

# A EVOLUÇÃO DO TRABALHO DA MULHER E AS INOVAÇÕES JURISPRUDENCIAIS NA PROTEÇÃO DESTE DIREITO FUNDAMENTAL

Alexandre Gonçalves Ribeiro

## RESUMO

Inicia-se o presente artigo com um levantamento dos alicerces históricos do trabalho da mulher, passando-se a uma análise da evolução constitucional e legislativa no tocante à proteção do mesmo. A partir destes pressupostos aprofunda-se na análise de dois posicionamentos jurisprudências atuais de grande relevância no cenário nacional: a alteração do item III da súmula 244, do TST que estendeu o direito da estabilidade provisória prevista no art. 10, II, alínea “b” do ADCT, a empregada admitida mediante contrato por tempo determinado; a decisão do Pleno do Colendo Tribunal Superior do Trabalho no IIN-RR-1540/2005-046-12-00.5 - confirmada pelo STF no RE 658312/SC - que afastou a inconstitucionalidade do art. 384 da CLT, no tocante à concessão de intervalo de 15 minutos garantido às mulheres trabalhadoras que tenham que prestar horas extras.

**Palavras-chave:** Trabalho da mulher. Evolução legislativa. Jurisprudência atual.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo procurou fazer um levantamento do direito do trabalho da mulher ao longo do tempo, abordando a lei e as constituições brasileiras que trataram sobre o assunto desde o início do século XX. Posteriormente, analisou-se dois posicionamentos jurisprudências com relação às normas do trabalho da mulher nas cortes nacionais, demonstrando a importância, a relevância e a atualidade da proteção ao trabalho da mulher no âmbito nacional.

## 2 DOS ALICERCES HISTÓRICOS DO TRABALHO DA MULHER

Nas sociedades primitivas homens e mulheres desempenhavam funções sociais equiparadas e bastante relevantes, enquanto o homem se ocupava da caça e da pesca, a mulher cuidava do desenvolvimento da agricultura e das tarefas de cuidado doméstico



Alexandre Gonçalves Ribeiro

Advogado. Palestrante. Pós Graduado em Direito Público pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais - ANAMAGES / Newton Paiva (2008). Sócio Proprietário do Escritório de Advocacia Leitte, Gonçalves & Oliveira Jr Sociedade de Advogados com sede na cidade de Itaúna/MG, filiais em Belo Horizonte/MG e na cidade de Miami/US.

e dos filhos. O abismo jurídico-social entre homens e mulheres cresceu juntamente com o acúmulo da riqueza individual do homem, que monopolizou a política e criou barreiras para o que a mulher poderia e deveria fazer.

Neste contexto, durante muitos séculos a mulher recebeu uma educação diferenciada, enquanto o homem era criado para assumir uma posição de provedor, de cônjuge-varão, de mandatário, a mulher era ensinada a servir e obedecer. A solteira vivia sob dominação do pai e ao casar-se os direitos deste eram transmitidos ao marido, que passava a ter autoridade total sobre a mesma.

No início do século XX, com a deflagração da I Guerra Mundial (entre 1914 e 1918) as mulheres, antes tratadas como meros objetos de satisfação dos maridos, mães e donas de casa, precisaram superar o pensamento machista e começar a trabalhar. Fato é que, antes destes acontecimentos históricos a mulher não deveria trabalhar fora de casa, muito menos ganhar seu próprio dinheiro, sob pena de não ser considerada uma “mulher honesta”.

Quando os homens começaram a ser chamados às frentes de batalha, estas mulheres passaram, por necessidade, a assumir o papel de chefes de família, mantendo os negócios dos maridos ou preenchendo os lugares daqueles homens no mercado de trabalho. As que ficaram viúvas, ou não tinham uma família de posses, ou passaram a trabalhar por conta própria para sustentar seus filhos, realizando trabalhos manuais, costurando, cozinhando “para fora” ou limpando a residência de terceiros.

Posteriormente, com a evolução do sistema industrial capitalista e o desenvolvimento tecnológico, as mulheres passaram a “ser aproveitadas” em grande

escala nas fábricas, posto que a instalação de maquinário mais moderno permitia que elas pudessem exercer atividades que, à época eram compreendidas como fisicamente reservadas ao sexo masculino.

A este tempo, no Brasil, inexistiam leis que protegessem efetivamente o trabalho da mulher e eram comuns jornadas diárias de 14 a 18 horas com remuneração inferior à remuneração dos homens. A justificativa, juridicamente aceitável à época, era a de que não havia necessidade de se pagar valor igual à mulher porque o homem era o provedor da casa. O Código Civil de 1916 chegou ao ponto de considerar a mulher casada como relativamente incapaz, enquanto perdurasse a sociedade conjugal<sup>1</sup>, afirmando que a mesma não poderia, por exemplo, exercer profissão, sem autorização do marido<sup>2</sup>.

O trabalho da mulher chegou atualmente a um momento de reconhecimento social e jurídico indiscutíveis. Os cargos mais importantes do nosso Estado Democrático de Direito estão sendo ocupados cada vez mais por mulheres, o que há algumas décadas seria impensável.

1 Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n.1), ou a maneira de os exercer: (...) II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal. FONTE: BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1º de Janeiro de 1916. Publicado no Diário Oficial da União em 05.01.1916. Disponível em < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>. Acesso em: 29.out.2016.

2 Art. 242. A mulher não pode, sem autorização do marido (art. 251): (...) exercer profissão (art. 233, nº IV). FONTE: BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1º de Janeiro de 1916. Publicado no Diário Oficial da União em 05.01.1916. Disponível em < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>. Acesso em: 29.out.2016.

Em 2010, o Brasil conheceu sua primeira presidente mulher, eleita pelo voto popular, já em 2006 a então Presidente do STF Ministra Ellen Gracie Northfleet assumiu interinamente o cargo mais importante do executivo. Atualmente a Ministra Carmem Lúcia é presidente da corte mais importante do país, não havendo, portanto, motivo algum para que o direito, mormente o direito do trabalho, não evolua na proteção dos direitos da mulher.

A proteção ao trabalho da mulher não é apenas necessária, como também é urgente já que um dos requisitos básicos para a igualdade de gênero é a igualdade de salário, e neste sentido, o Observatório Brasil da igualdade de gênero afirma que nosso país apresenta um dos maiores níveis de disparidade salarial e “os homens ganham aproximadamente 30% a mais que as mulheres de mesma idade e nível de instrução, quase o dobro da média da região (17,2%)”<sup>3</sup>.

Por esses motivos entendemos que a mudança da jurisprudência dos Tribunais Superiores precisa continuar evoluindo como forma de demonstrar o respeito pela posição da mulher na sociedade, na busca da diminuição das desigualdades históricas.

### 3 DA EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL E LEGISLATIVA DA PROTEÇÃO AO TRABALHO DA MULHER

A evolução da condição jurídica da mulher no Brasil foi bastante lenta e teve

3 BRASIL. Observatório Brasil da igualdade de gênero. Homens recebem salários 30% maiores que as mulheres no Brasil. Disponível em <<http://www.observatoriodegenero.gov.br/menu/noticias/homens-recebem-salarios-30-maiores-que-as-mulheres-no-brasil>>. Acesso em: 29.out.2016.

marcos destacados, dentre os quais se pode citar o Decreto nº 21.417/32, a Constituição de 1934 e as cartas posteriores, culminando com a atual Constituição Federal, o Estatuto da Mulher Casada, que alterou o Código Civil e a Consolidação das Leis do Trabalho original e suas inclusões.

O primeiro marco histórico nacional<sup>4</sup> em busca da igualdade no trabalho da mulher, ocorreu em maio de 1932 com a promulgação do decreto nº 21.417, onde foi reconhecido o direito a igualdade salarial, sem distinção de gênero e estabelecidos limites físicos de movimentação de cargas para o sexo feminino. De fato, existiam algumas restrições para o trabalho noturno (horário entre 22h até as 5h) e proibição do trabalho em minerações de subsolo, construção civil, serviços perigosos e insalubres, todavia, para a época citadas restrições eram aceitáveis e buscavam proteger a mulher, física e moralmente.

Outra grande inovação àquele tempo diz respeito ao cuidado dispensado à mulher grávida e lactante. O citado decreto estabelecia a proibição da dispensa discriminatória por motivo de gravidez, limitava o trabalho da mulher grávida no período de quatro semanas antes e depois do parto, com direito ao auxílio maternidade parcial (50% do salário); bem como reconhecia o direito a folgas diárias para amamentação no local de trabalho; repouso

4 Na esfera estadual a Lei n.º 1.596, de 29 de dezembro de 1917, instituiu o Serviço Sanitário do Estado de São Paulo e foi a primeira a instituir uma proteção específica à mulher operária, proibindo o trabalho de mulheres em estabelecimentos industriais no último mês de gravidez e no primeiro puerpério. Não há dados concretos sobre a eficácia e aplicação da lei acima, mas, conhecendo-se a situação das operárias hodiernamente, podemos deduzir que ela foi ignorada pela grande maioria das indústrias.

nos casos de gravidez de risco e aborto natural, e neste último, também o direito ao auxílio maternidade parcial (50% do salário).

Posteriormente, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil em 1934<sup>5</sup> deu efetividade ao princípio da igualdade, dispondo:

Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas (art. 113, 1).

Ao analisar esta Constituição a professora mineira, Alice Monteiro de Barros (1995, p. 410), assevera que ela

Assegurava a igualdade de salário entre homens e mulheres e proibia o trabalho destas últimas em condições insalubres, preconizava a assistência médica e sanitária à gestante, garantindo-lhe descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, preceitos estes já consagrados no Decreto n. 21.417-A, de 1932. (BARROS, 1995, p.410)

Na expressão da mesma autora (1995, p. 410), a Constituição de 1934 dispôs sobre a proteção à maternidade, inclusive pelo sistema de contribuição da União, do empregador e do próprio empregado.

Surpreendentemente, a Constituição

5 BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). Rio de Janeiro, em 16 de julho de 1934. Publicado no Diário Oficial da União em 16.07.1934. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 29.out.2016.

de 1937<sup>6</sup>, mesmo contemplando o preceito da igualdade formal retirou a proibição de diferença de salário por motivo de sexo e omitiu-se quanto a garantia de emprego da mulher grávida. Sobre o tema Calil (2000, p. 34), a propósito, pondera:

(...) a Carta de 37 foi fruto de um golpe de Estado promovido pelo então Presidente Getúlio Vargas, que instituiu o Estado Novo. Assim, após dissolver o Congresso Nacional, outorgou a Nova Constituição, que ficou conhecida como 'Polaca', dada sua similaridade com a Constituição polonesa, e que, como aquela, conferia poderes ditatoriais ao Presidente da República. Há duas notas importantes a se fazer sobre essa Carta: omitiu a garantia de emprego à gestante e não prestigiou a isonomia salarial entre homens e mulheres, muito embora trouxesse o princípio da igualdade de todos perante a lei. Tal omissão permitiu que em 1940 o Decreto-lei n. 2.548 preconizasse a possibilidade de as mulheres perceberem salários até 10% menores do que os pagos aos homens. (CALIL, 2000, p. 34)

Sem a proteção do arcabouço constitucional, o direito do trabalho da mulher sofreu novo revés com a publicação do Decreto-Lei 2.548/40 que autorizou a redução dos salários das mulheres em 10% (dez por cento) com relação aos salários dos homens que ocupassem a mesma função.

Todavia, em 1º de maio de 1943

6 BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937). Rio de Janeiro, 10 de novembro de 1937. Publicado no Diário Oficial da União em 10.11.1937. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)>. Acesso em: 29.out.2016

nasceu o marco histórico do direito do trabalho no Brasil, a Consolidação das Leis do Trabalho. A primeira reconquista histórica da CLT foi a proibição da discriminação do trabalho da mulher, afirmando no art. 5º que, para todo trabalho de igual valor corresponderá igual salário, sem distinção de sexo.

Todavia, os frutos legais em favor da mulher não pararam na igualdade salarial. No texto original<sup>7</sup> já existia um capítulo inteiro destinado a regulamentar a proteção do trabalho da mulher (arts. 372 a 401), e nestes artigos foram consolidados direitos anteriores, reconhecidos outros novos e recuperados alguns perdidos ao longo do tempo.

Entre estes direitos destacam-se: a duração normal do trabalho (8 horas), a limitação de horas extras (2+2) e a prestação mediante quitação de adicionais (20% e 25%); a irredutibilidade salarial; períodos de descanso intrajornada de 15 (quinze) minutos de descanso antes da prestação de horas extras (art. 384); a obrigação do empregador criar local apropriado para permanência de crianças em período de amamentação na ausência de creches; a proibição de emprego de força muscular superior a 20/25 quilos; a proibição de discriminação contra a mulher nubente ou grávida; o aumento da limitação do trabalho da grávida para 6 (seis) semanas antes e depois do parto; auxílio maternidade com salário integral; direito a folgas durante o dia para amamentação em local adequado disponibilizado pela

empresa; repouso nos casos de gravidez de risco e aborto natural; e neste último, também o direito ao auxílio, disponibilização de creches governamentais nas vilas operárias ou centros residenciais.

Porém, estes direitos vinham acompanhados de um série de vedações, proibições e exigências de caráter visivelmente preconceituoso, como a vedação parcial do trabalho noturno - relacionado à época a meretrizes, devendo em certos casos ser autorizado apenas mediante apresentação de atestado de bons antecedentes e de capacidade física e mental, a proibição de trabalhos em minerações de subsolo, construção civil, atividades perigosas e insalubres e a prorrogação do trabalho apenas mediante autorização médica oficial anotada na carteira.

Mandalozzo (1996), lembra que na Constituição que se seguiu, de 1946, a proibição da diferença de salários foi restabelecida constitucionalmente, bem como a garantia de emprego nos casos de afastamento da mulher e no retorno da licença-maternidade, todavia, ela não trouxe nenhuma inovação relevante no tocante ao trabalho da mulher, mantendo os direitos anteriormente conquistados.

Em agosto de 1962, vários direitos civis da mulher foram reconhecidos através de uma reforma do Código Civil (Lei 4.121/62) que convencionou-se denominar de “Estatuto da Mulher Casada”. Esta lei revogou, por exemplo, o inciso II do Código Civil de 1916 (citado acima) que considerava a mulher como relativamente incapaz, bem como, reconheceu a importância da mulher na sociedade conjugal, cassou a autorização do marido para que a mulher pudesse exercer profissão e realizar diversos outros atos da vida civil e concedeu

7 BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Diário Oficial da União - Seção 1 - 9/8/1943, Página 11937. Rio de Janeiro, 19 de abril de 1943. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-5452-1-maio-1943-415500-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 29.out.2016



igualmente aos pais o pátrio poder durante o casamento. Em que pese a revogação do Código Civil de 1916 pelo de 2002, o reconhecimento de citados direitos à época foi uma grande vitória para a mulher trabalhadora, porque reconhecida como cidadã independente, com direito de controlar sua própria vida e escolher sua profissão.

Posteriormente, a Constituição de 1967 novamente reconheceu a igualdade formal, mas as inovações desse diploma legal, como salientado por Barros (1995), referem-se apenas à proibição da diferença de critérios de admissão por motivo de sexo, cor e estado civil, bem como o reconhecimento do direito à aposentadoria para a mulher aos 30 (trinta) anos.

Por fim, tem-se a Constituição de 1988 onde conformou-se o entendimento de que os homens e as mulheres são iguais em direitos e obrigações, com a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, estado civil, idade e cor. De acordo com Martins (1996, p. 68) o inciso XX, do art. 7º, dessa Constituição, "(...) ao versar sobre a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, já está tratando de uma forma indireta de não haver discriminação quanto ao seu trabalho".

A atual Constituição trouxe inovações relevantes como a garantia de emprego à empregada gestante (art. 10, alínea 'b' do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), o direito à licença paternidade de cinco dias (art. 7º, inciso XIX), a assistência gratuita aos filhos e dependentes, desde o nascimento até os seis anos de idade, em creches e pré-escolas (inciso XXV do art. 7º).

Calil (2000, p. 59), ao analisar as modificações introduzidas pela nova Constituição, argumenta:

A Constituição Federal de 05 de outubro de 1988 primou por assegurar a igualdade entre homens e mulheres, apenas diferenciando onde a desigualdade se faz patente, como é o caso da maternidade. Assim, caíram proibições absurdas como a que impedia o trabalho noturno da mulher, na época do advento da Constituição Federal, já comportava tantas exceções que só persistia o veto do trabalho noturno das operárias. (CALIL, 2000, p. 59)

Percebe-se com muita clareza que a preocupação do legislador constituinte foi de assegurar o princípio da igualdade de forma ampla e abrangente, com o objetivo de proteger os cidadãos contra práticas discriminatórias em relação ao gênero. Todavia, esta igualdade de gênero gerou uma intensa discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da impossibilidade de se manter alguns direitos exclusivamente em favor das mulheres, motivo pelo qual a jurisprudência evoluiu no sentido de que diversos dos artigos do capítulo III da CLT, que protegiam e limitavam o trabalho da mulher, seriam inconstitucionais.

Nesse sentido, a Lei n.º 7.855/89 revogou expressamente os arts. 374, 375, 378, 379, 380 e 387 da CLT, retirando da mulher a exclusividade no tocante direito à limitação do trabalho extraordinário, cassando a necessidade de autorização médica oficial para a prorrogação do horário de trabalho, bem como a necessidade de anotar os atestados médicos em sua carteira profissional, permitindo o trabalho noturno e em locais subterrâneos,

minerações de subsolo, pedreiras e obras, de construção pública e particular, bem como em atividades perigosas e insalubres.

Neste momento chega-se a um ponto crucial da evolução do direito do trabalho da mulher. Conforme pode-se observar, os direitos revogados pela Lei n.º 7.855/89 não foram reconhecidos com intuito de proteger a mulher contra excessos, mas apenas de demonstrar que a mesma, por ser supostamente mais frágil, não conseguiria ou não poderia desempenhar certos papéis, motivo pelo qual deveria ser legalmente “protegida”.

O mote da proteção constitucional, todavia, é diferente. Se homens e mulheres são iguais perante a lei sem nenhuma distinção de gênero, não é possível menosprezar uma mulher por acreditar que ela não é capaz, por exemplo, de trabalhar em horário noturno, muito menos concluir que ela não tem condições de trabalhar em ambiente insalubre ou perigoso. A mulher não apenas consegue prestar serviços nestas condições, como também muitas vezes o faz de forma mais criteriosa que o homem.

Portanto, pode-se perceber que a Lei 7.855/89 não foi um retrocesso no reconhecimento dos direitos do trabalho da mulher, mas apenas uma correção na rota, uma sintonia fina, para que os preconceitos do passado não pudessem obstruir a visão do futuro, de que a mulher já dominou o mercado de trabalho e, portanto, merece tratamento igualitário, guardadas as proporções e diferenças fisiológicas.

Dita correção é essencial para que as leis possam acompanhar os asseios e as necessidades do Estado Democrático de Direito que evolui de acordo com as relações interpessoais.

Neste sentido, mesmo que grande parte do capítulo III da CLT tenha sido revogado, com o passar do tempo, outros dispositivos importantíssimos foram acrescentados ao texto, como é o caso da Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995, que surgiu para combater uma prática discriminatória que se tornou comum após a promulgação da Constituição de 1988. Fato é que a estabilidade da gestante foi considerada uma ameaça ao direito do empregador de demitir suas empregadas. Assim, a referida lei criminalizou a conduta do empregador que exigisse qualquer tipo de teste ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou ao estado gravídico da postulante ao cargo.

A Lei nº 9.799/99 também é muito importante, porque inseriu modificações no texto da CLT que buscam corrigir preconceitos que afetam a formação profissional e o acesso ao emprego, assim como as condições gerais de trabalho da mulher. Na seção que versa sobre a proteção à maternidade, inseriu parágrafo que garante à empregada, durante a gravidez, sem prejuízo do salário e demais direitos, sua transferência de função, quando sua condição de saúde assim o exigir, assegurada a retomada da função anteriormente exercida logo após o retorno ao trabalho e, também a dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares.

A lei 10.421/ 2002, por sua vez, inseriu o artigo 392-A na CLT, estendeu às mães adotivas o direito à licença maternidade já garantido pela Carta Magna às mães biológicas, em claro atendimento ao princípio da igualdade e também ao mandamento constitucional que garante que filhos havidos dentro ou fora do casamento e os adotivos têm os mesmos

direitos.

Por fim, uma das leis mais atuais, a de nº 13.287 de 2016, determinou que a empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre, o que se apresenta com intuito claro de proteger o bem-estar do nascituro.

Assim sendo, percebe-se que a evolução legal e constitucional da tutela do trabalho da mulher permanece em constante evolução, merecendo aprofundamento algumas alterações jurisprudenciais de maior relevância na atualidade.

#### 4 DOS POSICIONAMENTOS JURISPRUDENCIAIS DE RELEVÂNCIA NO CENÁRIO NACIONAL

Conforme evidenciado, a legislação constitucional e a infraconstitucional vêm evoluindo constantemente, todavia, a força motriz destas mudanças em grande parte é a jurisprudência, especialmente dos Tribunais Superiores, que julgam e decidem questões práticas relacionadas ao trabalho, subsumindo a vida do trabalhador as normas regularmente estabelecidas.

No particular, chama-se a atenção para questões de grande relevância à proteção do trabalho da mulher sobre as quais serão discorridas logo abaixo, quais sejam: a alteração do item III da súmula 244, do TST e a decisão do Pleno do Colendo Tribunal Superior do Trabalho no IIN-RR-1540/2005-046-12-00.5 - confirmada pelo STF no RE 658312 / SC - que afastou a inconstitucionalidade do art. 384 da CLT.

#### 4.1 A alteração do item III da súmula 244, do TST

O art. 10, inciso II, alínea “b”, dos ADCT, assegura estabilidade à empregada gestante contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Durante quase toda a década de 90 o TST decidiu que esta garantia não se estendia à empregada contratada mediante contrato de experiência. Por este motivo em 08/11/2000 editou a Orientação Jurisprudencial 196/TST-SDI-I<sup>8</sup> determinando que no caso do contrato de experiência, a estabilidade provisória não era assegurada.

Todavia, analisando a Constituição de 1988 pode-se perceber que ela não faz qualquer distinção acerca do tipo de contrato para se ter direito ao benefício. Para Delgado (2012, p. 547) “a garantia constitucional ultrapassa o interesse estrito da empregada gestante, uma vez que possui manifestos fins de saúde e de assistência social não somente em relação às mães trabalhadoras como também em face de sua gestação e da criança recém-nascida”.

Neste sentido, tanto o STF<sup>9</sup> quanto o TST<sup>10</sup> começaram um processo de sedimentação

8 Orientação Jurisprudencial 196/TST-SDI-I - Gestante. Garantia no emprego. Contrato de experiência. Estabilidade provisória não assegurada. ADCT da CF/88, art. 10, II, «b». CLT, arts. 443, § 2º, «c» e 445, parágrafo único (cancelada em decorrência da nova redação conferida à Súmula nº 244). FONTE: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. DJ 20.04.2005. Histórico: Redação original - Inserida em 08.11.2000. Disponível em: < [http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ\\_SDI\\_1/n\\_s1\\_181.htm#TEMA196](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_181.htm#TEMA196)>. Acesso em 29.out.2016.

9 Precedentes (RE 597.989-AgR - DJe de 28/03/2011; RE 287.905 - DJe de 30/06/2006; RE 634.093-AgR - DJe de 06/2/2011).

10 Precedentes (RR 194040-35.2006.5.02.0472, DJE 18.06.2010/J-09.06.2010; RR 1601-11-2010.5.09.0068, DJE 09.03.2012/J-29.02.2012; RR 107-20.2011.5.18.0006, DJE 16.12.2011/J-07.12.2011)



da jurisprudência no sentido de que dever-se-ia privilegiar os fins sociais buscados pela Lei, não se devendo rejeitar a estabilidade provisória da empregada gestante no curso de trabalho temporário, porque enquanto se cuide de proteção ao nascituro, prevalecerão os benefícios constitucionais, ainda que a própria empregada, ao tempo da dissolução contratual, já aguardasse o seu termo final.

Desta forma, o TST por meio de seu Pleno publicou em 25/09/2012 a Resolução nº 185 de 14/09/2012 que entendeu por bem em alterar a redação do item III da Súmula n.º 244, que passou a vigorar nos seguintes termos:

SÚMULA N.º 244. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) (...) III. A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

Trata-se, indiscutivelmente, de um grande avanço no tocante à proteção do trabalho da mulher, que mesmo causando indiscutíveis complicações técnicas e financeiras às empresas, privilegia o direito da mãe e do nascituro.

Salvo melhor juízo, o único, porém da presente alteração jurisprudencial foi o reflexo nas relações de trabalho que já haviam terminado antes da publicação da Resolução nº 185 do TST, mas que ainda estavam em período imprescrito. Neste sentido, várias gestantes que tinham sido dispensadas considerando a interpretação anterior do inciso III receberam

na justiça o direito a reintegração ou a indenização substitutiva. Indiscutível, portanto, que em uma análise inicial a mudança gerou certa instabilidade jurídica, todavia, justificável perante o bem maior protegido, qual seja, o bem-estar da mãe e do próprio nascituro.

De todo o exposto, verifica-se que ao longo do tempo as mudanças ocorridas na súmula 244 do TST confirmam uma visão humanitária que privilegia os direitos sociais assegurando a efetividade do art. 1º, III da Constituição de 1988.

#### **4.2 A decisão do Pleno do Colendo TST (IIN-RR-1540/2005-046-12-00.5) e do STF (RE 658312/SC) que afastou a inconstitucionalidade do art. 384 da CLT**

Outra decisão do TST que vem impactando favoravelmente na questão dos direitos trabalhistas da mulher tem relação com o artigo 384 da CLT. Citado verbete permanece o mesmo desde a publicação original da consolidação e não sofreu até hoje, mais de 70 (setenta) anos depois, qualquer tipo de revogação ou reforma. “Art. 384. Em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso de quinze (15) minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário do trabalho.”

Conforme pode-se perceber, o artigo em questão determina obrigatoriedade de concessão de um descanso de 15 (quinze) minutos para a mulher antes do período extraordinário de trabalho.

A questão central que gerou a cisma jurisprudencial, e por fim, a arguição de inconstitucionalidade, diz respeito a incompatibilidade formal entre o artigo em

questão e o artigo 5, inciso I da CR/88 que determina que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos da Constituição.

Por longo período, vários tribunais regionais vinham decidindo no sentido de que o artigo 384 da CLT não teria sido recepcionado pela Constituição de 1988, motivo pelo qual várias decisões foram prolatadas, negando-se às mulheres o direito aos 15 (quinze) minutos de descanso. Todavia, em novembro de 2008 o Tribunal Superior do Trabalho no julgamento do Incidente de Inconstitucionalidade em Recurso de Revista TST-IIN-RR-1.540/2005-046-12-00.5 decidiu, por maioria, rejeitar o incidente de inconstitucionalidade do art. 384 da CLT.

De acordo com o Ministro Relator Ives Gandra Martins Filho (2009) “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 de homens e mulheres”<sup>11</sup>.

O douto Ministro ainda evidenciou não ser

Demais lembrar que as mulheres que trabalham fora estão sujeitas à dupla jornada de trabalho, pois ainda realizam as atividades domésticas quando retornam à casa. Por mais que se dividam as tarefas domésticas entre o casal na atualidade, o peso maior da administração da casa e da educação dos filhos acaba recaindo sobre a mulher. (TST, Pleno, IIN-RR - 154000-83.2005.5.12.0046, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, DEJT 13.02.2009)

Sendo assim, a tese de aplicação do princípio da isonomia (CF, art. 5º, “caput” e inciso I) para igualar homens e mulheres não poderia ser aplicada indiscriminadamente, sendo certo que a própria Constituição da República estabeleceu algumas diferenças entre os sexos, a exemplo do regime temporal diverso da aposentadoria para as mulheres, com menos idade e tempo de contribuição previdenciária (CF, art. 201, § 7º, I e II).

No mesmo sentido o STJ também se posicionou em 27 de novembro de 2014 através do RE 658312/SC afirmando, por maioria, que a o art. 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e que a norma se aplica a todas as mulheres trabalhadoras.

(...) 3. A Constituição Federal de 1988 utilizou-se de alguns critérios para um tratamento diferenciado entre homens e mulheres: i) em primeiro lugar, levou em consideração a histórica exclusão da mulher do mercado regular de trabalho e impôs ao Estado a obrigação de implantar políticas públicas, administrativas e/ou legislativas de natureza protetora no âmbito do direito do trabalho; ii) considerou existir um componente orgânico a justificar o tratamento diferenciado, em virtude da menor resistência física da mulher; e iii) observou um componente social, pelo fato de ser comum o acúmulo pela mulher de atividades no lar e no ambiente de trabalho – o que é uma realidade e, portanto, deve ser levado em consideração na interpretação da norma. 4. Esses parâmetros constitucionais são legitimadores de um tratamento diferenciado desde que esse sirva, como na hipótese, para ampliar os direitos fundamentais sociais e que se observe a proporcionalidade

11 TST, Pleno, IIN-RR - 154000-83.2005.5.12.0046, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, DEJT 13.02.2009

na compensação das diferenças. (RE 658312 / SC. Ministro DIAS TOFFOLI. 27/11/2014).

Se o excesso de proteção à mulher pode gerar o efeito perverso de restrição no mercado de trabalho e discriminação no momento da contratação, por outro, a necessidade da proteção é inegável. No caso, até para desestimular a prestação de sobre jornada por parte da mulher que é mãe de família ou gestante, em detrimento do atendimento aos deveres familiares e do sadio desenvolvimento da criança em gestação.

## 5 CONCLUSÃO

O que se percebe é que a legislação e a jurisprudência vêm evoluindo desde o início do século XX e têm demonstrando sensibilidade e uma justa preocupação com o trabalho da mulher, garantindo à mesma direitos e garantias para que possa continuar seu papel na sociedade e na família, considerando sempre a máxima albergada pelo princípio da isonomia, de tratar desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **A mulher e o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1995.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>. Acesso em: 29 out 2016.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (16 de julho de 1934).

Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 29 out 2016.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (10 de novembro de 1937). Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)>. Acesso em: 29 out 2016

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-5452-1-maio-1943-415500-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 29 out 2016

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 29 out 2016.

CALIL, Lea Elisa Silingowschi. **História do direito do trabalho da mulher: aspectos históricos-sociológicos do início da República ao final deste século**. São Paulo: LTr, 2000.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11ª Edição, São Paulo: LTR, 2012.

MANDALOZZO, Silvana. **A maternidade no direito do trabalho**. Curitiba: Juruá, 1996.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. TST, Pleno, IIN-RR - 154000-83.2005.5.12.0046, **Rel. Min. DEJT** 13.02.2009

MARTINS, Sergio Pinto. **Práticas discriminatórias contra a mulher e outros estudos**. São Paulo: LTr, 1996.

Publicado originalmente em: **Temas contemporâneos de Direito Público e Privado**. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares (Organizador). Editora D'Plácido.