a família – ou seja, com a proteção da maternidade em sentido amplo. Como consequência, de acordo com Silva (2016), “a quantidade de postos de trabalho que deixarão de ser oferecidos às mulheres é imensurável” (p.182).

Na sequência, a Seção V Consolidada é nomeadamente destinada à Proteção à Maternidade, que foi incrementada com alterações legislativas ao longo dos anos. O artigo 391, de redação original, determina:

Art. 391 - *Não constitui justo motivo* para a rescisão do contrato de trabalho da mulher o fato de haver contraído *matrimônio* ou de encontrar-se em estado de *gravidez*.

Parágrafo único - Não serão permitidos em regulamentos de qualquer natureza contratos coletivos ou individuais de trabalho, restrições ao direito da mulher ao seu emprego, por motivo de casamento ou de gravidez. (Brasil, 1943 – ênfase nossa).

Na sequência, o artigo 391-A Consolidado, inserido pela Lei 12.812/2013 sedimenta o direito da mulher à estabilidade gestante desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto, garantida pelo artigo 10, II, “b” do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (“ADCT”), também no curso do aviso prévio.

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 (Brasil, 2013).

A jurisprudência já sedimentou entendimento de que a responsabilidade do empregador é objetiva (ou seja, independente do conhecimento do patrão ou até mesma da empregada sobre o estado gravídico), conforme súmula 244, I do TST¹¹, sob a perspectiva de que a estabilidade gestante tem o intuito primordial de proteção ao nascituro. Assim, o sujeito central do direito seria a criança no ventre da mãe, e não a própria genitora. No mesmo sentido, o inciso III da referida súmula estendeu o direito à estabilidade também para empregadas em contratos de trabalho por prazo determinado – como será tratado mais adiante.

Na sequência, a redação original do artigo 392 da CLT proibia expressamente o trabalho da mulher grávida no período de 6 (seis) semanas antes e 6 (seis) semanas depois do parto, totalizando uma licença de 12 (doze) semanas. Em 1967, o período foi alterado para 4 (quatro) semanas antes e 8 (oito) semanas após o parto, ainda totalizando 12 (doze) semanas. A redação atual do artigo 392, conforme alteração da Lei 10.421/2002, prevê o direito à licença-maternidade (que não se confunde com a estabilidade gestante, já mencionada juntamente às normas constitucionais, por se tratar de período de efetivo afastamento do trabalho) pelo prazo de 120 (cento e vinte) dias, em consonância com o artigo 7º, XVIII da Constituição Federal, operacionalizado na forma dos parágrafos subsequentes:

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

§ 1º. A empregada deve, mediante atestado médico, notificar o seu empregador da *data do início do afastamento* do emprego, que poderá ocorrer *entre o 28º (vigésimo oitavo) dia antes do parto e ocorrência* deste.

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

§ 3º. Em caso de *parto antecipado*, a mulher terá direito aos 120 (cento e vinte) dias previstos neste artigo.

§ 4º. É garantido à empregada, durante a gravidez, sem prejuízo do salário e demais direitos:

I - *transferência de função*, quando as condições de saúde o exigirem, assegurada a *retomada da função anteriormente exercida*, logo após o retorno ao trabalho;

¹¹ Súmula nº 244 do TST. 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 - *dispensa do horário de trabalho* pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, *seis consultas médicas e demais exames complementares*. (Brasil, 1988 – ênfase nossa)

Note-se que a licença-maternidade pode ser estendida, para até 180 (cento e oitenta) dias, no caso de empregadoras inscritas no chamado Programa Empresa Cidadã (Lei 11.770/2008). Para qualificarem-se à inscrição, as empresas devem ser tributadas pelo lucro real (ou seja, são geralmente de grande porte). Em contrapartida, as empregadoras recebem abatimento no imposto de renda.

No tocante ao supramencionado parágrafo 4º, II, há de se destacar que os homens também têm direito ao acompanhamento de pré-natal da gestação de seus filhos, conforme artigo 473, X da CLT – limitado a duas ocasiões. Já o inciso XI do mesmo dispositivo prevê o direito, *sem restrição de gênero*, ao acompanhamento de filhos e até 6 (seis) anos em consulta médica. Ambos os incisos foram acrescentados pela Lei 13.257/2016, que dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância.

Por seu turno, o artigo 392-A da CLT, com redação da Lei 12.873/2013 equipara o direito das mães adotantes às mães biológicas para fins de licença-maternidade (que, anteriormente, era dimensionada de acordo com a idade da criança adotada, conforme parágrafos 1º a 3º revogados pela Lei 12.010/2009), nos termos:

Art. 392-A. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392.

§ 4º. A licença-maternidade só será concedida mediante apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardiã.

§ 5º. A adoção ou guarda judicial conjunta ensejará a concessão de licença-maternidade a *apenas um dos adotantes* ou guardiães, empregado ou empregada (Brasil, 2013).

Já o artigo 392-B, inserido pela mesma Lei de 2013, é emblemático no sentido de aplicar a licença “maternidade” ao cônjuge ou companheiro da genitora, ainda que somente no caso de morte da mulher: “Art. 392-B. Em caso de *morte da genitora*, é assegurado ao *cônjuge ou companheiro* empregado o gozo de licença por todo o período da *licença-maternidade* ou pelo tempo restante a que teria direito a mãe, exceto no caso de falecimento do filho ou de seu abandono” (Brasil, 2013 – ênfase). Além da licença-maternidade, a estabilidade gestante também foi estendida em caso de morte da genitora pela Lei Complementar 146/2014, cujo primeiro (e materialmente único) artigo determina que “o direito prescrito na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais

Transitórias, nos casos em que ocorrer o falecimento da genitora, será assegurado a quem detiver a guarda do seu filho” (Brasil, 2014).

Não obstante essas contribuições, nota-se, assim, a absoluta preferência da Lei em delegar o cuidado dos filhos recém-nascidos às mães, em detrimento dos pais, salvo em cabal impossibilidade (i.e., morte) da mulher. Ademais, interessante notar que a ressalva de “abandono” do filho, exposta no artigo 392-B da CLT, sequer é considerada para mães, mas levantada em relação aos pais. Ainda que a medida tenha evidente base prática (no sentido de que, de acordo com o senso comum, mais pais abandonam filhos do que as mães), não deixa de ser relevante sob o aspecto da designação de papéis sociais.

Por sua vez, o artigo 392-C avança um pouco mais prevê a possibilidade de extensão dos artigos 392-A e 392-B ao *empregado* adotante, desde que não haja sobreposição de duas licenças pela mesma criança no mesmo lar: “Art. 392-C. Aplica-se, no que couber, o disposto no art. 392-A e 392-B ao empregado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção” (Brasil, 1943).

O artigo 393, com redação aprimorada pelo Decreto-Lei 229/1967, trata do direito ao salário-maternidade equiparado ao salário integral da mulher, bem como sua forma de cálculo em caso de remuneração variável, dentre outras questões:

Art. 393 - Durante o período a que se refere o art. 392, a mulher terá direito ao *salário integral* e, quando variável, calculado de acordo com a *média dos 6 (seis) últimos meses de trabalho*, bem como os *direitos e vantagens adquiridos*, sendo-lhe ainda facultado reverter à *função que anteriormente ocupava*. (Brasil, 2007 – ênfase nossa)

O artigo 394 Consolidado, de redação original, trata da possibilidade da mulher gestante de romper o compromisso resultante do contrato de trabalho, caso seja prejudicial à gestação: “Art. 394 - Mediante atestado médico, à mulher grávida é facultado *romper o compromisso* resultante de qualquer contrato de trabalho, desde que este seja *prejudicial à gestação*” (CLT – ênfases nossas). Já o artigo 394-A, inserido pela Lei 13.287/2016 e com redação alterada pela Lei 13.467/2017, a “Reforma Trabalhista”, tem gerado intensas discussões em relação ao trabalho da empregada gestante em ambiente insalubre. Dizia o dispositivo primário: “Art. 394-A. A empregada *gestante ou lactante* será *afastada*, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer *atividades, operações ou locais insalubres*, devendo exercer suas atividades em local salubre” (Brasil, 1943 – ênfase nossa).

O Projeto de Lei 76/2014, que deu origem a tal disposição, teve o parágrafo único do dispositivo vetado. Interessante analisar a redação descartada: “Parágrafo único. Durante o afastamento temporário previsto no caput, fica assegurado à empregada gestante

ou lactante o pagamento integral do salário que vinha percebendo, incluindo o adicional de insalubridade” (Brasil, 2014).

A mensagem 248/2016, enviada pela Presidência ao Presidente do Senado Federal, esclareceu as razões do veto das seguintes palavras:

Ainda que meritório, o dispositivo apresenta ambiguidade que poderia ter efeito contrário ao pretendido, prejudicial à trabalhadora, na medida em que o *tempo da lactação pode se estender além do período de estabilidade* no emprego após o parto, e o *custo adicional para o empregador poderia 75eva-lo à decisão de desligar a trabalhadora após a estabilidade*, resultando em interpretação que redunde em eventual supressão de direitos (Brasil, 2016 – ênfase nossa).

Com a promulgação da “Reforma Trabalhista”, o artigo de lei flexibilizou as hipóteses de afastamento da gestante ou lactante do local de insalubridade, por um lado, e concedeu o adicional de insalubridade no período sem onerar o empregador, além de permitir que a mulher em gestação de risco perceba salário maternidade (e não auxílio doença), por outro.

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

I - atividades consideradas insalubres em *grau máximo*, enquanto durar a *gestação*;

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

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

§ 1º.

§ 2º. Cabe à empresa pagar o *adicional de insalubridade* à gestante ou à lactante, efetivando-se a *compensação*, observado o disposto no art. 284 da Constituição Federal, por ocasião do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço.

§ 3º. Quando *não for possível* que a gestante ou lactante afastada nos termos do *caput* deste artigo exerça suas atividades em *local salubre* na empresa, a hipótese será considerada como *gravidez de risco* e ensejará a percepção do *salário-maternidade*, nos termos da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, durante todo o período de afastamento (Brasil, 2017).

O dispositivo trouxe intenso debate à época da promulgação da lei, no sentido de que seria absurdo permitir que uma mulher gestante ou lactante trabalhasse em ambiente insalubre. Assim, a Medida Provisória 808/2017 foi promulgada apenas 3 (três) dias após a entrada em vigor da Reforma Trabalhista, passando a prever:

Art. 394-A. A empregada gestante será afastada, enquanto durar a gestação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres e exercerá suas atividades em local salubre, excluído, nesse caso, o pagamento de adicional de insalubridade.

.....

§ 2º - O exercício de atividades e operações insalubres em grau médio ou mínimo, pela gestante, somente será permitido quando ela, voluntariamente, apresentar atestado de saúde, emitido por médico de sua confiança, do sistema privado ou público de saúde, que autorize a sua permanência no exercício de suas atividades.

§ 3º - A empregada lactante será afastada de atividades e operações consideradas insalubres em qualquer grau quando apresentar atestado de saúde emitido por médico de sua confiança, do sistema privado ou público de saúde, que recomende o afastamento durante a lactação.

Todavia, a Medida Provisória caducou, pelo que vige atualmente o texto original da “Reforma Trabalhista” acima transcrito. E quanto a essa redação, abram-se parênteses para notar um fato curioso: apesar de o legislador informar que, na impossibilidade de trabalho em ambiente salubre, a hipótese será considerada como gravidez de risco e ensejará a percepção do salário-maternidade, comumente, uma gravidez de risco não gera direito a salário-maternidade – mas sim ao benefício de auxílio doença, que não necessariamente equivale ao salário base da segurada enquanto empregada. Assim, foi garantida uma proteção “especial” a mulheres que trabalham em ambientes insalubres. Fecham-se parênteses.

Na sequência, o artigo 395 da CLT trata do aborto “não criminoso”¹² e período de repouso para recuperação física e psicológica da mulher: “Art. 395 - Em caso de *aborto não criminoso*, comprovado por atestado médico oficial, a mulher terá um *repouso remunerado de 2 (duas) semanas*, ficando-lhe assegurado o direito de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento” (Brasil, 1943). Vale acrescentar que tal repouso é arcado pela Previdência Social, sob a forma de salário-maternidade, conforme artigo 93, parágrafo 5º do Decreto 3.048/1999 (Regulamento da Previdência Social), com redação dada pelo Decreto 3.265/1999.

Já o artigo seguinte da CLT se atém aos descansos especiais para amamentação do filho durante a sua jornada de trabalho, nos primeiros 6 (seis) meses da criança, com parágrafo 2º incluído pela Lei 13.467/2017, conhecida como “Reforma Trabalhista”.

¹² De acordo com ao artigo 123 do Código Penal, provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque é crime com pena de detenção, de um a três anos. Por outro lado, conforme o artigo 128 do mesmo Código, não se pune aborto praticado por médico se não há outro meio de salvar a vida da gestante, ou se a gravidez resulta de estupro.

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

§ 1º. Quando o exigir a saúde do filho, o período de 6 (seis) meses poderá ser dilatado, a critério da autoridade competente.

§ 2º. Os horários dos descansos previstos no caput deste artigo deverão ser definidos em acordo individual entre a mulher e o empregador. (Brasil, 2017)

Nesse tocante, vale destacar que já havia uma tendência de os empregadores “optarem” pela concessão dos dois períodos ao final da jornada de trabalho, reduzindo o trabalho da mulher em 1 (uma) hora durante os 6 (seis) primeiros meses da criança – a qual pode ser, a partir da “Reforma Trabalhista”, validada pelo acordo individual com a empregada.

Todavia, essa medida não está alinhada com o propósito da lei, que é permitir que a mãe amamente seu filho de três em três horas. Exemplifica-se: considerando uma jornada das 9:00 às 18:00; amamentação antes do início da jornada; início da jornada às 9:00; intervalo para amamentação às 12:00; intervalo para amamentação às 15:00; término da jornada às 18:00; amamentação após o término da jornada (notando-se, todavia, que o intervalo das 12:00 não se confunde com o intervalo de 1 (uma) hora para repouso e alimentação, que continua sendo direito das lactantes). Nesse sentido vinha caminhando a jurisprudência (Brasil, 2014):

INTERVALO DE DESCANSO PARA AMAMENTAÇÃO. O art. 396 da CLT estabelece a obrigação de o empregador conceder 02 intervalos de 30 minutos cada, durante a jornada, visando a proporcionar à empregada lactante fazer a amamentação do seu filho nos primeiros 06 meses de vida da criança. Apesar de a referida norma não estabelecer os horários em que os intervalos devam ser concedidos, utilizando-se apenas da expressão "durante a jornada de trabalho", o seu objetivo é não só proporcionar a adequada amamentação da criança, o que seria ilógico pensar que aconteceria apenas pelo prolongamento do intervalo intrajornada, como também aumentar o tempo de contato entre mãe e filho. Esse contato não só é importante, como também é essencial para o correto desenvolvimento físico e psíquico da criança. Para isso, o legislador pretendeu acrescentar, além do intervalo intrajornada, que também pode ser utilizado pela mãe para amamentar seu filho, mais 02 intervalos no decorrer da jornada de trabalho, não sendo razoável pensar que a criança irá amamentar o volume de duas mamadas ao mesmo tempo, porque, unilateralmente, por vontade da empresa, os intervalos foram agrupados e concedidos de uma só vez, ao final da jornada ou elastecendo-se o intervalo intrajornada, o que seria melhor para a reclamada. O intervalo para amamentação não foi criado pelo legislador para suprir interesse da mãe, muito menos pode ser medida de negociação, pois o verdadeiro interessado é a criança, para ela se dirigindo o benefício. (ref. ênfase nossa)

Contudo, ainda permanece em trâmite o Projeto de Lei 4.968/2016, do deputado federal Luiz Laudo Filho (PSB/SP), que pretende regulamentar expressamente a prática da

redução da jornada da mulher lactante em razão da suposta impraticabilidade de oferta-las os intervalos para amamentação previstos por lei.

No tocante, vale destacar que a efetivação do direito aos intervalos para amamentação durante a jornada de trabalho é diretamente relacionada à previsão de local apropriado para guarda dos filhos, sob pena de tornar-se inviável o contato da mãe com o filho (ou de a mulher conseguir apenas coletar o leite materno artificialmente nesse período, atingindo a finalidade da norma de maneira incompleta). Caso contrário, ressalta Eduardo Gabriel Saad:

Se a empresa não possui creche nem celebra contrato com outra entidade pública ou privada que a possua, a empregada terá de fazer uma despesa extraordinária para atender ao filho. Há quem defenda a tese – que consideramos justa – de que, no caso, deve a empresa indenizar a empregada. Na prática, é muito difícil uma empregada arrostar o perigo de perder o emprego a fim de fazer semelhante exigência (Saad, 2007, p. 378).

Ademais, os artigos subsequentes da CLT reforçam essa ideia da necessidade do espaço físico para guarda dos filhos, inclusive em relação a crianças mais velhas:

Art. 397 - O SESI, o SESC, a LBA e outras entidades públicas destinadas à assistência à infância manterão ou subvencionarão, de acordo com suas possibilidades financeiras, *escolas maternais e jardins de infância*, distribuídos nas zonas de maior densidade de trabalhadores, destinados especialmente aos *filhos das mulheres empregadas*.

Art. 399 - O Ministro do Trabalho, Industria e Comercio conferirá *diploma de benemerência* aos empregadores que se distinguirem pela organização e manutenção de creches e de instituições de proteção aos menores em idade pré-escolar, desde que tais serviços se recomendem por sua generosidade e pela eficiência das respectivas instalações.

Art. 400 - Os locais *destinados à guarda dos filhos das operárias durante o período da amamentação* deverão possuir, no mínimo, um berçário, uma saleta de amamentação, uma cozinha dietética e uma instalação sanitária. (Brasil, 1943)

Especialmente nesse capítulo, é possível notar diversas normas calcadas em questões biológicas peculiares à mulher (gravidez, aborto, amamentação) mescladas com normas de cunho social, no sentido de delegar à mulher a criação dos filhos em regime de exclusividade – ou maior intensidade – que aos seus parceiros.

3.3. Normas sobre a discriminação da mulher no mercado de trabalho

Apesar de deslocada da CLT, a Lei 9.029/1995 é de suma importância na proteção do mercado de trabalho da mulher – bem como de outros grupos vulneráveis. O artigo 1º

da referida Lei proíbe expressamente a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, *entre outros*, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da CF.

Assim, ainda que extenso, o rol elencado não é taxativo. Nota-se, então, que essa Lei se torna um importante instrumento para proibir a discriminação nas relações laborais sobre qualquer aspecto. Nada obstante, o artigo 2º criminaliza algumas práticas discriminatórias contra a mulher e determina os potenciais sujeitos ativos, especificamente:

Art. 2º Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias:

I - a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à *esterilização ou a estado de gravidez*;

II - a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem;

a) *indução ou instigamento à esterilização genética*;

b) promoção do *controle de natalidade*, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS).

Pena: detenção de um a dois anos e multa.

Parágrafo único. São sujeitos ativos dos crimes a que se refere este artigo:

I - *a pessoa física empregadora*;

II - *o representante legal do empregador*, como definido na legislação trabalhista;

III - *o dirigente*, direto ou por delegação, *de órgãos públicos e entidades das administrações públicas* direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (Brasil, 1988 – ênfase nossa)

João de Lima Teixeira Filho (2003) lembra que essas proibições são condizentes com o artigo 226, parágrafo 7º da Constituição Federal, que determina que o planejamento familiar é livre decisão do casal, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito e sendo *vedada* qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Referido autor também explica que esse comando constitucional foi regulamentado, genericamente, pela Lei 9.263/1996, sendo vedada a indução ou instigamento individual

ou coletivo às práticas de esterilização (artigo 12) e a exigência de atestado de esterilização ou teste de gravidez para quaisquer fins (artigo 13). Ainda, o médico ou preposto do empregador que cometa tais ilícitos pode ser penalmente responsabilizado (artigos 16 a 19), além de ser garantida a reparação pelos danos materiais e, especialmente, morais (artigo 21).

Sem prejuízo das penalidades já enunciadas, os empregadores que adotam práticas discriminatórias também ficam sujeitos a (i) multa administrativa de dez vezes o valor do maior salário pago pelo empregador, elevada em cinquenta por cento em caso de reincidência; e (ii) proibição de obter empréstimo ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais, conforme artigo 3º. Já o artigo subsequente apresenta opções ao empregado discriminado, nos seguintes termos:

Art. 4º. O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, *além do direito à reparação pelo dano moral*, faculta ao empregado *optar* entre:

I - *a reintegração com ressarcimento integral de todo o período de afastamento*, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros legais;

II - *a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento*, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

Aproximadamente 4 (quatro) anos após a edição da supramencionada Lei 9.029/1995, o artigo 373-A foi incluído na CLT, por intermédio da Lei 9.799/1999, para vedar práticas discriminatórias contra a mulher, enumeradas em seus incisos:

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. (ênfase nossa)

Como bem nota Homero Batista Mateus da Silva (2016), o dispositivo reconhece a necessidade de corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e destaca a suplementação desse tema por meio de negociação coletiva, apta a atender peculiaridades da categoria ou da empresa não contempladas pelo legislador. O doutrinador exemplifica os assuntos que podem ser tratados em tais normas coletivas com questões de higiene no local de trabalho e comparecimento a reunião de pais e mestres, nada obstante a segunda tarefa não seja *necessariamente* atribuída ao gênero feminino (pois ambos os pais podem atender a tais reuniões).

Vale dizer, de todo modo, que a fiscalização desse tipo de discriminação pode ser bastante árdua e ineficaz. É bastante factível que se identifique, por exemplo, anúncios públicos de emprego de cunho discriminatório. Por outro lado, sabe-se que é extremamente comum a realização de entrevistas de emprego em que se pergunta à mulher se é casada, se deseja ter filhos, qual a idade dos seus filhos, etc., sendo certo que as respostas podem influenciar na sua admissão ou não, bem como na proposta salarial. De toda sorte, em seguida, a CLT determina: “Art. 377-A adoção de medidas de proteção ao trabalho das mulheres é considerada de ordem pública, *não justificando, em hipótese alguma, a redução de salário*” (Brasil, 1943 – ênfase nossa). Vale notar que esses dois dispositivos não criam nada de novo, mas apenas positivam regras gerais aplicada à situação das mulheres, especificamente. Isso porque o artigo 7º, VI da Constituição Federal prevê a irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo.

Na sequência, a CLT determina, conforme artigos incluídos pela Lei 9.799/1999:

Art. 390-B. As *vagas dos cursos de formação de mão-de-obra*, ministrados por instituições governamentais, pelos próprios empregadores ou por qualquer órgão de ensino profissionalizante, serão *oferecidas aos empregados de ambos os sexos*. (ênfase nossa)

Art. 390-C. As empresas com *mais de cem empregados*, de ambos os sexos, deverão manter *programas especiais de incentivos e aperfeiçoamento profissional da mão-de-obra*.

Art. 390-E. A pessoa jurídica *poderá* associar-se a entidade de formação profissional, sociedades civis, sociedades cooperativas, órgãos e entidades públicas ou entidades sindicais, bem como firmar convênios para o

desenvolvimento de ações conjuntas, visando à execução *de projetos relativos ao incentivo ao trabalho da mulher*. (Brasil, 1999 – ênfase nossa)

Note-se que os artigos 390-A e 390-D, que previam a nulidade da dispensa do trabalhador, quando decorrente de ajuizamento de ação com fundamento na violação dos princípios da igualdade profissional e de oportunidade entre homens e mulheres, foram vetados.

De acordo com a mensagem de veto 673/1999, os dispositivos criariam estabilidade de emprego aos referidos litigantes, ao arrepio do artigo 7º, I da Constituição Federal,¹³ e poderiam estimular o ajuizamento dessa espécie de ação como forma preventiva de se alcançar a estabilidade de emprego, o que afinal, apenas teria efeito contrário ao desejado, trazendo maiores restrições à empregabilidade de mulher, ao invés de protegê-la.

Por seu turno, vale destacar que o artigo 390-C cria uma obrigação (usando a locução verbal *deverão*), enquanto o artigo 390-E cria uma faculdade (usando a locução verbal *poderá*). Assim, há de se concluir que a oponibilidade dos projetos relativos ao incentivo ao trabalho da mulher é enfraquecida, se comparada à oponibilidade dos programadas especiais de incentivos e aperfeiçoamento profissional da mão de obra de ambos os gêneros.

3.4. Normas previdenciárias

A divisão disciplinar entre o direito do trabalho e direito previdenciário é clara, e não se pretende aqui debruçar sobre o Sistema de Seguridade Social e suas normas em profundidade. Nada obstante, devem ser analisadas as previsões legais sobre o salário-maternidade (que não deixa de ser uma norma de proteção ao trabalho da mulher, vez que desonera o empregador de arcar com a remuneração no período de afastamento para licença-maternidade), bem como as diferenças nos requisitos para aquisição do direito à aposentadoria, porque afetos ao presente estudo.

¹³ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; (...)

3.4.1. Salário-maternidade

A Lei 6.136/1974 foi a primeira do ordenamento jurídico pátrio a incluir o salário-maternidade entre os benefícios da Previdência Social, sob influência da OIT. Como bem lembra Alice Monteiro de Barros, a transferência desse ônus do empregador à coletividade corresponde a exigência da Convenção 103 da OIT, à qual o Brasil haveria aderido 10 (dez) anos antes, que dita no disposto no artigo IV, item 8: “em hipótese alguma, deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega” (Barros, 1994, pp. 28-29).

Ato contínuo, como já mencionado, o artigo 201, II da Constituição Federal prevê que 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 proteção à maternidade, *especialmente à gestante*. Nessa esteira, a licença-maternidade é garantida por meio do salário-maternidade, previsto no artigo 18, “g” da Lei 8.213/1991. Os artigos 25, III e 26, VI da mesma Lei tratam do período de carência (que inexistente para seguradas empregadas, sujeitas ao regime CLT, bem como para as trabalhadoras avulsas e domésticas). Os artigos 28 e 39, parágrafo único informam os critérios de cálculo e o artigo 124, IV proíbe a percepção conjunta do salário-maternidade e auxílio-doença.

Além desses artigos esparsos, a Subseção VII da referida Lei trata especificamente do benefício em tela. A redação atual do artigo 71, dada pela Lei 10.710/2003, determina que o salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade.

A Lei 12.873/2013, que alterou também a CLT no capítulo de proteção à maternidade, deu a redação atual do artigo 71-A bem como incluiu os dispositivos 71-B e 71-C. Assim, ainda que o nome do benefício se mantenha “salário-maternidade”, o artigo 71-A prevê sua extensão a homens e mulheres adotantes (enquanto, curiosamente, o artigo 392-A da CLT apenas garantiu o mesmo direito à *empregada* que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção).

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

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

§ 2º. Ressalvado o pagamento do salário-maternidade à *mãe biológica* e o disposto no art. 71-B, *não* poderá ser concedido o benefício a *mais de um segurado*, decorrente do mesmo processo de adoção ou guarda, ainda que os cônjuges ou companheiros estejam submetidos a Regime Próprio de Previdência Social. (Brasil, 2013 – ênfase nossa)

Nada obstante, o parágrafo 2º é claro no sentido de reproduzir o parágrafo 5º do artigo 392-A da CLT, para determinar que apenas um dos adotantes terá direito ao benefício (caso a adoção seja realizada por um casal, seja heteroafetivo ou homoafetivo).

Por seu turno, na mesma esteira da comparação entre referidos artigos 392-A e 71-A, nota-se uma relevante diferença entre o artigo 392-B da CLT e 71-B da Lei 8.213/1991. Enquanto o dispositivo Consolidado prevê que “em caso de morte da genitora, é assegurado ao cônjuge ou companheiro empregado o gozo de licença (...)”, o artigo previdenciário determina:

Art. 71-B. No caso de falecimento da segurada ou *segurado* que fizer jus ao recebimento do salário-maternidade, o benefício será pago, por todo o período ou pelo tempo restante a que teria direito, ao cônjuge ou companheiro sobrevivente que tenha a qualidade de segurado, exceto no caso do falecimento do filho ou de seu abandono, observadas as normas aplicáveis ao salário-maternidade.

§ 1º. O pagamento do benefício de que trata o caput deverá ser requerido até o último dia do prazo previsto para o término do salário-maternidade originário.

§ 2º. O benefício de que trata o caput será pago diretamente pela Previdência Social durante o período entre a data do óbito e o último dia do término do salário-maternidade originário e será calculado sobre:

I - a remuneração integral, para o empregado e trabalhador avulso;

II - o último salário-de-contribuição, para o empregado doméstico;

III - 1/12 (um doze avos) da soma dos 12 (doze) últimos salários de contribuição, apurados em um período não superior a 15 (quinze) meses, para o contribuinte individual, facultativo e desempregado; e

IV - o valor do salário mínimo, para o segurado especial.

§ 3º. Aplica-se o disposto neste artigo ao segurado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção. (Brasil, 1991 – ênfase própria)

O artigo 72 da Lei 8.213/1991 esclarece que o salário-maternidade para a segurada empregada ou trabalhadora avulsa consistirá numa renda mensal igual a sua remuneração integral. Ainda, de acordo com o parágrafo 1º, cabe à empresa pagar o salário-maternidade, efetivando-se a compensação quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa

física que lhe preste serviço. Já o parágrafo 3º do mesmo dispositivo, assim como o artigo 73 subsequente, disciplinam os montantes e formas de pagamento dos salários maternidade das demais trabalhadoras (que não empregadas, nem avulsas). Sobre a questão, João de Lima Teixeira Filho entende que o fato de a Carta de 1988, de um lado, alargar o período da licença-maternidade (artigo 7º, XVIII), mas, de outro, manter esse ônus com a Previdência Social (artigo 201, III):

Fê-lo não por paternalismo, inspirado em momento que sublima a raça humana. Fê-lo com evidente propósito de preservar a igualdade de acesso da mulher às oportunidades de emprego, o que não ocorreria se tal ônus recaísse sobre o ofertante do emprego, livre para contratar um candidato do sexo masculino sem assumir a tal despesa potencial (Sussekind, 2003, p. 972).

É relevante notar que a Lei em voga não prevê o pagamento de “salário paternidade”, pelo que seu encargo é repassado ao empregador – o que seria uma desvantagem ao trabalhador masculino. Todavia, há de se notar que, por outro ângulo, o empregador deixa de contar com os serviços do homem por apenas 5 (cinco) dias, e da mulher por 120 (cento e vinte) dias, além de dever-lhe estabilidade desde a concepção até 5 (cinco) meses após o parto.

Em paralelo, o já mencionado Programa Empresa Cidadã, instituído pela Lei 11.770/2008, garante a remuneração integral da empregada e do emprego pelos respectivos períodos de prorrogação. O artigo 3º, com redação dada pela Lei 13.257/2016, determina que, em relação à mulher, o valor deve ser quitado nos mesmos moldes devidos no período de percepção do salário-maternidade pago pelo Regime Geral da Previdência Social.

Por seu turno, o artigo 7º, também com redação da Lei 13.257/2016, permite que a pessoa jurídica tributada com base no lucro real deduza do imposto devido, em cada período de apuração, o total da remuneração integral da *empregada e do empregado* pago nos dias de prorrogação de sua licença-maternidade e de sua licença-paternidade, vedada a dedução como despesa operacional. Assim, nota-se o movimento de estender a quitação de ambos os benefícios à Previdência Social.

3.4.2. *Aposentadoria*

O artigo 29 da Lei 8.213/1991 trata do salário benefício, que varia de acordo com o benefício em questão. Sobre esse salário incide o fator previdenciário, calculado de acordo com a idade, expectativa de sobrevida e tempo de contribuição do segurado ao se aposentar, conforme fórmula constante do Anexo da Lei (parágrafo 7º). Todavia, a aplicação do fator

é diferenciada – e mais favorável – para mulheres, conforme parágrafo 9º do mesmo dispositivo e artigo 29-C.

Em relação às idades e lapsos temporais mínimos para atingimento do benefício da aposentadoria, vejamos quadros comparativos extraído dos próprios ditames legais.

Tabela 1 – Aposentadoria por idade

	Homens	Mulheres
Trabalhadores urbanos	65 anos de idade	60 anos de idade
Trabalhadores rurais	60 anos de idade	66 anos de idade

Fonte: artigo 48 da lei 8.213/1991

Tabela 2 – Aposentadoria tempo de serviço

	Homens	Mulheres
Trabalhadores urbanos	30 anos de serviço	25 anos de serviço

Fonte: artigo 52 da lei 8.213/1991

Por fim, o artigo 122 da mesma Lei 8.213/1991 determina que, se mais vantajoso, fica assegurado o direito à aposentadoria, nas condições legalmente previstas na data do cumprimento de todos os requisitos necessários à obtenção do benefício, ao segurado que, tendo completado 35 (trinta e cinco) anos de serviço, se homem, ou 30 (trinta) anos, se mulher, optou por permanecer em atividade.

4. ANÁLISE NORMATIVA

Feitas as presentes considerações, torna-se possível identificar algumas movimentações legislativas e tendências jurisprudenciais no tocante às normas de proteção do trabalho da mulher, especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, bem como a intersecção entre tais normas e os estereótipos de gênero.

4.1. Tendências normativas

4.1.1. Movimento de subtração das normas protetoras

Como se pôde notar, em diversos casos, a legislação protetiva do trabalho da mulher (que lhe trazia maiores benefícios em relação aos homens) foi paulatinamente revogada da CLT. Um bom exemplo desse movimento é a Lei 7.855/1989, como explica Mauricio Godinho Delgado (2015):

A Lei n. 7.855/89, editada meses após a nova Constituição, procurou adequar a CLT a comando antidiscriminatório constitucional. Assim, revogou preceitos que autorizavam a interferência marital ou paterna no contrato empregatício da mulher adulta (antigo 446, CLT), revogando, ainda, parte expressiva do capítulo celetista que trava da “proteção ao trabalho da mulher” (como dispositivos que exigiam atestados médicos especiais da mulher para prestação de certos tipos de trabalho: antigos artigos 374/375, 379 a 380 e 387 da CLT, por exemplo.

Mas, insista-se: tais preceitos celetistas já estavam revogados (não recebidos), em decorrência da frontal incompatibilidade com a Constituição emergente. Isso significa que outros preceitos discriminatórios ignorados pela Lei 7.855/89 também não produzem mais efeitos, por estarem revogados, de modo tácito (isso é, não recebidos), inequivocamente, pelo Texto Constitucional citado (p. 867 – ênfase nossa).

Abram-se parênteses para destacar o absoluto descabimento, na nova ordem constitucional, de preceitos como aquele que sequer aventava a possibilidade de oposição conjugal ou paterna ao trabalho, ou lhes permitia pleitear a rescisão do contrato quando houvesse ameaça aos “vínculos da família”, como diz a redação original do artigo 446 da CLT:

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

Parágrafo único. Ao marido ou pai é facultado pleitear a rescisão do contrato de trabalho, quando a sua continuação for suscetível de acarretar ameaça aos vínculos da família, perigo manifesto às condições peculiares da mulher ou prejuízo de ordem física ou moral para o menor. (Brasil, 1943 – ênfase nossa)

A questão inclusive ultrapassa a matéria trabalhista e esbarra na capacidade civil da mulher, encontrando evidente óbice no artigo 5º, *caput* e inciso I da Constituição Federal. Fecham-se parênteses.

A lição de Mauricio Godinho Delgado (2015) é relevante para elucidar que o movimento de subtração das normas protetoras se manifesta tanto de forma expressa (pela revogação de leis) quando tácita (pela declaração judicial de não recepção pela Constituição). Ainda no ano de 1988 foi editada a Instrução Normativa 1 do Ministério do Trabalho, que dispõe sobre a ação dos auditores fiscais do trabalho em face à nova ordem constitucional:

2. TRABALHO DA MULHER

O art. 5º da Constituição Federal preceitua que todos são iguais perante a lei e que não deve haver distinção de qualquer natureza.

Por outro lado, o inciso I do referido artigo preconiza que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações", sendo que o inciso XXX, do art. 7º, proíbe diferença de exercício de funções, de critério de admissão e de salários, por motivo de sexo.

Em face desses dispositivos constitucionais, *não cabe ao Poder Executivo, em especial ao Ministério do Trabalho, criar restrições ao trabalho da mulher.*

Assim, no que concerne a jornada, seja quanto a hora extra ou compensação de horas, seja quanto ao trabalho noturno, *aplica-se à mulher os dispositivos que regulam o trabalho masculino.* Deve-se observar as restrições ao trabalho da mulher apenas quando menor, conforme item 3, desta Instrução.

Quanto às normas de *proteção à maternidade, continuam em vigor* os dispositivos consolidados, observando-se, em especial, o que dispõe o item 4 desta Instrução.

No que diz respeito ao exercício de atividade perigosa, insalubre, penosa e demais normas de segurança e medicina, deverá haver definição da Secretaria especializada. (ênfase nossa)

Assim, o Ministério do Trabalho (responsável pela fiscalização do trabalho e imposição das correspondentes multas) retirou a aplicabilidade das normas protetoras no âmbito administrativo. Há evidências, inclusive, de normas que sequer chegaram a ser promulgadas em razão do risco de sua aplicação tornar-se um empecilho à igualdade de oportunidades da mulher, como aqueles artigos vetados de inclusão na CLT, acima mencionados.

O Presidente da República Fernando Henrique Cardoso vetou integralmente o Projeto de Lei 2.802/1992, que alterava os parágrafos 1º e 2º do artigo 389 da CLT para estender assistência técnica e educacional às crianças, dos 6 (seis) meses atualmente previstos, aos 6 (seis) anos para empresas com pelo menos 30 (trinta) empregadas com mais

de 16 (dezesesseis) anos (Sussekind, 2003, p. 984). A mensagem de veto n. 1645, de 31.12.1997, explica que a proposta legislativa, se sancionada:

(...) poderia fomentar ou deixar um campo fértil para o ressurgimento da discriminação do trabalho da mulher. O empregador poderá utilizar critérios discriminatórios na admissão de trabalhadoras, visando evitar a ultrapassagem do limite de mulheres com faixa etária acima de dezesseis anos nos quadros de sua empresa, pois os custos, hoje já presentes através do reembolso-creche, será estendido até os seis anos de idade. Tal exigência, entretanto, poderá trazer prejuízos irreparáveis ao mercado de trabalho da mulher, restringindo-o sensivelmente. É sabido que houve um acréscimo de mulheres que chefiam famílias, sendo a necessidade de emprego e renda fundamentais para sua manutenção. Não se procura aqui prejudicar a atuação das mulheres no campo de trabalho, mas, ao contrário, buscar soluções para a expansão deste mercado e que suas condições sejam as mais satisfatórias possíveis dentro da realidade em que vivemos (DOU, Seção I, 1997, p. 31802)

Ao que consta, não se cogitou, todavia, a extensão do benefício não só a mulheres, mas também a homens com filhos com idade de 0 (zero) a 6 (seis) anos.

Finalmente, como já mencionado, o artigo 384 da CLT (intervalo de 15 (quinze) minutos antes do início da jornada extraordinária) foi recentemente revogado pela “Reforma Trabalhista”. No todo, Segadas Vianna comenta o movimento de subtração das normas protetoras:

Deve-se registrar, entretanto, que os preceitos que visam assegurar condições especiais de amparo à mulher vêm sendo reformulados porque entendidos como de caráter protecionista discriminatório. *Há um movimento acentuado visando à supressão dessas disposições legais*, em alguns casos pelo entendimento de que a igualdade de tratamento decorre do princípio constitucional que proíbe diferenças por motivo de raça, cor e sexo. Outros pleiteiam a supressão ou a redução sob a alegação de que as medidas protecionistas, na verdade, importam na redução de amplitude do mercado de trabalho das mulheres. Dizem os que defendem tal ponto de vista que o *trabalho feminino é muito oneroso* para o empregador em face das licenças remuneradas (estabilidade provisória para as gestantes); dos intervalos para amamentação e da obrigatoriedade de manutenção de creches, quando o número de empregados que comporte a existência destas (Sussekind, 2003, pp. 972-973 – ênfase nossa).

Note-se, entretanto, que todo trabalho no Brasil é considerado “muito oneroso” pelo empregador (o que justificou, inclusive, certas previsões da chamada “Reforma Trabalhista”). Assim, vale dizer que, especialmente nos dias atuais, o trabalho da mulher não é só visto como “muito oneroso”, mas “ainda mais oneroso” do que aquilo que já é considerado excessivo, em termos de proteção trabalhista, para ambos os gêneros. Analisa também Eduardo Gabriel Saad (2007):

Alguns autores afirmam que o *movimento tendente a igualar a mulher ao homem* na vida social, notadamente nos ambientes de trabalho, criou condições propícias ao abrandamento e quase-eliminação das normas protetoras do trabalho feminino. Não negamos a contribuição do movimento feminista para que o

Estado mudasse sua posição diante da questão. É certo, porém, que o excesso de protecionismo estatal – no caso – *levantou barreiras ao ingresso da mulher no mercado de trabalho* (p. 374 – ênfase nossa).

Nada obstante, vale lembrar que a igualdade dos gêneros no ambiente de trabalho, sob esse aspecto, pode se dar tanto na eliminação das normas protetoras da mulher, quando por sua extensão a todos os trabalhadores.

4.1.2. Movimento de alteração do sujeito das normas protetoras

Especificamente no tocante à denominada “proteção à maternidade”, nota-se a clara e repetida designação do foco ao sujeito tutelado que, de acordo com a doutrina e jurisprudência atuais, não é a mulher mãe, mas sim o nascituro, criança ou adolescente.

Em relação à estabilidade gestante, por exemplo, o TST sedimentou posicionamento pela existência de *responsabilidade objetiva do empregador*, independentemente do conhecimento do estado gravídico por qualquer das partes no momento da dispensa, justificada pela *proteção do nascituro*, e não da mulher. Dessa premissa resultou a o inciso I da Súmula 244 do TST, cuja redação integral se transcreve:

Súmula nº 244 do TST. 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*.

Interessante notar no artigo 10 que o inciso III da Súmula alarga as possibilidades de rescisão do contrato de trabalho que pode ser obstada em razão da estabilidade gestante. Isso porque o artigo 10, II, “b” dos ADCT veda a *dispensa arbitrária ou sem justa causa*, mas não o simples término previsto de contrato por tempo determinado – como garantido pelo TST.

Destaque-se que há muita discussão acerca dos efeitos dessa proteção, no sentido de serem prejudiciais às mulheres, em geral, especialmente no tocante à celebração de contratos de trabalho por prazo determinado. Levantou-se, à época da edição da nova

redação da Súmula, que o empregador preferiria contratar homens a mulheres para trabalhos de prazo certo, para não “correr o risco” de ter que continuar com o vínculo de emprego da trabalhadora para além da necessidade pré-determinada do serviço.

Nada obstante, o TST continua a avançar no sentido de garantir a estabilidade gestante em situações além da literalidade do artigo 10, II, “b” do ADCT. A SBDI-I, em decisão recente, pacificou o entendimento de que o pedido de demissão da mulher gestante, quando realizado em momento no qual ela ainda desconhecia seu estado gravídico, pode ser cancelado. Consignou a ementa do acórdão:

EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. DECISÃO EMBARGADA PUBLICADA NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. PEDIDO DE DEMISSÃO. CONHECIMENTO DA GRAVIDEZ NO CURSO DO AVISO PRÉVIO. CANCELAMENTO DO PEDIDO DE DEMISSÃO NÃO ACEITO PELO EMPREGADOR. ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE. Discute-se, na hipótese, se o fato de a autora ter formulado pedido de demissão e, no curso do aviso prévio, ao tomar conhecimento de seu estado gravídico, solicitar o cancelamento de tal pedido (não aceito pelo empregador), lhe retira o direito à estabilidade prevista no artigo 10, II, “b”, do ADCT. O entendimento da e. Turma foi de que “*segundo as disposições do artigo 10, II, “b”, do ADCT, o termo inicial do direito da gestante à estabilidade dá-se com a concepção e não com a constatação da gravidez, mediante exame clínico, sendo necessário apenas que a empregada esteja grávida no momento da rescisão do contrato de trabalho, independentemente da ciência das partes*” (fls. 443-444, grifamos). Não resta dúvida de que a jurisprudência desta c. Corte pacificou-se no sentido de que a ocorrência da gravidez durante o aviso prévio garante o direito da trabalhadora à estabilidade prevista no artigo 10, alínea “b”, do ADCT. Aqui, porém, há uma particularidade, a saber, a questão envolvendo o pedido de ruptura do contrato de trabalho feito pela autora. *Data venia* dos que entendem ao contrário, o fato de autora ter formulado pedido de demissão e, no curso do aviso prévio, ao constatar o seu estado gravídico, solicitar o cancelamento de tal pedido (não aceito pelo empregador), *não compromete o seu direito à estabilidade prevista no referido artigo 10, II, “b”) do ADCT/CF, uma vez que a estabilidade provisória da gestante é uma garantia ao nascituro, e não apenas à genitora. Caso contrário, estar-se-ia admitindo verdadeira renúncia à estabilidade provisória da gestante. Ademais, fixando a lei critério objetivo da definição do direito à estabilidade, não se mostram importantes questões paralelas, porquanto a “confirmação da gravidez” a que se refere a norma constitucional diz respeito ao fato da gravidez em si. Recurso de embargos conhecido por divergência jurisprudencial e desprovido (RR 2537-64.2012.5.02.0002, 2017 – ênfase nossa).*

Todavia, há de haver cuidado no tocante, tanto pela potencial restrição ao trabalho da mulher, já comentada, quanto para que não se perpetue o estereótipo de sexo no sentido de que mulheres são irracionais e suas decisões podem ser superadas em razão de questões biológicas (como, no caso, a gravidez). Assim, essa percepção poderia conferir a sensação de que as decisões tomadas por mulheres não devem ser levadas em consideração, ou ter a mesma consideração quanto aquelas proferidas por homens.

Por fim, destaca-se também que, como já mencionado no item 3.2, o artigo 391-A, inserido pela Lei 12.812/2013 cristalizou o fato de a gravidez no aviso prévio também gerar

estabilidade, em interpretação sistêmica em relação à regra de que o aviso prévio integra o contrato de trabalho para todos os fins (artigo 487, §1º, CLT).

4.1.3. *Movimento de expansão das normas protetoras*

Por fim, é interessante ressaltar o movimento de expansão de uma norma designada, *ab initio*, apenas às mulheres – por vezes, justamente em razão da alteração do sujeito das normas protetoras para o nascituro, criança ou adolescente.

Como já mencionado, o artigo 389 da CLT, que se refere às questões ambientais de ventilação, iluminação, bebedouros, lavatórios, aparelhos sanitários, cadeiras, bancos, armários etc. para mulheres foi, de certa forma, expandido aos homens. Isso porque as Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho, que regulamentam minuciosamente tais matérias, virtualmente não diferenciam homens e mulheres.¹⁴ As exigências do fornecimento de EPI também não são limitadas pelo fator do gênero.

Ademais, a Lei 13.257/2016, que dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância, estendeu aos homens o direito de faltar justificadamente até 2 (dois) dias para acompanhar consultas médicas e exames complementares durante o período de gravidez de sua esposa ou companheira, bem como de receber a licença paternidade, no programa Empresa Cidadã, paga pelo Regime Geral da Previdência Social. Ainda que em nenhum desses casos tenha havido equiparação com os direitos garantidos às mulheres, denota-se avanço. Por sua vez, a inclusão dos artigos 392-B e 392-C na CLT e artigos 71-A a 71-C na Lei 8.213/1992, por intermédio da Lei 10.421/2002, é um bom exemplo da extensão dos benefícios da licença-maternidade ao pai biológico ou pai adotante. A também mencionada Lei Complementar 146/2014 prevê que a estabilidade gestante, nos casos em que ocorrer o falecimento da genitora, será assegurada a quem detiver a guarda do seu filho (que pode ser inclusive outra pessoa, senão o pai, como avós, tios, etc.).

Todavia, a referida expansão da licença-maternidade e estabilidade gestante aos pais e familiares apenas se verifica em casos em que se comprova a inexistência de uma figura feminina. Assim, nada obstante a expansão dos direitos em comento, eles ainda são, de forma geral, atribuídos às mães com absoluta preferência.

¹⁴ O item 24.1.26, inciso “f” da NR-16, que trata das Condições Sanitárias e de Conforto nos Locais de Trabalho estabelece tão-somente que gabinetes sanitários devem possuir recipientes com tampa, para guarda de papéis servidos, quando não ligados diretamente à rede ou quando destinados às mulheres.

Ainda, como supramencionado, o artigo 373-A, VI da CLT, inserido pela Lei 9.799/1999, veda a realização de revistas íntimas em empregadas ou funcionárias pelo empregador ou preposto. Embora o inciso seja aplicável, em sua literalidade, apenas às mulheres, é amplamente sedimentada na doutrina e jurisprudência a proibição da referida prática em ambos os sexos. Nesse sentido, o Enunciado 15, II da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, de outubro de 2017: “REVISTA ÍNTIMA. VEDAÇÃO A AMBOS OS SEXOS. A norma do art. 373-A, inc. VI, da CLT, que veda revistas íntimas nas empregadas, *também se aplica aos homens em face da igualdade entre os sexos* inscrita no art. 5º, inc. I, da Constituição Federal”.

Também o assédio moral, cuja proteção era inicialmente voltada à mulher (Sussekind, 2003), hoje está tipificado de forma que a vítima possa ser de ambos os gêneros. Diz o artigo 216-A do Código Penal, acrescido pela Lei 10.224/2001:

Assédio sexual

Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.

Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

Parágrafo único. (VETADO)

§ 2º - A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos. (Brasil, 2001)

Além disso, há também diversos Projetos de Lei com o intuito de estender outras normas protetivas aos homens. Citamos alguns, como o PL 3.829/1997, do deputado federal Arlindo Chinaglia (PT-SP), dispõe sobre a estabilidade no emprego, durante o período de 12 (doze) meses contados a partir da concepção presumida, ao trabalhador cuja esposa ou companheira esteja grávida – impondo inclusive uma multa, equivalente a 18 (dezoito) meses de remuneração do empregado, ao empregador que dispensá-lo nessa situação.

Por seu turno, a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 114/2007, objetiva alterar o inciso XIX do artigo 7º da Constituição para constar, além da licença paternidade de cinco dias, que “vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa, desde a confirmação da gravidez até quatro meses após o parto, quando (o homem for a) única fonte de renda familiar”.

Também relevante, nesse sentido, a PEC 16/2017, subscrita por diversos parlamentares, que propõe alteração ao parágrafo 1º do artigo 10 do ADCT, para dispor

sobre licença-maternidade compartilhada, no sentido de que poderá ser exercida pelo pai e pela mãe, em períodos alternados, na forma que lhes convir.

Finalmente, o Projeto de Lei 7.687/2010, da deputada federal Vanessa Grazziotin (PCdoB/AM), pretende alterar a redação dos parágrafos 1º e 2º do artigo 389 da CL, a fim de estabelecer a obrigatoriedade de manutenção, pelo empregador, de berçário ou creche em estabelecimentos com 100 (cem) ou mais empregados para os filhos dos trabalhadores (de ambos os gêneros) até a idade de cinco anos de idade. No mesmo sentido o PL 7.253/2014, do deputado Alexandre Leite – DEM/SP.

4.2. Papel do estereótipo de gênero nas normas protetoras

A existência de normas protetoras do trabalho da mulher denota que existem diferenças entre os empregados dos gêneros masculino e feminino que merecem atenção legislativa. As leis são comumente elaboradas para abarcar a sociedade como um todo e, se não o fazem, a distinção entre um grupo e outro deve estar racionalmente calcada em critérios objetivos alinhados com a Constituição Federal, especialmente com os objetivos fundamentais da República, dentre eles: construir uma sociedade livre, justa e solidária e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Portanto, não parece bastante dizer que homens e mulheres são diferentes e, por isso, cabe-lhes normativas diferenciadas. Mas sim, deve-se entender quais foram as diferenças consideradas pelo legislador, ao momento da edição da lei, e constantemente nos questionar no que foram baseadas essas presunções, e se ainda fazem sentido no compasso social atual, quando as regras então elaboradas ainda continuam a ser aplicadas.

É interessante notar que, em razão dos conceitos socialmente construídos e transmitidos a nós desde a mais tenra idade, quando pensamos nas diferenças entre os gêneros masculino e feminino, temos a tendência de enxergar, em primeiro plano, as distinções biológicas tangentes aos órgãos genitais e aparelhos reprodutores. Seguindo essa linha de raciocínio, lembramos também das diferenças na estrutura física de homens e mulheres (que são relacionadas com os estereótipos de sexo quanto à construção física dos seres humanos; por exemplo: homens são mais altos, mulheres são mais baixas; homens são mais fortes, mulheres são mais fracas).

O caminho desse pensamento arraigado continua para que recordemos também nas supostas diferenças psicológicas e comportamentais entre os gêneros (por exemplo: homens são mais duros, mulheres são mais sensíveis; homens são mais ativos, mulheres são mais passivas, que também fazem parte dos estereótipos de sexo). Chegamos então, ainda nessa linha de raciocínio, de forma bastante natural e enraizada, à associação de homens à esfera pública e de mulheres à esfera privada, ou a visão de homens como provedores e mulheres como cuidadoras (totalmente relacionada aos estereótipos de papel de sexo). Entretanto, devemos perceber que essa lógica não é única e indissociável, ou seja, as “diferenças entre homens e mulheres” não são todas naturais, inevitáveis ou homogêneas. Nem todos os homens possuem características normalmente designadas aos homens, e o mesmo ocorre em relação às mulheres. Pelo contrário: há uma enorme gama de conceitos e preconceitos que permeiam nossas ideias do que é “ser homem” e “ser mulher” que, vistos de forma atenta, demonstram-se presentes por fundamentos bastante diversos (desde biológicos até históricos e sociais, de modo que, citamos alguns exemplos neste parágrafo).

É evidente que jamais poderá se olvidar as diferenças biológicas entre os gêneros, mas também não se pode atribuir, a elas, toda a construção social e legislativa que desemboca na existência de normas que diferenciam o trabalho do homem e da mulher. Relevante lembrar a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2009):

(...) tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada (p. 38).

Portanto, em atenção ao desenvolvido no Capítulo 2 (“Estereótipo de gênero”) e Capítulo 3 (“Legislação protetora do trabalho da mulher”), pretende-se traçar um paralelo entre as normas tratadas e os estereótipos de sexo e de papel de sexo, respectivamente.

4.2.1. Intersecção entre normas de saúde e segurança e estereótipo de sexo

As normas sobre saúde e segurança do trabalho da mulher estão inseridas, majoritariamente, no Capítulo III da CLT (Da proteção do trabalho da mulher), Seção I (Da duração, condições do trabalho e da discriminação contra a mulher). Como já visto, diversas dessas normas já não possuem mais caráter diferenciador entre os gêneros, pois estabelecidas como proteção mínima a todos os trabalhadores urbanos e rurais pela

Constituição Federal de 1988 – a exemplo da duração do trabalho de 8 (oito) horas por dia, remuneração do trabalho noturno superior ao diurno e jornada ficta, intervalo interjornada de 11 (onze) horas, intervalo intrajornada de 1 (uma) hora e descanso semanal remunerado.

Assim, são 3 (três) as diferenças *a priori* relacionadas a saúde e segurança do trabalho que persistem na CLT: o revezamento de trabalho aos domingos (artigo 386), local apropriado para guarda dos filhos no período da amamentação (artigo 389, parágrafo 1º) e a exigência de força muscular da mulher (artigo 390).

A CLT determina o revezamento quinzenal para mulheres e a redação atual Lei 10.101/2000 estipula, ao menos para o comércio em geral, que o repouso semanal remunerado deverá coincidir com o domingo, pelo menos uma vez no período máximo de 3 (três) semanas, salvo norma mais favorável. Isso significa que as mulheres têm o direito a desfrutar de descanso aos domingos com maior frequência. Mas, ainda que esta previsão esteja abarcada por normas de saúde e segurança, há de se convir que o repouso em um ou outro dia da semana (seja domingo ou qualquer outro) não se relaciona diretamente com a recuperação biológica do ser humano, mas sim com normas de convivência social e familiar. Portanto, essa questão será abordada mais à frente.

Como já exploramos anteriormente, a CLT também determina que os estabelecimentos em que trabalham pelo menos 30 (trinta) mulheres com mais de 16 (dezesesseis) anos de idade terão local apropriado para guarda, vigilância e assistência dos filhos no período da amamentação – o que pode ser substituído por outras obrigações.

Em um mesmo dispositivo, acaba-se por misturar uma condição puramente biológica (i.e. o aleitamento materno) com a necessidade da criança de ser alimentada em seus primeiros meses ou anos de vida – que nem sempre acontece no formato da amamentação, por diversos motivos – e com a “vigilância e assistência” dos filhos. Mais uma vez, a previsão não é somente relacionada à recuperação física da trabalhadora ao longo da jornada, mas sim a questões físicas e psicológicas afetas à maternidade, pelo que também será tratada mais adiante.

Limite de carga

Finalmente, está, sim, estritamente relacionada à saúde e segurança do trabalho da mulher a previsão legal que veda que ao empregador empregar a mulher em serviço que demande o emprego de força muscular superior a 20 (vinte) quilos para o trabalho contínuo, ou 25 (vinte e cinco) quilos para o trabalho ocasional. Por outro lado, o artigo 198

Consolidado informa que é de 60 (sessenta) quilos o peso máximo que um empregado, homem e maior, pode remover manual e individualmente.

Chama a atenção que o limite de peso permitido para o trabalho de homens é 3 (três) vezes maior do que o das mulheres em exercício contínuo. Também é curioso notar que as mulheres não são proibidas de trabalhar empregando força muscular superior àquela prevista em lei; mas sim, é proibido ao empregador lhe contratar para tanto. O mesmo não se aplica à norma atinente aos empregados homens, na qual são sujeitos ativos. A intenção da lei pode ser interpretada como a proteção da mulher frente a uma exigência além de suas capacidades. De fato, existem inúmeras mulheres que não suportariam carregar mais de 20 (vinte) quilos continuamente ou 25 (vinte e cinco) quilos esporadicamente. Entretanto, percebe-se razoavelmente que também há diversos homens que não suportariam remover até 60 (sessenta) quilos sozinhos.

Não se pode negar que essa restrição tem clara raiz no estereótipo de sexo de que homens são mais fortes e mulheres mais fracas, e que não considera a capacidade de cada mulher ou homem, aplicando para certo trabalho, individualmente considerados. Por esse motivo, a norma pode trazer evidente prejuízo a mulheres que tenham a capacidade física de trabalhar nessas condições. Barros (1994) entende que esse dispositivo afronta a Constituição Federal, como esclarece:

Evidentemente que a proibição do trabalho extraordinário constante do art. 376 da CLT é inconstitucional, por atentar contra o princípio da isonomia consagrado nos art., 5º, I e 7º, XXX da CF/88, já citados. O dispositivo consolidado em exame poderá *restringir o campo de trabalho da mulher* e a mobilidade de mão-de-obra, acarretando *menor possibilidade de ganho* àquela (p. 27 – ênfase nossa).

A restrição da participação das mulheres em atividades que exijam esforço física não se restringe apenas ao campo laboral. O primeiro país a oficialmente aceitar mulheres nas Forças Armadas foi a Rússia, em 1917 (Laudônio, 2016). No Brasil, as mulheres ingressaram oficialmente no Exército em 1943, durante a Segunda Guerra Mundial, mas estiveram restritas a ocupar funções administrativas ou na área de saúde. A Lei n. 12.705, de 8 de agosto de 2012, determinou que o ingresso na linha militar bélica de ensino permitido a candidatos do sexo feminino deveria ser viabilizado em até 5 (cinco) anos a contar de sua publicação. Assim, em 2017, 40 (quarenta) mulheres ingressaram, pela primeira vez, na Escola Preparatória de Cadetes do Exército (EsPCEEx) para se tornar, em 2021, oficiais de infantaria, cavalaria ou artilharia, entre outras áreas. De acordo com a nota oficial no site do Ministério da Defesa,

Na EsPCEEx, rapazes e moças terão a mesma rotina de estudos e práticas, que inclui técnicas militares, como ordem unida, regulamentos e normas do Exército, armamentos, topografia e orientação, idiomas e treinamento físico. “Nós não temos um pelotão exclusivo de mulheres. Elas estão inseridas nos pelotões, recebendo a mesma educação militar. A diferença é unicamente no treinamento físico: elas fazem os mesmos exercícios, porém os índices para aprovação são diferenciados”, explicou o Comandante do Corpo de Alunos da Escola, Tenente-Coronel Jean Lawand Júnior. “Essas moças estão muito focadas, sabem que vão fazer história e querem fazer história. É nítido o foco, a determinação e a vontade delas. Nós estamos muito orgulhosos”, ressaltou (2017).

De tal modo, ainda que haja exigências diferenciadas para os homens e mulheres que ingressam nas Forças Armadas (por exemplo, a mesma Lei 12.705/2012 determina que a estatura mínima exigida de um candidato é de 1,60 metros, enquanto de uma candidata é de 1,55 metros, e proíbe a candidata grávida ou com filho nascido há menos de 6 (seis) meses de realizar exame de aptidão física), essas não são mais simplesmente proibidas da chance de concorrer às vagas anteriormente disponíveis apenas para homens.

Assim, nota-se que existe uma evolução, perante as Forças Armadas, em relação à admissão de mulheres para posições que exijam esforços físicos (ainda que os critérios de avaliação para homens e mulheres ainda sejam distintos). Por seu turno, nesse tocante, a CLT ainda preserva sua redação original, de 1943, e proíbe absolutamente o empregador de contratar mulheres para trabalhos com esforços físicos superiores a aproximadamente 1/3 (um terço) daqueles permitidos para os homens.

4.2.2. Intersecção entre normas de proteção à maternidade e estereótipo do papel do sexo

As normas sobre proteção da maternidade, majoritariamente inseridas no Capítulo III, Seção II da CLT, tratam de diversos momentos da geração de uma criança: desde a concepção, gestação, nascimento e lactação. Tratam, também, das possibilidades de aborto não criminoso, adoção e guarda. Não há dúvidas de que a diferença biológica entre homens e mulheres é o ponto de partida da análise dessas normas, uma vez que apenas estas são capazes de gestar, parir e amamentar seus filhos. Todavia, uma análise mais atenta denota também uma forte carga do estereótipo do papel do sexo na chamada proteção à maternidade. Vejamos.

Licença maternidade

A licença maternidade tem evidente fundamento biológico de proporcionar a recuperação física da mulher no pós-parto. Interessante notar que ela é devida mesmo em caso de parto de natimorto, assim considerado como aquele com nascimento ocorrido a partir da 23^a (vigésima terceira) semana de gravidez, nos termos da legislação previdenciária (artigo 343, parágrafo 5º da Instrução Normativa 77/2015 do INSS). Isso leva a crer que a sua intenção não é, necessariamente, proporcionar a interação da mãe com o filho em seus primeiros meses.

Por outro lado, a mesma licença de 120 (cento e vinte) dias foi estendida à mãe adotante, que não necessita da recuperação física pós-parto – o que também pode se aplicar ao empregado adotante, nos termos do artigo 393-C da CLT, mas nunca a ambos adotantes concomitantemente, conforme parágrafo 5º do artigo 393-A. Ademais, a lei também prevê que a licença maternidade pode ser gozada pelo cônjuge ou companheiro da genitora, em caso de sua morte, salvo se ocorrer falecimento ou abandono do filho.

Assim, acaba-se por misturar, em um único instituto, a necessidade biológica da mulher no pós-parto com a necessidade de prestar cuidados ao recém-nascido ou (no caso de adoção) criança ou adolescente que passa a fazer parte daquela família. Isso porque a maternidade é, de fato, um fenômeno complexo que abarca questões biológicas e sociais de raízes profundas em nossa construção social.

O pai, por seu turno, não necessita de recuperação biológica em qualquer hipótese. Assim, foi-lhe garantido pelo ADCT apenas 5 (cinco) dias de licença do trabalho. Isso significa que o homem passa, ordinária e aproximadamente, 4% (quatro por cento) do tempo de afastamento da mulher com a sua nova família. Em caso de Empresas Cidadãs, a proporção é substancialmente superior, mas não passa de aproximadamente 11% (onze por cento). Nota-se que, no caso da licença maternidade, há uma junção da imposição biológica de recuperação da mãe e de cuidado com o filho; mas, no caso do pai, em que o foco seria apenas o cuidado com o filho (e porque não, com a mãe no pós-parto), a necessidade de licença é drasticamente reduzida. Presume-se: a mãe já está disponível para tanto.

Nesse sentido, é latente o papel do estereótipo do papel do sexo, no sentido de que mulheres são “naturalmente” cuidadoras e homens “naturalmente” são provedores. Assim, o homem precisa retornar o trabalho quase imediatamente enquanto a mulher desfruta de licença remunerada pela Previdência Social, cujo ônus é distribuído por toda a sociedade.

Lactação

É evidente, todavia, que o nascimento com vida também atrai outra responsabilidade biológica atribuída somente à mãe: o aleitamento materno. De acordo com o Portal do Ministério da Saúde (2017):

O Ministério da Saúde recomenda a amamentação *até os dois anos de idade ou mais*, e que nos *primeiros 6 meses*, o bebê receba somente leite materno, sem necessidade de sucos, chás, água e outros alimentos. Quanto mais tempo o bebê mamar no peito, melhor para ele e para a mãe. Depois dos 6 meses, a amamentação deve ser complementada com outros alimentos saudáveis e de hábitos da família. Amamentar é muito mais do que nutrir a criança. É um processo que envolve *interação profunda entre mãe e filho*, com repercussões no estado nutricional da criança, em sua habilidade de se defender de infecções, em sua fisiologia e no seu *desenvolvimento cognitivo e emocional* (ênfase nossa).

Assim, idealmente, a amamentação como fonte exclusiva de nutrição deve se estender para além da licença maternidade comum, de 120 (cento e vinte) dias. Portanto, o artigo 396 Consolidado permite 2 (dois) descansos especiais de 30 (trinta) minutos cada para aleitamento de filhos até 6 (seis) meses de idade. Por seu turno, o artigo 389, parágrafo 1º da CLT prevê a obrigação do empregador de fornecer local para guarda dos filhos, em estabelecimentos com mais de 30 (trinta) mulheres com mais de 16 (dezesesseis) anos, no “período da amamentação” (sem limitação precisa de quanto tempo seria). Ainda, o artigo 400 da CLT determina tais locais deverão possuir, no mínimo, um berçário, uma saleta de amamentação, uma cozinha dietética e uma instalação sanitária. A legislação não prevê norma semelhante para as mães e pais adotantes, nem mesmo em caso de falecimento da genitora. Assim, entende-se que abarca apenas o aleitamento materno “no peito”.

Com isso, a CLT não deixa claro, nesse ponto, uma relação direta entre o estereótipo de papel do sexo da mulher como cuidadora, pois não prevê o mesmo direito a mulheres que não tenham gestado seus filhos ou aos pais, no caso de ausência das mães. A questão parece, em primeira análise, estar adstrita à condição biológica de lactante. Entretanto, não há nada que impeça que a genitora amamente seu filho, no período legal, lançando mão de métodos artificiais (seja por necessidade ou conveniência), nem que use esse período para retirar e estocar leite materno, especialmente quando não há local de guarda para os filhos (seja em empresas com número de empregadas inferior à estipulação legal, seja em empresas que escolhem fornecer Reembolso-Creche que, comumente, inviabiliza o contato entre mãe e filho durante a jornada de trabalho).

A alimentação do recém-nascido por métodos artificiais (i.e., leite materno estocado ou outro tipo de alimentos, quando necessário ou conveniente) poderia ser feita, claramente, por pessoas do gênero oposto. Todavia, mesmo considerando que existem situações em que

nem a mãe pode amamentar o filho (por qualquer razão), nem o pai (por evidente razão biológica), a mulher ainda é a única abarcada pela proteção legal, visto que sempre considerada a primordial cuidadora dos filhos, conforme seu estereótipo de papel do sexo. Nem mesmo em caso de pais que trabalham em estabelecimentos com mais de 30 (trinta) mulheres, e mães que trabalhem em estabelecimentos que não alcancem esse limite legal, a literalidade da norma não abre espaço para adequação da situação familiar. Aliás, o próprio fato de a base de cálculo para a obrigação de haver local de guarda para os filhos serem *mulheres* com mais de 16 (dezesesseis) anos já deixa claro que não se aventou a possibilidade de guarda dos filhos dos empregados homens.

E, seguindo a tendência de alteração do sujeito da norma protetora já mencionada, não se pode deixar de perceber que o recém-nascido que não possa receber leite materno diretamente da mãe não está abarcado em todas as situações.

Insalubridade

A nova redação da CLT, após entrada em vigor da “Reforma Trabalhista”, flexibilizou a possibilidade de gestantes trabalharem em ambientes insalubres. Se antes a CLT simplesmente previa que mulheres nessas condições deveriam ser realocadas para locais salubres, sem oferecer alternativas caso isso não fosse possível, a nova lei criou sistema mais complexo.

A partir de novembro de 2017, a proibição do trabalho da gestante apenas se sustenta de forma inderrogável em caso de insalubridade em grau máximo. Já em caso de graus médio ou mínimo, a gestante poderá ser afastada caso apresente atestado médico. Por seu turno, as lactantes somente poderão ser afastadas de ambientes insalubres em qualquer grau mediante mesmo atestado. Em contraponto, foram criados mecanismos para desonerar o empregador e manter o padrão salarial da empregada: tanto o pagamento do adicional de insalubridade à gestante ou lactante (presume-se, quando realocadas para ambientes salubres), quanto o salário maternidade em caso de afastamento por impossibilidade de exercício de atividades em local salubre serão arcados pela Previdência Social – ainda que a “Reforma Trabalhista” não tenha previsto novas fontes de custeio para financiar os novos benefícios.

A proteção em questão, de fato, somente faz sentido para mulheres gestantes, em razão do risco físico, químico ou biológico a que pode ser exposto o feto (ou o leite materno, em caso de lactantes). Não se vislumbra, portanto, a presença ou perpetuação de estereótipo

de gênero na previsão, ainda que ela gere um “ônus” ao empregador que não estaria presente na manutenção de empregado do gênero oposto.

Estabilidade gestante

Desde a concepção, durante toda a gestação e por 5 (cinco) meses após o parto, as mulheres têm direito à estabilidade gestante, não podendo ser dispensadas em justa causa no período. Como visto, há atualmente a posição jurisprudencial sedimentada de que a estabilidade visa proteger o nascituro. Mas não se pode deixar de pensar que a medida também encontra justificativa na proteção da estabilidade financeira e psicológica da genitora, que também pode afetar o feto ou o recém-nascido. Todavia, a lei não considera que pode haver – e geralmente há – mais uma pessoa (o pai ou cônjuge da mãe) que também possui compromissos financeiros com aquela criança, inclusive cobráveis mediante ação de alimentos.

Ainda que o ordenamento jurídico pátrio ainda não tenha alcançado a questão (nada obstante haja Projetos de Lei nesse sentido, como mencionado), existem diversos exemplos de Convenções Coletivas de Trabalho que preveem a chamada “Estabilidade Pai”, como aquela firmada entre o Sindicato dos Trabalhadores em Processamento de Dados e Tecnologia da Informação do Estado de São Paulo (SINDPD) e Sindicato das Empresas de Processamento de Dados e Serviços de Informática do Estado de São Paulo (SEPROSP):

Estabilidade Pai. CLÁUSULA TRIGÉSIMA SEGUNDA – GARANTIA DE EMPREGO AO FUTURO PAI. Fica assegurado, ao empregado marido ou companheiro de gestante, garantia de emprego a partir do 7º (sétimo) mês da gestação até 30 (trinta) dias após a data do parto, desde que comprovada a gravidez (SINDPD e SEPROSP, 2017).

O mesmo se verifica nas Convenções Coletivas dos Bancários (CONTRAF & FENABAN, 2018) e na dos Securitários (Sindicato dos Securitários e Sindicato das Empresas de Seguros, 2018), ambas de São Paulo:

PROTEÇÃO AO EMPREGO

CLAÚSULA 27 – ESTABILIDADES PROVISÓRIAS DE EMPREGO

Gozarão de estabilidade provisória de emprego, salvo por motivo de justa causa para demissão: (...) h) pai: O pai, por 60 (sessenta) dias após o nascimento do filho, desde que a certidão respectiva tenha sido entregue ao banco no prazo máximo de 15 (quinze) dias, contados do nascimento. (...)

CLÁUSULA VIGÉSIMA OITAVA – ESTABILIDADES PROVISÓRIAS DE EMPREGO

Gozação de estabilidade provisória no emprego, salvo por motivo de justa causa: (...) Pai: o empregado, até 60 (sessenta) dias após o nascimento, com vida, do filho, mediante comprovação (FENABAN, 2016; CONTRAF, 2018).

O fato de sindicatos representativos terem incluído a questão em suas pautas de negociação demonstra que existe uma crescente conscientização social do papel do pai no sustento dos filhos e na estabilidade da família, ainda que nascituros.

Por outro lado, é curioso notar que o TST tem posicionamento consolidado no sentido de que tanto a licença e o salário maternidade, quanto a estabilidade gestante são devidos em caso de natimortos. Vejamos:

(...) GESTANTE. NATIMORTO. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. O art. 10, II, "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias dispõe que é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. O *requisito objetivo* para a aquisição da referida estabilidade é a *concepção* na vigência do curso do contrato de trabalho, não estando o direito condicionado ao nascimento com vida da criança. Logo, *ainda que nascido o filho sem vida (natimorto), a empregada faz jus* à estabilidade provisória conferida à gestante. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido, no particular. (RR - 4139-32.2010.5.12.0051, Relator Desembargador Convocado: Marcelo Lamego Pertence, Data de Julgamento: 24/10/2018, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/10/2018) (ênfase nossa)

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 13.015/2014. GESTANTE. NATIMORTO. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. Ante a possível violação ao art. 10, II, "b", da ADCT, deve ser provido o agravo de instrumento. II - RECURSO DE REVISTA. GESTANTE. NATIMORTO. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. A jurisprudência desta Corte entende que *a hipótese de natimorto não afasta o direito à estabilidade da gestante* prevista no art. 10, II, "b", da ADCT, uma vez que *a norma constitucional não exige o nascimento com vida* para a aquisição do referido direito. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. ... (RR - 41-97.2016.5.12.0049, Relatora Ministra: Maria Helena Mallmann, Data de Julgamento: 13/09/2017, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/09/2017) (ênfase nossa)

RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. ESTABILIDADE DA GESTANTE. NATIMORTO. I. O art. 10, II, b, do ADCT dispõe que é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante "desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto". II. *Não há no dispositivo constitucional nenhuma restrição para a hipótese em que o feto tenha nascido sem vida*. O requisito objetivo para a aquisição da referida estabilidade provisória é que a concepção ocorra no curso do contrato de trabalho. III. Recurso de revista de que se conhece, por divergência jurisprudencial, e a que se nega provimento. (RR - 813-46.2013.5.12.0023, Relatora Desembargadora Convocada: Cilene Ferreira Amaro Santos, Data de Julgamento: 19/04/2017, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/04/2017) (ênfase nossa)

É bem verdade a literalidade do artigo constitucional não prevê outro requisito objetivo para a concessão da estabilidade gestante, senão a gestação e o parto. O parto “com vida” não é consignado como condição para garantia do direito. Ademais, se é garantida a

licença maternidade e o salário maternidade à mulher, faz sentido que o seu emprego seja protegido durante esse período e logo após o seu retorno ao posto de trabalho.

De todo modo, interessante perceber que a questão da estabilidade gestante foge ligeiramente do estereótipo de papel de sexo do homem como provedor e mulher como cuidadora, pois a mulher é protegida tanto na posição tanto que provedora, quanto de cuidadora. Isso evidentemente tem efeitos positivos para a mulher, como o seu empoderamento financeiro, mas também a torna uma trabalhadora “superonerosa” quando comparada com um empregado homem exatamente na mesma condição (i.e. prestes a ser pai ou com um filho recém-nascido).

Repouso aos domingos

A Constituição Federal garante o repouso semanal preferencialmente aos domingos (artigo 7º, XV), sendo certo que todas as mulheres, de acordo com o artigo 386 da CLT, é garantido o revezamento quinzenal. Por seu turno, os homens que trabalham nas atividades do comércio em geral têm direito ao mesmo revezamento a cada três semanas (artigo 6º, parágrafo único, Lei 10.101/2000). Como apontado, a norma não privilegia o descanso biológico da mulher, que poderia ocorrer em qualquer dia da semana; mas, sim, a sua convivência social e familiar aos dias de domingo.

Não há como negar a carga que o estereótipo de papel do sexo tem sobre essa previsão. Note-se que não são as mulheres gestantes, lactantes ou mães que têm essa garantia, mas sim, todas as trabalhadoras do gênero feminino. Interessante notar, ainda, que o estereótipo de papel do sexo de mulheres como cuidadoras ultrapassa as barreiras da maternidade. Mulheres são comumente vistas não apenas como aquelas que cuidam de crianças, mas também de familiares, especialmente idosos.

4.2.3. Intersecção entre normas previdenciárias e estereótipo de papel de sexo

A intersecção entre as normas referentes a salário maternidade e o estereótipo de papel de sexo é estritamente relacionada ao paralelo traçado em relação à licença maternidade, pois aquele benefício decorre deste direito. Por sua vez, a diferença de tempo de contribuição e idade não pode ser compreendida sob o aspecto da expectativa de vida dos brasileiros, que é mais alta para mulheres; enquanto elas chegam à marca de 79,6 (setenta e nove vírgula seis) anos, eles ficam em 72,5 (setenta e dois vírgula cinco) anos (Agência IBGE Notícias, 2018). Isso significa que não apenas as mulheres permaneceriam

beneficiárias do Sistema de Seguridade Social por mais tempo do que os homens caso se aposentassem com a mesma idade, como se aposentam mais jovens, criando disparidade ainda maior.

Nesse contexto, a diferença do critério para aposentadoria é comumente justificada pela acumulação, pelas mulheres, de trabalho remunerado e não remunerado (i.e. doméstico) durante toda a vida profissional. Por outro lado, a Nota Técnica n. 35 do IPEA (2017) também explora o seguinte:

Essas diferenças de idade e de tempo de contribuição entre homens e mulheres realizam um *princípio de justiça* cujo fundamento reside na *existência das desigualdades de gênero* que caracterizam de modo distinto a inserção de homens e mulheres no mundo social do trabalho, compreendido como o conjunto total dos trabalhos relativos à produção social (ligados ao mercado de trabalho e às atividades econômicas integradas à esfera da circulação de bens e serviços) e dos trabalhos relativos à reprodução social (ligados às tarefas de cuidados com membros da família e aos afazeres domésticos). As convenções de gênero em nossa sociedade reservam às mulheres uma *carga relativa maior de trabalhos não remunerados ligados à reprodução social*, e de *menor remuneração* dos trabalhos relativos à esfera da produção social. Os trabalhos remunerados carregam, inclusive, características dos trabalhos de cuidados e doméstico, como é o caso das ocupações nos campos da pedagogia, enfermagem, psicologia, assistência social, limpeza, beleza, preparação de alimentos e atendimento ao público, majoritariamente ocupados por mulheres e, via de regra, mais desvalorizados. Mas a diferença da idade de acesso à aposentadoria *não decorre de um princípio somente compensatório*. *Conferir valor ao trabalho reprodutivo não pago significa reconhecer sua importância econômica para a dinâmica produtiva da vida social*. Ao tratar diferentemente homens e mulheres, o Estado reconhece uma desigualdade social na valoração de seus trabalhos. A Previdência Social é, hoje, a principal política que realiza a conexão econômica entre a esfera produtiva e a esfera reprodutiva, conferindo um bônus pelo sobretrabalho feminino acumulado ao longo da vida ativa. Esse reconhecimento econômico por meio do Estado, na forma de um direito, é em si transformador porque relativiza a hierarquia entre trabalho produtivo e reprodutivo, e altera sua correlação de forças (IPEA, 2017 – ênfase nossa).

Assim, sem maiores delongas, visto que as normas previdenciárias não são propriamente o objeto deste estudo, é possível vislumbrar que essas previsões se baseiam no estereótipo de papel do sexo.

Por outro lado, deve-se constar que é um *fato* que há o maior acúmulo de tarefas domésticas por mulheres do que homens (como mostram as pesquisas já mencionadas). Assim, as diferenças em questão são o resultado final da desigualdade de gênero ao longo dos anos de trabalho da mulher, que buscam compensar as mulheres pelo estado atual da matéria e valorizar as atividades não remuneradas (ainda que de uma maneira generalizadora). Assim, é evidente que a norma tem cunho compensatório, pelo que se poderia cogitar que fosse classificável como ação afirmativa. Todavia, não se vislumbra o

potencial de transformação social. Pelo contrário: a norma presume que o trabalho doméstico é e será realizado pela mulher, sem expectativa de transitoriedade.

Em contraponto, vale dizer que, quando (e somente quando) for atingida a divisão igualitária do trabalho não remunerado entre homens e mulheres, a norma perderá seu sentido compensatório e se tornará desnecessária e passível de revogação.

4.3. Normas protetoras como ações afirmativas

As ações afirmativas, como visto, são medidas especiais e temporárias que visam garantir a igualdade de direitos mediante compensação de discriminação histórica que afeta determinado grupo social, bem como promover a transformação social. Nada obstante as mulheres sejam, de fato, um grupo social historicamente discriminado, especialmente na seara laboral, não se pode dizer que todas as normas de proteção à mulher sejam todas ações afirmativas.

4.3.1. Normas sobre discriminação da mulher no mercado de trabalho

Podemos citar como claros exemplos de ações afirmativas na legislação protetora do trabalho da mulher, os artigos 373-A e 390-E da CLT. O primeiro veda a publicação de anúncios de emprego, recusa de emprego, promoção ou motivação de dispensa, bem como a variação de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão por motivos de sexo idade, cor e situação familiar; e, além disso, proíbe e exigência de atestados ou exames para comprovação de esterilidade ou gravidez. Já o último trata do incentivo ao trabalho da mulher mediante o desenvolvimento de ações conjuntas entre entidades de formação profissional, sociedades civis, sociedades cooperativas, órgãos e entidades públicas ou entidades sindicais.

Nada obstante o artigo 390-E seja mera norma programática que possibilita a associação de pessoas jurídicas com os referidos órgãos, nota-se que ambas as previsões mencionadas têm o intuito de fomentar a igualdade entre o trabalho da mulher e do homem. Assim, podem ser classificadas como ações afirmativas. Também pode ser vista como ação afirmativa a Lei 9.029/1999, que proíbe adoção de práticas discriminatórias no acesso e manutenção do trabalho (não apenas relacionadas a gênero, mas também a origem, raça,

cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros) e prevê punições em caso de descumprimento.

4.3.2. Normas de saúde e segurança, de proteção à maternidade e previdenciárias

Por outro lado, as normas de saúde e segurança, proteção à maternidade e previdenciárias correlatas não demonstram qualquer expectativa de transitoriedade. Considerando que a maior parte das normas ora tratadas encontram uma justificativa (ainda que preliminar) de cunho biológico, deve-se notar que não há, em um futuro que se possa prever, a possibilidade de mulheres serem mais fortes e/ou não serem exclusivamente encarregadas, biologicamente, pela gestação e amamentação de seus filhos (por exemplo). Assim, não é possível vislumbrar a intenção legislativa de alteração de tais previsões.

Ademais, as normas também não se demonstram capazes de promover transformação social ou de acelerar o atingimento da igualdade de fato, mas sim, o efeito contrário de perpetuar o *status quo* e manter as mulheres restritas às condições e funções que lhes foram socialmente impostas há séculos. Assim, em certa medida, essas normas acabam afastar as mulheres dos postos de trabalho e melhores oportunidades.

Destarte, é necessário buscar alternativas para que a legislação protetora do trabalho da mulher não tenha o efeito contrário ao fim colimado, ou seja, não acabe por reduzir as oportunidades de emprego das trabalhadoras do gênero feminino, ou limitá-las a serem vistas como “excessivamente onerosas” por seus empregadores. Para tanto, é interessante buscar experiências internacionais.

4.4. Melhores práticas internacionais

De acordo com a OIT (2014)¹⁵, a assunção pelos pais de um papel mais ativo no cuidado dos filhos é provavelmente um dos desenvolvimentos sociais mais significativos do século XXI e o reconhecimento do direito dos homens à paternidade, assim como sua responsabilidade de compartilhar cuidados não remunerados e trabalho doméstico, ajudará a derrubar atitudes sociais tradicionais, resultando em maior igualdade tanto para homens quanto para mulheres em casa e no trabalho. Assim, as atenções internacionais sobre a

¹⁵ Ver esp. OIT (2014, pp.1 e 50).

proteção ao trabalho da mulher têm se focado na proposição de alternativas ao modelo de sobrecarga da força de trabalho feminina com todas, ou larga maioria as funções ligadas à família e maternidade, como podemos observar.

4.4.1. *Recomendações de órgãos internacionais*

A OIT (2014) entende que a promoção da divisão igualitária das responsabilidades domésticas entre homens e mulheres é essencial para o atingimento da igualdade de gênero no trabalho, ainda afirmando:

Para alcançar o pleno potencial de mulheres e homens em todos os aspectos, as *normas precisam mudar as atitudes e comportamentos sociais tradicionais* ao reconhecer o direito dos homens à paternidade e incentivar ativamente uma mudança para um modelo em que ajam como copais ativos, em vez de auxiliares suas parceiras mulheres. (...) A larga aceitação de licenças por parte dos homens também pode melhorar as *expectativas dos empregadores* em relação à interrupção da carreira das mulheres e, assim, melhorar o tratamento das mulheres como um grupo. (...) Uma *combinação de medidas* resulta em maiores taxas de aceitação de licenças para homens: períodos de licença compulsória; licença flexível e bem compensada; “cota de pai” (ou seja, licenças individuais e não transferíveis para o uso exclusivo dos pais); e incentivos fiscais bem projetados (OIT, 2014, p.118 – ênfase nossa).

Nessa esteira, a *licença parental* é definida pela OIT (2014, p. 59) uma licença relativamente longa, disponível para um ou ambos os pais, permitindo-lhes cuidar de um bebê ou criança durante um período de tempo, geralmente após o período de licença de maternidade ou paternidade.

A licença parental não está expressamente incluída em nenhuma Convenção da OIT; no entanto, tanto a Recomendação n. 191 (referente à Convenção n. 183 sobre proteção à maternidade), quanto a Recomendação n. 165 (que acompanha a Convenção n. 156 sobre trabalhadores com responsabilidades familiares) contêm disposições sobre licença parental:

Recomendação n. 191, parágrafo 10 (3): A mãe empregada ou o pai empregado da criança devem ter direito a licença parental após o término da licença maternidade.

Recomendação n. 165, parágrafo 22 (1): Qualquer dos pais deve ter a possibilidade, dentro de um período imediatamente após a licença de maternidade, de obter licença (licença parental), sem renunciar ao emprego e com direitos resultantes da proteção ao emprego.

Recomendação n. 191, parágrafo 10 (4): O período durante o qual a licença parental pode ser concedida, a duração da licença e outras modalidades, incluindo o pagamento de prestações parentais e a utilização e distribuição da

licença parental entre os pais empregados, deve ser determinado pelas leis ou regulamentos nacionais ou em qualquer outra maneira consistente com a prática nacional.

Recomendação n. 165, parágrafo 22 (2): A extensão do período após a licença maternidade e a duração e as condições da licença referida no primeiro parágrafo (1) deste parágrafo devem ser determinado em cada país ... (Addati, 2014, p. 59).

É interessante notar que a Recomendação n. 123, de 1965 sobre mulheres com responsabilidades Familiares e a Recomendação n. 95, de 1952 sobre proteção à maternidade, que precederam as recomendações mencionadas acima, apenas abarcavam a licença de maternidade e a necessidade da mulher de conciliar o trabalho com responsabilidades familiares. Assim, a mudança de paradigma da OIT foi um passo importante para a criação de uma efetiva igualdade de oportunidades e tratamento para homens e mulheres (Addati, 2014).

O Conselho da União Europeia, por seu turno, lançou a Diretriz 96/34/EU (1996), baseada no acordo assumido entre a UNICE (*Union of Industrial and Employers' Confederation of Europe*), CEEP (*European Centre of Employers and Enterprises providing Public Services and Services of general interest*) e ETUC (*European Trade Union Confederation*) que estabeleceu os requisitos mínimos destinados a facilitar a conciliação das responsabilidades parentais e profissionais. Assim, as leis nacionais deveriam passar a prever que os trabalhadores e trabalhadoras europeus deve desfrutassem do direito individual a licença parental em razão de nascimento ou adoção de filho por pelo menos 3 (três) meses, que pode ser usufruído até a criança ter 8 (oito) anos. O acordo também afirma que, para garantir a igualdade de oportunidade entre homens e mulheres, a licença deve ser concedida, a princípio, de forma não transferível entre mães e pais.

A Diretriz foi revogada por uma nova Diretriz 2010/18/UE (2010) que determinou a extensão da licença parental para o mínimo de 4 (quatro) meses, também a princípio em base não transferível, sendo ao menos 1 (um) mês realmente intrasferível. A possibilidade e os critérios de transferência devem ser definidos a nível nacional.

Lactação

A Organização Mundial da Saúde (OMS) e a OIT uniram forças para preparar alguns panfletos demonstrando o papel de toda a sociedade em relação à amamentação e o trabalho, chamadas “Breastfeeding and Work: Let’s Make it Work!” (OMS, 2015). Assim, no panfleto sobre políticas públicas *What lawmakers can do*, são recomendados a garantia de ao menos 4 (quatro) meses de licença maternidade remunerada, bem como prever a

obrigação do empregador de reservar espaço e tempo para as mães extraírem o leite materno no trabalho, além de prevenir a discriminação contra mulheres e mães no ambiente de trabalho.

O panfleto sobre *What employers can do* recomenda que sejam respeitadas as leis nacionais sobre licença maternidade, reservar espaço e tempo para as mães extraírem o leite materno, bem como prever outras opções para as mães, como: creche no local de trabalho, horários de trabalho flexíveis, teletrabalho, jornada reduzida (“part-time”) e deixar as mães trazerem os filhos ao trabalho. Já o panfleto sobre o papel dos sindicatos, *What trade unions can do*, recomenda que os sindicatos informem as empregadas sobre seus direitos, garantir que as vozes das lactantes sejam ouvidas nas negociações sindicais e incluir previsões sobre maternidade nos acordos coletivos. Finalmente, o panfleto referente a, *What coworkers can do*, são sugeridos que os colegas apoiem as mães que precisem de tempo e flexibilidade para amamentar, incentivem as mães com uma postura positiva e de aceitação, e reconheçam que as mães que acabaram de ter filhos são especiais.

Interessante notar que tanto a mensagem quanto a linguagem desses comunicados são bastante simples, além de acompanhadas por ilustrações que chamam a atenção do leitor (conforme Anexo I), pelo que podem ser simplesmente distribuídos ou afixados em locais estratégicos. É relevante, que a abordagem também trata a maternidade como uma questão social que envolve todos os agentes acima mencionados, deixando de tratar apenas um assunto de políticas públicas, em que o Estado impõe uma obrigação, o empregador cumpre e a mulher se beneficia. Na realidade, nem todas as soluções são necessariamente políticas públicas nos panfletos, mas sim questões que podem se encaixar à realidade de cada mulher e cada ambiente de trabalho, sendo propostas soluções alternativas como horários flexíveis, teletrabalho e part-time, bem como sensibilizando os sindicatos e colegas de trabalho a essas possibilidades.

4.4.2. *Direito comparado*

Os 5 (cinco) países com melhores posições no ranking geral do Relatório Global de Desigualdade de Gênero são Islândia, Noruega, Finlândia, Ruanda e Suécia, respectivamente (Forum Econômico Mundial, 2017, p. 10). Não se pode deixar de notar que 4 (quatro) dessas nações são países nórdicos.

Países nórdicos

As políticas públicas sobre o equilíbrio entre trabalho e família são geralmente consideradas um marco dentre políticas públicas para promoção da igualdade de gêneros dos países nórdicos, especialmente no que tangem licenças parentais que incluem os pais, serviços acessíveis de cuidados para os filhos e o direito à educação desde cedo (Teigen, 2017). A licença parental instituída nos anos 1970 e 1980 está numa posição crucial por várias razões: é importante para a saúde da mãe e da criança, desempenha um papel significativo na igualdade entre mulheres e homens, e é vital na formação do apego da criança aos pais (Gislason, 2011).

É importante notar que cada uma dessas políticas nessas nações possui legislação própria, pelo que não se pode falar na experiência nórdica como realmente unificada. Porém, elas apresentam previsões similares, de modo que foi criado, em 1987, o Conselho de Ministros Nórdicos para Igualdade de Gênero (*Nordic Council of Ministers for Gender Equality*, MR-JÄM) (Gislason, 2011). Assim, os Ministros de Igualdade de Gênero dos países nórdicos se reúnem pelo menos 1 (uma) vez por ano para debater e tomar decisões em áreas onde o trabalho conjunto tem o potencial de conseguir mais do que as nações conseguiriam individualmente, o que é conhecido como “sinergia nórdica” (Nordic Co-operation).

De todo modo, é possível vislumbrar que existe uma tendência dos países nórdicos em prover uma maior individualização na utilização da licença parental – ou seja, a criação da “cota” obrigatória que deve ser desfrutada pelos pais –, sob o argumento de que a efetiva utilização da licença parental por homens e mulheres é importante para a igualdade de gênero, e também ressaltando que as crianças beneficiam de formar relações mais próximas com ambos pais desde a tenra idade (Gislason, 2011, p. 14). Nota-se, portanto que não foi suficiente criar o *direito* de gozo de licença pelos pais, mas a *obrigação* de os pais, e somente os pais, usufruírem do benefício – o que pode ser entendido como uma ação afirmativa com o intuito de retificar a concepção social de que não é papel do homem cuidar dos filhos, da casa e da família.

Por outro lado, há oposição veemente contra a licença parental nesses moldes, no sentido de que as famílias têm o direito à autodeterminação ou com base na ideia da importância fundamental da mãe. Além disso, os empregados também têm dificuldade em aceitar que o que os homens priorizem sua esfera privada (Gislason, 2011). De todo modo, com base nessas informações, é possível traçar um paralelo entre as normativas dos países nórdicos, conforme quadro comparativo abaixo.

Tabela 3 – Licença parental nos países nórdicos.

Licença parental nos países nórdicos

	Islândia	Noruega	Finlândia	Suécia	Dinamarca
Ano de início	1981	1978	1985	1974	1984
Total de semanas	39	49	48	69	52
Ano de início da cota dos pais	2000	1993	2013	1995	1998*
Semanas reservadas aos pais	13	10	6	8	0

* A Dinamarca revogou a cota obrigatória dos pais em 2002, após a eleição de um novo governo de tendências conservadoras, sob o argumento de que o Estado estaria se intrometendo na vida privada das famílias.

Fonte: (Teigen, 2017, p. 12)

Além da licença parental da cota dos pais, há outros experimentos nórdicos que valem ser mencionados. Por exemplo, a Suécia também implementou o chamado *Gender Equality Bonus* (bônus de igualdade de gênero, em tradução livre), que é um benefício econômico em forma de isenção de impostos que os pais podem perceber no ano após o uso da licença parental; quanto mais igualitária for a divisão de dias de licença entre os pais, maior é o bônus (Gislason, 2011). A medida também pode ser interpretada como uma ação afirmativa no sentido de incentivar o uso da licença pelos homens.

A Noruega, por sua vez, criou o *Cash-for-Care* (dinheiro para o cuidado, em tradução livre), que é pago pelo governo Norueguês para pais com filhos entre 1 (um) e 2 (dois) anos de idade que não frequentam creches subsidiadas pelo Estado. O mesmo benefício se estende até a idade escolar, caso a criança seja adotada (The Norwegian Labor and Welfare Administration (NAV), 2018). Todavia, embora o benefício pareça neutro em relação ao gênero do beneficiário, estudos demonstram praticamente não foi utilizado pelos pais e, assim, acabou por afastar muitas mães do mercado de trabalho; “mas é bem verdade que, desde o início, seu intuito não foi reduzir a desigualdade de gêneros, mas sim propiciar que os pais pudessem passar mais tempo com os filhos” (Bungum, 2013, pp. 43-44).

De todo modo, a efetiva utilização do benefício comprova, assim como os primeiros anos da licença parental, que para se alcançar a igualdade de utilização entre os gêneros e, em maior escala, a igualdade de gêneros em si, as ações afirmativas são bastante importantes.

Ruanda

Ruanda, por sua vez, foi classificada em 4º lugar no ranking geral do Relatório Global de Desigualdade de Gênero largamente em razão de sua situação bastante peculiar: o país tem uma das maiores participações de trabalhadoras em sua força de trabalho, na alíquota de 86% (oitenta e seis por cento), parcialmente por necessidade, em razão do genocídio ocorrido entre abril e junho de 1994 tirou aproximadamente 800.000 (oitocentas mil) vidas, tornando as mulheres entre 60% (sessenta por cento) a 70% (setenta por cento) da população sobrevivente (Fórum Econômico Mundial, 2017). A legislação nacional, todavia, não prevê licença parental a exemplo dos países nórdicos. Em 2009, a licença maternidade remunerada de 12 (doze) semanas foi reduzida a 6 (seis) semanas com o objetivo de atrair investimentos estrangeiros e diminuir os custos do setor privado (Debusscher, 2013). A partir de 2016, entretanto, a licença voltou à sua extensão original e passou a ser custeada pelo sistema de seguridade social (OIT, 2016).

Outras experiências internacionais

A experiência francesa é bastante interessante para o objeto deste estudo. De acordo com estudo encomendado pelo Comitê dos Direitos das Mulheres e Igualdade de Gênero da União Européia (Lépinard, 2015), a licença maternidade dura 16 (dezesesseis) semanas, das quais 6 (seis) são comumente usufruídas antes do parto, enquanto a licença paternidade é de 11 (onze) dias consecutivos. A partir do 3º (terceiro) filho, a licença dura 26 (vinte e seis) semanas para mulheres e 18 (dezoito) dias para homens.

Além disso, existe o auxílio complementar para a livre escolha da jornada de trabalho (*complément libre choix d'activité*, CLCA) que permite que um dos pais de crianças de até 3 (três) anos trabalhe por tempo parcial ou deixe de trabalhar, sem garantia de retorno ao posto de trabalho anterior à licença. Desde que tenham contribuído ao sistema de seguridade social por período determinado em lei, os pais podem usufruir a licença por até 6 (seis) meses para o primeiro filho, extensíveis até 3 (três) anos para outras crianças. Ademais, a licença para cuidados com crianças (*congé parental d'éducation*) também dá direito à interrupção da carreira ou redução da jornada de trabalho por até 3 (três) anos, com garantia de retorno ao posto de trabalho, caso o empregado tenha trabalhado por mais de 1 (um) ano na empresa.

Apesar de essas duas políticas serem neutras quanto ao gênero do beneficiário, seus efeitos práticos acabaram por reforçar a divisão tradicional de responsabilidades familiares entre homens e mulheres. Em 2009, nada menos que 98% (noventa e oito por cento) dos

beneficiários eram mulheres; “em 2012, mais de metade das mães de crianças de até 8 (oito) anos haviam interrompido seu trabalho ou reduzido suas atividades, enquanto apenas 12% (doze por cento) dos pais fizeram o mesmo” (Lépinard, 2015).

Para promover a participação dos homens nos cuidados familiares, em 2014 foi promulgada Lei pela Real Igualdade entre Mulheres e Homens (*La loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes*) que determinou, entre outras previsões, que:

(a) a duração da licença parental, que é de 6 (seis) meses, pode ser estendida por 6 (seis) meses adicionais se usufruídas pelo outro genitor; (b) pais de 2 (duas) crianças podem tirar a licença de 3 (três) anos desde que o outro pai use ao menos 6 (seis) meses; e (c) em base experimental, também foi introduzida uma licença mais curta, de 18 (dezoito) meses, com melhor compensação aos pais (Addati, 2014).

Na Holanda, além da licença maternidade de 16 (dezesesseis) semanas e licença paternidade de 2 (dois) dias, cada pai tem direito a 26 (vinte e seis) vezes o número de horas de trabalho por semana por criança. Por exemplo: em um emprego de 40 horas semanais, os pais de 1 (uma) criança tem direito a 1.040 (mil e quarenta) horas de licença que podem ser gozadas de uma vez só ou 1 (uma) vez por semana durante aproximadamente 2 (dois) anos e meio. “A licença não é remunerada, mas todos os pais que usufruem têm direito a uma redução de impostos para cada hora usufruída” (Addati, 2014, p. 165).

5. RESULTADOS E ALTERNATIVAS

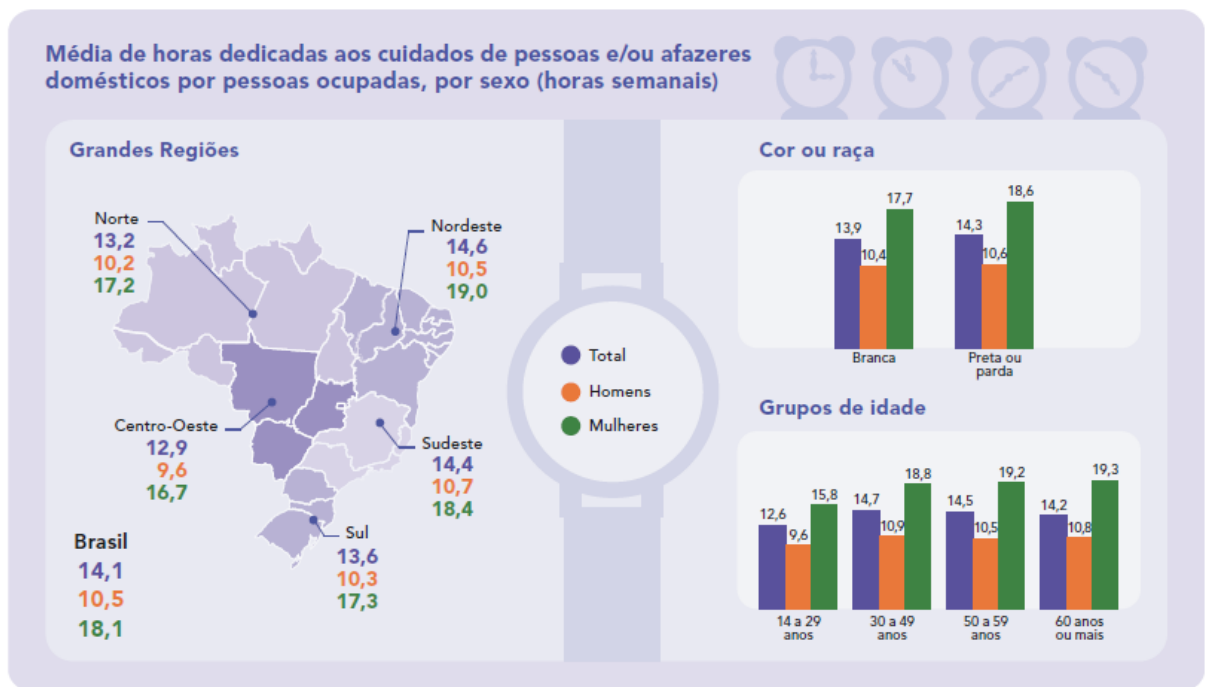
A proteção do trabalho da mulher, na forma como disposta na legislação brasileira, acaba por perpetuar os estereótipos de gênero. Isso não significa que as proteções não foram valiosas, historicamente, para o desenvolvimento do trabalho da mulher; nem que não tenham seu valor, ainda hoje. De fato, sem as normas protetoras, o trabalho da mulher seria ainda mais desafiador. O Brasil não é um país negligente quanto às necessidades de suas trabalhadoras; tanto é que prevê, por exemplo, uma licença maternidade relativamente extensa (quando comparada com normas internacionais) e custeada pelo sistema de seguridade social, sem onerar diretamente o empregador, bem como uma estabilidade gestante que protege o retorno da mulher ao posto de trabalho anteriormente ocupado. Essas normas são louváveis em suas intenções e, certamente, não se pretende advogar contra elas.

Por outro lado, a sociedade está em constante evolução e devemos (ao menos) esperar que os direitos garantidos aos cidadãos acompanhem o compasso do tempo. O feminismo e a divisão dos trabalhos remunerados e não remunerados estão em pauta há bastante tempo. Mas, hoje, há um nível de sofisticação nos anseios sociais que não apenas se satisfazem com a proteção da mulher, mas sim, a proteção da família – até mesmo porque o conceito de família tradicional também está em cheque. E, ainda que a intenção das normas protetoras seja *evidentemente* proteger a mulher, não se pode ignorar seu efeito rebote de manter as mulheres primordialmente responsáveis pelos cuidados familiares, e também as transformar em uma mão de obra mais gravosa ao empregador. Assim, é necessário explorar os resultados da perpetuação do estereótipo de gênero pelas normas protetoras do trabalho da mulher, bem como as alternativas de nivelamento de direitos e obrigações de homens e mulheres para que seja realmente atingida a igualdade de gênero e oportunidades no mercado de trabalho.

5.1. Resultados da perpetuação do estereótipo de gênero

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) publicou o estudo Estatísticas de Gênero – Indicadores Sociais das Mulheres no Brasil (2018) demonstrou que, em 2016, as mulheres dedicaram aos cuidados de pessoas e/ou afazeres domésticos cerca de 73% (setenta e três por cento) a mais de horas do que os homens.

Figura 5 – Média de horas dedicadas aos cuidados de pessoas e/ou afazeres domésticos por pessoas ocupadas, por sexo (horas semanais)



Fonte: IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2016.

Fonte: IBGE, 2018.

O estudo levanta que a questão da carga horária pode ser um fator fundamental no diferencial de inserção ocupacional entre homens e mulheres, pois mulheres que necessitam conciliar o trabalho remunerado com não remunerado acabam por ocupar largamente as posições de carga horária reduzida, conforme imagem abaixo:

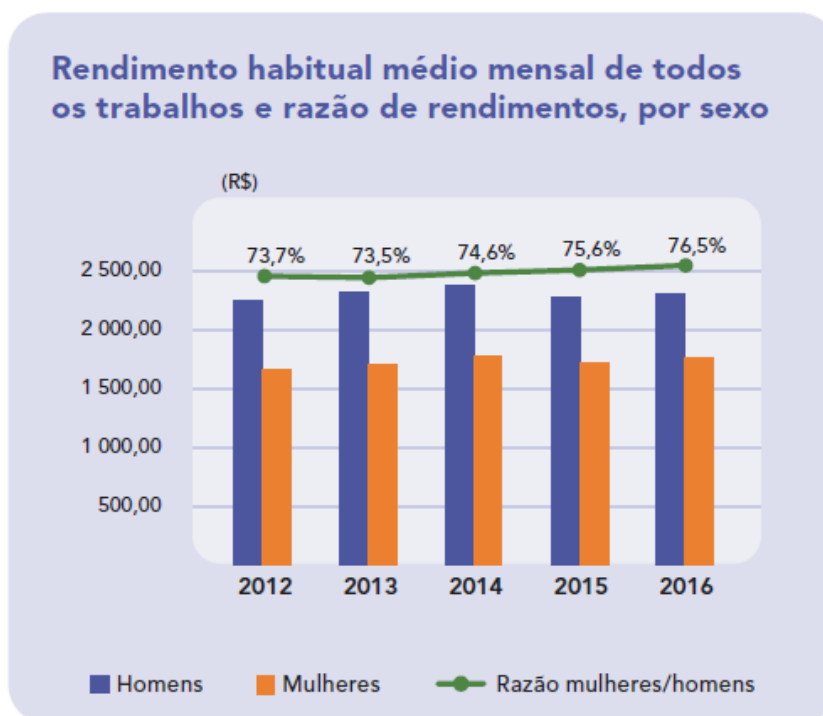
Figura 6 –Proporção de ocupados em trabalho por tempo parcial, na semana de referência, por sexo (%)



Fonte: IBGE, 2016.

Por sua vez, as mulheres acabam recebendo salários que representam cerca de $\frac{3}{4}$ (três quartos) do que os homens recebem. É bem verdade que a natureza dos postos de trabalho ocupados, com maior proporção no regime de tempo parcial, influencia esse cálculo. Entretanto, mesmo que controlado o diferencial por horas trabalhadas, as trabalhadoras ainda ganham 86,7% (oitenta e seis ponto sete por cento) do que ganham seus pares do gênero masculino. Os resultados desagregados por nível de instrução demonstram diferencial ainda mais elevado, pois mulheres com ensino superior completo recebem 63,4% (sessenta e três vírgula quatro por cento) comparadas aos homens (IBGE, 2018).

Figura 7 – Rendimento habitual médio mensal de todos os trabalhos e razão de rendimentos, por sexo.



Fonte: IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2012-2016.

Fonte: IBGE, 2018.

A questão do *gender pay gap* (diferença de remuneração entre os gêneros, em tradução livre), amplamente discutida pela comunidade internacional, é muitas vezes aliada aos papéis sociais dos homens e mulheres e seus efeitos no mercado de trabalho.

E mesmo assim, grande parte das políticas públicas sobre maternidade e trabalho ao redor do mundo (como é o caso do Brasil) ainda buscam compatibilizar a participação da mulher no mercado de trabalho com suas responsabilidades familiares, sendo que homens largamente excluídos nessa equação, em razão da persistência do estereótipo de que mulheres são cuidadoras e homens são provedores.

Outra razão importante por trás das diferenças salariais é que as mulheres são mais propensas que os homens a serem responsáveis pelas crianças e pela casa. Entre outras coisas, assumir a responsabilidade primária pelos deveres domésticos e cuidados infantis implica que as *mulheres não sejam consideradas capazes como homens de priorizar o trabalho e, portanto, recebam menos*. Assim, para que mulheres possam competir com os homens no mercado de trabalho em igualdade de condições, elas têm que ser *libertadas das responsabilidades familiares*. Mas, para isso, elas devem estar em pé de igualdade no mercado de trabalho. Enquanto os homens ganham, ou têm a chance de ganhar mais do que as mulheres no mercado de trabalho, este fator continuará pesando quando os casais tomam decisões sobre a divisão do trabalho remunerado e não remunerado (Gislason, 2011, p. 19 – ênfase nossa).

Nesse sentido, o estudo sobre *Maternity and paternity at work – Law and practice across the world* encomendado pela OIT conclui o quanto segue:

As políticas de trabalho-família devem ser dirigidas a mulheres e homens e devem promover seu acesso, permanência e ascensão em empregos de qualidade. A licença de maternidade protegida com estabilidade de emprego aumenta a participação das mulheres no mercado de trabalho. No entanto, o impacto das políticas de licença deve ser medido levando-se em conta a lacuna de implementação persistente, que tem consequências graves para a saúde das mulheres e crianças e a situação de emprego das mulheres. A duração das licenças, a diferença entre os direitos de licença feminina e masculina e o nível de reposição de renda são fatores importantes. Quando a licença é muito curta, as mães podem não se sentir prontas para voltar ao trabalho e, assim, abandonar o mercado de trabalho. No entanto, períodos de licença muito longos, especialmente combinados com baixos salários e sem estabilidade de emprego, também podem prejudicar o vínculo e o avanço das mulheres em trabalhos remunerados, resultando em penalidades salariais (Addati, 2014, p. 117).

As penalidades salariais, bem como o impedimento de ascensão das mulheres às melhores oportunidades, persistirão enquanto a mão de obra feminina se demonstrar abundantemente mais gravosa do que a mão de obra masculina – seja pela necessidade empírica da mulher de se dividir entre o trabalho remunerado e não remunerado, seja pela existência de normas que perpetuam o *status quo*.

5.2. Alternativas de nivelamento

Sabe-se que os direitos que diferenciam homens e mulheres são largamente derivados do *onus social* da procriação humana, a qual não é exclusividade de um ou outro gênero. Os países não têm, ordinariamente, a intenção de diminuir suas populações, tampouco o capitalismo pretende que o mercado de consumo se minguem com o passar de gerações. Contudo, é seguro presumir que o empregador individualmente considerado continuará sopesando a contratação, retenção, promoção e compensação das mulheres em razão dos gravames apresentados, em comparação aos homens.

Além disso, as normas protetoras que acabam por desencadear a continuação da desigualdade entre homens e mulheres devem estar sujeitas a controle de constitucionalidade e até mesmo convencionalidade, em atenção às convenções internacionais ratificadas pelo Brasil, com destaque à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Essa Convenção, como já explorado, reconhece a necessidade de modificar o papel tradicional do homem e da mulher na sociedade e família, inclusive modificando ou derrogando leis, regulamentos, usos e

práticas que constituam discriminação contra a mulher (artigo 2º, “f”). Ademais, a norma também trata explicitamente da questão do estereótipo de gênero como parte do contexto dessa discriminação.

Assim, deve-se buscar alternativas de nivelamento entre os direitos entre homens e mulheres para que se alcance, efetivamente, a igualdade de gênero. É interessante fazê-lo, inclusive, seguindo aquelas mesmas tendências já identificadas no Capítulo anterior, de modo a demonstrar a viabilidade das medidas propostas no contexto em que já estão historicamente inseridas.

5.2.1. Movimento de subtração das normas protetoras

Embora já tenha ocorrido o movimento de subtração de normas protetoras anteriormente, como se viu acima, a simples redução de direitos conquistados encontra clara barreira no princípio da proibição do retrocesso social, sedimentado pelos artigos 30 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

O princípio da proibição do retrocesso social é bastante conhecido na doutrina internacional (com destaque às doutrinas alemã e portuguesa). “significando toda e qualquer forma de proteção de direitos fundamentais em face de medidas do poder público, com destaque para o legislador e o administrador, que tenham por escopo a supressão ou mesmo restrição de direitos (sejam eles sociais ou não)” (Sarlet, 2009).

Embora o princípio não seja expressamente abarcado pela Constituição Federal Brasileira, é amplamente acolhido pela doutrina e jurisprudência pátrias. Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet (2009):

Com efeito, considerando os desenvolvimentos antecedentes, seguimos acreditando que o *reconhecimento de um princípio constitucional (implícito) da proibição de retrocesso* constitui – pelo menos no que diz com a vinculação do legislador aos programas de cunho social e econômico (nos quais se insere a previsão dos próprios direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais) – uma manifestação possível de um dirigismo constitucional, que além de *vincular o legislador de forma direta à Constituição*, também assegura uma *vinculação*, que poderíamos designar de *mediata*, no sentido de uma *vinculação do legislador à sua própria obra*, especialmente no sentido de impedir uma frustração da vontade constitucional. (p.148 – ênfase nossa).

O Supremo Tribunal Federal já enfrentou a questão do princípio da proibição ao retrocesso em algumas ocasiões. O Ministro Celso de Mello consignou entender que o princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter

social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive (ARE 639.337 AgR / SP, ARE 704520 / SP, ARE 745745 A GR / MG).

Todavia, é bem verdade que não se pretende proibir que o legislador altere a forma como se materializa o direito, considerando a evolução das circunstâncias econômicas, políticas, culturais ou sociais, mas sim “impedir a eliminação no conteúdo social de dado direito, como concretizado pela Constituição” (Miranda, 2008, p. 1335). Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes relaciona o chamado princípio da proteção do núcleo essencial – que, em sua essência, assemelha-se ao princípio da proibição do retrocesso – com o princípio da proporcionalidade, conforme a lição de Hesse (Mendes, 2011). Assim, a eventual supressão das normas protetoras do trabalho feminino deveria alcançar a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Mesmo que pudesse ser alegada a adequação da supressão dos direitos garantidos às mulheres à finalidade de igualá-las aos homens, não seria possível sustentar que restrição desses direitos fosse indispensável à preservação do próprio direito então restringido, nem outro de igual ou superior importância. Ora, não é de qualquer maneira necessário excluir as mulheres do âmbito de proteção para que haja igualdade, pelo que exploraremos outras hipóteses a seguir. Tampouco seria proporcional, em sentido estrito, ao fim colimado. Assim, em atenção ao princípio da proibição retrocesso social e da proporcionalidade, bem como à preservação dos direitos fundamentais, não se entende a supressão das normas protetoras estendidas às mulheres como alternativa viável ao nivelamento de direitos entre os gêneros.

Entretanto, uma exceção pode ser entendida cabível. Interessante notar que a única norma que não é derivada do estereótipo do papel de sexo, mas sim do estereótipo de sexo ora analisada é o artigo 390 da CLT, que veda o empregador contratar mulheres para serviços que demandem emprego de força muscular superior aos limites estabelecidos. Nesse caso, pode ser cogitada a relativização da norma; não de forma absoluta, pois é norma de saúde e segurança que inclusive beneficiaria os homens, se estendida a eles; mas sim, caso uma mulher pretenda trabalhar realizando esse tipo de atividade, e o empregador consiga comprovar que a capacidade física daquela mulher suporta peso superior a 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) quilogramas, assim como se presume que a capacidade física do homem é capaz, não há porque se proibir o labor em tais condições – sob pena de restrição injustificada do mercado de trabalho feminino, em contradição ao artigo 7º, XX

da CF. Por outro lado, o limite imposto pelo artigo 198 Consolidado, aplicável a todos os trabalhadores, ainda deveria ser respeitado nessa hipótese.

5.2.2. *Movimento de alteração do sujeito das normas protetoras*

O movimento de alteração do sujeito das normas protetoras tem extrema relevância no que tange às normas de proteção à maternidade; isso porque *não são mulheres que precisam cuidar de crianças, são crianças que precisam de cuidados*. Até certa extensão, sim, as mulheres são aquelas biologicamente designadas a abarcar certas responsabilidades com a prole; todavia, como visto, é bem verdade que essas obrigações acabam sendo alargadas por costumes sociais relacionados ao estereótipo de papel dos sexos.

A alteração do sujeito protegido é bastante relevante, inclusive, em razão do reconhecimento de novas formas de família pela sociedade e, conseqüentemente, pelo ordenamento jurídico. O tema é muito interessante e relevante e, apesar de não ser objeto deste estudo, vale ser mencionado. Ora, quando se pensa em uma família com duas mães ou dois pais, a quem cabem os direitos à licença “maternidade” e “paternidade”, na forma desenhada atualmente pela legislação? Há precedente bastante recente do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (2018) que merece destaque:

1- LICENÇA-MATERNIDADE DE 115 DIAS (...) Portanto, remanesce a análise sobre a possibilidade ou não da concessão de licença-maternidade à mãe não gestante de casal homoafetivo. Pois bem, a licença à gestante encontra expressa previsão constitucional (7º, XVIII), com incontroversa repercussão prática no direito laboral sendo, inclusive, repetida na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT "... Art. 392 - A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120... dias, sem prejuízo do emprego e do salário ...". Posteriormente, e buscando estender referido benefício também à mãe não gestante, o legislador infraconstitucional ampliou a licença-maternidade para os casos de adoção ou obtenção de guarda judicial, mediante a edição da Lei 13.509/17, que incluiu o artigo 392-A na CLT "... À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança ou adolescente será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392 desta Lei ...". Logo, a priori, se poderia concluir que o fator primordial para a concessão do benefício *não seria unicamente a debilidade biológica própria da gravidez e do parto* (natural ou cesariana), *mas a proteção integral da família* (CF, 226). Por outro lado, da análise sistemática do ordenamento jurídico vigente, é possível concluir que atualmente *inexiste norma específica concessiva de licença-maternidade à mãe que não seja a biológica ou a adotante*. Tal raciocínio se extrai da inclusão do parágrafo 5º ao artigo 392-A da CLT, dispondo que "... A adoção ou guarda judicial conjunta ensejará a concessão de licença-maternidade a *apenas um dos adotantes ou guardiães* empregado ou empregada ..." (Parágrafo incluído pela Lei nº 12.873/2013, DOU 25-10-2013), vale ressaltar, prevendo que na hipótese de adoção conjunta, efetuada por casal hetero ou homoafetivo (masculino/feminino), *somente um dos dois terá direito à licença-maternidade*. Aliás, referida Lei 12.873/2013 também acrescentou o artigo 71-B à Lei 8.213/91, estabelecendo que "...No caso de falecimento da segurada ou segurado

que fizer jus ao recebimento do salário-maternidade, o benefício será pago, por todo o período ou pelo tempo restante a que teria direito, ao cônjuge ou companheiro sobrevivente que tenha a qualidade de segurado, exceto no caso do falecimento do filho ou de seu abandono, observadas as normas aplicáveis ao salário-maternidade ...", ou seja, *não é possível a concessão concomitante do benefício sub judice aos dois/duas cônjuges ou companheiro(a)s*. Finalmente, ainda considerando que a alegada *impossibilidade de amamentação pela mãe gestante*, indicada na prefacial (fls. 5), culminou contrariada por ofício encaminhado pelo sindicato da respectiva categoria profissional à ora recorrente (24/10/2016), por exemplo *"...amamentação da filha é compartilhada pelas mães, conforme declaração médica em anexo ..."* (fls. 47), de notar, anexado pela própria recorrida, entendo que não evidenciado óbice à segurança alimentar e nutricional da descendente, tampouco ao seu desenvolvimento e equilíbrio psíquico-emocional, razão pela qual, culmina questionável *in casu* a possibilidade de concessão de licença-maternidade à recorrida (mãe não gestante), inclusive sob pena de assegurar *tratamento diferenciado e privilegiado em relação aos pais adotivos*, ao pai e até mesmo ao casal homossexual masculino, especialmente no caso dos autos, em que a mãe gestante era, à época, *dona de casa*, consoante inconcussa publicação em jornal local de Guarulhos (26 e 27/10/2016 - fls. 43) (TRT, 2018).

É bem verdade que o acórdão extrapola os requisitos legais da licença maternidade e paternidade, analisando questões como a ocupação da mãe gestante e a lactação da mãe não gestante. Ora, o fato de um pai ser do lar ou estar desempregado não faz parte da análise para concessão ou não licença maternidade de casal heterossexual, nem mesmo o fato de a mãe ser ou não lactante (tanto é que a licença se estende a mães adotantes). De todo modo, ainda que por essa argumentação tortuosa, nota-se que é privilegiado o interesse da criança e garantido que um de seus pais (mas apenas um) usufrua do benefício da licença maternidade, em analogia ao parágrafo 5º do artigo 392-A da CLT.

A alteração do sujeito protegido pela norma também direciona a legislação no caminho recomendado pelos órgãos internacionais, no sentido de incentivar a participação do pai no desenvolvimento da criança, dar mais liberdade para as famílias se organizarem em torno da criança como lhes convir, e assim atingir a real igualdade na distribuição de tarefas remuneradas e não remuneradas. Assim, a alteração do sujeito das normas protetoras tem o papel relevante de alavancar o debate sobre a necessidade de uma figura feminina ser designada, em regime de quase-exclusividade, como responsável pelos cuidados da prole (e consequentemente protegida pelas normas trabalhistas); bem como de trazer o homem ao centro da discussão.

Todavia, não se vislumbra o movimento como suficiente para que haja o nivelamento entre os gêneros, pois abarca apenas questões relacionadas à proteção à maternidade e nem subtrai, nem expande direitos de forma efetiva. Destarte, passamos a tratar da possibilidade de expansão das normas protetoras.

5.2.3. *Movimento de expansão das normas protetoras*

Finalmente, o nivelamento das normas de proteção do trabalho da mulher, bem como a interpretação conforme em controle de constitucionalidade ou convencionalidade das normas protetoras também pode ser alcançado se houver extensão de direitos aos trabalhadores do gênero masculino. É previsível que essa alternativa seja criticada, pelos empregadores, como uma forma de superoneração da iniciativa privada; bem como, pelos órgãos governamentais, em razão da necessidade de alteração de normas de custeio da Previdência Social, para que os benefícios possam ser estendidos aos homens.

Sabemos que a conquista dos avanços sociais dificilmente é aceita, historicamente, sem críticas por diversos setores sociais e governamentais (especialmente em fases de crescentes do pensamento liberal, como o Brasil ora atravessa). Entretanto, o progresso dos direitos dos homens, no tocante, parece-nos a forma mais ajustada para que, especialmente no tocante às normas de proteção à maternidade, tanto as crianças, quanto as mulheres sejam efetivamente protegidas: aquelas, pela possibilidade de serem cuidadas por ambos os pais; e estas, para que não sofram discriminações no mercado de trabalho e penalizações na admissão, continuidade, promoção e compensação. Ou seja, se tanto os homens quanto as mulheres gerassem o mesmo “risco” ao empregador, no sentido de usufruir dos mesmos direitos, seria razoavelmente reduzida a parcialidade contra as mulheres.

O nivelamento ideal, imagina-se, seria simplesmente interpretar todas as normas protetoras de forma absolutamente paritária aos homens. Por exemplo, que a licença “maternidade” de 120 (cento e vinte dias) passasse a ser garantida aos pais de maneira idêntica às mães. Todavia, há de se reconhecer que isso seria uma alteração bastante arrojada em atenção às tendências internacionais, especialmente considerando as dimensões do Brasil e a quantidade de sujeitos imediatamente envolvidos. Assim, seria natural que esse nivelamento acontecesse em etapas; o que, destaque-se, já seria muito válido, pois é importante que as discrepâncias entre homens e mulheres no mercado de trabalho sejam constantemente reduzidas, e não ampliadas ou até mesmo estagnadas no tempo.

Entretanto, unindo o segundo movimento normativo analisado (alteração do sujeito da proteção) com este último (expansão das normas protetoras), bem como observando os movimentos internacionais estudados e até mesmo à tendência liberal de afastar o Estado da esfera das decisões privadas, é interessante considerar a possibilidade de conferir a *opção* de a família escolher como usufruirá da proteção destinada atualmente às mulheres.

Dessa forma, não seria mais verdade que uma mulher em idade fértil, simplesmente por ser mulher, poderia causar onerações ao empregador que não seriam ocasionadas por um homem de mesma idade e qualificação. Como se extrai da experiência dos países nórdicos, é bem verdade que a simples concessão da opção talvez não fosse suficiente para criar reais condições sociais e culturais para que os homens efetivamente escolham usufruir desses direitos. Mas, no mínimo, seria um passo na direção correta.

Importante notar que, apesar de a licença maternidade/paternidade ser o exemplo mais evidente da diferença entre o tratamento legislativo entre gêneros quanto à questão do estereótipo de homem-provedor e mulher-cuidadora, não apenas esse direito seria extensível. Retomamos: as normas referentes à lactação (pausa para amamentação e local para guarda dos filhos) poderiam ser estendidas aos homens que, por qualquer motivo, desejem alimentar seus bebês durante a jornada de trabalho. Nesse caso, a exigência legal de local de guarda para empresas com mais de 30 (trinta) *mulheres* acima de 16 (dezesesseis anos) passaria a ser lida como a obrigação quando houver mais de 30 (trinta) empregados de qualquer gênero. É claro que não se pretende caminhar contra toda a campanha nacional e internacional que demonstra os benefícios do aleitamento materno, especialmente à criança, mas apenas conferir a possibilidade de um arranjo diferente daquele previsto pela legislação, caso seja essa a intenção ou necessidade da família.

Quanto à estabilidade de emprego, caso não fosse simplesmente estendida ao homem, os futuros e recém-pais e mães poderiam ao menos escolher como dividi-la durante a gestação e até 5 (cinco) meses após o parto, comunicando de antemão aos respectivos empregadores.

No que tange o repouso aos domingos, não se vislumbra vantagem prática em dividir a possibilidade de gozo do repouso semanal remunerado com maior frequência nesse dia entre homens e mulheres, pois os empregadores teriam que considerar as escolhas de cada um de seus empregados para elaboração de escala – o que parece realmente impraticável. Mais fácil seria, simplesmente, expandir o direito de descanso aos domingos de forma homogênea a ambos os gêneros.

Entende-se que todas as alternativas ora propostas para a extensão das normas protetoras preservam o núcleo essencial dos direitos tratados, bem como o princípio da proporcionalidade, bem como respeitam a constitucionalidade e convencionalidade dos direitos em voga.

6. CONCLUSÃO

A desigualdade de gêneros é um assunto que está em voga. Muito se discute, nas comunidades nacional e internacional, sobre os efeitos das disparidades para homens e (especialmente) mulheres em todas as esferas de suas vidas sociais e privadas. O trabalho, como não poderia deixar de ser, também é incluído na pauta de debates, comumente relacionado ao *gender pay gap* (diferença de remuneração entre os gêneros, em tradução livre). Os dados internacionais demonstram que houve significativa evolução no último século, mas ainda há um longo caminho para que se atinja a igualdade de fato. No tocante às relações de trabalho, o discurso discriminatório continua a ser propagado abertamente no Brasil, inclusive por figuras públicas sob permanente observação popular, como o atual presidente da República Jair Bolsonaro. E, ainda que haja alguma repercussão negativa quanto a essas falas, não são suficientes para gerar uma reprovção maciça da população. Assim, paradoxalmente, a inegável evolução do movimento feminista não foi suficiente para realmente distanciar esse tipo de declaração daquelas realizadas no início do século XX, à época da discussão do Código de Trabalho de 1917, propagando a sensação de que há, de certa forma, resistência ou até estagnação quanto à valorização da mulher no trabalho.

Ainda que o Brasil conte com belíssimo arcabouço de normas constitucionais e infraconstitucionais que pregam a igualdade entre todas as pessoas, bem como tenha se comprometido com as mais relevantes normas internacionais sobre a igualdade de gêneros, a discriminação se encontra enraizada em todos os setores sociais do país, inclusive os Poderes Legislativo e Judiciário. Nesse contexto, o estereótipo de gênero é um assunto específico e menos explorado que merece atenção. Tanto é verdade que o EACDH (2013) identificou que, apesar de a aplicação do estereótipo de gênero de forma injusta (*wrongful gender stereotyping*) ser uma *causa disseminada de violação aos direitos humanos*, tais estereótipos são regularmente ignorados ou mal identificados e raramente ocorre uma discussão aprofundada sobre as inúmeras formas em que eles prejudicam as mulheres.

Assim, primeiramente, é importante definir claramente o estereótipo de gênero como a “visão ou percepção generalizada sobre atributos ou características que são ou devem ser possuídas por homens e mulheres, ou papéis que devem ser desempenhados por homens e mulheres” (EACDH, 2013, p. 8). Já o termo “*gender stereotyping*” (estereotipar com base em gênero, em tradução livre) refere-se à “prática de determinar a uma mulher ou a um homem atributos, características ou papéis específicos simplesmente em razão de

pertencerem ao gênero feminino ou masculino” (Cook & Cusack, 2010, p. 20), que é prejudicial quando “limita sua capacidade de desenvolver suas habilidades pessoais, perseguir suas carreiras profissionais e fazer escolhas sobre suas vidas e planos de vida” (EACDH, 2013, pp. 19-20). Os estereótipos de gênero são subclassificados por Cook & Cusack (2010) em quatro espécies: estereótipo de sexo (sobre atributos físicos, biológicos, emocionais e cognitivos de homens e mulheres), estereótipo sexual (sobre o comportamento sexual de homens e mulheres); estereótipo de papel de sexo (sobre os papéis que homens e mulheres devem desempenhar na sociedade); e estereótipos combinados (aplicados na intersecção de duas ou mais espécies acima). Para o presente estudo, os estereótipos de sexo e papel de sexo têm maior relevância.

O ordenamento jurídico brasileiro é repleto de normas que promovem a igualdade e combatem a discriminação; entretanto, não há menção específica quanto a estereótipos de gênero. Nada obstante, o Brasil ratificou e se obrigou a seguir os ditames de algumas convenções internacionais sobre o tema, especialmente a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, cuja interpretação permite concluir que “leis, regulamentos, usos e práticas baseados na ideia da inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou em funções estereotipadas de homens e mulheres devem ser modificados ou derogados” (Cook & Cusack, 2010, p. 5). Em apartado, a mesma Convenção trata da adoção de medidas especiais de caráter temporário destinadas a alcançar a igualdade de fato entre homens e mulheres sem que possam, de nenhuma maneira, implicar na manutenção de normas desiguais ou separadas. Assim, a intenção é que essas medidas cessem quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados. Destarte, “a contínua análise da legislação pátria é necessária para compreender quais normas protetoras do trabalho da mulher são justificáveis, separando os critérios legítimos de diferenciação de outros critérios não legítimos” (Mello, 2009, p. 11), quais acabam por perpetuar estereótipos de gênero e quais se classificam como ações afirmativas de caráter temporário e necessário a nivelar desigualdades históricas entre os gêneros.

Pois bem. A legislação protetora do trabalho da mulher, objeto deste estudo, inclui as normas sobre a saúde e segurança do trabalho (duração do trabalho, períodos de descanso e métodos e locais de trabalho); normas de proteção à maternidade; normas sobre a discriminação da mulher no mercado de trabalho; e se relaciona, tangencialmente, com normas previdenciárias correlatas (salário maternidade e tempo de aposentadoria). A análise dessas normas ao longo das últimas décadas permitiu a identificação de algumas

tendências: o movimento de subtração das normas protetoras (ou seja, exclusão de normas diferenciadoras do ordenamento jurídico); o movimento de alteração do sujeito das normas protetoras (especialmente no tocante às normas de proteção à maternidade, cuja análise e proteção passou a focar no nascituro, criança ou adolescente ao invés da mulher); e, finalmente, o movimento de expansão das normas protetoras (para que passem a abarcar tanto mulheres quanto homens).

Ante a esses cenários perspectivo e contemporâneo, foram traçados paralelos entre a legislação protetiva do trabalho da mulher e os estereótipos de sexo e de papel de sexo. As principais intersecções foram verificadas entre (a) as normas de saúde e segurança e estereótipo de gênero; e (b) as normas de proteção à maternidade, bem como normas previdenciárias, e o estereótipo de papel do sexo. Entretanto, analisando individualmente os dispositivos específicos de cada grupo, alguns não se encaixam de forma tão estanque.

A única norma classificada como estritamente relacionada com o *estereótipo de sexo* é o artigo 390 da CLT, que proíbe o emprego de força muscular da mulher para além de 20 (vinte) quilos em esforço contínuo e 25 (vinte e cinco) quilos para o trabalho ocasional, sendo o limite para homens igual a 60 (sessenta) quilos, nos termos do artigo 198 Consolidado. Por seu turno, o *estereótipo de papel de sexo* pode ser identificado em diversas previsões, tais quais a licença maternidade (e, por consequência, o salário maternidade), tanto por sua extensão substancialmente superior à licença paternidade, quanto por sua garantia até mesmo para mães adotantes que não necessitam de recuperação física no pós-parto, além de pais, em caso de ausência da figura materna.

A estabilidade gestante, que visa proteger o nascituro, também é eivada de estereótipo de papel do sexo, considerando a mulher unicamente responsável pelos cuidados (e gastos) do feto ou recém-nascido. Entretanto, é curioso notar que essa norma foge ligeiramente ao simples estereótipo de mulher-cuidadora e homem-provedor, pois ambos papéis são de certa forma condensados apenas no gênero feminino, visto que não se considera o papel do homem na estabilidade financeira do lar durante a gestação e pós-parto.

A lactação, em primeira análise, é estritamente biológica e indissociavelmente relacionada com a figura feminina; e, de maneira relacionada, o artigo 389, parágrafo 1º da CLT prevê a obrigação do empregador de fornecer local para guarda dos filhos, em estabelecimentos com mais de 30 (trinta) mulheres com mais de 16 (dezesesseis) anos, no período da amamentação. Entretanto, não há nada que impeça que a genitora amamente seu filho, no período legal, lançando mão de métodos artificiais por conveniência ou

necessidade – o que também poderia ser feito pelo pai da criança. Também não se prevê a possibilidade de a mulher trabalhar em estabelecimento com menos de 30 (trinta) empregadas, mas o homem sim, hipótese na qual faria sentido que este último pudesse alimentar o recém-nascido. Assim, vislumbra-se também a presença do estereótipo do papel do sexo, posto que o direto (e, em contraponto, a obrigação) é estendido apenas ao gênero feminino.

O repouso aos domingos em maior frequência para as mulheres comerciárias também tem evidente carga do estereótipo do papel de sexo, ainda que não seja relacionada com proteção à maternidade, pois a norma não privilegia o descanso biológico da mulher, que poderia ocorrer em qualquer dia da semana; mas, sim, a sua convivência social e familiar aos dias de domingo, independentemente de ser mãe ou não.

Finalmente, o estereótipo de papel do sexo também se manifesta na previsão de aposentadoria para mulher com menos idade do que o homem, que cria uma espécie de compensação pela acumulação histórica e social, por aquelas, dos trabalhos remunerados e não remunerados. Ademais, apenas para que não passe despercebido, vale dizer que não se vislumbra a presença do estereótipo de papel de sexo nas normas de proteção da gestante e lactante em ambiente insalubre, porque estritamente ligadas à sua condição biológica e transitória, além do que a norma não se estende a outras mulheres que não estejam na mesma condição.

Há, ainda, as normas que se encaixam no conceito de *ações afirmativas*, no sentido de que podem ser compreendidas como não somente pelo prisma retrospectivo – no sentido de aliviar a carga de um passado discriminatório –, mas também prospectivo – no sentido de fomentar a transformação social, criando uma nova realidade (Piovesan, 2014). Dentre aquelas analisadas, são classificadas como tais as normas sobre a discriminação da mulher no mercado de trabalho previstas na CLT e na Lei 9.029/1995. As ações afirmativas, ainda que tenham alguma carga de estereótipos de gênero, são justificáveis para que se acelere o atingimento da igualdade de fato. Já as normas que perpetuam estereótipos de gênero não colaboram e até, por vezes, atrapalham a evolução desejável de acordo com os preceitos constitucionais e convencionais.

Assim, para que servissem de inspiração e modelo, foram buscadas as melhores práticas internacionais, tanto em recomendações de órgãos internacionais, quanto na experiência de países que são classificados como precursores na concretização da igualdade de gênero. Em contraponto, e para demonstrar a necessidade de avanços, foram analisados os resultados da discriminação contra as mulheres e da perpetuação do estereótipo de

gênero no mercado de trabalho brasileiro. Na sequência, foram apresentadas alternativas para o nivelamento de direitos entre os gêneros partindo das mesmas tendências já observadas nas últimas décadas.

A subtração de direitos, embora já tenha ocorrido historicamente, não parece uma alternativa viável em atenção ao princípio da vedação ao retrocesso e ao princípio da proporcionalidade. A alteração do sujeito das normas protetoras, ainda que valiosa à discussão e ainda que tenha o poder de, até certa medida, afastar o estereótipo de papel de sexo da mulher, apenas se aplica a normas relacionadas à proteção à maternidade e não tem o condão de, efetivamente, nivelar os direitos de homens e mulheres. Por seu turno, a expansão de direitos garantidos às mulheres aos homens certamente traria críticas por diversos setores sociais e governamentais, mas se demonstra como a forma mais ajustada de proteção e promoção da igualdade almejada pela Constituição Federal e pelas normas internacionais ratificadas pelo Brasil. É bem verdade que o nivelamento ideal seria simplesmente interpretar todas as normas protetoras de forma absolutamente paritária aos homens, mas há de se reconhecer que ao menos a paulatina extensão de direitos seria bastante valorosa, pois é importante que as discrepâncias entre homens e mulheres no mercado de trabalho sejam constantemente reduzidas, e não ampliadas ou restem estagnadas.

O presente estudo se propôs a responder as seguintes questões principais: **(i)** as normas que diferenciam o trabalho do homem e da mulher têm poder de transformação social, ou perpetuam *status quo* da desigualdade e do estereótipo de gênero?; e **(ii)** tais normas são alinhadas com a *ratio legis* da Constituição Federal e das convenções internacionais ratificadas pelo Brasil, bem como com as melhores práticas internacionais para atingimento da igualdade de gênero?

Conclui-se que as normas que perpetuam o estereótipo de gênero, acima mencionadas, não tem poder de transformação social, mas apenas mantêm o *status quo*. Já as normas classificadas como *ações afirmativas* têm o potencial de transformação social e aceleração do atingimento da igualdade de fato, desde que evidentemente acompanhadas de efetiva aplicação, fiscalização e sanção, em caso de descumprimento.

Conclui-se, ainda, que essas normas não estão alinhadas com a *ratio legis* da Constituição Federal e das convenções internacionais ratificadas pelo Brasil, bem como com as melhores práticas internacionais. Nada obstante tenha havido relevante evolução nas últimas décadas, a legislação nacional ainda tem um longo trajeto para que seja possível

alcançar (ou, ao menos, constantemente avançar na luta por) uma sociedade livre, justa, solidária e sem discriminações, na qual a autodeterminação dos indivíduos se sobressaia a padrões pré-determinados de características, comportamentos ou funções.

REFERÊNCIAS

ADATTI, Laura. **Maternity and Paternity at Work / Law and practice around the world**. OIT, 2014. Disponível em http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_242615.pdf

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Amador Paes de. **CLT Comentada**. 9ª edição rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan. **Igualdade de Gênero e Ações Afirmativas: Desafios e Perspectivas para as Mulheres Brasileiras Pós Constituição Federal De 1988**. 1ª edição. São Paulo: LTr, 2012.

ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan. **Por uma efetiva construção da igualdade de gênero no ordenamento jurídico brasileiro: análise da necessária revisão do tratamento diferenciado às mulheres nas aposentadorias por idade e por tempo de contribuição na Constituição Federal de 1988**. 30/11/2010. Tese de Doutorado - Pontifícia Universidade Católica (PUC) de São Paulo.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª edição. LTr, São Paulo, 2013.

BARROS, Alice Monteiro de. **Protecionismo legal e os efeitos no mercado de trabalho da mulher in Genesis Revista de Direito do Trabalho**. Curitiba, nº 13, p. 001-112, janeiro de 1994.

BEAUDONNET, Xavier (ed.). **Direito Internacional do Trabalho e Direito Interno: Manual de formação de juízes, juristas e docentes em direito**. Turim: Centro Internacional de Formação da OIT, 2011.

BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940: Código Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 10 de junho de 2018.

BRASIL. **Decreto Lei no 5.452, de 1 de maio de 1943: Consolidação das Leis do Trabalho.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del5452.htm>>. Acesso em: 15 de outubro de 2018.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 07 de outubro de 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm. Acesso em: 12 de setembro de 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.799, de 26 de maio de 1999.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Leis/L9799.htm. Acesso em: 5 de setembro de 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.172, de 9 de janeiro de 2001, (Plano Nacional De Educação).** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110172.htm. Acesso em: 2 de setembro de 2018.

BRASIL. **Decreto Nº 4.377, de 13 de setembro de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 14 de setembro de 2018.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, (Lei Maria da Penha).** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 19 de julho de 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 229/1967.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0229.htm. Acesso em: 19 de setembro de 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.812, de 16 de maio de 2013.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12812.htm. Acesso em: 5 de setembro de 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Projeto de Lei da Câmara nº 76 de 2014. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3505097&ts=1543030480834&disposition=inline>. Acesso em: 11 de novembro de 2018.

BRASIL. **Lei Complementar nº 146, de 25 de junho de 2014.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp146.htm. Acesso em: 8 de outubro de 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017., (Reforma Trabalhista).** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em: 06 de junho de 2018.

BRASIL. Medida Provisória Nº 870, de 1º de janeiro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv870.htm. Acesso em: 5 de Janeiro de 2019.

CONTRAF & FEBABAN. Convenção Coletiva de Trabalho 2016/2018. (2018). Disponível em: http://spbancarios.com.br/sites/default/files/cct/arquivo/1181_cct_2016_2018.pdf. Acesso em: 13 de outubro de 2018.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Organização dos Estados Americanos. Relatório Anual 2000.** Relatório Nº 54/01. Caso 12.051. Maria Da Penha Maia Fernandes. Brasil. 4 de abril de 2001. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>.

COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN. “Consideration of reports submitted by States parties under article 18 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women”. **Combined initial, second, third, fourth and fifth periodic reports of States parties, Brazil.** Disponível em <https://daccess-ods.un.org/TMP/923150.703310966.html>.

COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN. “Consideration of reports submitted by States parties under article 18 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women”. **Sixth periodic reports of States parties, Brazil.** Disponível em <https://daccess-ods.un.org/TMP/8176031.1126709.html>.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

COOK, Rebecca J. **Human Rights of Women: National and International Perspectives.** University of Pennsylvania Press. 1994.

COOK, Rebecca J. e HOWARD, Susannah. “Accommodating Women’s Differences under the Women’s Anti-Discrimination Convention”. **Emory Law Journal**, Vol. 56, N. 4, PP. 1039-1091. 2007.

COOK, Rebecca J. & CUSACK, Simone. **Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives.** University of Pennsylvania Press. 2010.

DE SCHUTTER, Olivier. **International Human Rights Law: Cases, Materials and Commentary.** 2ª edição. Cambridge University Press. 2014.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 14ª edição. São Paulo: LTr, 2015.

DNSHT – Departamento Nacional de Segurança e Higiene do Trabalho. **Portaria 1/1969.** Diário Oficial da União. 15 de janeiro de 1969.

EACDH – Escritório do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos. **Gender Stereotyping as a human rights violation**. Outubro, 2013. Disponível em <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Women/WRGS/Pages/GenderStereotypes.aspx>. Acesso em: 10 de Junho de 2018.

FONTES, Ana Cristina Magalhães. **O papel da Justiça do Trabalho na promoção da Igualdade de Gênero: Um olhar a partir do trabalho decente**. 2013. Dissertação de Mestrado - Universidade Presbiteriana Mackenzie.

FÓRUM ECONÔMICO MUNDIAL. **The Global Gender Gap Report. 2016**. Disponível em: <https://www.weforum.org/reports/the-global-gender-gap-report-2016>. Acesso em: 15 de Junho de 2018.

_____. **The Global Gender Gap Report. 2017**. Disponível em: <https://www.weforum.org/reports/the-global-gender-gap-report-2017>. Acesso em: 15 de Junho de 2018.

GONÇALVES, Tamara Amoroso. **Direitos Humanos das Mulheres e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRIMSHAW, Damian & RUBERY, Jill. **The motherhood pay gap: A review of the issues, theory and international evidence**. Working Paper .International Labour Office, 2015. Disponível em http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms_371804.pdf

HUFFPOST. **Bolsonaro afirmou que não empregaria Mulher com mesmo Salário de Homem**. 18 de agosto de 2018. https://www.huffpostbrasil.com/2018/08/18/bolsonaro-afirmou-sim-que-nao-empregaria-mulher-com-mesmo-salario-de-homem_a_23504540/. Acesso 02/01/2019.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso básico de direito internacional público e privado do trabalho**. 2ª edição. São Paulo: LTr, 2011.

KNAUL, Gabriella. **Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers**. UN Doc. A/HRC/17/30. 29 de abril de 2011. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/130/15/PDF/G1113015.pdf?OpenElement>. Acesso em: 21 de agosto de 2018.

IBGE. **Estatísticas de Gênero – Indicadores Sociais das Mulheres no Brasil**. 2018. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf. Acesso em: 2 de junho de 2018.

IKARA, Daniela. **Direito e ações afirmativas: princípio da dignidade e concepção de ser humano in Direito à Diferença: aspectos institucionais e instrumentais de proteção às minorias e aos grupos vulneráveis**, Volume 3. JUBILUT, Liliana Lyra, BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco e MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHADO, Costa (org.). **CLT Interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 8ª edição. Barueri: Manole, 2017.

MALLET, Estevão. **Igualdade, Discriminação e Direito do Trabalho**. São Paulo, 2008. Disponível em www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67804/70412

MALLET, Estêvão. **Igualdade e discriminação em direito do trabalho**. 1ª edição. São Paulo: LTr, 2013.

MALLET, Estêvão. **Ensaio sobre a interpretação das decisões judiciais**. São Paulo: LTr, 2009.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do trabalho**. 15ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MINISTÉRIO DA DEFESA. **Primeiras Mulheres Ingressam na Carreira de Oficial Combatente do Exército**. Disponível em: http://www.eb.mil.br/web/midia-impressa/o-que-vai-pela-forca/-/asset_publisher/FPJORbAA3k44/content/primeiras-mulheres-ingressam-na-carreira-de-oficial-combatente-do-exercito. Acesso em: 14 de julho de 2018.

NOVAIS, Denise Passelo Valente. **Discriminação da Mulher e o Direito do Trabalho. Da Proteção à Promoção da Igualdade**. 1ª edição. São Paulo: LTr, 2005.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. **C171 - Night Work Convention**, 1990 (No. 171). Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312316. Acesso em: 14 de outubro de 2018.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. **Women's empowerment: 90 years of ILO action!** Disponível em http://www.ilo.org/gender/Events/Campaign2008-2009/WCMS_104905/lang--en/index.htm.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. **Maternity, Paternity at Work: Baby steps towards achieving big results**. Disponível em http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/briefingnote/wcms_410183.pdf

OIT – Organização Internacional do Trabalho. **Pay Equality: A key driver to gender equality**. Disponível em http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/briefingnote/wcms_410196.pdf

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://declaracao1948.com.br/declaracao-universal/declaracao/>. Acesso em: 23 de maio de 2018.

ONU. **Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher.** 1979. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000139389>. Acesso em: 23 de maio de 2018.

ONU MULHERES. **General Survey on Night Work and Women in Industry.** 2004. Disponível em http://www.ilo.org/global/standards/information-resources-and-publications/WCMS_164145/lang--en/index.htm.

SARLET, Ingo. “A assim designada proibição de retrocesso social e a construção de um direito constitucional comum latino-americano”. In. **Biblioteca Digital Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jul. 2009.

STF – Superior Tribunal Federal. Recurso Especial: **RE658312 SC**. Relator: Dias Toffoli. DJ: 27/11/2014. JusBrasil, 2015. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311630607/recurso-extraordinario-re-658312-santa-catarina>. Acesso em: 6 de setembro de 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Código de Direito Internacional dos Direitos Humanos Anotados.** São Paulo: DPJ Editora, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das Leis do Trabalho: comentada.** 40ª edição. atual. e rev. e ampl. por José Eduardo Duarte Saad, Ana Maria Saad Castello Branco. São Paulo: LTr, 2007

SILVA, Homero Batista Mateus da. **CLT comentada.** 1ª edição. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2016.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de direito do trabalho aplicado / Segurança e Medicina do Trabalho / Trabalho da Mulher e do Menor**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2015.

SINDICATO DOS SECURITÁRIOS E SINDICATO DAS EMPRESAS DE SEGUROS. Convenção Coletiva de 2018. Disponível em: <http://www.securitariosp.org.br/Arquivos/CCTSEGURADORAS2018Sao%20Paulo.pdf>. Acesso em: 13 de outubro de 2018.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de Direito do Trabalho**, volume II / Arnaldo Sussekind... (et al.). 21ª edição atualizada por Arnaldo Sussekind e João Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2003. Outros autores: Délio Maranhão, Segadas Vianna, Lima Texeira.

TST – Tribunal Superior do Trabalho. **PROC. Nº TST-IIN-RR-1.540/2005-046-12-00.5**. Relator: Ives Gandra Martins Filho. DJ: 13/02/2009. JornalJurid, 2008. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/noticias/mulher-intervalo-de-15-minutos-antes-de-labor-em-sobrejornada-constitucionalidade-do-art-384-da-clt-em-face-do-art-5o-i-da-cf>. Acesso em: 5 de setembro de 2018.

UNIÃO EUROPEIA. “Tratado que Estabelece uma Constituição para a Europa”. In Jornal Oficial da União Europeia, 2005.

VIEIRA, Regina Stela Corrêa. **Saúde e segurança no trabalho das mulheres: a perspectiva de gênero para a proteção e promoção do meio ambiente laboral equilibrado**. 218 páginas. Dissertação de Mestrado - Universidade São Paulo.

ZERO HORA. **Bolsonaro diz que não teme processos e faz nova ofensa: ‘Não merece ser estuprada porque é muito feia’**. 10 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2014/12/bolsonaro-diz-que-nao-teme-processos-e-faz-nova-ofensa-nao-merece-ser-estuprada-porque-e-muito-feia-cjkgf8rj3x00cc01pi3kz6nu2e.html>. Acesso em: 15/06/2017.

ANEXO I

BREASTFEEDING AND WORK

World Health Organization

International Labour Organization

LET'S MAKE IT WORK!

WHAT LAWMAKERS CAN DO



ENSURE A MINIMUM OF 4 MONTHS PAID MATERNITY LEAVE

REQUIRE EMPLOYERS TO PROVIDE PLACES AND PROTECTED TIME FOR MOTHERS TO EXPRESS (PUMP) MILK AT WORK

PREVENT DISCRIMINATION AGAINST WOMEN AND MOTHERS IN THE WORKPLACE

BREASTFEEDING SUPPORT AT WORK HELPS BUILD A HEALTHY SOCIETY

BREASTFEEDING AND WORK



LET'S MAKE IT WORK!

WHAT EMPLOYERS CAN DO



RESPECT NATIONAL LAWS
ON PAID MATERNITY LEAVE

PROVIDE PLACE AND TIME
TO EXPRESS (PUMP) MILK

PROVIDE OPTIONS
FOR MOTHERS:

ON-SITE CHILD CARE

FLEXIBLE WORK SCHEDULES

TELEWORKING

PART-TIME WORK

LET MOTHERS BRING
THEIR BABIES TO WORK

BREASTFEEDING SUPPORT IN THE WORKPLACE
SAVES BUSINESSES MONEY

BREASTFEEDING AND WORK



World Health
Organization



International Labour
Organization

LET'S MAKE IT WORK!

WHAT TRADE UNIONS CAN DO



INFORM WOMEN ABOUT
THEIR RIGHTS

ENSURE BREASTFEEDING
WOMEN'S VOICES ARE
HEARD THROUGH
CONSULTATIONS AND
NEGOTIATIONS

ADVOCATE FOR
MATERNITY PROVISIONS
THROUGH COLLECTIVE
AGREEMENTS

BREASTFEEDING SUPPORT IN THE
WORKPLACE BOOSTS STAFF MORALE

BREASTFEEDING AND WORK



World Health
Organization

International Labour
Organization

LET'S MAKE IT WORK!

WHAT CO-WORKERS CAN DO



BE SUPPORTIVE OF THE MOTHER WHO NEEDS TIME AND FLEXIBILITY TO BREASTFEED

ENCOURAGE NEW MOTHERS WITH A POSITIVE, ACCEPTING ATTITUDE

RECOGNIZE THAT THE MONTHS AFTER HAVING A BABY ARE SPECIAL

BREASTFEEDING SUPPORT IN THE WORKPLACE
MAKES A DIFFERENCE TO WORKING PARENTS