

Trabalho da mulher sob o olhar da Justiça do Trabalho

Patrícia Maeda¹

De onde partimos. Uma perspectiva revolucionária da sociologia jurídica adota a tese de que “o direito é masculino”, o que nos propõe dois problemas iniciais: a existência de normas que discriminam a mulher e a aplicação das normas de forma discriminatória. No curto espaço de que dispomos, assumimos, nas palavras de Ana Lúcia Sabadell, que:

O direito apresenta-se como democrático, humano, igual para todos e, para legitimar-se, procura manter correspondência com os valores morais dominantes. A análise feminista mostrou que os princípios constitucionais que legitimam o discurso jurídico carecem de eficácia social, pois em todos os níveis da atividade jurídica (legislação, doutrina, aplicação) há elementos que (re)produzem a discriminação da mulher, contrariando as promessas de liberdade e igualdade.²

A iniciar nosso breve percurso pelo direito positivado, podemos dizer que o modelo constitucional adotado no Brasil em 1988 prevê a igualdade de homens e mulheres em direitos e obrigações, além da igualdade de todos perante a lei, e adota como um de seus objetivos fundamentais promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Assim, a mulher deixa de ser compreendida, pelo menos do ponto de vista constitucional, como hipossuficiente, aquela que enseja proteção (do pai, do marido ou da lei), para ser vista como igual em direitos e obrigações.

No tocante ao direito do trabalho positivado, parece-nos que o viés protetivo de outrora vem se modificando para uma perspectiva de promoção real de igualdade. Nesse sentido, a Lei n. 7.855/89 revogou expressamente os artigos 374, 375, 378, 379, 380, 387 da CLT, que versavam sobre restrições **para as trabalhadoras**, hoje inconcebíveis, porque discriminatórias, tais como: proibição de trabalhar em jornada extraordinária além de duas horas; autorização por atestado médico oficial em CTPS para a prorrogação de horário de trabalho; proibição de trabalho noturno na indústria (com as convenientes exceções, como por exemplo, empregada em serviços de higiene) ou autorização para determinados ramos mediante atestado médico e uma série de requisitos de segurança e medicina do trabalho; proibição de trabalho no subsolo e subterrâneos e em atividades perigosas e insalubres;

¹ Juíza do Trabalho no TRT15, Vice-Presidenta da AMATRA XV. Doutoranda em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da USP.

² SABADELL, Ana L. **Manual de Sociologia Jurídica**: Introdução a uma leitura externa do direito. 7ª ed. São Paulo: RT, 2017. p. 203/1.

possibilidade do marido se opor à autorização presumida da mulher casada para o trabalho, podendo até mesmo pleitear a rescisão se o trabalho acarretar “ameaça aos vínculos da família, perigo manifesto às condições peculiares da mulher”.

O imperativo constitucional de promoção do mercado de trabalho da mulher (art. 7º, XX) é muitas vezes colocado em contraposição com a “proteção da mulher”. Esta tensão se revela mesmo quando são promulgadas leis que regulam direitos previstos na Constituição Federal, sobretudo se elas dizem respeito a questões de mercado. Se, por um lado, não se criam empregos por lei, por outro, o trabalho da mulher tem especificidades que justificam a redação do inciso em discussão – se esta prescrição é suficiente ou não é outra questão. Embora seja proibida a discriminação de qualquer espécie em diversos textos normativos, com destaque do artigo 5º, *caput*, Constituição Federal, na materialidade das relações sociais, a inserção da mulher no mercado de trabalho se dá de maneira muito diversa do homem. No campo jurídico, uma questão que se põe é que o direito se propõe simultaneamente a proteger o trabalho da mulher e o mercado de trabalho da mulher.

Por um lado, pensar nosso modelo de Constituição Social como uma benesse do Estado é negar toda história de luta que nele resultou. Por outro, não há como negar a tensão entre essa concepção de Estado Social e de políticas públicas sociais e a expansão global do neoliberalismo³ e de suas políticas públicas econômicas, desde a promulgação da Constituição Federal. Essa tensão se evidenciou em 2016, com o fortalecimento de medidas neoliberais. Mas qual seria a relação entre o neoliberalismo e o sexismo? Em que termos ambos se relacionam com a contrarreforma trabalhista?

Existe uma relação de imbricação entre capitalismo e patriarcado, em que aquele se apropria deste como manifestação social de exploração⁴, de maneira que não é mera coincidência que o governo atual tenha sido marcado por uma supremacia masculina branca e implementado, sem qualquer possibilidade de participação efetiva do povo, diversas medidas em desfavor da classe trabalhadora, agravando nosso quadro de desigualdade social e de gênero⁵. Qual o olhar do Poder Judiciário sobre o trabalho

³ CASARA, Rubens. No Neoliberalismo, pessoas são tratadas como mercadoria. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/08/06/no-neoliberalismo-pessoas-sao-tratadas-como-mercadoria/>. Acesso em 21 fev. 2018.

⁴ TAVEIRA, Roselene. As leis de proteção do trabalho da mulher e o patriarcado. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/03/01/as-leis-de-protecao-do-trabalho-da-mulher-e-o-patriarcado/>. Acesso em 21 fev. 2018.

⁵ PIRES, Breiller. Brasil despenca 19 posições em ranking de desigualdade social da ONU. El País Brasil. Disponível em: http://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/21/politica/1490112229_963711.html. Acesso em 31 jan. 2018.

da mulher? Este Poder está preparado para enfrentar as contradições postas e agora repropostas pela Lei n. 13.467/2017?

Pois bem. Não há nenhum entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal a respeito do trabalho da mulher. O julgamento mais expressivo sobre o tema teve reconhecida repercussão geral e cuida da recepção do então art. 384⁶ da CLT, que previa a concessão para trabalhadora de um intervalo de 15 minutos no caso de prorrogação de horário normal, antes do início do período extraordinário do trabalho. Trata-se do acórdão do Recurso Extraordinário (RE) 658.312/SC, anulado em 05/08/2015, por vício formal de intimação. Apesar da nulidade, vale a pena analisar o debate, pois a rigor a votação foi a termo. O voto do Relator Ministro Dias Toffoli se fundamenta, dentre outros argumentos, especialmente em diferenças biológicas entre homens e mulheres, invocando trechos do julgamento do Incidente de Inconstitucionalidade 1.540/2005-046-12-00, sob a relatoria do Ministro Ives Gandra Martins Filho.

O levantamento realizado por Lays Caceres Bento da Silva⁷ demonstra que, antes do julgamento do referido incidente de inconstitucionalidade, a jurisprudência do TST majoritariamente era no sentido da inaplicabilidade do art. 384 da CLT, reconhecendo os efeitos da discriminação reversa, que à guisa de “proteger” o trabalho feminino serve como justificativa para um tratamento diferenciado das mulheres, principalmente no tocante a salários menores. Vários acórdãos traziam ainda a ideia de que a única proteção aceita como tal, sem que representasse uma discriminação reversa, seriam as normas de proteção à maternidade.

No entanto, o julgamento do Incidente de Inconstitucionalidade (II) 1.540/2005-046-12-00, publicado em 13/2/2009, alterou e uniformizou a jurisprudência do TST no sentido da recepção da norma contida no art. 384 da CLT apenas para mulheres, ou seja, a recepção da norma com a sua aplicação literal, sem a possibilidade de abarcar os trabalhadores homens. A respeito desta emblemática decisão, duas questões parecem-nos relevantes: os fundamentos e a extensão. Os fundamentos externados no acórdão do II 1.540/2005 e que foram retomados no voto do Relator do

⁶ Sem adentrar na questão da legitimidade ou da constitucionalidade da contrarreforma, é necessário consignar que este artigo foi expressamente revogado pela Lei n. 13.467/2017.

⁷ SILVA, Lays C. B. da. **A inserção da mulher no mercado de trabalho**: reflexões a partir do processo interpretativo referente ao artigo 384 da CLT (monografia). Monografia apresentada como requisito necessário à obtenção de grau de Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília – UnB, 2015. Orientadora: Prof^a Dra. Gabriela Neves Delgado.

RE 658.312/SC se revelam uma expressão do conceito de patriarcalismo jurídico⁸.
Extraímos um trecho da ementa da decisão.

2. A igualdade jurídica e intelectual entre homens e mulheres não afasta a **natural diferenciação fisiológica e psicológica** dos sexos, não escapando ao senso comum a patente diferença de compleição física entre homens e mulheres. (grifamos)

O primeiro argumento, portanto, para a concessão do intervalo é a diferença fisiológica e psicológica dos sexos. Pois bem. É amplamente conhecido que a prorrogação da jornada normal de trabalho atenta contra a saúde da trabalhadora e do trabalhador e não conhecemos nenhum estudo científico que demonstre que a concessão de tal intervalo seja imperiosa/benéfica apenas para as mulheres. Além disso, apesar da tese biológica, ao invocar no texto do voto o trecho da Encíclica “Rerum Novarum”, são trazidos outros elementos argumentativos que não constam da ementa.

Trabalhos há também que se não adaptam tanto à mulher, a qual a natureza destina de preferência aos arranjos domésticos, que, por outro lado salvaguardam admiravelmente a honestidade do sexo, e correspondem melhor, pela sua natureza, ao que pede a boa educação dos filhos e a prosperidade da família. (grifos na citação da Encíclica no texto do voto)

Percebam que o argumento que era biológico deixa de sê-lo. Isso é um problema, pois, embora o âmbito doméstico como lugar destinado à mulher seja resultado de uma construção histórico-social, este tipo de discurso **naturaliza** o papel atribuído à mulher como sendo ligado ao trabalho doméstico e de cuidado. E o texto do voto segue com uma série de exemplos que seduzem os desavisados, como a questão da dupla jornada e o tempo diferenciado para aposentadoria, que são fatos sociais e não biológicos. Nesse ponto, como diriam, é preciso “separar o joio do trigo”.

A inserção diferenciada da mulher no mercado de trabalho se dá justamente por conta do patriarcado que em nada contribui para que ela concorra em paridade de condições com o homem. Em determinado momento da vida, muitas mulheres terão de optar entre carreira e maternidade ou ainda tentar se equilibrar entre os vários papéis, enfrentando a injusta divisão sexual do trabalho, dentre outras várias questões que o espaço não nos permite abordar. Ocorre que normas como a do art. 384 da CLT, ao supostamente tentar proteger o trabalho da mulher, prejudica e muito a inserção dela no mercado de trabalho. A concessão de intervalo nestes termos poderia ter aspecto salutar e seria sim um avanço para a condição da classe trabalhadora como um todo, se, reconhecida a recepção da norma, fosse dada uma interpretação conforme a

⁸ Conceito desenvolvido por Ana Lúcia Sabadell que indica a vinculação (e integração) do direito moderno com o sistema patriarcal de relações sociais, que implica na produção e reprodução das relações de dominação do gênero feminino pelo masculino. SABADELL, Ana L. *Op. cit.* p. 232.

Constituição, observando a igualdade entre homens e mulheres, para estendê-la a todas e todos trabalhadores. Garantida a condição de saúde e higiene de todas e todos e afastada a discriminação reversa, estaríamos com maior probabilidade na direção apontada pela Constituição em 1988...

Ainda sobre o trabalho da mulher. Como a Justiça do Trabalho enfrenta a questão da maternidade? Dois pontos elencados para nosso levantamento: direitos da trabalhadora como gestante e como lactante. Obviamente, apenas alguns aspectos serão abordados em cinco laudas, que não têm a pretensão de esgotar o assunto. Além disso, frisamos que não há espaço para discutir como a JT trata a trabalhadora como mãe – a mulher no papel daquela a quem a sociedade incumbe quase que exclusivamente a responsabilidade pelo cuidado dos filhos.

No tocante aos direitos específicos da trabalhadora como gestante, após um período de relutância, a jurisprudência sumulada no Tribunal Superior do Trabalho passou a preservar as conquistas do texto constitucional (súmula 244). O próprio reconhecimento de que a garantia de emprego da gestante deve prevalecer nos contratos por prazo determinado nada mais é do que dar eficácia à proteção da maternidade garantida constitucionalmente, que não deve ser limitada por uma modulação contratual. Da mesma maneira, o desconhecimento do empregador do estado gravídico da trabalhadora no ato da dispensa não afasta o direito à indenização. No limite, não se trata de quebra de confiança entre empregador e trabalhadora que é tutelada, como muitas teses de defesa professam. O que está em discussão é a proteção da maternidade, que, ao fim e ao cabo, garantirá a reprodução da força de trabalho e do capitalismo.

Os precedentes normativos n. 6 e 22 do Tribunal Superior do Trabalho que abarcam questões relativas à amamentação e, tangencialmente, à creche. Na prática, reproduzem norma contida na CLT no art. 389. Nada de mais.

Por fim, vale consignar que não há jurisprudência firmada que enfrente a questão da exposição da trabalhadora gestante e/ou lactante a condições insalubres de trabalho. É certo, todavia, que houve a promulgação da Lei n. 13.287/2016, que estabeleceu o afastamento das trabalhadoras gestantes e lactantes das atividades, operações ou locais insalubres, o que foi diametralmente contrarreformado meses depois com o advento da Lei n. 13.467/2017, em evidente retrocesso social. Esta situação indubitavelmente degradante diz respeito em grande proporção às trabalhadoras terceirizadas, de cargos de base na estrutura produtiva ou na área da

saúde. Ainda que não tenha despertado interesse grandes debates judiciais até então, o silêncio foi quebrado...