

FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA

NATHÁLIA FERREIRA DE OLIVEIRA SANTOS

TRABALHO DA MULHER GESTANTE: apontamentos sobre a proteção à
maternidade no ordenamento juslaboral brasileiro

BACHARELADO

EM

DIREITO

CARATINGA – MG

2019

NATHÁLIA FERREIRA DE OLIVEIRA SANTOS

TRABALHO DA MULHER GESTANTE: apontamentos sobre a proteção à
maternidade no ordenamento juslaboral brasileiro

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentada ao Curso de Direito da
Faculdade Doctum de Caratinga,
como requisito parcial à obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito do
Trabalho.

Orientador: Neuber Teixeira dos Reis
Júnior.

CARATINGA - MG

2019

TERMO DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso **TRABALHO DA MULHER GESTANTE** : Apontamento sobre a proteção à maternidade no ordenamento juslaboral brasileiro, elaborado Nathália Ferreira de Oliveira Santos foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

Caratinga 09 de dezembro 2019



Prof. Neuber Teixeira dos Reis Junior



Prof. Juliana Ervilha Teixeira Pereira



Prof. Márcio Xavier Coelho

Dedico este trabalho ao meu
sobrinho Higor Gonçalves Santos,
fonte de amor e encorajamento para
mim.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, primeiramente, que me deu força para concluir mais esta etapa de minha vida. Gostaria de agradecer à minha família, em especial minha mãe Marlene, ao meu pai Álvaro, ao meu irmão Álvaro Júnior e ao meu sobrinho Higor pela importância em minha vida. Aos professores Ivan Barbosa, Kleider, Salatiel, Rodolfo, Juliano e Neuber eu agradeço as orientações, materiais e livros emprestados, que tornaram possível a realização desse trabalho. A todos os amigos que de alguma forma fizeram parte dessa jornada, em especial Cíntia Barbosa, eu agradeço com um forte abraço.

“Para nós, mulheres, o exercício pleno da cidadania significa, sim, o direito à representação, à voz e à vez na vida pública, mas implica, ao mesmo tempo, a dignidade na vida cotidiana, que a lei pode inspirar e deve assegurar, o direito à educação, à saúde, à segurança, à vivência familiar sem traumas. O voto das mulheres traz consigo essa dupla exigência: um sistema político igualitário e uma vida civil não autoritária. Nós, mulheres, estamos conscientes que este país só será verdadeiramente livre quando, sem prejuízo de sexo, raça, cor, classe, orientação sexual, credo político ou religioso, condição física ou idade, for garantido igual tratamento e igual oportunidade de acesso às ruas, palanques, oficinas, fábricas, escritórios, assembleias e palácios. Nesse importante momento, em que toda a sociedade se mobiliza para uma reconstituição de seus ordenamentos, gostaríamos de lembrar, para que não se repita, o que mulheres já disseram no passado: ‘Se não for dada a devida atenção às mulheres, estamos dedicadas a fomentar uma rebelião, e não nos sentiremos obrigadas a cumprir leis para as quais não tivemos voz nem representação’ (Abigail Adams, 1776)”. (Carta das Mulheres aos Constituintes, 1987).

RESUMO

O presente projeto de pesquisa visa analisar a proteção à maternidade no ordenamento juslaboral brasileiro, com fundamento no direito fundamental de proteção à maternidade. Tendo em vista as alterações significativas muito recentes e antagônicas, a partir da Lei 13.467/ 2017 a chamada Reforma Trabalhista, da Medida Provisória nº 808 também em 2017 e com a decisão da ADI nº 5.938 em 2019. Uma vez que algumas das alterações proporcionaram grande instabilidade jurídica para a trabalhadora gestante, parte hipossuficiente e hipervulnerável na relação de emprego. Sendo assim de extrema importância analisar e discutir os aspectos mais importantes acerca dessa relação empregatícia. Inicialmente realizou-se uma análise histórica acerca do acesso da mulher no mercado de trabalho, bem como da evolução de direitos, principalmente, no que diz respeito à proteção à maternidade. Após, intentou-se compreender aspectos pertinentes relacionados à discriminação contra o trabalho da mulher e suas implicações na proteção à maternidade. E por fim, estudou-se a proteção ao trabalho da mulher gestante nas três fases da relação de trabalho, a pré-contratual, a do contrato de trabalho e o pós-contrato. Bem como a responsabilidade do empregador quando este viola direitos da trabalhadora, a partir de práticas discriminatórias em razão da gravidez. Destarte, com o presente trabalho concluiu-se que o principal empecilho para a efetivação da proteção à maternidade, no ordenamento juslaboral brasileiro é a discriminação contra o trabalho da mulher em razão da gravidez. E ser de suma importância dar voz a esta discussão, tendo em vista o valor social da maternidade.

Palavras-chave: Princípio da Proteção; Trabalho da Mulher; Discriminação; Responsabilidade Pré-contratual e Pós-Contratual; Meio Ambiente do Trabalho.

SUMÁRIO

LISTA DE TABELAS	09
LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS	10
INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I – PROTEÇÃO AO TRABALHO DA MULHER E À	
MATERNIDADE NO BRASIL	15
1.1 História do Trabalho da Mulher e a Evolução de Direitos no Brasil	15
1.2 O Trabalho da Mulher na atualidade: da proteção, da restrição e da flexibilização de direitos	21
1.3 Proteção à Maternidade e a Infância	28
CAPÍTULO II – A DISCRIMINAÇÃO AO TRABALHO DA MULHER	33
2.1 Participação no Mercado de Trabalho: Indicadores da Desigualdade e o Perfil de Ocupação	35
2.2 Da Discriminação ao Trabalho da Mulher e as Implicações na Proteção à Maternidade	37
2.2.1 Da Discriminação	37
2.2.1.1 Discriminação Positiva e Negativa	39
2.2.2 Da Origem Da Discriminação e a Maternidade como Principal Causa	42
2.3 Breves apontamentos acerca do "Direito de Ser": Da Tolerância Liberal e do Pluralismo de John Rawls x Heteronormatividade	46
CAPÍTULO III – DA PROTEÇÃO À MATERNIDADE NAS FASES DA	
RELAÇÃO DE EMPREGO	50
3.1 Proteção à Maternidade na Fase Pré-Contratual	51
3.1.1 Entrevistas de Emprego e Negociações Preliminares	52
3.1.2 Do Pré-contrato de Trabalho	57
3.2 Da Proteção à Maternidade na Fase Contratual	63
3.2.1 O Estado Gravídico e a Necessidade de um Meio Ambiente de Trabalho Seguro e Saudável	64
3.2.2 Do Assédio Moral em Razão da Gravidez	71
3.2.3 Da Estabilidade Provisória em Razão da Gestaçãõ	73
3.3 Da Extinção do Contrato de Trabalho e a Responsabilidade Pós-Contratual do Empregador	77

CONCLUSÃO	82
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	88

LISTA DE TABELAS

Tabela 01 - Distribuição percentual (%) da população de 25 a 49 anos de idade ocupada na semana de referência, por grupamentos ocupacionais do trabalho principal, segundo o sexo - Brasil - 4º trimestre – 2018	35
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI Ação Direta de Inconstitucionalidade

AGU Advocacia-Geral da União

CF Constituição Federal

CLT Consolidação das Leis do Trabalho

RE Recurso Especial

RO Recurso Ordinário

RR Recurso de Revista

STF Supremo Tribunal Federal

TRT Tribunal Regional do Trabalho

TST Tribunal Superior do Trabalho

INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho tem como princípio basilar a proteção daquele que se encontra em desvantagem na relação empregatícia. Destarte, “a proteção a quem trabalha é o que está no início, no princípio da existência de normas que protejam o trabalhador, em sua relação com o capital” (SEVERO, 2018, p. 40). O propósito deste princípio “consiste em tentar corrigir desigualdades, criando uma superioridade jurídica em favor do empregado, diante da sua condição de hipossuficiente” (BARROS, 2013, p. 142). Nesta lógica:

Admite-se que o “princípio da proteção do trabalhador” possa ter uma função importante em sede de produção legislativa. A sua função, todavia, deverá centrar-se no seguinte: por um lado, o “princípio da proteção do trabalhador” deve servir para orientar a tarefa do criador do Direito, facultando-lhe as pautas de valoração, os valores do sistema jus laboral e o sentido próprio do Direito do trabalho – os valores do subsistema laboral devem centrar-se no “princípio da proteção do trabalhador” e não em qualquer imperativo de ordem econômica ditado nomeadamente por instâncias internacionais, dado que a finalidade do Direito do Trabalho centra-se, primordialmente, na proteção do trabalhador e não na competitividade das economias nacionais; por outro lado, o princípio em causa poderá ter por função a salvaguarda de um núcleo intransponível ou irreduzível de direitos e garantias do trabalhador que deve permanecer intocável em qualquer caso, em qualquer circunstância e mesmo nas conjunturas mais adversas, por assentar em valores mais fortes da dignidade humana e da necessidade de proteção de alguns direitos pessoais e fundamentais do trabalhador (STF, 2012, *on-line*).

No que diz respeito a proteção ao trabalho da mulher, para muitos ainda significa meros privilégios e até mesmo motivo para discriminação. A reprodução de padrões de comportamento e de papéis na sociedade, diferentes para mulheres e homens, sustentam de um lado o preconceito e de outro inflam a luta contra a discriminação de gênero, dividindo opiniões.

Porém, quando aprofundamos o estudo na história do trabalho da mulher, podemos observar que o processo de inserção da mulher no mercado de trabalho sofreu grande influência negativa do Estado e da Igreja ao longo do tempo, para fins de formar um arcabouço de proteção aos interesses econômicos e de predominância masculina, fazendo com que a evolução de direitos da mulher não se desenvolvesse na mesma velocidade que os direitos conferidos aos homens.

A inserção da mulher no mercado de trabalho no Brasil, de acordo com os estudos nesta área, se deu no século XVIII, em um cenário que defendia o

enclausuramento das mulheres de classe alta em suas casas, dominadas pelos pais ou pelos maridos em nome da honra. Em contrapartida, a exploração do trabalho da mulher de classe inferior, principalmente da mulher negra, cenário que ainda influencia de forma negativa a participação da mulher no mercado de trabalho em dias atuais.

No que diz respeito à proteção ao trabalho da mulher, no ordenamento juslaboral pátrio, o primeiro passo se deu em 1932 com o Decreto do Trabalho da Mulher. No entanto, essas alterações foram marcadas pelo preconceito e pela preocupação com a prevalência da submissão feminina e da superioridade masculina.

Ademais, as principais mudanças só foram proporcionadas pelas normas de proteção ao trabalho da mulher, contidas no Título III, Capítulo III da Consolidação das Leis do Trabalho a CLT de 1943, bem como pela vigente Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com os artigos 5º caput e inciso I e o artigo 7º, incisos XX, XXII e XXX¹.

Se tratando da proteção à Maternidade e à Infância, podemos identificar uma intensa influência das normas internacionais da OIT – Organização Internacional do Trabalho, sobre a legislação brasileira. Esta proteção abrange, em destaque: a licença-maternidade; o parto antecipado; o aborto espontâneo; a amamentação; a garantia de emprego da gestante e a dispensa injusta no período de licença-maternidade. Porém, muitos destes direitos ainda são vistos como simples regalias dadas às mulheres, o que impulsiona ainda mais a discriminação.

Dessa forma, a participação da mulher no mercado de trabalho encontrou grandes empecilhos ao longo da história, que geram consequências negativas até hoje para a efetivação da proteção ao trabalho da mulher, bem como para as que se encontram em estado gravítico. Logo o objetivo do presente trabalho é analisar o trabalho da mulher gestante no ordenamento juslaboral brasileiro com fundamento no direito fundamental a proteção à maternidade.

¹ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

Dentro de um cenário atual de grandes alterações legislativas que geraram certa instabilidade jurídica para a trabalhadora, a partir da Reforma Trabalhista, que entrou em vigor 11 de novembro de 2017 e levando-se em consideração a importância da proteção à maternidade, por motivos que chegam a ser óbvios, pois está atrelada a proteção das futuras gerações, torna-se necessário aprofundar os estudos nesta seara do Direito.

Diante dos desafios de se analisar o assunto de forma imparcial, uma vez que existem sim diferenças biológicas entre mulheres e homens, que demandam um amparo legal diferente para a trabalhadora, principalmente no que se refere à gravidez. Tendo em vista que o trabalhador em geral é parte hipossuficiente² e vulnerável³ na relação trabalhista e, sendo que essa vulnerabilidade se intensifica se tratando da mulher, tendo em vista a gestação e a amamentação, podendo assim, a trabalhadora ser classificada como hipervulnerável.

Teve-se em vista, também, que a partir da discriminação sofrida em razão da gravidez a mulher, na maioria das vezes esta, arca, sozinha, com todo ônus e responsabilidade da gestação. E sob os fundamentos de que a Magna Carta estabelece a proteção e a promoção ao trabalho da mulher, a proteção à maternidade, devido ao valor social da gestação e da maternidade e que são de responsabilidade do Estado, da família e de toda a sociedade.

Portanto, buscou-se reunir dados e informações com este propósito, uma vez que é importante considerar os aspectos históricos e que, principalmente, com a evolução da humanidade, os antigos papéis na sociedade hoje estão sendo desconstruídos e reorganizados, de modo a atender mudanças sociais necessárias, conforme surgem novas tecnologias e novas formas de se organizar enquanto sociedade.

Neste contexto, a proposta do trabalho científico visa analisar, no primeiro capítulo, a evolução histórica a respeito da inserção da mulher no mercado de

² “Segundo o Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa ‘Diz-se de, ou pessoa que é economicamente fraca, que não é autossuficiente’”. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista28/revista28_88.pdf>. Acesso em: 29 de setembro de 2019.

³ “A vulnerabilidade é a qualidade de vulnerável (que é susceptível de ser exposto a danos físicos ou morais devido à sua fragilidade). O conceito pode ser aplicado a uma pessoa ou a um grupo social conforme a sua capacidade de prevenir, de resistir e de contornar potenciais impactos. As pessoas vulneráveis são aquelas que, por diversas razões, não têm essa capacidade desenvolvida e que, por conseguinte, se encontram em situação de risco. Disponível em: <<https://conceito.de/vulnerabilidade>>. Acesso em: 29 de setembro de 2019.

trabalho, atrelada à evolução da proteção conferida às trabalhadoras, bem como a proteção à maternidade no Brasil ao longo dos anos.

Em seguida, no segundo capítulo, pretende-se abordar assuntos pertinentes à discriminação sofrida pelas mulheres, no que diz respeito à relação de trabalho, como a participação e o perfil de ocupação no mercado de trabalho, a partir de indicadores da desigualdade.

Ainda no segundo capítulo, será abordado também o conceito de discriminação e suas Implicações na proteção à maternidade, bem como pretende-se tecer breves apontamentos acerca do "Direito de Ser", a partir da ideia de John Rawls acerca da tolerância liberal e do pluralismo, ao passo que será criticada a ordem social da heteronormatividade.

E por fim, no terceiro e último capítulo será examinado aspectos a respeito da proteção ao trabalho da gestante nas três fases da relação de emprego, a fase pré-contratual, a fase contratual e o pós-contrato de trabalho e a responsabilidade do empregador.

A abordagem teórico-metodológica utilizada, diz respeito a um estudo descritivo/analítico, amparado a um grande leque de fonte, especialmente bibliográficas, complementadas por informações e dados captados via internet.

A relevância de se pesquisar o tema escolhido se evidencia pelos bens tutelados pelo Estado em discussão, que seriam a trabalhadora gestante, bem como a maternidade, fundamentais para a manutenção da vida e saúde dos seres humanos. Ademais, a investigação do tema escolhido contribui ao campo de estudos onde está inserido, para o aprimoramento da ciência jurídica, favorecendo a construção de propostas ou reforço de correntes doutrinárias já existentes.

CAPÍTULO I – PROTEÇÃO AO TRABALHO DA MULHER E À MATERNIDADE NO BRASIL

A efetivação da proteção ao trabalho da mulher e da maternidade no Brasil encontra grandes empecilhos, tendo em vista que o respaldo legal existente foi conquistado a partir de muito esforço e luta, marcada por uma história que envolve questões religiosas e morais, submissão feminina face a supremacia masculina e desigualdade social.

O Estado e a Igreja influenciaram diretamente, desde o papel da mulher na sociedade, sua inserção no mercado de trabalho e em consequência, em como é desenhado o cenário de proteção ao trabalho da mulher ao longo do tempo.

De acordo com Maria Cristina Cacciamali e Guilherme Issamu Hirata:

A discriminação das mulheres no mercado de trabalho [...] se sobrepõe àquela de raça e incide, de forma altamente negativa, especialmente sobre a mulher negra. Ela se revela por meio de mecanismos de segregação social e ocupacional [...]. As maiores responsabilidades da mulher no que tange à família e o seu papel na reprodução biológica podem acarretar seu menor envolvimento e descontinuidade no exercício do trabalho. A existência de valores arraigados, numa dada sociedade, que levem à discriminação por raça e/ou gênero, significa que essas características exercem influência no mercado de trabalho, tanto na admissão em um determinado tipo ou relação de emprego quanto na definição de sua remuneração (2005, p. 770).

Destarte, “o direito do trabalho da mulher não caminhou *pari passu* com o direito do trabalho do homem, mediante diferenças das legislações aplicadas a cada gênero, oriundas de uma real desigualdade entre eles” (MELO, 2011, p. 1). Em pleno século XXI ainda pode-se observar que muitos direitos que protegem a mulher na relação trabalhista, que deveriam ser vistos como evolução do ordenamento juslaboral brasileiro, sendo considerados meros privilégios.

1.1 História do Trabalho da Mulher e a Evolução de Direitos no Brasil

No Brasil colônia, o papel da mulher em sociedade refletia o interesse estatal sob uma ótica religiosa, a partir de uma leitura bíblica que favorecia o homem. À mulher restava atender ao prazer masculino ou à necessidade de

procriação, culminando em uma necessidade de enclausuramento das mulheres, principalmente no que diz respeito as mulheres brancas e de alta classe social, em um cenário de supremacia masculina, no que diz respeito as decisões e ao trabalho.

As questões morais eram exaltadas. “A ‘casa’ não era apenas um lugar físico [...] ela representava uma honra a ser protegida” (COSTA, 2018, p. 435). Assim, “a reclusão doméstica ou nos conventos era para defesa da honra e virgindade, pois as mulheres eram consideradas ninho de pecados, e deviam permanecer longe de tentações” (DEL PRIORE, 2004 citado por COSTA, 2018, p. 435).

Assim, o panorama da inserção da mulher no mercado de trabalho, que se intensificou no século XVIII, era de regime patriarcal, com a mulher totalmente submissa ao homem. Segundo a historiadora Michelle Perrot as mulheres “sempre trabalharam, embora elas nem sempre exercessem ‘profissões’” (PERROT, 2005 citado por COSTA, 2018, p. 435).

Esta época é marcada pela Revolução Sentimental do século XVIII, onde as crianças receberam um novo papel na família. Antes eram vistos como “adultos em miniatura”, com a mudança passaram a ser vistos como um ser “angelical e infantil”, ao passo que a mulher recebia o papel de “mãe ideal”. “A criança se torna o laço que une a família em um amor romântico, sendo inaugurada a infância” (COSTA, 2018, p. 436). “Emerge desse novo regime a consolidação do discurso de ‘natureza feminina’, mulher frágil, emotiva, dependente, instintivamente maternal e sexualmente passiva” (COSTA, 2018, p. 436).

A mulher branca recebia o título de “Senhora do lar” e cabia-lhe apenas os assuntos referentes a casa, cuidado com os filhos e o bem-estar do marido (COSTA, 2018, p. 435). Para algumas dessas mulheres era permitido também desenvolver atividades laborativas relacionadas aos cuidados com doentes, a educação das crianças e a fiscalização de escravos (COSTA, 2018, p. 436/437).

Por outro lado, as mulheres de classes inferiores tinham o trabalho como necessário para fins de sustento. Assim, além de “cuidar das crianças, fiavam a lã, teciam e ajudavam a cultivar as terras (MELO, 2011, p. 2).

Mister salientar que havia uma prática comercial na época realizada pelas mulheres cativas, as chamadas “negras do tabuleiro”. Estas receberam da legislação portuguesa a licença para vender “doces, bolos, frutos, melaço, queijo, hóstias, agulhas, alfinetes, etc.” (MELO, 2011, p. 2):

Já naquela época fazia-se aflorar a discriminação enraizada na esteriotipação das classes entre os sexos e dentro do próprio sexo feminino, tendo em vista que a mulher branca tinha função matrimonial e maternal, enquanto que as negras nativas contribuíam apenas com o corpo para a satisfação do prazer, dentre outras atividades de menor valor (MELO, 2011, p. 2).

Porém, a exploração do homem com relação à mulher era tanta que não se permitia chamar essas atividades de trabalho. Ficando demonstrado que o desenho era de família patriarcal, comandada pelo homem e com a submissão da mulher. Neste sentido:

[...] sendo a família o âmbito primário de reprodução social; é também a reprodutora da desigualdade, uma vez que reproduz em seu cerne a hierarquização de papéis. Caracterizada como mão de obra gratuita, a mulher propiciou, e ainda permite, a autossuficiência das residências, provendo a infraestrutura para o funcionamento do sistema econômico mais amplo, exterior às famílias (COSTA, 2018, p. 437).

Na época uma saída era a educação, assim, muitas moças optavam pelos conventos, onde aprendiam música e latim (COSTA, 2018, p. 435). Em 1835 surgem no Brasil as primeiras escolas normais, passando a formar mulheres para o magistério (COSTA, 2018, p. 437).

“Considerando que as únicas profissões autorizadas para as mulheres eram as de professora e enfermeira para aquelas que tinham acesso à instrução, e domésticas, operárias, costureiras e telefonistas, nas camadas mais baixas” (COSTA, 2018, p. 437).

No final do século XIX e início do século XX, intensifica a presença das mulheres nas fábricas. De acordo com a pesquisa de Maria Valeria Juno Pena, em 1872 76% do trabalho assalariado nas fábricas era composto por mulheres

(PENA, 1981, p. 182), mão de obra mais barata e assim mais atrativa para as empresas. Mulheres de classe social inferior e com a única opção senão trabalhar. Há registros de que até 1924 as mulheres ainda costuravam à mão nas indústrias de sacaria:

As mulheres estavam expostas a trabalhos prejudiciais à saúde, com longas jornadas, colocando em risco a sua segurança e a sua vida, recebendo salários inferiores aos pagos aos homens. Assim, naquela época, nem se cogitava a proteção da gestação ou quanto à amamentação da mulher que exercia o trabalho (GARCIA, 2017, p. 1.100).

Este cenário começa a apresentar possíveis mudanças em 1912 com o projeto do código de trabalho, que trazia normas específicas de proteção ao trabalho da mulher como “liberdade para obtenção de emprego, independentemente de autorização do marido, jornada diária limitada a 8 horas” e licença maternidade (MELO, 2011, p. 3).

Porém este projeto não foi aprovado, uma vez que foi considerado uma desonra para os maridos não mais ter de autorizar suas mulheres a trabalharem, bem como poderia “tornar a gravidez rentável por conta do adicional” (MELO, 2011, p. 4).

Ressaltando que com o Código Civil de 1916 essa situação de discriminação tomou ares de legalidade, uma vez que determinava a submissão da mulher ao homem, sendo considerada relativamente incapaz e dependente para exercer atos da vida civil, sujeitando a mulher também à autorização do marido ou do pai para trabalhar, conforme inciso VII do artigo 242⁴ do referido diploma legal.

Em 1919 é criada a Organização Internacional do Trabalho a OIT que tem o Brasil como um dos seus fundadores. Foi estabelecida a partir do Tratado de Versalhes, que pôs fim à Primeira Guerra Mundial e tem como principal objetivo promover a justiça social, a partir da criação e aplicação de normas internacionais no âmbito do trabalho. No mesmo ano da sua criação aconteceu a edição de seis convenções com normas destinadas à proteção ao trabalho da mulher.

⁴ Art. 242. A mulher não pode, sem autorização do marido: VII - Exercer a profissão.

Já em 1932, mediante a “pressão de novas realidades sociais” (STF, 2019, *on-line*), principalmente, mediante as pressões internacionais, mas ainda sob a influência do modelo de sociedade patriarcal, acontece a aprovação das primeiras normas de proteção ao trabalho da mulher, a partir do Decreto 21.417.

Dentre elas a proibição da discriminação salarial, proibição do trabalho noturno e em locais insalubres, bem como instituição de períodos de descanso para amamentação e licença maternidade. No entanto, tornou menos atrativo o emprego de mulheres, assim em 1850 passou para 23% o número de mulheres em empregos assalariados (PENA, 1981, p. 182). Neste sentido:

Após essa fase de formação da legislação protecionista ao trabalho da mulher, observou-se que, justamente em razão das referidas leis, as mulheres eram muitas vezes discriminadas no mercado de trabalho. Os empregadores preferiam não contratar o trabalho feminino, por serem as suas regras mais restritivas, com diversas proibições, gerando preferência pelo trabalho do homem. Assim, de certo modo contraditório, a legislação que tinha o objetivo de proteger as mulheres passou a ser fonte de discriminação, prejudicando o seu trabalho (GARCIA, 2017, p. 1.100).

A partir daí, as constituições, a passos lentos, começaram a garantir direitos básicos de proteção ao trabalho da mulher. Em 1943 o governo institui a Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT, que traz em seu corpo artigos de proteção ao trabalho da mulher. Como, por exemplo, o artigo 372 que dispõe “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” (grifou-se)⁵. Assim:

A mulher trabalhadora[...] passou a ter proteção legal expressa e específica em capítulo especial daquele diploma legal. Trata-se do Título III, capítulo III, da Consolidação das Leis do Trabalho, que estabelece normas cujo principal objetivo fora inserir as mulheres no mercado de trabalho em igualdade de condições com os homens, proteger as mulheres do preconceito e da discriminação no ambiente do trabalho remunerado, garantir às mulheres condições específicas, considerando principalmente as características próprias da mulher quanto à gestação e maternidade (STF, 2019, *on-line*).

⁵ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em: 29 de setembro de 2019.

Ainda na segunda metade do século XX, o governo sofria pressão internacional a partir das convenções internacionais:

[...] deve-se assinalar o impacto e a influência de documentos como a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, de 1979, a Declaração e o Programa de Ação da Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena, de 1993, o Plano de Ação da Conferência Mundial sobre População e Desenvolvimento do Cairo, de 1994, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, de 1994 e a Declaração e a Plataforma de Ação da Conferência Mundial sobre a Mulher de Pequim, de 1995. Esses instrumentos internacionais inspiraram e orientaram o movimento de mulheres a exigir, no plano local, a implementação de avanços obtidos na esfera internacional (PIOVESAN, p. 4).

Neste sentido:

O movimento feminista brasileiro foi um ator fundamental nesse processo de mudança legislativa e social, denunciando desigualdades, propondo políticas públicas, atuando junto ao Poder Legislativo e, também, na interpretação da lei. Desde meados da década de 70, o movimento feminista brasileiro tem lutado em defesa da igualdade de direitos entre homens e mulheres, dos ideais de Direitos Humanos, defendendo a eliminação de todas as formas de discriminação, tanto nas leis como nas práticas sociais. De fato, a ação organizada do movimento de mulheres, no processo de elaboração da Constituição Federal de 1988, ensejou a conquista de inúmeros novos direitos e obrigações correlatas do Estado, tais como o reconhecimento da igualdade na família, o repúdio à violência doméstica, a igualdade entre filhos, o reconhecimento de direitos reprodutivos, etc (BARSTED, 2001, p. 35 citado por PIOVESAN, p.3).

Assim, as principais mudanças só foram proporcionadas pela Constituição de 1988, principalmente no que diz respeito a promoção ao trabalho da mulher em igual valor. Conforme ressalta o Ministro do STF Edson Fachin:

A Constituição de 1988 é o texto constitucional brasileiro mais comprometido com a igualdade de gênero. Além da referência expressa à igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I, CRFB), em capítulo específico destinado à família, o constituinte equiparou a participação de homens e mulheres na condução da família (art. 226, §5º, CRFB), merecendo falar-se também na expressa proibição da discriminação no mercado de trabalho em razão do gênero (art. 7º, XXX, CRFB). A participação das mulheres no processo constituinte foi de crucial relevância para que este tenha sido o desfecho da proteção dos direitos fundamentais das mulheres, de forma expressa e inequívoca, no texto constitucional de 1988 (STF, 2019, *on-line*).

Tais mudanças foram impulsionadas, mais uma vez pela luta das mulheres:

Na avaliação do movimento de mulheres, um momento destacado na defesa dos direitos humanos das mulheres foi a articulação desenvolvida ao longo do período pré-1988, visando à obtenção de conquistas no âmbito constitucional. Esse processo culminou na elaboração da Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes, que contemplava as principais reivindicações do movimento de mulheres, a partir de ampla discussão e debate nacional. Em razão da competente articulação do movimento durante os trabalhos constituintes, o resultado foi a incorporação da maioria significativa das reivindicações formuladas pelas mulheres no texto constitucional de 1988 (PIOVESAN, p. 3).

Mesmo assim, observa-se que muito ainda há de evoluir no ordenamento jus laboral pátrio, uma vez que “a sociedade brasileira, não obstante todo o avanço já registrado, ainda carece de decisões políticas efetivas na direção da igualdade entre homens e mulheres, e na proteção da mulher gestante e lactante” (STF, 2019, *on-line*).

E os desafios perduram. Catharine Mackinnon denuncia “a dominação masculina das cadeiras do Poder Legislativo impedem o avanço da igualdade de gênero nas políticas públicas” (MACKINNON, 1989 citado por STF, 2019, *on-line*). Portanto:

Em um sistema fundado e definido por princípios e valores essencialmente masculinos, as questões públicas e privadas das mulheres acabam por ser negligenciadas e subvalorizadas, negando-se visibilidade à própria existência feminina, às demandas tipicamente femininas, às necessidades próprias da mulher e da sua condição de ser no mundo (STF, 2019, *on-line*).

Sendo assim, de extrema importância que esse assunto seja estudado a fundo, ademais seja amplamente discutido para que o Estado fomente políticas públicas importantes para a evolução dos direitos da mulher evolua da forma necessária para a evolução da nossa sociedade.

1.2 O Trabalho da Mulher na atualidade: da proteção, da restrição e da flexibilização de direitos

A proteção ao trabalho da mulher é um desdobramento do princípio da proteção que dá origem ao Direito Trabalho. Este princípio proporciona equilíbrio à relação trabalhista, tal como o Direito do Consumidor traz para a relação de consumo. Uma vez que “o empregado de ‘chão de fábrica’ é inegavelmente vulnerável do ponto de vista negocial, hierárquico, econômico, técnico, social e informacional” (DORNELES, 2013, p. 203).

Assim “o polo mais fraco da relação de emprego merece um tratamento jurídico superior [...] por meio de medidas protetoras, para que se alcance a efetiva igualdade substancial” (GARCIA, 2017, p. 94). Tendo em vista que na relação empregatícia “os seus titulares normalmente se apresentam em posições socioeconômicas desiguais” (GARCIA, 2017, p. 94).

Portanto:

[...] a existência do Direito do Trabalho só pode ser compreendida a partir de um princípio norteador: a necessidade histórica (econômica, social, fisiológica e inclusive filosófica) de proteger o ser humano, que, para sobreviver na sociedade do capital, precisa ‘vender’ sua força de trabalho. Portanto, a proteção a quem trabalha é o que está no início, no princípio da existência de normas que protejam o trabalhador, em sua relação com o capital” (SEVERO, 2018, p. 40).

Não obstante, tendo em vista o trabalhador em geral ser considerado parte vulnerável na relação de emprego, a mulher torna-se parte hipervulnerável, diante desta relação. Uma vez que:

[...] o direito do trabalho prevê um padrão básico de proteção para os empregados em geral (presumidamente vulneráveis), mas a este padrão protetivo somam-se proteções específicas, conforme a vulnerabilidade se apresente, presumidamente, acentuada (hipervulnerabilidade). É o caso, por exemplo, das mulheres, beneficiárias de proteções adicionais como as previstas no art. 10, II, b do ADCT (estabilidade da gestante) e no art. 9º, § 2º, II da Lei nº 11.340/2008 (direito de afastamento temporário do emprego em casos de violência doméstica), entre outras (DORNELES, 2013, p. 295).

Destarte, a classificação como vulnerável fundamenta-se no princípio da igualdade considerando o direito à diferença. Ou seja, parte da ideia de se “identificar os grupos em que há uma ‘unidade diferencial’ coletiva e mantê-la sem suprimi-la, sem querer transformar a diferença em ‘igualdade’ ou

‘normalidade’” (MARQUES e MIRAGEM, 2012, citado por DORNELES, 2013, p. 294). Aprofundando o conceito:

[...] a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação (MARQUES, et al, citado por DORNELES, 2013, p. 294).

Nessa perspectiva, “guia a aplicação das normas protetivas, visando à igualdade e à justiça equitativa” (MARQUES, et al, 2010, p. 198 citado por DORNELES, 2013, p. 294). Assim, “o (...) Direito do Trabalho conserva as distinções entre todos eles; estabelece categorias; assinala diferenças de tratamento; cria estatutos especiais (...); singulariza as relações laborais (...); individualiza as empresas” (DOMINGUES, citado por DORNELES, 2013, p. 294).

Na atualidade, a Constituição de 1988 é um instrumento vital para a promoção ao trabalho da mulher e para a efetivação da proteção à trabalhadora, como dito, parte hipervulnerável na relação de emprego. Mister salientar os incisos XX, XXII e XXX do art. 7º da Magna Carta, compreendidos no capítulo dos direitos sociais.

Porém, no que diz respeito a proteção há uma linha tênue que pode culminar na restrição ao trabalho da mulher. Assim, uma das dificuldades de se garantir efetivamente a proteção ao trabalho da mulher sem que seja impulsionada a discriminação, como aconteceu em 1932 e nos anos seguintes, está intimamente ligada ao fato de que algumas normas limitam a mulher de certos trabalhos, ou pela sensação de que algumas normas não passam de meras liberalidades.

Como o Decreto nº 21.417-A de 1932 que vedava o trabalho da mulher em indústrias e comércios no período noturno, bem como o artigo 379⁶ da CLT. Ou como o artigo 387⁷ da CLT, que proibia o trabalho da mulher nas indústrias insalubres, ambos revogados pela lei 7.855 de 1989. Ou ainda o artigo 376⁸ da

⁶ Art. 379 - É vedado à mulher o trabalho noturno, exceto às maiores de 18 anos (...).

⁷ Art. 387 - É proibido o trabalho da mulher: a) nos subterrâneos, nas minerações em subsolo, nas pedreiras e obras, de construção pública ou particular; b) nas atividades perigosas ou insalubres, especificadas nos quadros para este fim aprovados.

⁸ Art. 376 - Somente em casos excepcionais, por motivo de força maior, poderá a duração do trabalho diurno elevar-se além do limite legal ou convencional, até o máximo de 12 horas, e o salário-hora será, pelo menos, 25% superior ao da hora normal.

CLT revogado pela Lei 10.244 em 2001, que proibia, para a mulher, o trabalho extraordinário, salvo força maior.

Assim, normas obsoletas e ultrapassadas foram sendo revogadas e outras vão sendo incorporadas, como a Lei 9.799 de 1999 (STF, 2019, *on-line*), que incluiu na CLT:

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: (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999) 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; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999) 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; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999) 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; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999) IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999) 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; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999) VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias. (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999) 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.

Importante destacar, o artigo 384⁹ da CLT que previa um descanso de 15 minutos para a mulher, na hipótese de prorrogação da jornada de trabalho, que só foi revogado pela Lei nº 13.467 em 2017, não havendo justificativa plausível para tal diferenciação:

O intervalo do art. 384 só seria possível se houvesse idêntica disposição para os trabalhadores do sexo masculino. A pretensão almejada pelo art. 384 da CLT poderia caracterizar um obstáculo à contratação de mulheres, na medida em que o empregador deveria certamente admitir homens, pois não teria a obrigação de conceder aquele descanso. Logo, o que seria uma norma protetiva acabaria por se tornar um motivo para preterição” (BARROS, 2017, p. 708).

⁹ Art. 384 - Em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso de 15 minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário do trabalho.

Ademais, um ponto importante a ser abordado pois dá causa a grandes discussões, diz respeito as atividades que demandam o uso da força. “É sabido que, em diversos países, as mulheres trabalham com pesos, como ocorre na Índia, com as ‘peoas de alvanel’, que carregam pesados materiais de construção, nos países africanos e até no Brasil, sobretudo no campo, transportando água, lenha e cereais” (BARROS, 2017, p. 709).

O artigo 390 da CLT, ainda vigente, dispõe que:

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.

Neste sentido, “estudos realizados no campo da fisiologia revelam que o sistema muscular da mulher é menos desenvolvido do que o do homem. Aos 20 anos, a sua força muscular corresponde, em média, a 65% da força masculina e, aos 55 anos, decresce para 54 %” (BARROS, 2017, p. 709). E é sabido que “abortamentos espontâneos e partos prematuros têm sido associados ao trabalho contínuo com levantamento de cargas pesadas” (BIRYUKOVA citado por BARROS, 2017, p. 709).

Em compensação, para alguns doutrinadores, mesmo havendo diferenças físicas entre mulheres e homens, não há justificativa para este dispositivo ainda estar em vigor, sendo necessária “apreciação de cada caso às condições pessoais da empregada, ao tempo consumido na atividade, às condições de serviço, mas sempre atentos ao disposto no art. 483, ‘a’, da CLT”, por determinar que “o empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando: a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato”.

Demonstrando assim um conflito, entre deixar em vigor o referido artigo ou abolir, temendo a restrição e a discriminação, ao passo que pode ensejar o abuso do trabalho da mulher além de sua força física, principalmente no estado gravídico, uma vez que deixa a trabalhadora a mercê do bom senso do

empregador. “Por outro lado, a desvantagem da fisiologia muscular feminina também não constitui obstáculo que não possa ser removido por uma organização de trabalho eficiente e pela utilização dos modernos recursos da técnica, capazes de alterar a natureza das atividades que exigem força física” (BARROS, 2017, p. 710).

Corroborando de forma negativa o pensamento arcaico lá de 1937 que defendia que “a organização do trabalho feminino deve ser feita de molde a não roubar à mulher o tempo imprescindível ao cuidado de seus rebentos” (RAMOS citado por BARROS, 2017, p. 708) e de que “uma boa mãe **durante os anos de fecundidade, que são centrais de sua vida, não pode ser nem deverá ser outra coisa, senão mãe**”(grifou-se) (VIANA citado por BARROS, 2017, p. 709).

Reforçado por doutrina recente que considera:

[...] um dos pontos mais importantes, **sem a menor dúvida**, entre as necessidades de proteção ao trabalho feminino, é o relativo à duração do trabalho, pois a mulher, trabalhadora, ao deixar a loja ou oficina, encontra, ainda, no seu lar, **tarefas a realizar e que são próprias do seu sexo**: a arrumação da casa, o conserto do vestuário, o preparo da alimentação, o cuidado dos filhos” (grifou-se) (MARANÓN citado por BARROS, 2017, p. 709).

Destarte, “a diferença entre homens e mulheres não traduz fundamentos para tratamento diferenciado, salvo em condições especiais, como a maternidade” (BARROS, 2017, p. 708). Com isso, proteger o trabalho da mulher é de extrema importância, “notadamente, quanto ao estado de gestante e maternidade, que são de responsabilidade da sociedade como um todo, não podendo servir de fatores de discriminação contra a mulher” (GARCIA, 2017, p. 1.102). Dessa forma:

A legislação de proteção da mulher, ficou mais centrada nos aspectos que realmente merecem atenção da sociedade, em especial o estado de gestante e a maternidade. Objetiva-se que esses fatores não sirvam de óbice para a contratação de trabalho feminino, nem de diferenciação salarial ou de discriminação quanto às demais condições de trabalho. A discriminação no âmbito das relações de trabalho, especialmente em razão de gênero ou sexo, passou a ser combatida por medidas jurídicas, com destaque para a promoção ao trabalho da mulher (GARCIA, 2017, p. 1.100).

Outro ponto importante a ser discutido, diz respeito a flexibilização das normas trabalhistas que vêm ocorrendo nos últimos anos no Brasil. Como por exemplo, as alterações ocorridas após a redação dada pela Lei 13.467 de 13 de julho de 2017, com a chamada Reforma Trabalhista, que para alguns doutrinadores representaram uma mitigação no princípio da proteção, gênese do

Direito do Trabalho, uma vez que mitigou normas de proteção do trabalhador no Estado brasileiro, tornando-as precárias, violando princípios constitucionais.

Sobre a reforma, os pesquisadores e membros do Grupo de Trabalho Reforma Trabalhista, do Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho - Cesit, Instituto de Economia, Unicamp destacaram que:

A reforma procura ampliar a liberdade das empresas manejar o trabalho de acordo com as suas necessidades, fundamentalmente buscando eliminar eventuais entraves ou obstáculos oriundos das instituições públicas. Assim, ela tem a finalidade de “legalizar” práticas de flexibilização e de redução de custos e ampliar ainda mais o cardápio de opções de manejo da força de trabalho. Entre os inúmeros problemas deste processo, estão: (1) anotação de que uma simples redução do custo do trabalho possa ser suficiente para aumentar a competitividade da economia, que é muito mais complexa e deve ser vista como sistêmica, onde há inúmeros fatores que incidem sobre a capacidade de gerar desenvolvimento; (2) a redução de custos de trabalho, além de não resolver o problema econômico do país, traz imensas dificuldades para construir um país com inclusão social e proporcionar a todos os membros da sociedade a possibilidade de usufruir dos resultados do progresso técnico (KREIN, et. al., 2018, p. 63)

Com a reforma, especificamente com as alterações ocorridas nos incisos II e III, do artigo 394-A¹⁰ da CLT, a proteção do trabalho insalubre, a proteção ao trabalho da mulher e a proteção à maternidade e à infância estão sendo precarizados, pois, reverte à trabalhadora, parte hipossuficiente e hipervulnerável na relação trabalhista, um ônus que antes era do empregador.

Em destaque a expressão “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento” viabilizam uma possibilidade maior do contato da trabalhadora, do feto durante a gestação ou do infante, durante a amamentação, direta ou indiretamente, à exposição a agentes insalubres, nocivos à saúde.

¹⁰ 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.

Neste sentido, no dia 30 de abril do presente ano, em sede de medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI, de nº 5.938, o Ministro Relator Alexandre de Moraes, decidiu sobre o tema, ao ressaltar que:

[...]A proteção a maternidade e a integral proteção à criança são direitos irrenunciáveis e não podem ser afastados pelo desconhecimento, impossibilidade ou a própria negligência da gestante ou lactante em juntar um atestado médico, sob pena de prejudicá-la e prejudicar o recém-nascido. Dessa maneira, entendo, em juízo de cognição sumária, que as expressões impugnadas não estão em consonância com os dispositivos constitucionais supramencionados, os quais representam não apenas normas de proteção à mulher gestante ou lactante, mas também ao nascituro e recém-nascido lactente (STF, 2019, *on-line*).

Em seu voto no pleno do Supremo Tribunal, em 29 de maio, também deste ano, o Ministro confirmou sua defesa pela retirada da expressão contida no referido artigo discutida na ADI destacando:

A inconstitucionalidade consiste no fato de as expressões impugnadas permitirem a exposição de empregadas grávidas e lactantes a trabalho em condições insalubres. Mesmo em situações de manifesto prejuízo à saúde da trabalhadora, por força do texto impugnado, será ônus desta a demonstração probatória e documental dessa circunstância, o que obviamente desfavorece a plena proteção do interesse constitucionalmente protegido, na medida em que sujeita a trabalhadora a maior embaraço para o exercício de seus direitos (STF, 2019, *on-line*).

No mesmo sentido votou o Ministro Edson Fachin, que ressaltou:

Aqui, a Constituição está a proteger o tripé "maternidade, nascituro e infância". É exatamente nessa perspectiva que se impõe às mulheres - cuja naturalização das discriminações e cuja invisibilidade da sua própria condição de seus direitos, não raro, decorrem de uma sociedade e de um Estado que têm ainda deveres a cumprir nessa seara - mais esse ônus de apresentar, segundo a regra, atestado de saúde por "médico de confiança" [...]. A afronta ao texto constitucional parece-me efetivamente direta. E não se trata de reconhecer às mulheres qualquer benesse do ponto de vista constitucional. Todos sabemos da história constitucional brasileira, que o processo constituinte albergou um conjunto de elementos protetivos das mulheres, precisamente, pela sua conquista e luta histórica no plano da autodeterminação e da legitimidade de suas respectivas escolhas (STF, 2019, *on-line*).

Portanto, é necessário identificar uma "naturalização de práticas discriminatórias em razão do sexo, práticas estas que, independentemente de

sua motivação, são flagrantemente inconstitucionais, e por disposição expressa do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro” (STF, 2019, *on-line*).

Tendo em vista que a flexibilização de normas que protegem o trabalho da mulher não pode encontrar justificativa na tentativa de não disseminação da discriminação, nem tampouco uma estimulação da igualdade entre mulheres e homens na relação de emprego.

Uma vez que “não há correspondência entre a obrigação imposta às mulheres e o fim protetivo supostamente almejado” (STF, 2019, *on-line*). “Eventuais discriminações serão punidas nos termos da lei, e o próprio texto constitucional determina de maneira impositiva”, nos termos do artigo 7º, inciso XX da CF/88 (STF, 2019, *on-line*).

1.3 Proteção à Maternidade e a Infância

A proteção à maternidade e a infância é um direito fundamental que encontra respaldo na Constituição Federal de 1988. Este direito aparece em nossa Carta Magna, primeiramente, no artigo 6º no rol dos direitos sociais. Importante salientar que:

O conjunto dos Direitos sociais foi consagrado constitucionalmente como uma das espécies de direitos fundamentais, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado Democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal (STF, 2019, *on-line*).

Para muitos doutrinadores, este artigo dá razão para um considerável número de normas que protegem e promovem o trabalho da mulher, no ordenamento jurídico brasileiro. Uma vez que em consequência, abarcam a proteção à maternidade e à infância. Significa assim, proteger o bem mais precioso de uma sociedade, qual seja, o futuro das próximas gerações.

Nesta lógica, “a proteção a maternidade e a integral proteção à criança são direitos irrenunciáveis” (STF, 2019, *on-line*). Uma vez que promover a

proteção ao recém-nascido e a criança, deve ser prioridade na tutela estatal no artigo 227 da Constituição, que estende este dever para a família e também para toda a sociedade.

Destarte, torna-se imensurável a necessidade de se proteger a mulher, da discriminação em função da maternidade, no que diz respeito à garantia do acesso e permanência no emprego, bem como a um ambiente de trabalho saudável. Portanto:

A maternidade tem uma função social pois dela depende a renovação das gerações. As medidas destinadas a proteger as mulheres em decorrência de gravidez ou de parto, vinculadas a um contrato de trabalho, não constituem discriminação, seu fundamento reside na salvaguarda da saúde da mulher e das futuras gerações (STF, 2019, *on-line*).

Nesta lógica:

[...] a proteção à maternidade transcende a vida privada da gestante e de sua família, provocando a renovação das gerações e, por isso, é um tema de interesse e importância universal. Além disso, a inserção da proteção à maternidade impede qualquer prática que comprometa os direitos e garantias já alcançadas no tocante ao tema, tais como, por exemplo, a licença maternidade, estabilidade provisória, períodos de amamentação e assistência médica. Ademais, busca também direcionar as futuras normas criadas pelo Legislador e políticas públicas pelo Poder Executivo (LIMA, p. 14).

A proteção à maternidade e à infância no Brasil, nos moldes de hoje, sofreu grande pressão internacional no passado, para a ampliação de direitos que salvaguardam o trabalho da mulher. Neste sentido, podemos destacar as convenções internacionais no âmbito do trabalho:

De acordo com a OIT, a proteção à maternidade inclui a prevenção da exposição da mulher a riscos à saúde e à segurança durante e depois da gravidez; o direito da gestante à licença remunerada, ao retorno ao trabalho depois do período das licença e a intervalos para amamentação após a retomada das atividades; e a proteção contra a discriminação e a dispensa (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, 2013 citado por TEODORO e SILVA, p. 3).

Como por exemplo a Convenção nº 03 de 1.919 que, dentre outros direitos, que vedou ao empregador dispensar a mulher em estado gravídico ou no período de licença obrigatória. Outro momento importante para a proteção do trabalho da mulher, em consequência a proteção à maternidade, ocorreu em 1.952 na Convenção nº 103, que foi ratificada pelo Brasil conforme o Decreto Legislativo nº 20 em 1.965. Esta convenção:

[...] entre outros avanços ampliou as proteções à maternidade para as mulheres empregadas de setores não industriais, como as agrícolas, domésticas e as que trabalhavam em domicílio, deixando a cargo de cada país a regulamentação acerca de quando a gestante gozaria a

licença remunerada, mas que deveria ser concedida obrigatoriamente após o parto e nunca inferior a 06 (seis) semanas (LIMA, p. 8).

Importante dizer que, mesmo com a evolução de direitos, a Recomendação n° 95 da OIT de 1.952, estabelecia “que a empregada gestante poderia ser demitida caso apresentasse uma postura desidiosa no trabalho em decorrência de faltas e, também expressamente previa que inexistia proteção da gestante nos contratos com prazo determinado” (LIMA, p. 8).

Este entendimento só foi alterado em ano de 2012, “momento em que o Tribunal Superior do Trabalho reformou o teor da Súmula 244, e passou a admitir a proteção da gestante, mesmo nos contratos em que a gestação se inicie no contrato a termo, no aviso prévio ou no contrato por experiência, como acima indicado” (LIMA, p. 8).

No que diz respeito às alterações originárias do Poder Legislativo brasileiro, apenas em 1943, na instituição da CLT, conforme o artigo 391, ficou impossibilitada a dispensa em razão da gravidez. Ademais, neste processo de ampliação da proteção à maternidade no ordenamento jus laboral brasileiro, podemos destacar a Lei 6.136 de 1974 que transferiu para a Previdência Social o ônus de arcar com os salários das gestantes afastadas da atividade laboral, ônus este que antes era do empregador.

Com o advento da Constituição de 1988, o constituinte originário permitiu que a proteção à maternidade tomasse bases mais sólidas. Sob o fundamento do princípio da dignidade humana. Neste sentido, podemos destacar o artigo 10, inciso II, alínea ‘b’ do ADCT¹¹, que garantiu a estabilidade provisória de cinco meses após o parto. E o artigo 7º, inciso XVIII que ampliou a licença maternidade para 120 (cento e vinte) dias. Bem como os artigos 196, 201 inciso II, e 203 inciso I.

No âmbito infraconstitucional, podemos citar como relevantes, as Leis 8.212 e 8.213, ambas de 1991, que instituíram o benefício previdenciário de salário-maternidade. A Lei 9.029 de 1995, que instituiu normas que coíbem práticas discriminatórias e limitativas em função do sexo. A Lei 11.324 de 2006, que estendeu às empregadas domésticas o direito à estabilidade provisória e licença maternidade. A Lei 11.770 de 2008 que instituiu o Programa Empresa

¹¹ Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Cidadã, que além de outras normas, ampliou a licença-maternidade de servidoras públicas para 180 (cento e oitenta dias).

Bem como a Lei 12.812 de 2013, que ampliou a proteção às mulheres que engravidam no período do aviso prévio ou do contrato por prazo determinado. Sendo que todas essas normas significaram um grande avanço para garantia do acesso ao emprego, como também possibilitando a permanência das mulheres em suas atividades laborais, ou seja, sendo garantido o direito ao pleno emprego às mulheres.

Outro ponto importante, para a proteção ao trabalho da mulher, bem como para a proteção à maternidade e a infância, é a garantia ao meio ambiente salubre. Sendo assim:

A proteção contra a exposição da gestante e lactante a atividades insalubres caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher quanto da criança, tratando-se de normas de salvaguarda dos direitos sociais da mulher e de efetivação de integral proteção ao recém-nascido, possibilitando seu pleno desenvolvimento, de maneira harmônica, segura e sem riscos decorrentes da exposição a ambiente insalubre (CF, art. 227) (STF, 2019, *on-line*).

Portanto, no que diz respeito às gestantes e lactantes, sendo de extrema importância exigir:

[...] respeito à sua condição conjuntural de gestante e lactante, condição essa para a qual não é possível qualquer juízo de comparação com os homens, far-se-ia necessário coibir, também pelo princípio da proteção integral e do melhor interesse da criança, o risco à saúde potencialmente gerado por ambientes insalubres, em qualquer grau (STF, 2019, *on-line*).

Portanto, a proteção à maternidade no Brasil, foi impulsionada pelas normas estabelecidas pela OIT, significando grande marco para o Direito Brasileiro, uma vez que, através delas, o ordenamento juslaboral brasileiro conseguiu dar passos mais largos para proteger a gravidez, o nascituro e a saúde do trabalho.

CAPÍTULO II – A DISCRIMINAÇÃO AO TRABALHO DA MULHER

Mesmo com o avanço no que diz respeito à proteção e à promoção ao trabalho da mulher, bem como a proteção à maternidade, muitos são os desafios para que esses direitos fundamentais sejam efetivados, uma vez que a contratação e a permanência da mulher no emprego encontram um empecilho histórico, a discriminação, por questões de gênero, que se intensifica quando se trata da gravidez e da maternidade.

Hodiernamente, se evidenciam as discussões acerca das práticas discriminatórias que preterem a mulher no mercado de trabalho, uma vez que a OIT pressiona o ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista as mudanças do papel da mulher na sociedade. Intimamente relacionadas às mudanças ocorridas na visão da mulher de si, enquanto cidadã que possui direitos e deveres a serem respeitados, dona de seu pensamento, interesses e escolhas.

Como já visto, o cenário atual é muito diferente do que ocorria no início da vigência do Código Civil de 1916. Por isso:

A atenção dada às relações de gênero, em épocas mais recentes, permitiu fosse conhecida a realidade do trabalho feminino, também no que concerne às diferenças naturais (biológicas) entre os sexos que **exigem proteção (à gravidez, à maternidade, à saúde), mas recusando os estereótipos sob os quais estava fundada**. Confirmadas, porém, as mudanças na participação da mulher como força de trabalho, e o aumento das oportunidades de emprego com a abertura de novas áreas de acesso, resultantes de inovações legais, tecnológicas e organizacionais, não se deu, como se poderia esperar, qualquer mudança na hierarquia funcional e técnica da organização laboral. Ainda prepondera a supremacia do masculino, encontrando-se a maioria das mulheres trabalhadoras em atividades de baixa remuneração, sem conseguir ascender aos cargos de chefia ou direção (grifou-se) (COUTINHO, 2006, p. 36).

Um importante instrumento de direito internacional contra este tipo de discriminação, que influencia as normas brasileiras, é a Declaração dos Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho, da OIT¹², publicada em 1998. Ela trata a discriminação no ambiente de trabalho em suas inúmeras formas como “questão de direitos humanos” e ressalta que “a discriminação no trabalho é a própria negação de direitos à pessoa do trabalhador” (COUTINHO, 2006, p. 06).

Neste sentido:

¹² Disponível em: <https://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration_portuguese.pdf>. Acesso em 19 de setembro de 2019.

[...] o combate à discriminação se assume como uma necessidade permanente quando da pretensão de atingir um trabalho digno, em condições de liberdade, igualdade de oportunidades, proteção, e garantia à dignidade humana da pessoa do trabalhador. Contudo, para que tais condições se realizem, é preciso implementar o respeito aos direitos fundamentais dos trabalhadores, cuidando para que as normas de proteção do trabalho não se constituam meras abstrações, mas que possam se efetivar na realidade do trabalho (COUTINHO, 2006, p. 06).

Curioso o fato de a maior justificativa para a discriminação da mulher estar relacionado, ao estado gravídico, fazendo com que o ônus de uma gravidez, na maioria das vezes seja sustentado apenas pela mulher. Fastidioso e arcaico este pensamento, tendo em vista que proteger a mulher no estado gravídico e a maternidade tratar-se de proteger as futuras gerações e assim nosso futuro enquanto sociedade.

Ressaltando, mais uma vez que, a trabalhadora corresponde a parte hipossuficiente e hipervulnerável na relação de emprego, sendo justificável certo tratamento diferenciado, no que diz respeito à gravidez, a maternidade e a saúde da trabalhadora apenas.

Assim, “a legislação do trabalho está repleta de regras na direção não apenas de equiparar as partes do contrato de trabalho, mas de garantir a equidade de direitos entre mulheres e homens trabalhadores” (COUTINHO, 2006, p. 30).

Portanto, o ordenamento jurídico reconhece desigualdades entre mulheres e homens, principalmente no que diz respeito ao estado gravídico e a maternidade, porém proíbe a discriminação desfavorável à mulher. Assim:

O que o ordenamento jurídico veda é a discriminação que altera a igualdade de oportunidades entre as pessoas ou grupos sociais, não havendo, portanto, contradição alguma no fato de o direito reconhecer desigualdades, ao mesmo tempo em que proíbe a discriminação. As desigualdades protegidas por normas jurídicas ocorrem por imposição do tratamento isonômico devido a todos, e pelo reconhecimento de que uma circunstância fática de desigualdade pode ser justificadora de tratamento diferenciado, em busca da igualdade material (substantiva) (COUTINHO, 2006, p. 29).

Neste contexto, o presente trabalho passa a discutir o papel da mulher na sociedade atual e os reflexos na sua participação no mercado de trabalho brasileiro, através dos indicadores de desigualdade e o perfil de ocupação, bem como pretende refletir a discriminação ao trabalho da mulher e suas implicações na proteção à maternidade.

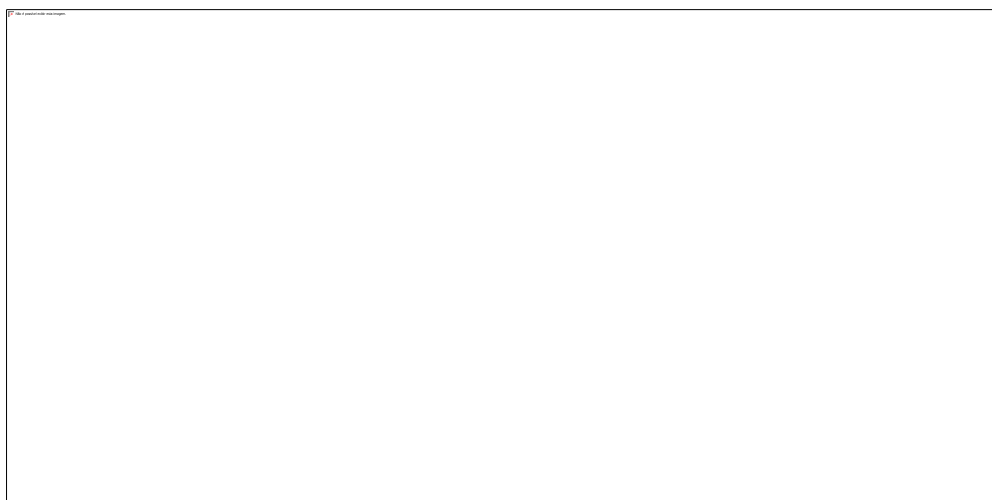
E por fim, analisa a proposta John Rawls, para a criação de uma sociedade plural e diversificada no cerne social. Baseada no princípio da tolerância liberal, a partir de uma crítica ao conceito de heteronormatividade, como ordem social e ensejadora de desigualdades.

2.1 Participação no Mercado de Trabalho: Indicadores da Desigualdade e o Perfil de Ocupação

A mulher ainda não alcançou a participação no mercado de trabalho almejada. Ainda no século XXI, as mulheres são deixadas de lado quanto ao exercício de certas atividades laborais, ao passo que são preferidas para os exercícios de outras:

As ocupações femininas concentram-se em atividades derivadas das funções tradicionais, como os serviços domésticos, costura, cuidados com as crianças e com os doentes. Alguns ramos da indústria moderna, como o eletroeletrônico, também empregam mulheres para funções que requerem qualidades culturalmente atribuídas às mulheres, como paciência, docilidade, meticulosidade e delicadeza (INSTITUTO ETHOS, 2004, p. 31).

Segundo o IBGE, em 2018 a participação das mulheres no mercado de trabalho teve destaque nas atividades relacionadas ao apoio administrativo e nas ciências em primeiro lugar e em segundo nas atividades de ocupações elementares (profissionais de limpeza, alimentação, manutenção e outros), bem como entre os trabalhadores dos serviços, vendedores dos comércios e mercados, conforme o gráfico divulgado pelo site da instituição (IBGE, 2019).



(Tabela 01: Distribuição percentual (%) da população de 25 a 49 anos de idade

ocupada na semana de referência, por grupamentos ocupacionais do trabalho principal, segundo o sexo - Brasil - 4º trimestre – 2018, IBGE, 2019).

Conforme o gráfico, a porcentagem de participação das mulheres despenca quando se trata de atividades relacionadas às forças armadas, policiais, bombeiros, operadores de instalações e máquinas, bem como na construção civil e artes mecânicas, por exemplo (IBGE, 2019).

Ainda segundo o IBGE o trabalho da mulher se concentra em serviços domésticos (95,0%), professores do ensino fundamental (84,0%), trabalhadores de serviços de limpeza (74,9%) e dos trabalhadores de centrais de atendimento (72,2%). Não bastasse a preterição das mulheres nestes postos de trabalho, ainda existe as diferenças salariais (IBGE, 2019).

No mesmo ano, no que diz respeito ao rendimento médio das mulheres entre 25 e 49 anos de idade (R\$ 2.050), ainda segundo o IBGE, equivaleu-se a 79,5% do recebido pelos homens (R\$ 2.579) do mesmo grupo etário. Em si tratando aos diretores e gerentes, as mulheres estiveram presentes em 41,8% dos empregos, porém seu rendimento médio (R\$ 4.435) correspondeu a 71,3% do recebido pelos homens (R\$ 6.216) (IBGE, 2019).

Destarte, entre os profissionais das ciências e intelectuais, as mulheres tiveram participação majoritária (63,0%), ao passo que receberam 64,8% do rendimento dos homens. As ocupações com maior nível de instrução também mostram rendimentos desiguais. Entre os professores do ensino fundamental, as mulheres recebiam 90,5% do rendimento dos homens (IBGE, 2019).

Já entre os professores de universidades e do ensino superior, cuja participação (49,8%) era próxima a dos homens, o rendimento das mulheres equivalia a 82,6% do recebido pelos homens (IBGE, 2019).

Ainda segundo o IBGE, as ocupações de nível de instrução maior, como médicos e advogados, a participação feminina ocorreu em torno de 52% e uma diferença maior entre os rendimentos de mulheres e homens, com percentuais de 71,8% e 72,6%, respectivamente (IBGE, 2019).

Portanto, estes dados revelam que dizer “a mulher conquistou o seu lugar”, ainda está longe de ser realidade. O papel atribuído a mulher, de ser materno, frágil, dócil e que pertence a apenas certos tipos de atividades laborais, ainda exerce grande influência na participação da mulher no mercado de

trabalho brasileiro e muito disso está relacionado no estereótipo idealizado para a mulher:

Estereótipos se traduzem em “espaços próprios” para cada um dos sexos e também na formação diferenciada para meninos e meninas. E têm como resultado um tipo de discriminação daninha, a autodiscriminação, por meio da qual as próprias mulheres estabelecem limites para seus espaços de atuação, dirigindo-se para as profissões consideradas mais femininas e, normalmente, mais mal remuneradas (INSTITUTO ETHOS, 2004, p. 32).

Assim, a estereotipagem não só gera efeitos em quem cerca a trabalhado, a sociedade, mas causa efeitos negativos na própria mulher que não se vê trabalhando em certos ambientes:

É grande o número de mulheres que não ousam se imaginar em espaços profissionais masculinos, como operadoras de máquinas computadorizadas ou pilotas de avião, nem almejam espaços de poder que geralmente são redutos masculinos, como os de diretores de produção, chefes de tecnologia da informação, diretores de empresas, dirigentes sindicais, políticos em cargos executivos etc (INSTITUTO ETHOS, 2004, p. 32).

2.2 Da Discriminação ao Trabalho da Mulher e as Implicações na Proteção à Maternidade

2.2.1 Da Discriminação

Em uma simples pesquisa no dicionário, a palavra discriminação apresenta os seguintes significados:

1. faculdade de discriminar, distinguir; discernimento. 2. ação ou efeito de separar, segregar, pôr à parte. 3. POR EXTENSÃO tratamento pior ou injusto dado a alguém por causa de características pessoais; intolerância, preconceito. 4. JURÍDICO (TERMO) ato que quebra o princípio de igualdade, como distinção, exclusão, restrição ou preferências, motivado por raça, cor, sexo, idade, trabalho, credo religioso ou convicções políticas¹³.

No contexto estudado “entende-se discriminação como um tratamento desequiparador que decorre de preferência ilógica, fundada em características

¹³ Disponível em: <<https://www.google.com/search?q=discrimina%C3%A7%C3%A3o&oq=discrimi&aqs=chrome.3.69i59l3j0j69i57j69i60.12132j0j9&sourceid=chrome&ie=UTF-8>>. Acesso em: 23 de outubro de 2019.

de sexo, raça, cor, etnia, religião, origem e idade” (COUTINHO, 2006, p 13/14).

Mister salientar que:

Essa conduta, assim determinada, é vedada pelo ordenamento jurídico, por ter como efeito impedir a fruição do direito à igualdade de oportunidades devido a todos. Nesses casos, distinguir, desigualar, preferir, em razão de características pessoais, sociais ou culturais, tem o significado de tratamento desfavorável dado a alguém, ou a certo grupo de pessoas; isto seria agir com discriminação. Dessa compreensão decorre que, para o tratamento desigual atribuído a alguém se configurar em uma conduta negativa, dita discriminatória, esse necessita ser fundado em **preferências injustificadas, geradas, na maioria das vezes, pelo preconceito. Afastam-se, daí, todas as possibilidades dessa situação de tratamento desigual ocorrer por diferenças naturais atribuídas às pessoas envolvidas** (grifou-se) (COUTINHO, 2006, p 13/14).

Portando a discriminação acontece quando há uma “distinção desfavorável” (ANTUNES et. Al., 2017, p. 12), com relação a características naturais do indivíduo. “Pressupõe um tratamento diferenciado, atribuído a uma pessoa ou grupo social” (COUTINHO, 2006, p. 30). Destarte, esse conceito encontra fundamento a Constituição, em seu artigo 3º “que expõe como um dos objetivos da república, o bem de todos sem ‘quaisquer outras formas de discriminação’” e o artigo 1º da Convenção 111 da OIT¹⁴.

Antes de mais nada é importante ressaltar que a diferença entre preconceito e discriminação. O preconceito se trata de “percepções mentais negativas em face de indivíduos e de grupos socialmente inferiorizados, bem como as representações sociais conectadas a tais percepções” (RIOS citado por ANTUNES et. Al., 2017, p. 12).

[...] o preconceito, como fonte geradora da discriminação, seria aquela ideia assumida em consequência da generalização apressada de uma experiência pessoal ou, ainda, fruto da intolerância e xenofobia. [...] Contudo, o preconceito se distinguiria da conduta discriminatória, por ser um sentimento latente que, nem sempre, se traduz em ação (COUTINHO, 2006, p. 25).

¹⁴ Art. 1 — 1. Para os fins da presente convenção o termo “discriminação” compreende: a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão; b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados. 2. As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação.

Assim, a discriminação é a “materialização, no plano concreto das relações sociais, de atitudes arbitrárias, comissivas ou omissivas, relacionadas ao preconceito, que produzem violações de direitos dos indivíduos e dos grupos” (RIOS citado por ANTUNES et. al., 2017, p. 12). A discriminação “funda-se em fatores de cunho psicossocial, educacional, ou econômico, daí a dificuldade de eliminá-la” (BARROS, 2017, p. 734).

Diante do que foi dito:

[...] o ato de distinguir ou preferir, referente à pessoa, em face de sua origem, raça, sexo, cor, idade, estado de saúde, ou quaisquer outras formas de distinção, provocar desigualdades de oportunidades e de tratamento, esse ato, por ferir o princípio da igualdade e da não-discriminação é vedado por lei, ou seja, é ato ilícito, em muitos casos, tipificado no ordenamento jurídico como crime (COUTINHO, 2006, p. 31).

A discriminação entre os trabalhadores em geral, pode se manifestar de três formas, direta, indireta e oculta. A discriminação direta acontece com “o ato por meio do qual se atribui ao empregado um tratamento desigual, com efeitos prejudiciais, fundado em razões proibidas” (BARROS, 2017, p. 734), como a discriminação em razão do sexo, por exemplo.

Por outro lado, a discriminação indireta “traduz um tratamento formalmente igual, mas que produzirá efeito diverso sobre determinados grupos” (BARROS, 2017, p. 734/735). O empregador toma:

[...] medidas ou práticas que excluem maior número de mulheres como exigência de requisitos de altura, peso, idade, provas físicas, quando a atividade não necessita desses requisitos, e também critérios subjetivos, como agressividade e capacidade de liderança (BARROS, 2017, p. 735).

Já a discriminação oculta “se funda em motivo proibido, mas não confessado”, “vem disfarçada sob a forma de outro motivo e o verdadeiro é ocultado” (BARROS, 2017, p. 735). Notadamente, essas práticas discriminatórias se acentuam quando se trata da mulher, principalmente, com as questões relacionadas à gestação e à maternidade.

2.2.2.1 Discriminação Positiva e Negativa

O intuito das normas que regem a relação de emprego é “garantir a equidade de direitos” (COUTINHO, 2006, p. 30), por isso, simples fato de tratar

como diferente não implica a discriminação, e o ato ser considerado ilícito e/ou crime. Portanto existe dois tipos de discriminação, a positiva e a negativa e é de suma importância entendermos a diferença entre elas.

A discriminação positiva é amplamente aceita no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que “visa corrigir situações de desigualdades” (COUTINHO, 2003, p. 22). Porém, o critério diferenciador não pode ser aleatório, tem que ser razoável, tem que haver uma lógica, um motivo relevante e justificável para existir (MELO, 2001, p. 18 citado por COUTINHO, 2006, p. 19).

Assim, discriminação positiva, consiste em:

[...] uma medida de desigualação que, ao preservar as diferenças, busca a equidade, através de instrumentos jurídico-político-sociais que asseguram proteção e benefícios aos desiguais, para tornar acessível a todos a igualdade de oportunidades, que irá possibilitar a fruição dos bens sociais, de maneira equitativa. Tais políticas, ao considerar a diversidade dos indivíduos, objetivam superar preconceitos e discriminações, promovendo a igualdade de oportunidades àqueles colocados em desigualdades sociais. A proteção das diferenças é assegurada por princípios constitucionais, derivados da doutrina universalista dos direitos humanos. [...] está, portanto, em perfeita consonância com os objetivos estabelecidos na Constituição (art. 1º, III e IV e art. 3º, III e IV, da CF). É uma política institucional que vai permitir o acesso de pessoas ou grupos excluídos aos bens sociais (COUTINHO, p. 19).

Em contrapartida, a discriminação negativa é considerada ato ilícito e pode configurar crime, uma vez que desfavorece uma pessoa ou um grupo, de forma a criar desigualdade social, nega o exercício de direitos oriundos da dignidade da pessoa humana, pois se fundamenta em critérios injustificáveis e dá causa a prejuízos ao indivíduo (COUTINHO, 2006, p. 15).

Para ilustrar, reporto ao artigo 394-A da CLT, com redação a partir da decisão do supremo na ADI nº 5938 de 2019. Este artigo é um exemplo de discriminação positiva, pois determina o afastamento da gestante/lactante das atividades em locais insalubres em qualquer grau, sendo-lhe garantido o valor pago como adicional de insalubridade.

Portanto, desiguale a trabalhadora ao trabalhador do sexo masculino, tendo em vista o estado gravídico e/ou a lactação, quando exerce suas atividades em locais insalubres. Justificando assim o afastamento da trabalhadora que se encontra no estado que exige a proteção estatal. Haja vista os direitos fundamentais à proteção e promoção ao trabalho da mulher, proteção à maternidade e à infância, garantidos pela Magna Carta.

Evocando esses mesmos princípios, destacam-se a estabilidade conferida pelo artigo 10, inciso II, “b”, do ADCT¹⁵ e o direito a percepção de salário-maternidade, nos termos da Lei nº 8.213, de 1991. Em ambos os casos a discriminação ocorre considerando-se os mesmos critérios de diferenciação em consonância com a Constituição.

Por outro lado, um exemplo de discriminação negativa está na exigência de apenas trabalhadores do sexo masculino para o preenchimento de uma vaga de liderança, pois, o empregador considera que apenas o homem possui as características para o cargo, como agressividade e extinto de liderança, por exemplo. Ou o caso de uma mulher não ser considerada compatível para atividades consideradas “masculinas”. Ou seja, critérios fundados no preconceito e em confrontação aos direitos fundamentais.

O parâmetro a ser utilizado para se estabelecer se os critérios de diferenciação estão ou não de acordo com a Magna Carta são os direitos e princípios fundamentais. Logo:

Essa é a condição para afastar a discriminação. Contudo, quando o tratamento for desigual, pela necessidade de promover a igualdade entre os sexos, diante de uma circunstância fática que se apresente lógica, ainda assim, esse deverá estar fundamentado nos princípios constitucionais. De tal modo, as distinções ou preferências para que configurem discriminação, é necessário que tenham como efeito destruir ou alterar a igualdade de tratamento entre as pessoas. Aquelas outras medidas que resultam por distinguir pessoas, mas tenham a finalidade de promover a igualdade de oportunidade e tratamento no emprego, não são discriminatórias, se conforme os valores constitucionais (COUTINHO, 2006, p. 30).

À vista disso, diante do que determina o ordenamento jurídico, não há dúvida de que a discriminação positiva é necessária e encontra respaldo na Constituição, ao passo que a discriminação negativa “é considerada pelo ordenamento pátrio uma conduta antijurídica que altera a igualdade de oportunidades e provoca injustificável exclusão social” (COUTINHO, 2006, p. 32).

Sendo assim, importante destacar que “o fenômeno da discriminação faz com que pessoas se tornem parte de grupos vulneráveis que experimentam desvantagens sociais e ocupacionais” (COUTINHO, 2006, p. 32). Em

¹⁵ Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: *b*) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

contrapartida, “a discriminação positiva está conforme o ordenamento jurídico, constituindo-se em ação essencial à concepção equitativa de justiça social” (COUTINHO, 2006, p. 32).

2.2.2 Da Origem Da Discriminação e a Maternidade como Principal Causa

A doutrina ressalta que a discriminação ao trabalho exercido por mulheres, é explicada através de “vários fatores, tais como, costumeiros, familiares, culturais, religiosos” (GOLDSCHMIDT e RENCK, p. 42), que culminaram nos papéis atribuídos às mulheres e aos homens ao longo da história, e que imputa à mulher características de um ser frágil, sensível e maternal, que criou a supremacia masculina também no âmbito do trabalho.

Assim, segundo Maria Luiza Pinheiro Coutinho no manual “Discriminação no Trabalho: Mecanismos de Combate à Discriminação e Promoção de Igualdades e Oportunidades” escrito a partir do apoio do Projeto Igualdade Racial/OIT/Brasil, o principal motivo para a discriminação está no “interesse de grupos sociais e instituições em manter privilégios historicamente conquistados” no que diz respeito às questões de cunho racial, de gênero e econômico (2006, p. 25).

Ainda é notável a resistência em considerar esse papel histórico de supremacia masculina, a partir da manutenção de um arcabouço de proteção à geração de crescimento financeiro e econômico. E pouco se pensa no capital humano e como o trabalhador em geral deve ser considerado em sua plenitude, como sujeito de direitos. Intimamente ligado ao pensamento atual de saúde e a necessidade de desenvolvimento sustentável das empresas, se pensando nas próximas gerações.

Sentimentos de superioridade, ódio, antipatia, preconceito, ignorância, medo, intolerância, inflam a discriminação, que pode, não ser “necessariamente, fruto de atitudes pessoais, podendo advir da adoção de políticas estabelecidas” com intuito de perpetuar a diferenciação (BARROS, 2017, p. 733/734).

Este pensamento é reforçado pelo entendimento superficial que perdura em algumas empresas, de se considerar que a contratação de uma mulher,

enquanto um ser biologicamente, propensa à gestação e à maternidade, “eleva os custos operacionais da empresa” (BARROS, 2017, p. 739).

Nessa lógica:

[...] um sistema de fatores de estigmatização, que atuam uns sobre os outros e se influenciam mutuamente, tendo como resultado a discriminação. Assim, com os vários fatores [...] age a falta de consciência social sublimada numa causa “econômica”, de um maior custo da mão de obra feminina, face aos afastamentos a que fazem jus, a mais do que os homens, como na licença maternidade (BARROS, 2011, p. 907).

Assim, Coutinho defende que:

[...] a ideia de que os custos do trabalho da mulher são superiores aos custos do trabalho do homem, em decorrência da proteção à maternidade - garantia do direito à licença-gestante, estabilidade provisória, descansos especiais durante a jornada de trabalho para amamentar o próprio filho, e direito à assistência ao filho durante o período de amamentação - a mulher trabalhadora se vê discriminada, sofrendo um desfavor na relação de emprego (COUTINHO, 2006, p. 26).

Ela destaca que:

O conjunto de normas que protege o trabalho da mulher não costuma ser visto como uma garantia ao mercado de trabalho da mulher, ou como um direito ao exercício de sua função reprodutiva, evitando-se riscos que poderiam ameaçar sua saúde e o desenvolvimento da gravidez. **A não compreensão da finalidade do instituto de proteção do trabalho da mulher motiva a discriminação enfrentada pela trabalhadora gestante** (COUTINHO, 2006, p. 26).

Por conta disso:

Como se não bastasse o entendimento de que as normas protetoras do trabalho da mulher são componentes de elevação dos custos operacional da empresa, existe, ainda, a noção de que o absenteísmo, a limitação para a jornada extraordinária, para o trabalho noturno e a indisponibilidade para as viagens de trabalho todas questões relacionadas às responsabilidades familiares assumidas pela mulher são fatores adicionais dos custos da mão de obra feminina e, por isso, são tomados como causa da discriminação contra a mulher trabalhadora (COUTINHO, 2006, p. 26/27).

Neste contexto, muitas são as discussões acerca de onde se origina a segregação por sexo no ambiente de trabalho e a discriminação ao trabalho da mulher. Reskin explicou que a segregação no ambiente de trabalho pode ser dividida em três formas. A primeira é explicada no pensamento de que à mulher pertence o ambiente doméstico e ao homem o ambiente externo, o do trabalho (RESKIN citado por LEONE et. al, 2017, p. 73).

A segunda forma, entende que existem os “ambientes predominantemente masculinos”, onde mesmo quando há mais mulheres em um

setor, como acontece na indústria, o cargo de chefia é ocupado sempre por homens. E a terceira forma considera que existe uma “segregação funcional” no ambiente de trabalho, onde se divide as tarefas por sexo (RESKIN citado por LEONE et. al, 2017, p. 73).

Ademais, a doutrina estabelece duas formas de segregação, a horizontal e a vertical:

A segregação horizontal é aquela em que os sexos se distribuem de forma desproporcional dentro da estrutura ocupacional, enquanto que a segregação vertical ocorre dentro de uma mesma ocupação, quando um dos sexos tende a se situar em graus ou níveis hierárquicos superiores em relação ao outro. A discriminação derivada das desigualdades salariais é resultante dessa segregação embora possa se manifestar de outras formas (LEONE et. al, 2017, p. 73).

Para Leone et. al, “a segregação conduz a diferentes experiências de inserção e permanência no mercado de trabalho”. Os autores defendem que ela não ocorre de forma aleatória, mas sim está relacionada a forma que o indivíduo é “socializado” e que dá causa a “profundas desigualdades”, uma vez que não é conferido à mulher irrestrito acesso ao ambiente de trabalho. E ressaltam ser de imensa importância entender essa dinâmica para que políticas públicas sejam implementadas (LEONE et. al, 2017, p. 73).

Várias são as formas de se explicar o fenômeno da segregação do trabalho em relação ao sexo, algumas “se desenvolvem com base na percepção sobre os talentos naturais de homens e mulheres” (GATTA e ROOS citado por LEONE et. al, 2017, p. 74). Uma delas é a teoria do capital humano, que para Becker, explica-se uma vez que a mulher tende a investir em capacitação e treinamentos. O autor considera que a mulher, muitas vezes por ter as atividades laborais interrompidas, como por exemplo, pela gravidez, tende a fazer escolhas diferentes à dos homens:

Já supondo que a participação feminina na força de trabalho não é contínua, e que as habilidades adquiridas por investimento em capital humano se perderão durante os períodos em que estiver fora do mercado de trabalho, as mulheres preferem investir em capacitação e entrar em profissões nas quais a depreciação do capital humano é relativamente pequena. [...] isso explicaria porque as mulheres preferem tais profissões, encontrando-se em pequeno número nas profissões em que a experiência de trabalho é altamente recompensada e o índice de depreciação da habilidade é alto (LEONE et. al, 2017, p. 73).

Outra teoria é a da discriminação, que se expressa por uma preterição ao trabalho da mulher. Becker explica que há uma:

[...] 'preferência' por discriminar, ou preconceito por parte dos empregadores, trabalhadores e consumidores. Frente a este preconceito, simplesmente não se contratam mulheres para certos tipos de trabalho. Se empregadores apresentam forte 'preferência' por discriminação em certas profissões/ocupações, ou se os trabalhadores/consumidores associados a estas ocupações não querem interagir com trabalhadoras, então relativamente poucas mulheres serão empregadas em tais ocupações. E ficarão concentradas em atividades para as quais as manifestações de discriminação são relativamente pequenas ou inexistentes (BECKER citado por LEONE et. al, 2017, p. 73).

Importante ressaltar que:

[...] a segregação das mulheres em poucas profissões ou ocupações não ocorre como consequência de escolhas racionais e voluntárias das trabalhadoras, mas sim como efeito da influência de estereótipos e da discriminação dos empregadores, que projetam nos indivíduos algumas características. Uma vez situados em um segmento específico do mercado de trabalho, os trabalhadores passam a adquirir as características de seus postos, o que por sua vez tende a reforçar os padrões de segregação ocupacional. Dito de outra forma, as mulheres irão se concentrar nas atividades consideradas de sua natureza biológica, o que dificulta a dissociação entre posto de trabalho e sexo. Da mesma forma, as mulheres negras são vistas como adequadas para o trabalho doméstico, como extensão da sua condição histórica de escravas (LEONE et. al, 2017, p. 73).

Neste sentido, em um desenho de sociedade em que a mulher sofre com a responsabilidade maior com relação à maternidade, os empecilhos para se garantir no mercado de trabalho são sempre maiores, com relação ao trabalhador do sexo masculino:

[...] é importante identificar que parte das escolhas na forma de inserção das trabalhadoras está associada ao trabalho reprodutivo, e que a tentativa de harmonizar trabalho remunerado e trabalho não remunerado pode impingir às mulheres empregos mais precários e flexíveis (LEONE et. al, 2017 p. 78).

Relevante pensar então, enquanto seres humanos, nos valores e no modelo de sociedade que se perpetua para as próximas gerações. Quando se pensa nos princípios e direitos fundamentais e na finalidade dos institutos que protegem o trabalho da mulher.

A partir dessa reflexão, começamos a entender a necessidade de se desigualar a trabalhadora em relação ao trabalhador, tão somente no que diz respeito à gravidez, maternidade e a saúde da trabalhadora, concomitantemente a abolição das formas que discriminam mediante critérios indefensáveis, uma vez que em desacordo com as Magna Carta.

2.3 Breves apontamentos acerca do "Direito de Ser": Da Tolerância Liberal e do Pluralismo de John Rawls x Heteronormatividade

Bruno e Ludmilla Camilloto (2017), em “Tolerância liberal e pluralismo: uma crítica a heteronormatividade” criticam o modelo de organização social baseado na heteronormatividade, uma vez que, segundo eles, dá causa a desigualdades no cerne social. O modelo de sociedade baseado nesta ordem social, pode ser considerado a principal causa para a discriminação da mulher na sociedade e em consequência no ambiente de trabalho.

Os autores basearam-se no pluralismo e no princípio da tolerância liberal, para a criação de uma sociedade que leva em consideração suas diversidades. Para eles “tão certo quanto a força da heteronormatividade sobre a sociedade é a certeza da necessidade de se pensar em soluções para a efetiva inclusão daqueles que são excluídos por este mesmo imperativo” (CAMILLOTO E CAMILLOTO, 2017, p. 31)

Para conceituar a heteronormatividade os autores destacaram o conceito de Michael Warner, que diz ser uma:

[...] ordem social que, de maneira penetrante e invisível, regula e organiza a vida da sociedade moderna. Como mecanismo regulador, viabilizado por discursos de poder (discursos políticos, científicos, religiosos e dos *mass media*, por exemplo), impõe o modelo heterossexual como a única forma natural, legítima, saudável e aceitável de expressão identitária e sexual e de organização da vida, conferindo uma ideia de inescapabilidade deste padrão (1993 citado por CAMILLOTO E CAMILLOTO, 2017, p. 31).

Neste sentido, todo o comportamento do sujeito é relacionado ao seu sexo biológico e toda normativa é moldada conforme a heterossexualidade. Segundo Judith Butler, assim existe um “imperativo heterossexual” onde:

[...] a matriz cultural por meio da qual a identidade de gênero se torna inteligível exige que certos tipos de „identidade” não possam „existir” – isto é, aqueles em que o gênero não decorre do sexo e aqueles em que as práticas do desejo não „decorrem” nem do „sexo” nem do „gênero” (BUTLER, 2016, p. 44 citado por CAMILLOTO E CAMILLOTO, 2017, p. 32).

Sob este ponto de vista:

Ao longo de uma vida inteira uma pessoa assiste sistematicamente propagandas coercitivas da heterossexualidade, desde os contos de fada infantis até as programações da televisão. Basta ligar o televisor em um canal infantil e receberá a enxurrada de propagandas com meninas brincando de boneca em um cenário cor-de-rosa e meninos se aventurando com carrinhos e robôs. Desta maneira, a lógica heteronormativa é desde muito cedo inculcada nas mentes e corpos das

crianças, legitimada e propagada sobretudo pelas escolas, local privilegiado para ensino de normas socialmente aceitas. A este processo de instituição normativa da heterossexualidade como única forma de expressão sexual e de gênero, incutida no currículo escolar, Guacira Lopes Louro denominou de pedagogias da sexualidade (LOURO, 2000 citado por CAMILLOTO E CAMILLOTO, 2017, p. 34).

Para os autores, a heteronormatividade cria uma “teia invisível” que dá causa a preconceitos e desigualdades em desfavor daquele que se apresenta diferente ao “modelo hegemônico”, agindo muitas vezes de forma violenta (CAMILLOTO E CAMILLOTO, 2017, p. 31). Uma vez que conduz a sociedade pela “linearidade entre sexo biológico, gênero e desejo (ou orientação sexual)¹⁶” (CAMILLOTO E CAMILLOTO, 2017, p. 32). Ademais,

[...] a heteronormatividade produz distribuições injustas na medida em que exclui todos aqueles que não se adequam à fórmula social que obriga à coerência total entre sexo-gênero-desejo, portanto, aos comportamentos sociais ditados por aquele padrão de normatividade (CAMILLOTO E CAMILLOTO, 2017, p. 32).

Por conseguinte, a heteronormatividade, para os autores comporta-se como:

[...] como um mecanismo de redução da diversidade impedindo a acomodação normativa das diferenças entre os indivíduos no tocante às dimensões humanas da orientação sexual e identidade de gênero. Como consequência, tem-se que a heteronormatividade é incompatível com uma sociedade plural e democrática (CAMILLOTO E CAMILLOTO, 2017, p. 32).

A ideia de Rawls surge do pensamento de como uma sociedade só pode ser estável e justa, ao passo que é composta por pessoas com concepções

¹⁶ Mister salientar que esses três conceitos, mesmo muitas vezes sendo tratados como sinônimos, possuem definições completamente diferentes: Sexo biológico é o aspecto físico do ser humano, que está diretamente relacionado à presença de um pênis ou uma vagina. Pediatras declaram, no momento do nascimento de um bebê, se ele é macho ou fêmea, levando em consideração a leitura visual do corpo da criança. Gênero Por muito tempo, "gênero" foi usado de forma errada como sinônimo de "sexo". No entanto, gênero é uma construção sociocultural sobre o que se entende o que é masculinidade e feminilidade. O conceito do que "é de menina ou de menino" surge na união de diversos fatores que determinam como cada gênero deve falar, deve se portar, por exemplo. No entanto, por ser uma leitura social, gênero é mutável. Segundo os especialistas, gênero é, muitas vezes, confundido com identidade de gênero. Enquanto o primeiro é construção social, o segundo é como um indivíduo se entende como pessoa e como expressa quem é. Orientação sexual. Não tem absolutamente nada a ver com os dois termos anteriores, mas ainda assim acaba sendo confundido com eles. Orientação sexual é como uma pessoa compreende e direciona o seu desejo sexual. Se é por um homem, uma mulher, por ambos ou para outras identidades de gênero. O importante é entender que a orientação sexual não tem nada a ver com o gênero da pessoa. Por exemplo, um homem transgênero (aqui estamos falando de identidade de gênero) pode se sentir atraído por outros homens -- esta é a orientação sexual dele. Neste caso, ele é homossexual.

filosóficas, religiosas e morais diferentes e muitas vezes incompatíveis, natural em uma sociedade democrática, diversa e plural. Quando constituída na ideia de justiça social, onde somente é possível esta coexistência a partir do pluralismo que é resultado do exercício do direito de liberdade (RAWLS, 2002 citado por CAMILLOTO E CAMILLOTO, 2017, p. 26 e 27).

Para Rawls as liberdades individuais devem ter seu valor equitativo garantido, em um ambiente socialmente tolerante:

Rawls argumenta que uma sociedade liberal deve apresentar como pressuposto o fato do pluralismo razoável que possibilite a coexistência de “doutrinas abrangentes razoáveis”. O termo “doutrina abrangente” é conceituado por Rawls como referente àquelas perspectivas divergentes, mas toleráveis dentro de uma sociedade plural (CAMILLOTO E CAMILLOTO, 2017, p. 28).

Ademais, é importante destacar, que esse modelo de ordem social, plural e tolerante, apenas tem razão de ser em uma democracia. Ao passo que o cidadão pode:

Reivindicar, argumentar, contra argumentar, apresentar e pedir razões na esfera pública de discussão e deliberação são práticas que informam o exercício da Razão Pública em ambientes plurais e diversos. A Razão Pública é, portanto, um conceito pelo qual os cidadãos e as autoridades estatais devam pautar sua atuação no âmbito das discussões públicas sobre questões fundamentais como, por exemplo, liberdade em relação às expressões de orientação sexual e identidade de gênero (LAMORE, 2003, p. 380 citado por CAMILLOTO E CAMILLOTO, 2017, p. 29).

Com o efeito, aquele que não se enquadrar no modelo hegemônico continua a existir e participar das decisões políticas da sociedade em que vive. Assim surge o “Direito de Ser”:

A Concepção Política de Justiça diz respeito às questões básicas de justiça dentre as quais se apresenta a liberdade de ser quem se é (inclusive com autoafirmação de sua orientação sexual e identidade de gênero) e a igualdade de tratamento normativo dos indivíduos. Sendo assim, distinções normativas em razão da sexualidade ou do gênero do sujeito que afetem as liberdades fundamentais se apresentam como incompatíveis com o pluralismo (CAMILLOTO E CAMILLOTO, 2017, p. 30).

Logo, surge um ideal de sociedade democrática e plural, baseada no conceito de liberdade do indivíduo sob a perspectiva da tolerância liberal defendida por Rawls. Esta proporciona o rompimento com o modelo heteronormativo, onde o sujeito pode se expressar da forma em que assim entender, uma vez que coexiste as diferentes liberdades individuais com a premissa do respeito mútuo.

CAPÍTULO III – DA PROTEÇÃO À MATERNIDADE NAS FASES DA RELAÇÃO DE EMPREGO

O ordenamento juslaboral brasileiro protege a mulher de práticas discriminatórias em todo contrato de trabalho, seja na fase pré-contratual, seja no decurso do contrato, seja no pós-contrato. Importante ressaltar as palavras de Olympe de Gouges no projeto intitulado de Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã¹⁷ na França em 1791:

A mulher nasce livre e **mantém-se igual ao homem no direito**. [...] Todas as cidadãs e todos os cidadãos - iguais diante da lei – **devem ser igualmente admitidos em todos os cargos, em todos os postos de empregos públicos, segundo a sua capacidade, sem outra distinção sem ser a sua virtude ou o seu talento** (grifou-se) (BARROS, 2017, p. 739).

Ao mesmo tempo em que sofre com os danos causados pela discriminação. Que se evidencia quando esta se encontra no estado gravídico, ou em período de amamentação:

É lamentável perceber que, no Brasil, a trabalhadora gestante é comumente vista como um problema, como se houvesse engravidado sozinha e por pura má-fé. O exame confirmador da gravidez, aos olhos de grande parte dos empregadores, parece atestar a incompetência da trabalhadora – dificilmente uma gestante em contrato de experiência era efetivado [...], e a não efetivação, na maioria das vezes baseada puramente na gestação, ocorria sem que seu cunho discriminatório fosse notado pelo Estado (TRT-15 - RO: 00108568420165150045 0010856-84.2016.5.15.0045, Relator: LUIZ ROBERTO NUNES, 8ª Câmara, Data de Publicação: 17/06/2019).

Com relação aos efeitos da discriminação:

É um erro pensar que [...] restrinja-se à diferença de remuneração, perda de oportunidades, predomínio de funções de subordinação. As consequências se alastram para as demais dimensões da vida da trabalhadora, e pode, com frequência, causar-lhe danos extrapatrimoniais (v.g., dano moral ou dano existencial), impedindo sua

¹⁷ “Este documento foi proposto à Assembleia Nacional da França, durante a Revolução Francesa (1789-1799). Marie Gouze (1748-1793), a autora, era filha de um açougueiro do Sul da França, e adotou o nome de Olympe de Gouges para assinar seus panfletos e petições em uma grande variedade de frentes de luta, incluindo a escravidão, em que lutou para sua extirpação. Batalhadora, em 1791 ela propõe uma Declaração de Direitos da Mulher e da Cidadã para igualar-se à outra do homem, aprovada pela Assembleia Nacional. Girondina, ela se opõe abertamente a Robespierre (advogado e político francês, uma das personalidades mais importantes da Revolução Francesa) e acaba por ser guilhotinada em 1793, condenada como contrarrevolucionária e denunciada como uma mulher ‘desnaturada’”, ao passo que ficaram proibidas as organizações das mulheres à época. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/mulher/declar_dir_mulher.pdf>. Acesso em: 21 de outubro de 2019.

plena realização. Assim, nenhuma das causas da discriminação contra a mulher pode ser menosprezada (GOLDSCHMIDT e RENCK, 2016, p. 45).

3.1 Proteção à Maternidade na Fase Pré-Contratual

O presente trabalho passa a examinar os aspectos pertinentes à proteção à maternidade nas fases que antecedem o pacto do contrato de trabalho definitivo, assunto pouco explorado pela doutrina brasileira. Mister salientar que é comum, danos e prejuízos ao trabalhador em geral no que concerne a práticas discriminatórias na hora de se contratar um empregado e que se multiplica no caso das trabalhadoras, principalmente em estado gravítico:

No anseio de contratar um candidato com maior qualificação e com o perfil mais adequado à função, o empregador se utiliza de investigação de aspectos que não visam avaliar a aptidão do trabalhador para o cargo que irá ocupar, o que por consequência, pode violar a intimidade e vida privada do candidato (ANTUNES et. Al., 2017, p. 11).

A pretensão não é exaurir o assunto, que é complexo e de grande relevância para o Direito do Trabalho, uma vez que gera grandes controvérsias entre os doutrinadores. O intuito é chamar a atenção para a discussão, e ressaltar alguns caminhos para a efetivação da proteção à maternidade, também neste estágio da relação de emprego.

Sobre a fase pré-contratual, Feliciano doutrina que:

[...] o contrato preliminar não se confunde com a fase pré-contratual. De acordo com o autor, “a fase pré-contratual não designa um instituto, mas um momentum cronológico-funcional”, que se instaura com o primeiro contato social estabelecido entre os sujeitos jurídicos negociantes e que se última com a celebração do contato definitivo, podendo alcançar desde as negociações preliminares, com as minutas e pactuações, até o próprio contrato preliminar, passando pelos pactos intercalares, como as cartas de intenção, atingidas na sequência. Já o contrato preliminar consiste, conforme visto, ainda consoante o autor em tela, na “convenção jurídica pela qual as partes convenientes obrigam-se entre si à celebração de certo contrato definitivo” (2010, p. 144 citado por ALVARENGA, p. 03).

Assim, na fase pré-contratual, o ato da contratação deve ocorrer de forma a não violar direitos das trabalhadoras. Essas práticas discriminatórias podem ocorrer, por exemplo, “mediante anúncios de emprego ou de modo mais discreto, por meio do departamento pessoal” (BARROS, 2017, p. 732), nas entrevistas de emprego e nas negociações preliminares.

Práticas essas que não proporcionam o acesso igualitário de oportunidades entre mulheres e homens, e assim, restringem a contratação da mulher, seja pela razão do sexo, ou em razão do estado civil, ou do estado gravídico, ou ainda, em razão da existência de filhos menores, principalmente, em si tratando de filhos na fase da amamentação.

Ademais, as dispensas arbitrárias de gestantes nas fases preliminares de contratação diz em respeito às dispensas infundadas realizadas na fase em que a trabalhadora já selecionada para a vaga, havendo a promessa da contratação definitiva há o rompimento do pré-contrato de trabalho em razão de uma gestação, por exemplo, situação em que dá causa a danos e prejuízos à trabalhadora.

Sendo assim, flagrantemente o empregador deixa de observar o ordenamento jurídico jus laboral e assim viola direitos fundamentais que protegem o trabalho da mulher, a maternidade e a infância. Vale ressaltar que:

Não há na doutrina nem na jurisprudência posicionamento acerca do tema, entretanto sua análise se faz fundamental para que seja assegurado o valor social do trabalho (artigo 1º IV, CF) e a proteção à maternidade consubstanciada na estabilidade concedida às grávidas desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (artigo 10, II, b, ADCT) (MIRANDA e OLIVEIRA, 2016, p. 02).

Destarte, essas práticas discriminatórias que ocorrem nas seleções de trabalhadoras para as vagas de emprego, nas negociações preliminares, bem como nas dispensas arbitrárias de gestantes quando constituído o pré-contrato de trabalho, podem configurar ato ilícito, a ensejar a responsabilidade pré-contratual do empregador e a necessidade de reparação e podem, até mesmo, configurar crime.

3.1.1 Entrevistas de Emprego e Negociações Preliminares

Antes da contratação de um trabalhador em geral para uma vaga de emprego ocorrem duas etapas, a primeira trata-se do recrutamento e a segunda do processo de seleção (ANTUNES et. Al., 2017, p. 12). A fim de que não ocorram práticas discriminatórias nestas etapas:

[...] é imprescindível que as organizações proporcionem o acesso igualitário de oportunidade à vaga de emprego disponível. Assim, faz-se necessário identificar os métodos utilizados pelas organizações nos

processos de seleção e recrutamento, de maneira a detectar os requisitos considerados excludentes do acesso ao emprego, de acordo com o ordenamento jurídico vigente, a partir do levantamento bibliográfico e legislativo (ANTUNES et. Al., 2017, p. 12).

A etapa de recrutamento “consiste num processo que visa atrair candidatos potencialmente qualificados e capazes de ocupar cargos dentro da organização” (GIL citado por ANTUNES et. Al., 2017, p. 12). Já a etapa de seleção é o momento em que são “coletadas as informações e traçado o perfil”, e realizada “a avaliação”, para a escolha do melhor candidato para a vaga (ANTUNES et. Al., 2017, p. 12).

Mister salientar que:

O ordenamento jurídico brasileiro não possui uma norma disposta sobre a licitude dos métodos utilizados na seleção de pessoal, sendo comum na entrevista os testes grafológicos, os questionários e os testes psicológicos. Quaisquer que sejam os métodos adotados, deve-se verificar sua aceitação ética e se limitar a avaliar a aptidão profissional do candidato (BARROS citado por MIRANDA e OLIVEIRA, 2016, p.16).

As formas mais comuns de discriminação das mulheres, nesta fase, estão relacionadas a ideias sexistas, preterimento ao estado gravídico, ao estado civil e a existência de filhos, principalmente em fase de amamentação. É lícito, e o empregador, “pode analisar currículos, fazer dinâmicas coletivas, exames de digitação, aplicar provas práticas e com isso verificar a habilidade do candidato (OLIVEIRA, 2002, p. 138 citado por MIRANDA e OLIVEIRA, 2016, p.16).

Por outro lado, violam o ordenamento jus laboral a tentativa de coletar informações sobre a esfera íntima da trabalhadora. Neste sentido, a coleta de:

Informações sobre a esfera da vida privada do trabalhador só se permitem excepcionalmente, quando apresentam relevância para a execução das funções que serão executadas, em nome da liberdade de contratação conferida ao empresário (BARROS citado por MIRANDA e OLIVEIRA, 2016, p.16).

Neste sentido,

[...] a legislação brasileira não prevê regra específica a ser seguida pelo empresário no momento da seleção pessoal. Não há uma lista de perguntas que podem e que não podem ser feitas. Apesar disso, a licitude dos atos no momento da seleção deve seguir o princípio da boa-fé, ética, proporcionalidade e razoabilidade. Só assim é possível verificar se no caso concreto o critério de seleção adotado foi discriminatório ou não (MIRANDA e OLIVEIRA, 2016, p.12).

É importante frisar que nas entrevistas de emprego e nas negociações preliminares, não havendo a promessa de emprego e o aceite por parte do trabalhador, mas correndo simples e puramente as tratativas e/ou diálogos sobre

as entrevistas ou sobre a vaga, por exemplo, para a maioria dos doutrinadores, não se configura como pré-contrato de trabalho, este será estudado no próximo tópico. Porém, a Lei 9.029/95 e a Lei nº 9.799/99 protegem a mulher em toda essa fase preliminar.

Nessa perspectiva, por negociações preliminares podemos entender como “as sondagens e os debates ou as conversações entre o candidato ao emprego e a empresa” (ALVARENGA, p. 03). Assim, “as negociações preliminares em preparo do contrato não se configuram como pré-contrato” (MIRANDA e OLIVEIRA, 2016, p. 04).

Para Caio Mário, “nas negociações preliminares não há compromissos nem obrigações para os interessados. Nesse momento, as partes apenas analisam os interesses uma da outra” (citado por MIRANDA e OLIVEIRA, 2016, p. 04).

Normas como o art. 372-A da CLT, que foi incluído pela Lei nº 9.799, de 1999, consistem em relevante instrumentos contra este tipo de discriminação, quando veda a publicação de anúncios de emprego com referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar da candidata, bem como veda que seja recusado à mulher o emprego em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez. Com ressalva, nas duas situações, quando se tratar de uma atividade “pública e notoriamente” que exija a diferenciação e não dê causa a uma distinção desfavorável à candidata.

Ademais, este artigo proíbe ao empregador exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, tanto na admissão ou para permanência da trabalhadora no emprego. Ao passo que proíbe também que o empregador impeça o “acesso ou adote 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”.

Nesta lógica, a jurisprudência trabalhista vem condenando como dano pré-contratual, a exigência do teste de gravidez para admissão das candidatas, conforme decisão do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia:

CONTRATO DE TRABALHO. ADMISSÃO DE TRABALHADORA CONDICIONADA À APRESENTAÇÃO DE TESTE NEGATIVO DE GRAVIDEZ. ILICITUDE. DANO MORAL CUJA REPARAÇÃO SE IMPÕE. Condicionar a admissão de trabalhadora à apresentação de teste negativo de gravidez configura ilícito penal e trabalhista que corresponde na seara civil a grave lesão aos chamados direitos da

personalidade, especialmente o direito à intimidade e à não discriminação, daí configurar-se adequada a reparação do dano moral decorrente (grifou-se) (TRT 5ª R.; RecOrd 823-74.2011.5.05.0017; Primeira Turma; Relª Desª Ivana Mércia Nilo de Magaldi; DEJTBA 02/08/2012).

Assim, também ocorre em decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul:

Preliminarmente. Contrarrazões da reclamante. Não conhecimento. Intempestividade. Não se conhece de contrarrazões interpostas fora do prazo legal. Mérito. **Dano pré-contratual. Processo seletivo com exigência de exame de gravidez. Preterição de candidata grávida classificada no certame. Conduta ilícita e discriminatória perpetrada pela empresa prestadora de serviços.** [...] Incontroversa a exigência de exame gravidez das candidatas classificadas. **Não contratação da autora, que se encontrava grávida no momento de realização do processo seletivo, sucedendo-se a admissão de outra candidata, classificada em posição posterior à da reclamante. Evidente a prática, pela 1ª reclamada, de ato ilícito e discriminatório, ensejador de indenização por danos morais.** Recurso provido **(grifou-se)** (TRT4ª RO 0000966-54.2011.5.0.0611, Relator: FLAVIO PORTINHO SIRANGELO, Data de Julgamento: 15/05/2013, Vara do Trabalho de Cruz Alta).

Nas mesmas circunstâncias, importante ressaltar também, decisão do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DISCRIMINAÇÃO. GRAVIDEZ. Alega a Recorrente não houve a prática de discriminação para a admissão da gestante, mas ato emergencial de aproveitamento de funcionários terceirizados, pela empresa anterior, por "ato conjunto", onde também deixou de contratar empregados que se encontravam em licença pelo INSS, período de férias ou qualquer outra situação que não houve efetivo desligamento da empresa anterior. Entende indevida a indenização por danos morais que lhe foi imposta. Argui violação ao disposto no art. 5º, inciso V, da CF. Examino. A r. sentença recorrida condenou a ré ao pagamento da indenização por danos morais pelo fato de haver discriminação na contratação da gestante. Verifico nos autos, que há confissão da ré em relação ao tratamento discriminatório, na medida em que confessa o seu preposto "...que os empregados (da PH) que eram portadores de estabilidade não foram contratados, sendo este o caso da reclamante", esclarecendo ainda "que os empregados da PH que estavam afastados pelo INSS, **as grávidas e os que estavam de férias não foram contratados pela reclamada**". Ora, **tal atitude caracteriza sim, ato ilícito ante a vedação do tratamento discriminatório no ato da contratação em virtude do estado de gravidez.** Tanto é assim, que o art. 2º da Lei 9029/95, configura crime a exigência de teste de gravidez, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez. Entendo, pois, satisfatoriamente comprovado nos autos o ato discriminatório (TRT da 3ª Região; Processo: 0002309-30.2014.5.03.0184 ROPS; Data de Publicação: 10/11/2014; Órgão Julgador: Quarta Turma; Relator: Convocada Erica Aparecida Pires Bessa).

E este tipo de dano não está distante de ocorrer perto de nós. Podemos observar até mesmo em decisão do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais, em sede de Recurso Ordinário, de uma sentença proferida pela Vara do Trabalho da nossa cidade, Caratinga:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. VALOR ARBITRADO. CRITÉRIOS PARA A QUANTIFICAÇÃO [...]. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS (MATÉRIA COMUM AOS RECURSOS) Na sentença, a indenização por danos morais foi arbitrada, pela cobrança de metas e exigência de teste de gravidez como requisitos para admissão. A reclamante na conclusão do recurso requereu a majoração da indenização por danos morais, ao argumento de que foi arbitrada indenização VIL. Por sua vez, a reclamada pretende a redução da indenização arbitrada em R\$4.000,00. Sustenta que a "simples juntada de um exame particular não imputa ao Recorrente a prática de ato discriminatório em que alimenta a Recorrida, pois, nele não há qualquer indicativo de que era exigido o teste gestacional." Ao exame. Constitui dano moral, conforme a doutrina de Savatier, todo sofrimento humano que não resulta de uma perda pecuniária. Na lição de Wilson Melo da Silva, o prejuízo moral atinge o patrimônio ideal da pessoa natural, o qual contrapõe-se ao patrimônio material, e consiste no conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico infligindo, injustamente, dor, mágoa, tristeza, à vítima. A reparação do dano moral é assegurada pelo inciso X, do art. 5º, da Constituição da República e pressupõe a ocorrência de violação aos valores próprios da personalidade, que importe em exposição ao ridículo ou agressão à honra e à dignidade humanas. Atinge-se um bem psíquico, podendo ser a dor física, dor sensação, nascida de uma lesão material, ou ainda a dor moral, dor sentimento. Exige-se, ainda, a concorrência dos requisitos a que aludem os artigos 186 e 927 do Código Civil: a culpa ou dolo do agente, a relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima. Impende assinalar que não é necessário mensurar a extensão do dano, já que a honra, a dignidade e a integridade física e psíquica da pessoa são invioláveis, por força de expressa disposição de lei, garantias que têm destacada importância também no contexto do pacto laboral, fonte de dignidade do trabalhador. A violação a qualquer desses bens jurídicos, no âmbito do contrato de trabalho, redundando em indenização pelos danos dela decorrentes, tendo em conta que a igualdade preconizada no artigo 5º, da Magna Carta deve ser considerada também na relação de respeito que deve nortear o contrato de trabalho. No caso em apreço, a prova oral demonstra [...] a reclamada exigiu exame de gravidez como requisito de admissão da autora. O documento de fl. 210 e 211 demonstram a realização de exame de gravidez pelas testemunhas [...] à época de suas contratações, o mesmo ocorrendo com a autora. **Não é crível que as funcionárias da reclamada realizassem o exame de gravidez próximo à contratação, sem a exigência da reclamada. Tal exigência viola os arts. 373-A, IV, CLT e 2º, Lei 9.029/95, autorizando o deferimento de indenização por danos morais (art. 4º da mencionada lei). É evidente o dano causado à autora,** estando comprovada a concorrência dos requisitos a que aludem os artigos 186 e 927 do Código Civil. No que tange ao arbitramento da indenização por danos morais deve o julgador levar em conta a gravidade do fato, o grau de culpa do agente, os prejuízos ocasionados, observando ainda as condições pessoais da vítima e a capacidade de quem vai suportar a indenização. O valor da condenação não deve propiciar o enriquecimento sem causa do lesionado, buscando ainda o efeito inibitório da repetição do risco e

danos. No caso sob exame, cotejando todos os elementos supramencionados e a gravidade da situação comprovada nos autos, resolvo majorar o valor da indenização por danos morais, [...]. Dou provimento parcial ao recurso da reclamante para majorar o valor da indenização por danos morais para R\$9.000,00 e nego provimento ao recurso da reclamada (grifou-se) (TRT da 3.^a Região; Pje: 0010687-78.2017.5.03.0051 (RO); Disponibilização: 23/02/2018; Órgão Julgador: Segunda Turma; Relator: Rodrigo Ribeiro Bueno; Vara do Trabalho de Caratinga).

Destarte, Miranda e Oliveira ressaltam que o artigo 2º, II da Lei 9.029/95 “não trata apenas da impossibilidade de exigir atestados de gravidez ou esterilização para a candidata em processo seletivo de emprego, mas sim veda expressamente quaisquer práticas discriminatórias em exames admissionais” (2016, p. 17).

3.1.2 Do Pré-contrato de Trabalho

Ainda na fase pré-contratual, podemos observar a existência de um instituto muito importante e ainda pouco abordado pelos livros de Direito do Trabalho. Trata-se do pré-contrato de trabalho e a responsabilidade do empregador, quando este formado, dá causa a danos e prejuízos ao trabalhador.

Assim, passamos a discutir a proteção ao trabalho da mulher e da maternidade, quando constituído o pré-contrato de trabalho. É comum dispensas arbitrárias de trabalhadoras que ocorrem injustificadamente, a partir da constatação da gravidez. Uma vez que configura prática discriminatória do empregador que desfavorece a mulher trabalhadora e pretere o estado gravídico. Mais uma vez, a intenção não é de exaurir o assunto, mas tão somente lançar luz sobre o tema.

O pré-contrato de trabalho é um instituto do Direito do Trabalho e é constituído na fase preliminar da relação empregatícia. E é aplicado de forma subsidiária, a partir do Código Civil, ou seja, há “a aplicação dos princípios e regras atinentes ao contrato preliminar cível” (MIRANDA e OLIVEIRA, p. 02). Uma vez que:

O artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho permite que nos casos em que a Lei seja omissa, haja a consideração subsidiária do direito processual comum ao direito processual do trabalho. Para que haja a aplicação, todavia, ressalta o legislador que não basta a omissão, mas também a compatibilidade da norma a ser utilizada com

os princípios que regem o processo do trabalho. Isso significa em suma que a lei civilista precisa estar alinhada com o acesso do trabalhador à Justiça. A doutrina moderna se consolidou no sentido de que não apenas as leis processuais civilistas poderiam ser aplicadas ao processo do trabalho, mas também as leis de materiais cíveis poderiam subsidiar as lacunas das leis materiais trabalhista. [...] a doutrina brasileira entende que a aplicação subsidiária se dá nas hipóteses de lacuna normativa, ontológicas e axiológicas. Ou seja, também a essência e o valor da norma poderiam ser aplicados frente aos vazios apresentados pela lei trabalhista (MIRANDA e OLIVEIRA, p. 02).

A maioria dos doutrinadores civilistas, como por exemplo, Caio Mário e Clovis Beviláqua, o chamam de “contra preliminar”, o civilista Miranda utiliza o termo “pré-contrato”, porém os termos “promessa de contrato”, “contrato preparatório” e “compromisso”, também são utilizados (MIRANDA e OLIVEIRA, p. 03).

O pré-contrato, consiste na “convenção jurídica pela qual as partes convenientes obrigam-se entre si à celebração de certo contrato definitivo” (ALVARENGA, p. 03). Para Oliveira, “diz preliminar a convenção em virtude da qual as partes assumem uma obrigação de fazer, consistente em realizar futuramente um contrato definitivo” (2002, p. 143).

Para Maria Helena Diniz, o pré-contrato é:

Aquele pelo qual um ou ambos os contratantes obrigam-se a celebrar determinado contrato no momento em que lhes convier. Gera uma obrigação de fazer um contrato definitivo, ou seja, a obrigação de um futuro contrato, isto é, de construir um contrato definitivo, contendo a possibilidade de arrependimento e indenização das perdas e danos (p. 862).

Nesta lógica, Carlos Henrique da Silva Zangrando afirma que:

[...] o pré-contrato de trabalho nasce apenas quando da comunicação da seleção para vaga ao candidato escolhido. Esta comunicação pode ser formal (p.ex. telegrama, carta, fax, telefonema, e-mail, etc.) como pode se dar até mesmo tacitamente (p.ex.: quando o selecionado é enviado para fazer exames médicos admissionais, quando o setor pessoal retém a CTPS para anotação e requer a documentação necessária, etc.) (p. 645).

Mister salientar que o assunto gera controvérsias tanto na doutrina pátria quanto na estrangeira, uma vez que as negociações preliminares podem ou não compromissar as partes e diferentes entendimentos podem surgir com relação a quando surge a responsabilidade do empregador. Neste sentido, Délio Maranhão ressalta:

É que nem sempre o contrato tem formação instantânea, embora a formação progressiva do contrato de trabalho constitua uma exceção. **Neste caso não há confundir a proposta do contrato, que pressupõe que esse se forme pelo único fato da aceitação, e que, por isso obriga o proponente** (artigo 1.080 do Código Civil),

com os entendimentos preliminares da fase pré-contratual (grifou-se) (2000, p. 645).

O que se extrai é que o pré-contrato não se forma com a simples proposta (na entrevista de emprego, ou nas negociações preliminares que ficam apenas nas tratativas), mas sim com a convenção entre as partes, que inclui a proposta e o aceite, onde as partes se comprometem à obrigações (como a realização de exames, entrega da CTPS, dentre outras), onde a última é a promessa de celebração do contrato de trabalho definitivo.

A necessidade do contrato preliminar se fez presente pelo fato de que nem todos os contratos de trabalho são firmados no momento em que a indicação da aprovação na seleção é feita. Na verdade, boa parte deles depende de entrega de documentos, aferição de aptidão em exames e abertura de contas. Nem sempre a formação do contrato preliminar é instantânea (MARANHÃO, 2000, p. 252 citado por MIRANDA e OLIVEIRA, p. 07).

Assim, o pré-contrato de trabalho não necessariamente deverá ser considerado somente quando escrito, uma vez que nem para se firmar o contrato de trabalho definitivo existe a exigência para tal formalidade, conforme o princípio da primazia da realidade¹⁸ e com fulcro no caput do artigo 443 da CLT¹⁹.

Ademais, conforme considerado nas relações contratuais cíveis, é de extrema importância que toda a contratação ocorra com a observação dos preceitos éticos necessários a não violar o ordenamento jurídico pátrio. Não é diferente quanto ao pré-contrato de trabalho. Sendo assim, importante ressaltar o artigo 422 do Código Civil²⁰ que exige de as partes agir conforme o princípio da probidade e boa-fé objetiva.

O princípio da boa-fé, aplica-se nas relações jurídicas e exige uma postura ética dos contratantes, baseada na confiança. Consiste em “uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos” (VENOSA, 2011, p. 508). Assim, “é um conceito ético, moldado nas ideias de proceder com correção, com dignidade, pautando

¹⁸ Pelo princípio da primazia da realidade, no caso de discordância entre o que ocorre de fato e o que está nos documentos trabalhistas, haverá prevalência do sucedido no plano dos fatos” (NETO E CAVALCANTE, 2018, p. 209)>

¹⁹ Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente.

²⁰ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

sua atitude pelos princípios da honestidade, da boa intenção e no propósito de a ninguém prejudicar” (RODRIGUES, 2002, p. 60).

Nessas circunstâncias:

Tanto das tratativas como na execução, bem como na fase posterior de rescaldo do contrato já cumprido (responsabilidade pós-obrigacional ou pós-contratual), a boa-fé objetiva é fator basilar de interpretação. Dessa forma, avalia-se sob a boa-fé objetiva tanto a responsabilidade pré-contratual, como a responsabilidade contratual e a pós-contratual. Em todas essas situações, sobreleva-se a atividade do juiz na aplicação do Direito ao caso concreto. Caberá à jurisprudência definir o alcance da norma dita aberta do presente diploma civil, como, aliás, já havia fazendo como regra, ainda que não seja mencionado expressamente o princípio da boa-fé nos julgados (VENOSA, 2011, p. 508).

Venosa ressalta o entendimento de Judith Martins Costa, “é no campo da responsabilidade pré-contratual que avulta a importância do princípio da boa-fé objetiva, ‘especialmente na hipótese de não justificada conclusão dos contratos’” (2000, p. 517 citada por VENOSA, 2011, p. 508).

Não obstante, “os contratantes devem agir com lealdade recíproca, dando as informações necessárias, evitando criar expectativas, impedindo a revelação de dados obtidos em confiança, não realizando rupturas inesperadas das conversações, etc.” (ANDRADE, p. 14).

Conforme se intensifica as negociações preliminares e firmado o pré-contrato de trabalho danos e prejuízos causados ao trabalhador geram a necessidade de reparação por parte do empregador. Não há no ordenamento jurídico pátrio regras expressas acerca da responsabilidade do empregador com relação a danos causados havendo rompimento injustificado do pré-contrato, por outro lado, a jurisprudência vem se comportando de forma a conceder danos morais e materiais ao trabalhador prejudicado.

Acerca do rompimento injustificado, Cahani diz que:

[...] por gerar sérios prejuízos financeiros ao indivíduo que, por exemplo, deixou seu emprego antigo para iniciar naquele em que foi aprovado na seleção. É possível se pensar que uma pessoa possa até mesmo ter desprezado oferta de igual nível ou maior conveniência em virtude da promessa não concretizada (1998, p. 464 citado por MIRANDA e OLIVEIRA, p. 14).

Neste sentido, Maranhão lembra que:

[...] quando os entendimentos preliminares chegam a um ponto em que é certa a contratação e uma das partes rompe o contrato preliminar sem justo motivo é certo que a outra tem o direito ao ressarcimento do dano causado por esse rompimento. Não há, entretanto, esclarece o pesquisador, direito à indenização pelo simples rompimento, mas

desde que seja possível provar que, confiando no ingresso no novo emprego, fez despesas, danos emergentes, ou deixou de aceitar outra oferta, lucros cessantes (2000, p. 241 citado por MIRANDA e OLIVEIRA, p. 14).

Ademais, no que diz respeito aos danos morais, por ventura, devidos a partir de um rompimento injustificado do pré-contrato de trabalho, deve o juiz analisar o caso em concreto, não sendo a doutrina e a jurisprudência pacíficas em dizer que simplesmente o ato de rompimento do pré-contrato gera o dever de indenizar, o dano moral é claro, por exemplo, quando o trabalhador deixa de aceitar outro emprego, uma vez que, após passar no processo de seleção, aceitou a vaga de emprego (MIRANDA e OLIVEIRA, p. 14).

Dito isso, lembramos o artigo 373-A da CLT como importante arma contra as práticas discriminatórias, que também pode ser evocado nos casos de rompimento do pré-contrato em virtude de uma gestação. Uma vez que é, conforme o referido artigo, é vedado, também, 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.

Lembrando também, que é proibido exigir o exame de gravidez, bem como provas de esterilização e quaisquer outras práticas discriminatórias em exames admissionais, conforme disposto na Lei 9.029/95. Destarte, a aplicação desta lei nestes casos está de total acordo com:

[...] valor social do trabalho, fundamento Constitucional (artigo 1º, IV, CF), do objetivo Constitucional de erradicar quaisquer formas de discriminação (artigo 3º, IV, CF) e da proteção à maternidade consubstanciada na estabilidade concedida às grávidas desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (artigo 10, II, b, ADCT) (MIRANDA e OLIVEIRA, p. 14).

Logo “qualquer ato que impeça a mulher grávida a ter acesso a emprego, sem justificativa razoável, pode ser considerado discriminatório e ensejar o pagamento de indenização” (MIRANDA e OLIVEIRA, p. 16). Uma vez que este comportamento está em desacordo com a Constituição, as normas internacionais e as normas infraconstitucionais.

Portanto, “tanto no momento da entrevista quanto após a formação do contrato preliminar de trabalho havendo preterição de uma candidata, a que o empregador soube que estava grávida, frente a outra que não estava, há dever de indenizar” (MIRANDA e OLIVEIRA, p. 16).

A jurisprudência vem decidindo neste sentido:

PROCESSO SELETIVO. APROVAÇÃO EM TODAS AS FASES. RECUSA INJUSTIFICADA DA CONTRATAÇÃO. FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA. DANO MORAL. A faculdade de sujeitar os candidatos a processo seletivo prévio, composto por entrevistas e dinâmicas de grupo, é uma faculdade do empregador que deve ser exercida com observância dos direitos subjetivos dos trabalhadores. Aceita a forma de seleção pelos postulantes, cabe ao empregador, após a aprovação dos candidatos em todas as fases, implementar a contratação. Salvo a limitação de vagas, que deve ser comunicada de início, **a recusa em admitir o postulante ao emprego, sem motivo justificado, importa subjetivismos que infligem danos imateriais aos lesados. A reparação deve levar em consideração, menos os aspectos subjetivos, e mais a penalização da empresa que não cumpriu com sua função social** (grifou-se) (TRT, 2ª Região, Ac. N. 20060494187, Recurso Ordinário, Processo n. 00500200406402001, Relator Rovirso Aparecido Boldo, Recorrentes: Venícios Valverde Mortess e Lojas Colombo S/ª Julgado em: 12.06.2006.2).

Neste sentido, é possível destacar decisões importantes na Justiça do Trabalho Brasileira, como a do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região;

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DISCRIMINAÇÃO. GRAVIDEZ. O contexto probatório demonstra que **a reclamada praticou ato discriminatório ao não contratar a reclamante após conhecimento de seu estado gravídico. A conduta da reclamada violou o direito à cidadania, à dignidade da pessoa humana, ao valor social do trabalho, à igualdade, à não-discriminação, à proteção ao emprego, dentre outros direitos constitucionalmente assegurados.** (...) Nessa seara, restaram provados os fatos ensejadores do reconhecimento do dano moral, consistente nas acusações de prática discriminatória contra a mulher em seu estado gravídico. Acresça-se, ainda, que **antes da celebração do contrato, as partes devem agir com probidade e boa-fé (art. 422 do Código Civil)**, deveres estes que foram descumpridos pela parte ré, o que gera dever de indenizar (art. 186 e 927 do Código Civil). [...] **A empresa também violou disposições infraconstitucionais constantes no art. 373-A, II, da CLT e Lei nº 9.029/95.**" (grifou-se) (RO 01072.2008.140.03.00.0 - Relatora Desembargadora Maria Laura Franco Lima de Faria- Publicado em 10.06.2009.).

Caso interessante gerou decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, em sentença prolatada recentemente em 24 de janeiro do presente ano:

RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - *QUANTUM* INDENIZATÓRIO (MATÉRIA COMUM) [...] restou configurado que **a reclamante, que veio a ficar desempregada em razão da proposta de emprego recebida, tendo sido considerada aprovada no processo seletivo que se seguiu, foi ludibriada pela reclamada quanto a sua contratação, durante período considerável de tempo, no decorrer do qual poderia ter concorrido a outras vagas de emprego. Com o agravante de que, nesse íterim, se submeteu a procedimento invasivo e complexo, como é o caso da inserção de D.I.U, com vistas a prevenir gravidez, por exigência da reclamada como condição para contratação.** A situação fática delineada não deixa dúvidas de que a reclamada agiu com deslealdade na fase pré-contratual, gerando na reclamante razoável convicção de que haveria a efetiva contratação

após a entrega da documentação e atendido as exigências, inclusive submetendo-se à colocação do DIU. Portanto, **a frustração dessa expectativa, por certo, gerou na reclamante sentimentos negativos. E mesmo na fase pré-contratual, os contratantes devem pautar-se pela boa-fé e honrar as ofertas e compromissos, conforme preceitua a o art. 422 do Código Civil c/c art. 769 da CLT, e a ofensa a esse dever de conduta é indenizável.** Assim, a justa expectativa da reclamante, no sentido de que o contrato seria efetivado, inclusive com realização de exame admissional, sua recusa deveria vir acompanhada de um motivo justo e razoável, o que não se verificou neste caso. O raciocínio liga-se às noções de abuso de direito e ao princípio da boa-fé objetiva. Assim, se há a liberdade e autonomia privada que confere a todos o direito de não contratar, por outro lado, esse direito não pode ser exercido com abuso, ferindo o dever de boa-fé e lealdade contratuais. [...] é inequívoco que a não contratação da reclamante, apesar da justa expectativa criada pela reclamada, configurou-se como ato ilícito, causando-lhe frustração e sofrimento. [...] Como cediço, a reparação deve guardar razoável proporcionalidade entre o dano causado, sua extensão, suas consequências e repercussões na vida íntima da vítima, bem como atender ao caráter pedagógico e inibitório perante o culpado (grifou-se) (TRT-15 - RO: 00108568420165150045 0010856-84.2016.5.15.0045, Relator: LUIZ ROBERTO NUNES, 8ª Câmara, Data de Publicação: 17/06/2019).

Portanto, a jurisprudência, mediante as normas que vedam a discriminação das mulheres relacionadas à gestação e a maternidade, vem condenando as empresas e responsabilizando-as também na fase pré-contratual, seja nas entrevistas, nas negociações preliminares, seja quando constituído o pré-contrato de trabalho. Significando assim, importantes marcos para o avanço da proteção ao trabalho da mulher e da maternidade.

3.2 Da Proteção à Maternidade na Fase Contratual

Nesse cenário, o presente trabalho passa a estudar os aspectos relacionados à proteção à maternidade ao longo do contrato de trabalho, principalmente no que diz respeito ao necessário meio ambiente de trabalho seguro e saudável, a estabilidade provisória em razão da gestação e a responsabilidade do empregador no pós-contrato de trabalho.

Estes assuntos encontram grandes controvérsias, uma vez que muitos insistem em considerar as normas de proteção ao trabalho da mulher, que em consequência protegem à maternidade, meras regalias e responsáveis pelas práticas discriminatórias sofridas pelas trabalhadoras.

Sendo assim, levando-se em consideração os fundamentos para a referida proteção, e para que esta seja efetiva no plano fático. Tendo em vista a necessidade de se promover a não-discriminação que culmina em alargar as diferenças sociais, é de grande importância a abordagem desses temas. Já que essas práticas discriminatórias não são toleradas pelo ordenamento jurídico pátrio. Consoante às situações até aqui já estudadas, configuram ato ilícito e ensejam a responsabilidade do empregador de reparar os danos causados à trabalhadora.

A fase contratual da relação empregatícia “compreende o período que decorre do termo de início do contrato de trabalho até o momento anterior à sua extinção” (COUTINHO, 2006, p. 118). Logo, “o empregador, durante essa fase, tem o dever de respeitar a dignidade de pessoa do empregado (art. 1º, inciso III, da CF/88) e as condições de realização do trabalho, que atinem ao princípio da boa-fé contratual” (COUTINHO, 2006, p. 118).

3.2.1 O Estado Gravídico e a Necessidade de um Meio Ambiente de Trabalho Seguro e Saudável

A trabalhadora, não diferente do trabalhador do sexo masculino, tem direito ao meio ambiente seguro e saudável, nos termos do artigo 7º, incisos XXII e XXIII²¹ e do artigo 225, caput²², ambos da Constituição/1988. Destarte, importante destacarmos o conceito de Meio Ambiente de Trabalho, que para muitos doutrinadores diz respeito a uma concepção específica do conceito de meio ambiente. Segundo Celso Antônio Pacheco Fiorillo, Meio Ambiente do Trabalho é:

O local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometem a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independentemente da condição que ostentem (homens ou mulheres, maiores ou menores

²¹ Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

²² Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

de idade, celetistas, servidores públicos, autônomos, etc (FIORILLO, 2003).

Conforme José Afonso da Silva (2009, p. 24), o meio ambiente laboral engloba “um complexo de bens imóveis e móveis de uma empresa ou sociedade, objeto de direitos subjetivos privados e invioláveis da saúde e integridade física dos trabalhadores que a frequentam”. Entretanto, em um conceito mais amplo, Guilherme José Purvin de Figueiredo doutrina:

Na busca do conceito de meio ambiente do trabalho, procura-se conjugar a ideia de local de trabalho à de conjunto de condições, lei, influências e interações de ordem física, química e biológica, que incidem sobre o homem em sua atividade laboral. [...] Não obstante possa à primeira vista surpreender uma transposição quase literal do conceito legal trazido pela Lei n. 6.938/81 ao de meio ambiente de trabalho, certo é que – sem olvidar a relação capital/trabalho, de fundamental importância para o estudo de qualquer tema que diga respeito ao vínculo empregatício – aqueles são os elementos que merecem destaque na proteção do trabalhador em face dos riscos ambientais (2007, p. 40-41).

Ademais, importante as ideias de Silvio Beltramelli Neto em “A Reforma Trabalhista e o Retrocesso na Proteção Jurídica da Saúde e Segurança no Trabalho: notas críticas sobre jornada e outros dispositivos alusivos ao meio ambiente laboral”, ao sustentar que:

[...] a conclusão permitida pelo art. 3º, “e”, da Convenção 155 (da OIT), segundo a qual a saúde do obreiro não significa, exclusivamente, ausência de doença, mas, outrossim, a inexistência de absolutamente qualquer circunstância relacionada ao trabalho que agrida a integridade física ou mental do trabalhador, ainda que não manifestada sintomaticamente. Dito de outro modo, a proteção da saúde do trabalhador vai muito além do enfrentamento da doença instalada ou da lesão havida, abrangendo a eliminação de toda situação de exposição a risco (2017, p. 197).

Nessas circunstâncias:

A Saúde Ocupacional tem como finalidade incentivar e manter o mais elevado nível de bem-estar físico, mental e social dos trabalhadores em todas as profissões; prevenir todo o prejuízo causado à saúde destes pelas condições de seu trabalho; protegê-los em seu serviço contra os riscos resultantes da presença de agentes nocivos à sua saúde; colocar e manter o trabalhador em um emprego que convenha às suas aptidões fisiológicas e psicológicas e, em resumo, adaptar o trabalho ao homem e cada homem ao seu trabalho (NOGUEIRA citado por SILVA, 2008, p. 118).

Assim, garantir um meio ambiente seguro e saudável, conforme defende Figueiredo (2007, p. 40-41), ganha mais importância, ainda, quando a trabalhadora se encontra em uma gestação e/ou em período de lactação. Em consonância, a OIT defende que:

[...] as medidas protetivas à maternidade contribuem para a saúde e o bem-estar das mães e dos bebês e para que se alcancem as metas de redução dos índices de mortalidade infantil, de melhoria da saúde das mães e de promoção da igualdade dos gêneros e da capacitação das mulheres, estabelecidas pelos Estados Membros das Nações Unidas. (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, 2013 citado por TEODORO e SILVA, p. 16/17).

Mister salientar que a CLT traz em seu corpo a seção V inteira com normas referentes a proteção à maternidade. Dentre elas há a instituição da estabilidade provisória no artigo 391-A²³. A licença maternidade no artigo 392²⁴, bem como a garantia de transferência de função conforme as condições de saúde da gestante (§ 4º, inciso I) e a dispensa do horário de trabalho para consultas e exames (§ 4º, inciso II), por exemplo.

Ademais, na mesma seção V, o artigo 394-A da CLT, com redação após a ADI 5938, que manteve o afastamento da trabalhadora gestante e/ou lactante quando exerce suas atividades em local insalubre, conforme acontecia antes da “Reforma Trabalhista”²⁵. As alterações significaram a conservação no ordenamento jurídico pátrio de um importante instrumento para efetivação da proteção ao trabalho da mulher e à maternidade.

Ao passo que, ressaltou valores constitucionais que dão embasamento para discriminação positiva do trabalho da mulher, a partir da tutela estatal de proteção à maternidade. Ademais, a referida decisão do supremo indica a

²³ 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. (Incluído pela Lei nº 12.812, de 2013) Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo aplica-se ao empregado adotante ao qual tenha sido concedida guarda provisória para fins de adoção. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017).

²⁴ Art. 392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário. (Redação dada pela Lei nº 10.421, 15.4.2002) § 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. (Redação dada pela Lei nº 10.421, 15.4.2002) § 2º Os períodos de repouso, antes e depois do parto, poderão ser aumentados de 2 (duas) semanas cada um, mediante atestado médico. (Redação dada pela Lei nº 10.421, 15.4.2002) § 3º Em caso de parto antecipado, a mulher terá direito aos 120 (cento e vinte) dias previstos neste artigo. (Redação dada pela Lei nº 10.421, 15.4.2002) § 4º É garantido à empregada, durante a gravidez, sem prejuízo do salário e demais direitos: (Redação dada pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999) I - transferência de função, quando as condições de saúde o exigirem, assegurada a retomada da função anteriormente exercida, logo após o retorno ao trabalho; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999) II - dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares. (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999) § 5º (VETADO) (incluído pela Lei nº 10.421, de 2002).

²⁵ A Lei 13.287 em 11 de maio de 2016 inseriu à CLT o artigo 394-A, dispositivo que proibiu o trabalho da gestante ou lactante em atividades, operações ou locais insalubres. Que foi modificado em 2017 com a Lei 13.467, a chamada “Reforma Trabalhista”.

necessidade de um modelo de sociedade que preconiza o valor social da gravidez e da maternidade. Nestes termos:

Cabe à empresa pagar o adicional de insalubridade à gestante ou à lactante, efetivando-se a compensação (art. 248, CF), 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. Quando não for possível que a gestante ou a lactante afastada do trabalho exerça suas atividades em local salubre na empresa, a hipótese será considerada como gravidez de risco e ensejará a percepção de salário-maternidade durante todo o período de afastamento (NETO e CAVALCANTE, 2019, p. 1138).

Importante destacar, que esta seção foi modificada em 22 de novembro de 2017 pela Lei 13.509, estendendo alguns artigos de proteção à maternidade no âmbito trabalhista, também para os casos de adoção. Está lei significa grande conquista para a proteção à maternidade, também quando esta nasce do ato da adoção.

Sobre o adicional de insalubridade, em sede da ADI 5605, o afastamento da gestante e/ou lactente das atividades em local insalubre foi considerado constitucional e auferiu o seguinte comentário do AGU em sua manifestação:

[...] em consonância com a ordem constitucional vigente e considerando a maior vulnerabilidade das mulheres gestantes e lactantes sujeitas a condições laborais insalubres, o legislador ordinário decidiu conferir especial proteção a saúde dessas trabalhadoras e de sua prole mediante a edição do diploma questionado. [...] De fato, não é razoável submeter pessoas que se encontram em uma condição excepcional de vulnerabilidade, tais como as gestantes, as lactantes e suas respectivas proles, a tratamento jurídico idêntico ao aplicável as demais pessoas que não estão sujeitas a nenhum tipo de risco especial a saúde (STF, 2016, *on-line*).

Importante destacar que o adicional percebido pelos trabalhadores em geral, que exercem atividades em locais insalubres, tem como finalidade impulsionar que o empregador ou realize a eliminação, ou esta não sendo possível, a neutralização da insalubridade. Visando que o pagamento do adicional seja medida excepcional, que não configure, simplesmente, benefício salarial.

E, acima de tudo, para não significar, uma “patrimonialização” da saúde do trabalhador, conforme ressalta a ex-Procuradora Geral da República, Raquel Dodge, em sua manifestação em sede da ADI de nº 5.938/DF. Nas palavras de Camille Simonin:

[...] o adicional dito de insalubridade é imoral e desumano; é uma espécie de adicional do suicídio; ele encoraja os mais temerários a arriscar a saúde para aumentar seu salário; é contrário aos princípios

da Medicina do Trabalho e a Declaração dos Direitos do Homem (STF, 2019, *on-line*).

Logo destaco a ementa do acórdão do plenário do STF na ADI 5938, ocorrido em 29 de maio de 2019:

DIREITO DO TRABALHO. REFORMA TRABALHISTA. CLT, ART. 394-A, II E III, COM A REDAÇÃO DADA PELO ART. 1º DA LEI Nº 13.467/2017. REALIZAÇÃO DE ATIVIDADES CONSIDERADAS INSALUBRES POR EMPREGADAS GESTANTES E LACTANTES. AFASTAMENTO CONDICIONADO À APRESENTAÇÃO DE ATESTADO DE SAÚDE EMITIDO POR MÉDICO DE CONFIANÇA DA MULHER. OFENSA AO DIREITO À SAÚDE, À PROTEÇÃO DA MATERNIDADE E À VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO. CF/88, ARTS. 1º, IV; 6º; 7º, XX E XXXIII; 170; 193; 196; 201; 203, I; E 225. CAUTELAR CONFIRMADA. AÇÃO CONHECIDA E JULGADO PROCEDENTE O PEDIDO. 1. As atividades consideradas insalubres realizadas por empregadas gestantes e lactantes, ainda que não apresentem atestado de saúde emitido por médico de sua confiança que recomende o afastamento, são inconstitucionais, por violação à proteção à família, à igualdade de gênero, aos valores sociais do trabalho e à saúde. 2. **A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado (artigo 226 da CRFB), o que impede que a gravidez ou a amamentação sejam motivos para fundamentar qualquer ato contrário ao interesse da mulher, ou que lhe imponha grave prejuízo.** 3. **O Estado não pode impor escolhas trágicas em detrimento da formação da família.** O princípio do livre planejamento familiar assegura que o desenvolvimento da família seja decisão exclusiva de seus próprios membros, sem a ocorrência de interferências externas. [...]. 4. In casu, ao condicionar o afastamento da lactante ou gestante à apresentação de atestado de saúde emitido por médico de confiança, que recomende o afastamento durante a gestação ou a lactação, as normas impugnadas transferem às trabalhadoras o ônus de proteção à saúde da mulher e do bebê em uma situação de presumível risco. 5. **A vedação à discriminação de impõe-se tanto no ambiente familiar quanto no laboral, como corolário da promoção do bem de todos, sem preconceito de sexo, alçada a objetivo fundamental da República (art. 3º, IV, CF), mercê de ter sido explicitada a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações (art. 5º, I, CF).** 6. Deveras, no plano internacional, é pacífica a preocupação comum no combate às injustiças sociais pautadas no gênero, como se observa na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, que ostenta como um de seus signatários o Brasil [...] (grifou-se) (STF, 2019, *on-line*).

Neste acórdão, o STF destaca também as desigualdades sociais ensejadas pela discriminação ao trabalho da mulher:

[...] 7. **As taxas de desemprego elevadas, que atingem em grande parte a mulher no mercado de trabalho, comprometem o planejamento familiar capaz de conciliar os interesses profissionais e maternos.** 8. A liberdade reprodutiva – compreendida como a “autonomia da mulher para decidir sobre seu próprio corpo em relação ao desejo ou não de procriar” – ainda claudica em determinados setores da sociedade (BARBOZA, Heloisa Helena. (Des)Iguuldade de gênero: restrições à autonomia da mulher. Pensar, Fortaleza, v. 22, n. 1, p. 240-271, jan./abr. 2017, p. 260), razão pela qual a “escolha” no mais das vezes impõe às mulheres o sacrifício

de sua carreira, traduzindo-se em direta perpetuação da desigualdade de gênero. 9. A norma não cogita estabelecer uma alternativa, prestigiando a liberdade de escolha da trabalhadora, antes oculta o **enraizamento da discriminação social que recai sobre a mulher**. [...] 10. A escolha da trabalhadora de apresentar atestado ao empregador, a fim de afastar-se dos fatores insalubres – ou do próprio trabalho, quando inexistente atribuição alternativa –, **não se dissocia das amarras socialmente construídas do dever de maternidade, da proteção do nascituro, da responsabilidade pela harmonia familiar, que recaem desproporcionalmente sobre a mulher**. Ademais, **não se trata de uma escolha livre, por ser carregada dos vieses sexistas que respondem pela culpa materna e perpetuam a desigualdade da mulher no mercado de trabalho**. 11. O gênero é determinante no mercado trabalho, em que pese a proibição de diferença de salários e de exercício de funções por motivo de sexo ter sido expressamente reconhecida como direito dos trabalhadores (art. 7º, XXX, CF). 12. O intérprete deve avaliar as consequências práticas da aplicação dos valores abstratos nas decisões judiciais como fundamento decisório (art. 20, LINDB). **Sob o pálio estatístico, a) as mulheres brasileiras ganham, em média, 76% da remuneração masculina, consoante dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD); b) as mulheres negras recebem ainda menos: 43% dos salários dos homens brancos; c) as mulheres com 12 anos ou mais de estudo ganham, em média, 68% do que homens com a mesma escolaridade**, segundo pesquisadores da Coordenação de Gênero, Raça e Gerações do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea); **d) as mulheres têm uma taxa de desemprego maior do que a taxa dos homens**, aponta Relatório da Organização Internacional do Trabalho lançado em 2018. 13. A análise econômica do direito, in casu, implica estimar se a supressão da parte final dos dispositivos impugnados terá o condão de promover uma maior proteção aos valores constitucionais que fundamentam a inconstitucionalidade – isonomia, proteção à família, maternidade, saúde e valores trabalho – do que sua manutenção. De um lado, as normas impugnadas desfavorecem a plena proteção dos interesses constitucionalmente protegidos, na medida em que sujeitam as trabalhadoras a maior embaraço para o exercício de seus direitos. De outro, por tratar-se de medida legal protetiva direcionada ao âmbito privado, é preciso avaliar se o agente empregador, mais suscetível a incentivos econômicos, poderia contornar a determinação legal com uma resposta ainda mais discriminadora [...] (grifou-se) (STF, 2019, *online*).

A ementa destaca, ainda, a dificuldade de desatrelar a sensação que alguns empregadores possuem de que, os encargos trabalhistas referentes à gestação e maternidade, como o custo do afastamento da empregada, em razão da gestação do pensamento de que contratar mulheres é mais oneroso para a empresa:

[...] 14. Quando o empregador arca sozinho com os custos financeiros do afastamento da empregada ou do adicional de insalubridade da trabalhadora gestante/lactante, surge um incentivo perverso para a preterição de trabalhadoras mulheres ou a redução de seu salário efetivo, transferindo o custo social à mulher. **A desoneração não visa a beneficiar o empregador, mas a combater à desigualdade de gênero no mercado de trabalho**. Precedente: ADI 1946, Relator Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJ 16- 05-2003. 15. As reflexões

consequencialistas da análise econômica indicam que há um benefício auxiliar decorrente de se combater a desigualdade de gênero no mercado de trabalho, assim compreendido por ser um impacto favorável da medida tipicamente não relacionado ou secundário. É que, assim se reforça a capacidade produtiva nacional, ao reter mão-de-obra de grande parte da população em idade ativa, no caso de mulheres, que possuem dependentes. Como leciona Martha Nussbaum, “arranjos que acabam com a discriminação em razão da raça e do sexo pelo menos podem ser considerados economicamente eficientes, porque incluem na força de trabalho, sem redesenho caro, um grande grupo de trabalhadores produtivos que de outra forma não poderiam ser incluídos” (NUSSBAUM, Martha. *Frontiers of justice: Disability, nationality, species membership*. Harvard University Press, 2009. p. 117-118) [...] (grifou-se) (STF, 2019, *on-line*).

Ademais, na ementa, o STF ressalta a importância do direito à saúde, mediante um ambiente laboral saudável:

[...] 16. O **direito à saúde**, enquanto direito social tutelado expressamente no artigo 6º da Constituição, reclama uma especial proteção no presente caso, revelando-se desproporcional, por proteção deficiente, a previsão legal que determina, somente no caso de insalubridade em grau máximo, o afastamento automático da mulher gestante do ambiente insalubre, enquanto durar a gestação. 17. **A proteção social ao meio ambiente laboral** decorre do direito à saúde, “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos”, nos termos do artigo 196 da Constituição. Assim, “qualquer situação que envolva efetivas considerações e **medidas saúde pública** (e o período de gestação e recente parto assim se caracterizam) **permite tratamento normativo diferenciado, à luz do critério jurídico valorizado pela própria Constituição da República**” (DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 867-868). 18. Os riscos graves e a incerteza quanto às dimensões exatas dos mesmos no caso concreto constituem os fundamentos de aplicação do **princípio da precaução**, a informar a predileção por alternativas que aumentem a salvaguarda dos envolvidos (ADPF 101, Rel. Min. Cármen Lúcia, Pleno, DJe 04-06-2012). 19. **O interesse de que a grávida leve a gestação a termo com êxito exorbita os limites individuais da genitora, alcançando outros indivíduos e a coletividade**. Enquanto a saúde pessoal do trabalhador pode configurar motivos exclusivamente individuais ou particulares, **a maternidade e a família constituem direitos fundamentais do homem-social e do homem-solidário**, na nomenclatura de José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 186). 20. Ex positis, acompanho o Ministro Relator na procedência da ação, a fim de ver reconhecida a inconstitucionalidade da expressão “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”, constante dos incisos II e III do art. 394-A da CLT, com a redação dada pela Lei 13.467/201 (grifou-se) (STF, 2019, *on-line*).

Não obstante, é notório na execução do contrato de trabalho o descumprimento de obrigações inerentes à relação de emprego, a partir da existência de circunstâncias que geram a discriminação, principalmente no caso da trabalhadora quando no estado de gravidez, situações que levam ao

rebaixamento de cargo ou função, o abuso de poder com relação a fiscalização das atividades, o assédio moral e sexual, por exemplo, e que podem culminar em dispensas arbitrárias (COUTINHO, 2006, p. 118/119).

3.2.2 Do Assédio Moral em Razão da Gravidez

O assédio moral é uma forma de violência que não perdoa nem mesmo a trabalhadora gestante e implica em um mau ambiente de trabalho desfavorável a saúde e que dá causa a prejuízos à trabalhadora:

O assédio moral é um velho fenômeno presente em muitos lugares de trabalho, causado pela deterioração das relações interpessoais e pelas disfunções organizacionais. É um fenômeno relacionado com a cultura, podendo variar as formas de suas manifestações de país para país (OMS, 2004, p. 11)

Coutinho destaca que:

A empregada grávida muitas vezes é colocada frente a situações constrangedoras, vexatórias ou humilhantes (exigência de horas extras, não aceitação de atestado médico pré-natal, recusa em fornecer-lhe uniforme adequado a seu estado de gravidez, desvio de função, rebaixamento de cargo, mudança de horário, exigência de desempenho em atividade incompatível com a gravidez, impedimento de contato com o público, fraude do contrato de experiência), que visam provocar condições de trabalho insuportáveis, capazes de levá-la ao pedido de demissão, com a resultante perda do direito à estabilidade (2006, p. 119).

Segundo a autora, o empregador, com o objetivo de se chegar a uma justa causa, trata a trabalhadora grávida com abuso excessivo do poder disciplinador, uma vez que este tipo de dispensa impede o direito à estabilidade no emprego da gestante, liberando-o de garantir tal encargo (COUTINHO, 2006, p. 119).

Ademais, a autora lembra que muitas das vezes o empregador sequer respeita este direito e logo no conhecimento da gravidez chega a dispensar a trabalhadora de forma arbitrária (COUTINHO, 2006, p. 119).

A autora ressalta, ainda, que muitas dessas trabalhadoras são vítimas constantes de assédio moral nas empresas:

[...] decorrente, em regra, do uso abusivo de poder por parte do empregador, ou seus prepostos, e que se manifesta, nesses casos, por meio de constrangimentos e pressões psicológicas, acompanhadas de violações do contrato de trabalho. Tais meios são usados, pelo empregador ou seus prepostos, como intimidação, que tem o objetivo de afastar da empresa as empregadas grávidas, porque entendidas

como pessoas inadaptáveis à organização laboral (COUTINHO, 2006, p. 119).

Essas práticas abusivas ocorrem, na grande maioria das vezes, tendo em vista:

[...] a busca incessante da produtividade e do lucro imediato, e submetida à situação de forte competição, vê na empregada grávida um empecilho à consecução de seus objetivos, e a partir dessa circunstância a vítima, por meio de tratamento humilhante e vexatório, do qual sobrevêm infrações contratuais, e lesões ao patrimônio moral, por desrespeito à sua dignidade de pessoa humana. A conduta de assédio moral, em tais termos, autoriza a empregada a postular em juízo a rescisão do contrato de trabalho por inadimplemento de suas obrigações por parte do empregador (art.483, “d”, da CLT), e a indenização devida pelo dano moral sofrido (COUTINHO, 2006, p. 119).

Sempre que há a violação dos direitos da trabalhadora gestante, a Constituição vigente garante sanções para as condutas do empregador que lesam o meio ambiente de trabalho. Neste sentido, Melo destaca que:

[...] comando constitucional do art. 225, §3º e dos demais dispositivos constitucionais e legais que protegem o meio ambiente e a saúde do trabalhador (subitens 4.1, 4.2 e 4.3 do Capítulo I), infere-se que as responsabilidades decorrentes do trabalho em condições inadequadas e em ambientes insalubres, perigosos e penosos ou em razão de acidentes de trabalho, podem ser caracterizadas como de natureza: a) administrativa; b) previdenciária; c) trabalhista; d) penal; e) civil (2008, p. 140).

No que diz respeito à responsabilidade civil:

[...] requer a reparação do dano causado de maneira mais completa possível, que vai desde a reconstituição daquele, quanto possível, até a sua substituição/compensação pelo pagamento de determinadas importâncias em dinheiro por conta da redução patrimonial sofrida pela vítima quanto aos danos emergentes, lucros cessantes e demais despesas com que, em razão do evento, deva a vítima arcar. Mas também, como visto, é devida a reparação (compensação) por danos não patrimoniais, que são os danos à personalidade (MELO, 2008, p. 225).

A jurisprudência vem aplicando este entendimento. Conforme decisão do Tribunal Superior do Trabalho, no ano de 2017:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. LEI N.º 13.015/2014. **INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. EMPREGADA GRÁVIDA. ASSÉDIO MORAL. SOFRIMENTO PSICOLÓGICO. QUANTUM INDENIZATÓRIO.** Hipótese em que o TRT deu provimento ao recurso ordinário da empregada para majorar o valor arbitrado a título de indenização por danos morais de R\$7mil para R\$15mil reais. O TRT explicitou que **a empregada foi vítima de violência psicológica por parte da reclamada no momento em que se encontrava em estado gravídico**. Com efeito, esta Corte Superior tem revisado os valores arbitrados a título de compensação por danos morais apenas em caráter excepcional, como nas hipóteses de valores irrisórios ou exorbitantes, únicas a autorizarem

a violação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. No caso, o valor arbitrado pelo TRT (R\$15mil reais) atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Incólume o art. 5º, X, da CF. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (grifou-se) (TST - AIRR: 6662920135150090, Relator: Maria Helena Mallmann, Data de Julgamento: 03/05/2017, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/05/2017).

Situação análoga na decisão do Tribunal Regional do Trabalho do Espírito Santos:

RECURSO DA RECLAMADA – DANOS MORAIS – ASSÉDIO MORAL – HUMILHAÇÃO - EMPREGADA GRÁVIDA. Se os elementos dos autos comprovam que obreira sofreu atos de humilhação e perseguição ao longo do contrato de trabalho, certa é a existência de prejuízo ao seu patrimônio moral, em especial se ela estiver grávida, o que exige seja a empregadora condenada ao pagamento de indenização por danos morais. [...] Aduz que **restou cabalmente comprovado que foi vítima de cobranças excessivas sempre acompanhadas de ameaças de dispensa, divulgação de produtividade para os demais colegas de trabalho, preterição na distribuição de mailings**, na qual ocorria o favorecimento de alguns funcionários; repreensão perante os demais colegas de trabalho; transformação do seu contrato de trabalho em contrato de inação. [...] Requer, portanto, a modificação do julgado, para que a indenização por danos morais seja majorada para ao menos R\$ 100.000,00 (cem mil reais). (grifou-se) (TRT-17 – RO: 0026000-15.2012.5.17.0003. Relator: Desembargadora CARMEM VILMA GARISTO, Data do julgamento: 22/07/2013, Data da publicação: 07/08/2013).

3.2.3 Da Estabilidade Provisória em Razão da Gestação

A estabilidade provisória em razão da gestação foi prevista pela OIT pela primeira vez em sua Convenção nº 03 em 1919 e ratificado pelo Brasil somente em 1934 e promulgado pelo Decreto nº 423, em 1935. Com esta norma “restou vedado ao empregador dispensar a gestante durante a gravidez em razão do parto ou da licença obrigatória” (LIMA, p. 07/08).

No entanto, a Recomendação nº 95 da OIT 1952 estabeleceu que “a empregada gestante poderia ser demitida caso apresentasse uma postura desidiosa no trabalho em decorrência de faltas” (LIMA, p. 08). Durante muito tempo, o ordenamento jurídico brasileiro não apresentou normas de proteção ao emprego da gestante. Somente com a CLT, em seu artigo 391, foi previsto que “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”.

Com o advento da Constituição de 1988, que esta proteção ganhou expressividade, a partir da alínea “b”, do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que se tornou possível a vedação à dispensa da trabalhadora em razão da gravidez, até cinco meses após ocorrido o parto. Esta exigência, só foi incluída na CLT a partir da Lei 12.812, com o artigo 391, em 2013.

A referida estabilidade encontra fundamento na dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, CF/88), bem como no artigo 6º e no artigo 227, ambos da Magna Carta. Bem como nos artigos 201, inciso II e 203, inciso I, do mesmo diploma legal. Esses artigos garantem a proteção à maternidade, a família e ao nascituro (STF, *on-line*). Ademais, mesmo localizando-se no ADCT é considerada um direito fundamental, uma vez que:

A natureza de direito fundamental atribuída a um direito decorre, [...] não apenas do seu aspecto formal, ou seja, de sua positivação por escrito no texto da norma constitucional, mas, sobretudo, se seu conteúdo material emanar do princípio da dignidade da pessoa humana (ALEXY citado por GAIA, 2017, p. 499/500).

Inicialmente, este artigo só abrangia as trabalhadoras urbanas, rurais e avulsas. Apenas em 2006, sob a Lei 11.324 que esta proteção foi ampliada para abarcar as trabalhadoras domésticas “corrigindo uma desigualdade histórica, já que a trabalhadora doméstica merece igual proteção que às demais trabalhadoras” (GAIA, 2017, p. 500/501).

Mister salientar que:

O direito à estabilidade provisória da trabalhadora gestante objetiva assegurar trabalhadora a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justo motivo no curso o contrato de trabalho. Além de representar mecanismo de proteção à mulher no mercado de trabalho, esta modalidade de estabilidade provisória permite também a proteção do nascituro, enquanto sujeito de direitos, assegurando a este o seu pleno desenvolvimento e segurança, desde a sua concepção (GAIA, 2017, p. 500).

Um ponto importante acerca da estabilidade provisória da gestante foi discutido recentemente em 2018 no julgamento do Recurso Extraordinário 629053 pelo STF. Este RE tratou a discussão acerca de quando começa a responsabilidade do empregador de observar a referida estabilidade. O supremo decidiu que não importa se houve a comunicação formal ao empregador da gravidez antes da dispensa, ou sequer se a trabalhadora tinha conhecimento, mas sim, a existência da gravidez, antes da extinção do contrato.

Os doutrinadores consideram que o supremo adotou a teoria objetiva. Logo, acerca decisão:

Ementa: DIREITO À MATERNIDADE. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL CONTRA DISPENSA ARBITRÁRIA DA GESTANTE. **EXIGÊNCIA UNICAMENTE DA PRESENÇA DO REQUISITO BIOLÓGICO. GRAVIDEZ** PREEXISTENTE À DISPENSA ARBITRÁRIA. MELHORIA DAS CONDIÇÕES DE VIDA AOS HIPOSSUFICIENTES, VISANDO À CONCRETIZAÇÃO DA IGUALDADE SOCIAL. DIREITO À INDENIZAÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. [...] 3. A proteção constitucional **somente exige a presença do requisito biológico: gravidez preexistente a dispensa arbitrária, independentemente de prévio conhecimento ou comprovação.** 4. A proteção contra dispensa arbitrária da gestante caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher, ao assegurar-lhe o gozo de outros preceitos constitucionais – licença maternidade remunerada, princípio da paternidade responsável –; quanto da criança, permitindo a efetiva e integral proteção ao recém-nascido, possibilitando sua convivência integral com a mãe, nos primeiros meses de vida, de maneira harmônica e segura – econômica e psicologicamente, em face da garantia de estabilidade no emprego –, consagrada com absoluta prioridade, no artigo 227 do texto constitucional, como dever inclusive da sociedade (empregador). 5. Recurso Extraordinário a que se nega provimento com a fixação da seguinte tese: A incidência da estabilidade prevista no art. 10, inc. II, do ADCT, somente exige a anterioridade da gravidez à dispensa sem justa causa (grifou-se) (STF, 2018, *on-line*).

A estabilidade da gestante é tão importante para o nascituro que, “nos casos em que ocorrer o falecimento da genitora”, por exemplo, “a estabilidade será assegurada a quem detiver a guarda do seu filho (art. 1º, LC 146/2014)” (NETO e CAVALCANTE, 2019, p. 1138). Ademais, nos casos em que a mulher engravidar no curso do aviso prévio, será também concedida a estabilidade, conforme dispõe o artigo 391-A da CLT.

De certo, uma súmula do TST muito importante é a 244. Ela prevê que:

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.

Não obstante, o TST entende que a proteção ao emprego da gestante é estendida ao contrato de experiência previsto no artigo 443, § 2º, “c”, da CLT. Para Teodoro e Silva, firmado o contrato de experiência há uma predisposição para o contrato de trabalho por prazo determinado, e que ele se justifica pelos

princípios da proteção e da continuidade da relação de emprego, sendo este o efeito esperado concluído o contrato de experiência e que com o seu fim, não surge um novo contrato, apenas aquele passa a ser por prazo indeterminado (p. 13). Dessa maneira:

Com base no exposto, a extensão, à mulher que engravida no contrato de experiência, da garantia reconhecida à trabalhadora que engravida no contrato por prazo indeterminado é medida coerente com os princípios da igualdade e da não discriminação. Se a admissão já revelava a predisposição à contratação por prazo indeterminado, nada mais justo do que dar à gestante “em experiência” o mesmo tratamento dado à gestante que já passou pelo contrato de prova (TEODORO e SILVA, p. 13).

Ademais, com a súmula 244, III²⁶, o TST fixou que a proteção ao emprego da gestante se estende aos contratos por prazo determinado, muito embora, a grande maioria da doutrina não concorde e, tendo em vista que a súmula não é tem a força de lei, muitos entendimentos diferentes são encontrados na doutrina e na jurisprudência (TEODORO e SILVA, p. 13).

Para ilustrar, Sergio Pinto Martins defende que:

No contrato de trabalho por tempo determinado as partes sabem desde o início quando o pacto irá terminar. Assim, se a empregada ficar grávida no curso do ajuste laboral, será indevida a garantia de emprego, pois não está havendo dispensa arbitrária ou sem justa causa. Há apenas o decurso do prazo do pacto de trabalho celebrado entre as partes. Situações que ocorram no curso do pacto laboral de prazo determinado não podem ser opostas para modificar a sua cessação, salvo se houver ajuste entre as partes (citado por NETO e CAVALCANTE, 2019, p. 1144).

A principal dúvida levantada por Teodoro e Silva, acerca de se considerar a estabilidade nesse caso, seria a de: “como efetivar a garantia se não for possível manter o emprego da mulher até 5 meses após o parto em razão da natureza ou da temporariedade do serviço ou da transitoriedade atividade empresarial?” (TEODORO e SILVA, p. 13).

Para os autores, não é certo transferir para o empregador de boa-fé sozinho arcar com o ônus observar a estabilidade da gestante, sendo que não é mais possível o exercício das atividades:

Diferentemente do que ocorre no contrato de experiência, a determinação do prazo contratual nas hipóteses das alíneas “a” e “b” do §2º do artigo 443 da CLT não se funda na aplicabilidade dos princípios da proteção e da continuidade da relação de emprego. A indeterminação do prazo contratual não é a consequência natural e

²⁶ 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.

esperada pelas partes, e, nessa perspectiva, não parece lógico interpretar a não continuidade do pacto como uma espécie de dispensa, muito menos dispensa imotivada (TEODORO e SILVA, p.).

Os autores apontam como uma possível solução, que o Estado arcasse com este ônus:

É óbvio que a adoção de medidas tendentes a isentar o empregador de boa-fé da responsabilidade por eventual indenização à gestante careceria de regulamentação legal. Enquanto não viesse a regulamentação, boa solução seria a responsabilização do Estado pelos créditos decorrentes da garantia de emprego porventura reconhecidos à gestante contratada por prazo determinado nas hipóteses das alíneas “a” e “b” do §2º do artigo 443 da CLT – se o empregador de boa-fé fosse demandado, teria direito de regresso contra o Estado (TEODORO e SILVA, p.).

Sendo assim, é de suma importância que esses assuntos sejam tratados com maior expressividade, tendo em vista que, sem entender os fundamentos da proteção ao trabalho da gestante a partir da estabilidade provisória, muitas práticas discriminatórias acontecem, como a preterição da trabalhadora em razão da gravidez com a preferência por trabalhadores do sexo masculino. Uma vez que a proteção da maternidade é de responsabilidade de toda a sociedade.

3.3 Da Extinção do Contrato de Trabalho e a Responsabilidade Pós-Contratual do Empregador

Não diferente das outras fases do contrato de trabalho, a trabalhadora sofre com a discriminação também na extinção do contrato, em razão da gravidez, culminando muitas vezes em dispensas arbitrárias que ensejam a responsabilidade do empregador de ressarcir possíveis danos ocorridos.

Embora aceita por parte da doutrina e parte da jurisprudência, pouco se aprofunda nesse assunto, fato é que não há regras expressas sobre. Assim, a intenção não é exaurir o assunto, mas sim abordar alguns caminhos que o ordenamento jurídico dispõe com relação à proteção ao trabalho da mulher e a maternidade também nesta fase da vida laboral.

Como ocorre com a responsabilidade pré-contratual, a responsabilidade pós-contratual, é aplicada no Direito do Trabalho, subsidiariamente, conforme o Código Civil, com fulcro no artigo 769 da CLT. Assim, com a extinção do contrato de trabalho, às partes contratantes resta cumprir as obrigações pertinentes.

Nessa fase deve, também, ser observado o princípio da boa-fé objetiva determinada pelo artigo 422 do Código Civil.

Para os doutrinadores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, “tudo gira, [...] em torno da necessidade de se proceder segundo um comportamento ético e probó esperado pelas partes, uma em face da outra” (2016, p. 260). Ademais, alguns doutrinadores consideram a responsabilidade pós-contratual como deveres acessórios ou anexos. Outros, consideram ainda, como deveres secundários. Nessas circunstâncias, a responsabilidade no pós-contrato de trabalho:

Se pauta a ideia de que a relação deve se desenvolver dentro de uma ordem de cooperação, onde se sustenta a possibilidade, de que, mesmo após adimplido o dever principal, ainda é possível a relação jurídica perdurar, em razão de outro dever secundário independente (2003, p. 262-263).

Destarte, para Daniel Ustárroz, a responsabilidade pós-contratual:

[...] alarga o conteúdo da relação obrigacional e impõe aos participantes deveres anexos de conduta, pois decorre do pressuposto de que a relação oferece satisfação plena aos participantes, inclusive os fatos que se verificarem após a extinção do vínculo poderão ocasionar danos e reduzir a valia daquilo que fora anteriormente pactuado (2017, p. 154).

Deste modo, muitas vezes a trabalhadora gestante “vê se objeto de dispensa arbitrária, em flagrante impedimento ao gozo de sua estabilidade de gestante, o que elimina o direito à manutenção ao emprego” (COUTINHO, 2006, p. 126). Ou seja, se o rompimento da relação de empregatícia se fundamentar em um ato discriminatório em razão da gestação e o empregador não observar o direito à estabilidade provisória, lida-se de uma dispensa arbitrária, que gera danos à trabalhadora e acarreta ao empregador o dever de ressarcir-los.

Dessa maneira, a CLT em seu artigo 391 a dispensa em razão da gravidez. E reforça em seu parágrafo único que “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”.

Corroborando, Coutinho explica que:

O rompimento da relação de trabalho por discriminação em virtude do estado de gravidez da empregada submete o empregador às sanções estabelecidas no art. 4º, da Lei 9.029/95, sem prejuízo da indenização pelo dano moral sofrido, cujo pedido poderá vir cumulado com o pleito de reparação do dano material (2006, p. 126).

Assim, o Art. 4º da Lei 9.029/95 determina-que:

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.

Neste sentido vem entendendo também a jurisprudência, conforme decisão do Tribunal Regional do Trabalho 7:

Ementa: **GESTANTE – DISPENSA DISCRIMINATÓRIA – REMUNERAÇÃO EM DOBRO**. Reputa-se discriminatória a dispensa da empregada que se encontrava no sétimo mês de gestação, por incompatível com os princípios da continuidade da relação de emprego e da dignidade da pessoa humana. Desta feita, reforma-se a sentença, para condenar a recorrida ao pagamento em dobro dos salários e demais verbas (férias = 1/3, 13º salário e FGTS) correspondentes ao período de estabilidade provisória, nos termos do art. 4º, II, da Lei nº 9.029/95. [...]. (grifou-se) (TRT 7 – RO: 0000049-85.2010.5.07.0029. Relator: Desembargador José Antonio Parente da Silva, Data do julgamento: 02/02/2012, Data da publicação: 24/02/2013)

Em contrapartida, a jurisprudência vem entendendo também ser possível a extinção do contrato de trabalho com a trabalhadora gestante, a partir do pedido de demissão. O Ministro Relator Augusto César Leite de Carvalho, em sede de Recurso de Revista afirmou que:

[...] o artigo 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, não impondo restrição alguma quanto à modalidade de contrato de trabalho, mesmo porque a garantia visa à tutela do nascituro (TST, *on-line*).

Ademais, o artigo 394 da CLT permite que a gestante rompa com o contrato de trabalho, quando este possa ser prejudicial à gestação, a partir da apresentação de atestado médico. Mister salientar, o artigo 483 da CLT²⁷

²⁷ Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando: a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato; b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo; c) correr perigo manifesto de mal considerável; d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato; e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama; f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; g) o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários.

permite a rescisão do contrato de forma indireta por iniciativa do empregado em geral com justificativa em má conduta do empregador.

Destarte, quando ocorrer qualquer fato conforme descritos nos incisos do referido artigo, pode a trabalhadora pleitear que seja considerada a rescisão indireta, bem como o pagamento das verbas cabíveis, principalmente, com relação a estabilidade da gestante.

Sendo que, no caso em tela, a jurisprudência não vem considerando ser cabível o dano moral, uma vez que não trata de uma dispensa discriminatória, mas sim uma rescisão indireta, a partir de uma decisão judicial, de iniciativa da própria trabalhadora, não havendo assim equiparação entre a dispensa discriminatória e a rescisão contratual indireta.

Este entendimento, foi confirmado em decisão do TRT 12^a:

I – AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. RESCISÃO CONTRATUAL. EMPREGADA GESTANTE. VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 186 E 927, DO CÓDIGO CIVIL. Demonstrada a violação aos artigos 186 e 927, do Código Civil, dá-se provimento ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. II – RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. RESCISÃO CONTRATUAL. EMPREGADA GESTANTE. CONDUTA DISCRIMINATÓRIA NÃO COMPROVADA. PRECEDENTES. O contrato de trabalho da reclamante foi rescindido por decisão judicial e não por prática de ato discriminatório do empregador, em razão do estado gravídico da autora, como apontado pelo E. Tribunal Regional. A conduta da reclamada, ora agravante, embora tenha acarretado ilícito trabalhista, de modo a ensejar a rescisão do contrato de trabalho de modo indireto, não traz em seu bojo, de modo objetivo, tampouco presumido, ou indireto, qualquer conduta discriminatória, autorizadora de reparação indenizatória. Ademais, a jurisprudência desta C. Corte, é firme no sentido de que a dispensa do empregado, por si só, não enseja o reconhecimento de dano moral, o qual somente se concretiza quando demonstrada a conduta discriminatória perpetrada pelo empregador, circunstância essa não ocorrida, no presente caso. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido (RR-3762-38.2012.5.12.0036, 8^a Turma, Relatora Desembargadora Convocada Jane Granzoto Torres da Silva, DEJT 05/12/2014).

Diante do exposto concluo o presente capítulo considerando que todo o contrato de trabalho da trabalhadora gestante, desde a divulgação da vaga, até o pós-contrato, é protegido por um forte arcabouço jurídico. Em destaque, as Leis 9.029/95 e 9.799/99, bem como, o artigo 422 do Código Civil. Seja vedando práticas discriminatórias, seja determinando que todas as três fases da relação empregatícia deverão ser regidas pelos princípios da probidade e boa-fé.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise acerca do trabalho da mulher gestante no Brasil a partir do direito fundamental da proteção à maternidade no ordenamento juslaboral pátrio. É grande a contribuição do estudo deste tema, uma vez que ressaltou o valor social da maternidade e que protegê-la significa proteger a gravidez, o nascituro e a saúde da trabalhadora.

Destarte, a investigação do tema escolhido contribui ao campo de estudos onde está inserido, para o aprimoramento da ciência jurídica, favorecendo a construção de propostas ou reforço de correntes doutrinárias já existentes, tendo em vista a necessidade de políticas públicas de promoção e proteção ao trabalho mulher, bem como para a efetivação do princípio da não-discriminação que, como possível constatar, enseja profundas desigualdades sociais.

Neste sentido, podemos constatar que o estudo referente a esta relação empregatícia proporciona ganhos no contexto social brasileiro, uma vez que proteger a gravidez, o nascituro e a saúde da trabalhadora traduzem em proteger o futuro da nossa sociedade.

Não obstante, este estudo proporcionou a esta jurista e militante, grande crescimento pessoal, acadêmico e profissional, uma vez que, sendo mulher, todos os dias são marcados por episódios que silenciam e até mesmo violentam.

Sobretudo, seja quando decidem nosso papel na sociedade, ou diminuindo o lugar de fala feminino, seja no aumento nas taxas de violência contra a mulher ou do feminicídio, seja decidindo e legislando sobre nossos corpos, ou restringindo a atuação da mulher no âmbito do trabalho e ou na política, por exemplo.

Ao longo do estudo foram apontados alguns dos principais empecilhos para a efetivação desse direito. A princípio fez-se um levantamento histórico do trabalho da mulher e a evolução de direitos adquiridos ao longo da história. Sendo possível identificar a influência da religião no papel da mulher em nossa sociedade, e que a leitura bíblica que favorece o homem acaba gerando influências negativas para a mulher no ambiente de trabalho, até os dias atuais.

Na história, o papel da mulher na sociedade, que foi criado com a finalidade de se garantir a supremacia masculina, no que diz respeito ao trabalho e aos interesses econômicos, é responsável pela imagem da mulher de ser frágil,

delicada, instável emocionalmente, maternal, dona dos assuntos domésticos e responsável pela criação dos filhos, ou seja, a “natureza feminina”, fato que hoje é responsável, principalmente, pela desigualdade na ocupação no mercado de trabalho e pela disparidade de salários pagos a homens e mulheres.

A partir daí foi possível traçar uma análise das três possibilidades que a norma trabalhista vem proporcionando à trabalhadora ao longo dos tempos, uma vez que esta pode significar proteção, ou a restrição ou a flexibilização do trabalho da mulher, devido ser complexo proteger a maternidade no Brasil, tendo em vista que este direito, conferido pela Magna Carta, encontra pela frente o obstáculo da discriminação ao trabalho da mulher, seja pelo casamento ou existência de filhos, que se agrava quando trata-se de uma gestante.

Ademais, pela linha tênue que culmina na restrição ao trabalho da mulher, como no caso das normas que as proibiam de exercer atividades no período noturno, antigamente, ou pelo artigo 390 da CLT, ainda vigente, por exemplo. Normas estas que limitam o trabalho da mulher, restringindo seu acesso a certas vagas de emprego.

Ainda, pela flexibilização das normas que, para alguns, visam garantir “maior liberdade de decisão” para a trabalhadora e assim, tornar “mais atrativa” a contratação de mulheres, como o artigo 394-A da CLT, com a redação dada pela “Reforma Trabalhista”. Porém, significam precarização do trabalho da mulher e expõe a gestante e o nascituro ao risco à saúde e à vida, por exemplo.

Mister salientar, que é o empregador que auferir todos os lucros do empreendimento, em contrapartida o empregado vende seu tempo à disposição e seu trabalho. Ora, de acordo com o artigo 2º da CLT, o risco do negócio é do empregador, este não pode transferi-lo para o empregado. Logo, o artigo 394-A CLT transferia um ônus que antes era do empregador para a trabalhadora.

Ademais, é impossível dizer que a tomada de decisão da trabalhadora será livre, tendo em vista, principalmente para a trabalhadora pobre, significa colocar em risco seu emprego e ela opte por trabalhar no local insalubre, ou sequer procurar um médico. Ou mesmo, correr o risco de o médico não ser competente para testar a necessidade de afastamento ou não.

Outrossim, foi possível analisar a importância da OIT, como órgão de Direito Internacional, na evolução do ordenamento jus laboral pátrio para a proteção à maternidade, uma vez que pressionam o Estado neste sentido,

contribuindo assim, para que o Brasil caminhe em direção a colocar em prática os direitos fundamentais de promoção e proteção ao trabalho da mulher.

Posteriormente, tratou-se da discriminação ao trabalho da mulher e suas principais implicações na proteção à maternidade. Inicialmente, a partir dos dados do IBGE de 2018, foi possível constatar que, mesmo com o avanço tecnológico que criou novos postos de emprego, ainda, a mulher está restrita a certas atividades laborais. Bem como que, o rendimento médio das mulheres entre 25 e 49 anos de idade equivaleu-se a 79,5% do recebido pelos homens, na mesma faixa etária.

Mister salientar que a discriminação positiva é aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista conferir equidade²⁸ às normas positivas, que diferencia a mulher no que diz respeito à gestação e a maternidade, a fim de proteger, tão somente, a gravidez, o nascituro e a saúde da trabalhadora.

A fim de se identificar onde se origina a discriminação ao trabalho da mulher, constatou-se que vários são os fundamentos encontrados na doutrina, porém, que está enraizada na cultura e, principalmente, nas crenças religiosas cultuadas, em maioria, no Brasil. Ademais, tendo em vista o papel da mulher traçados ainda no século passado, mas que ainda se perpetuam, evidenciando assim, um cenário de desigualdade social, que se intensifica quando trata-se da mulher negra.

De certo que esse estereótipo de “natureza feminina”, arraigada na sociedade brasileira, ainda influencia, e muito, as escolhas da mulher. Na maioria das vezes, devido aos obstáculos que encontrarão no âmbito do trabalho, mesmo que inconscientemente, as mulheres optam por investir mais em capacitação técnica, conforme dados levantados.

Em virtude da discriminação, ou pela cobrança para ser escolhida para os cargos de chefia, principalmente quando a disputa inclui homens, seja pela possível gravidez e a existência de filhos, que poderá tirá-la do mercado de trabalho, por um período de tempo, demonstrando, assim, que as escolhas da

²⁸ Maria Helena Diniz explica que a definição de equidade no ordenamento jurídico brasileiro, encontra-se embasamento no artigo 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB, e pode ser definido como sendo um instrumento que auxilia na adaptação e integração da norma ao caso em concreto. É a partir dela que o aplicador do direito atenua o rigor da norma, adaptando-a ao *sub judice*. Conforme dito por Aristóteles, equidade é a “justiça do caso em concreto” (Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada, São Paulo, Saraiva, 1994, p.158).

mulher, no que diz respeito ao trabalho, na grande maioria das vezes, não são livres, tampouco, inteiramente conscientes.

Paralelamente, a partir de breves apontamentos acerca da tolerância liberal e do pluralismo defendidos por John Rawls, foi possível criticar a heteronormatividade como ordem social que influencia a legislação e que culmina a impulsionar a discriminação ao trabalho da mulher. Uma vez que inflama estereótipos de “natureza feminina” que não inclui aqueles que apresentam comportamento hegemônico.

E por fim, o presente trabalho investigou a proteção à maternidade no país, em cada uma das fases do contrato de trabalho. A fase inicial, a pré-contratual, compreende desde a seleção, a formação do pré-contrato de trabalho, até a celebração do contrato de trabalho definitivo.

Ressalta-se a importância da Lei 9.029, de 1995, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho e da Lei 9.799, de 1999, que insere na CLT regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho, além de outras providências que promovem a proteção à maternidade.

Assim, desde os anúncios de emprego à trabalhadora é conferida proteção contra práticas discriminatórias em razão da gravidez. Ademais, com fulcro no artigo 769 da CLT, o pré-contrato de trabalho é regulado pelo artigo 422 do Código Civil. Não obstante, tendo em vista o referido artigo, todas as fases de contrato devem existir segundo os princípios da probidade e da boa-fé objetiva.

Destarte, todos os danos e prejuízos causados à trabalhadora, a partir de atos discriminatórios por parte do empregador, em razão da gravidez, ensejam a responsabilidade do mesmo e são passíveis de reparação, como visto, estar sendo validado pela jurisprudência.

Além disso, o presente trabalho definiu o que a doutrina entende como ambiente de trabalho e ressaltou a importância de que seja seguro e saudável, tendo em vista o estado gravídico da trabalhadora, tendo em vista que não significa apenas o enfrentamento da doença ou lesão no ambiente de trabalho, mas que sejam eliminados todos os riscos à saúde da trabalhadora.

Ressaltou-se também, a triste realidade do assédio moral que não perdoa, nem mesmo, a trabalhadora gestante. Relevante dizer, que o assédio moral adocece o ambiente de trabalho e compromete o desempenho da trabalhadora. Tratou-se da responsabilidade do empregador, tendo em vista que a jurisprudência tem decidido no sentido de condenar os empregadores pelos atos que violam os direitos das trabalhadoras assediadas.

Em suma, o presente trabalho estudou os aspectos referentes a proteção ao trabalho da gestante no Brasil, bem como intentou demonstrar como a discriminação ao trabalho da mulher em razão da gravidez, é um dos principais empecilhos, para a efetivação da referida proteção.

Dessa maneira, conclui-se que, a partir da Constituição de 1988 muito foi possível para enfraquecer os estereótipos responsáveis pela discriminação ao trabalho da mulher. Ao mesmo tempo, ainda está longe de se poder dizer, com propriedade, que a mulher alcançou seu lugar merecido no mercado de trabalho, principalmente, no que diz respeito à equiparação de salário e ocupação de cargos de chefia, por exemplo.

Ao mesmo tempo em que não se vê uma quantidade significativa de homens preocupados enfrentando, sozinhos, dificuldades relacionadas ao acesso ao emprego, ou a ascensão na empresa, pois não pode contar com o apoio do cônjuge ou de uma estrutura de pessoal, bem como creches ou escolas. Ou ainda, preocupados em como conciliar as tarefas domésticas com o trabalho externo. Nem tão pouco, homens divididos entre a paternidade e seu desempenho profissional.

Portanto, muito ainda deve ser estudado e discutido para que fomentem políticas públicas importantes para a efetivação da promoção e proteção ao trabalho da mulher, bem como a garantia do direito a proteção à maternidade. Para que enfim, seja garantido a proteção à gravidez, ao nascituro e à saúde da trabalhadora, tendo em vista o valor social da maternidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS - **Em 2018, mulher recebia 79,5% do rendimento do homem** - Editora: Estatísticas Sociais. Publicação: 04/07/2019. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/23923-em-2018-mulher-recebia-79-5-do-rendimento-do-homem>>. Acesso em: 22/10/2019.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de Alvarenga – **Responsabilidade Pré-Contratual no Direito do Trabalho. Disponível em:** <http://facefaculdade.com.br/antigo/arquivos/revistas/Responsabilidade_pre-contratual_no_Direito_do_Trabalho_Rubia2014.pdf>. 30/09/2019.

ANDRADE, Lucimar Pedroso de – **A responsabilidade Pré-Contratual no Direito do Trabalho. Disponível em:** <http://www.calvo.pro.br/media/file/colaboradores/lucimar_pedroso_andrade/lucimar_andrade_responsabilidade_pre_contratual.pdf>. Acesso em: 04/10/2019.

ANTUNES, Paula Regina; FOLLADOR, Franciele Ani Caovilla; COLTRE, Sandra; ALMEIDA, Lirane Elize Defante Ferreto de; VIEIRA, Ana Paula de – **Gestão organizacional: Discriminação nos processos de seleção de emprego** – Revista Espacios, vol. 38, nº 22, pág.111, 2017.

BARROS, Alice Monteiro de – **Curso de Direito do Trabalho** - 7ª ed. São Paulo: LTR, 2011.

BARROS, Alice Monteiro de – **Curso de Direito do Trabalho** - 09ª ed. São Paulo: LTR, 2013.

BARROS, Alice Monteiro de – **Curso de Direito do Trabalho** - 11ª ed. São Paulo: LTR, 2017.

BRASIL - **Código Civil** – Brasília, DF: 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em 01/11/2019.

BRASIL – MPF – **ADIN 5.938/DF** – Relator: Ministro Alexandre de Moraes. DJe: 18 de dezembro 2018. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/adi-5938.pdf>> Acesso em: 05/11/2019.

BRASIL – STF – **ADPF 101/DF**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. DJe: 04 junho 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>>. Acesso em: 28/10/2019.

BRASIL – TRT 2ª Região – **Acórdão nº 20060494187 Recurso Ordinário**. Relator: Ministro Rovirso Aparecido Boldo. DJe: 12 de junho 2006. Disponível em: <<http://search.trtsp.jus.br/easysearch/cachedownloader?collection=coleta014&docId=db607dc73501fcb0f096ff1427f82ca03735b041&fieldName=Documento&extension=html#q=>>>. Acesso em 05/11/2019.

BRASIL – TRT 3ª Região – **Processo nº 0002309-30.2014.5.03.0184**. Relatora: Desembargadora Erica Aparecida Pires Bessa. DJe: 10 novembro de 2014. Disponível em: <<https://portal.trt3.jus.br/internet/processos/pje/aceso-ao-sistema-pje>>. Acesso em: 01/11/2019.

BRASIL – TRT 3ª Região – **Processo nº 0010687-78.2017.5.03.0051**. Relator: Desembargador Rodrigo Ribeiro Bueno. DJe: 23 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<https://portal.trt3.jus.br/internet/processos/pje/acesso-ao-sistema-pje>>. Acesso em: 01/11/2019.

BRASIL – TRT 4ª Região – **nº do acórdão 0000966-54.2011.5.0.0611**. Relator: Desembargador Flávio Portinho Sirangelo. DJe: 15 de maio de 2013. Disponível em: <<https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/128417796/recurso-ordinario-ro-9665420115040611-rs-0000966-5420115040611/inteiro-teor-128417804>>. Acesso em: 03/11/2019.

BRASIL – TRT 5ª Região – **Record 823.74.2011.5.05.0017**. Relatora: Desembargadora Ivana Mércia Nilo de Magaldi. DJe: 02 agosto de 2012. Disponível em: <<https://www.trt5.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 01/11/2019.

BRASIL - TRT 7ª Região – **RO: 0000049-85.2010.5.07.0029**. Relator: Desembargador José Antonio Parente da Silva. DJe: 24/02/2013. Disponível em: <http://www.trt7.jus.br/index.php?option=com_content&view=category&id=66&Itemid=169>. Acesso em: 03/11/2019.

BRASIL – TRT 15ª Região – **RO 00108568420165150045**. Relator: Desembargador Luiz Roberto Nunes. DJe: 17 de junho de 2019. Disponível em: <<https://portal.trt15.jus.br/jurisprudencia;jsessionid=94F72CE38BE9B99445DB47495134E240.lr1>>. Acesso em: 03/11/2019.

BRASIL - TRT 17ª Região – **RO: 0026000-15.2012.5.17.0003**. Relator: Desembargadora Cármen Vilma Garisto. DJe: 07 de agosto 2013. Disponível

em:

<<http://www.trtes.jus.br/principal/processos/judiciarios/jurisprudencia/acordaos>>
 . Acesso em: 03/11/2019.

BRASIL - TST - **AIRR: 6662920135150090**. Relator: Maria Helena Mallmann.
 DJe 12 de maio 2017. Disponível em: ,<http://www.tst.jus.br/jurisprudencia> >.
 Acesso em: 03/11/2019.

CACCIAMALI, Maria Cristina; HIRATA, Guilherme Issamu - **A influência da raça e do gênero nas oportunidades de obtenção de renda – uma análise da discriminação em mercados de trabalho distintos: Bahia e São Paulo –** Estudo Econ. vol.35, nº4, São Paulo: Out./Dez. 2005. Disponível em
http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-41612005000400007. Acesso em: 27/10/2019.

CAMILLOTO, Bruno; CAMILLOTO, Ludmilla – **Tolerância Liberal e Pluralismo: Uma crítica a heteronormatividade** – Revista de Direito da Faculdade Guanambi; Janeiro – junho/ 2017.

COSTA, Fabiana Alves da – **Mulher, Trabalho e Família: Os impactos do trabalho na subjetividade da mulher e em suas relações familiares** - Revista da Graduação em Psicologia da PUC Minas v. 3, n. 6, jul./dez. 2018 – ISSN 2448-0738

COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro – **Discriminação no Trabalho: Mecanismos de Combate à Discriminação e Promoção de Igualdade de Oportunidades**
 – OIT Igualdade Racial, 2006. Disponível em:

<http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/oit/oit_igualdade_racial_completo.pdf >. Acesso em 02/10/2019.

DINIZ, Maria Helena - **Dicionário jurídico** - 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena - **Dicionário jurídico** - 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DORNELES, Leandro do Amaral D. de – **Hipossuficiência e Vulnerabilidade na Teoria Geral do Direito do Trabalho Contemporânea** – Revista Doutrina, vol. 77, nº 03, março/2019.

EÇA, Vitor Salino de Moura; OLIVEIRA, Ariete Pontes de; REIS, Ítalo Moreira – **Teoria Crítica da Reforma Trabalhista** – 1ª ed. Belo Horizonte: RTM, 2018.

ETHOS, Instituto – **O compromisso das empresas com a valorização da mulher** - São Paulo: set/2004, Disponível em: <https://www3.ethos.org.br/wp-content/uploads/2012/12/14.pdf>. Acesso em: 03/11/2019.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa – **Curso de Direito do Trabalho** – 11ª ed. São Paulo: Forense, 2017.

KREIN, José Dari; ABÍLIO, Ludmila; FREITAS, Paula; BORSARI, Pietro; CRUZ, Reginaldo - **Flexibilização das relações de trabalho: insegurança para os trabalhadores** - Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, nº 52, 2018. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/141969/2018_krein_jose_dari_flexibilizacao_relacoes.pdf?sequence=1. Acesso em: 01/10/2019.

LEONE, Eugenia Troncoso; KREIN, José Dari; TEIXEIRA, Marilane Oliveira – **Mundo do Trabalho das Mulheres: ampliar direitos e promover a igualdade** – 1ª ed. Instituto de Economia CESIT, São Paulo: Unicamp, 2017.

LIMA, Lucas Barbalho de – **A proteção à maternidade no Brasil: Estudo acerca dos avanços da proteção à maternidade e de questões ainda não tuteladas pelo Direito do Trabalho brasileiro na pós modernidade.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=bd26c6a5924c3aae>. Acesso em: 14/10/2019.

MELO, Maria Aparecida Mendonça Toscano de – **Legislação do Direito do Trabalho da Mulher: uma perspectiva de sua evolução** . Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6254. Acesso em: 05/10/2019.

MIRANDA, Lara Caxico Martins; OLIVEIRA, Lourival José de – **Estado gravídico: Limitações impostas à entrevista de emprego e proteção no pré-contrato de trabalho** – Revista da Faculdade Mineira de Direito – PUC Minas, v.19, nº 38. Belo Horizonte: setembro – novembro/2016.

PENA, Maria Valeria Juno. Mulheres e Trabalhadoras – **A Presença feminina na constituição do sistema fabril.** Rio de Janeiro. Paz e Terra,1981. p. 182.

PIOVESAN, Flávia – **Igualdade de gênero na Constituição Federal: Os direitos civis e políticos das mulheres no Brasil** – Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/principios-e-direitos->

fundamentais-igualdade-de-genero-na-constituicao-federal-os-direitos-civis-e-politicos-das-mulheres-do-brasil> Acesso em: 15/10/2019.

RENCK, Maria Helena Pinheiro; GOLDSCHMIDT, Rodrigo – **Discriminação contra as mulheres no trabalho e ações afirmativas** – Disponível em: <<https://C:/Users/p0079482/Downloads/publication.pdf> editora Multideia 2016>. Acesso em 30/10/2019.

RODRIGUES, Sílvio - **Direito Civil** - São Paulo: Saraiva, 2002.

TEODORO, Maria Cecília Máximo; SILVA, Lídia Marina de Souza e – **Gravidez no emprego: reflexões sobre a tendência global de proteção ao emprego e ao mercado de trabalho da mulher.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0498b76a320aee7c>>. Acesso em: 12/10/2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo – **Código Civil Interpretado** – 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva – **Curso de Direito do Trabalho** – 6ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2008.