

CAPÍTULO II

AVANÇOS E RETROCESSOS DA PROTEÇÃO DA MULHER NO ÂMBITO DA REFORMA TRABALHISTA

DOI: <http://dx.doi.org/10.18616/estadodir12>

*Fernanda Ambros
Rodrigo Goldschmidt*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

Ao longo da história e depois de anos de luta, as mulheres passaram a ser vistas como sujeito de direitos, e muitas normas jurídicas foram criadas para tutelar seus interesses. Entre as conquistas, nessa área, estão os direitos trabalhistas das mulheres previstos na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e na Constituição Federal de 1988.

Em 2017, com a edição da Lei n. 13.467, chamada de Reforma Trabalhista, determinados direitos e garantias das trabalhadoras sofreram alterações. Algumas delas visam restringir direitos e são consideradas como um verdadeiro retrocesso, e nada mais são do que um reflexo da flexibilização das normas trabalhistas, fenômeno observado no cenário brasileiro atual. No entanto, houve algumas inovações positivas, que também merecem destaque e análise mais detida.

Nesse diapasão, o tema central da presente pesquisa é analisar as implicações da Reforma Trabalhista aos direitos das trabalhadoras, com o escopo de identificar as mudanças positivas (avanços) e negativas (retrocessos) impostas pelo Poder Legislativo.

Para tanto, o presente artigo está dividido em quatro tópicos. Depois da introdução, o segundo tópico tem por objetivo tratar sobre a evolução das conquistas das mulheres no âmbito dos direitos trabalhistas, principalmente no que toca à proteção do trabalho da mulher.

No terceiro tópico serão abordados os avanços e retrocessos da proteção da mulher no âmbito da Reforma Trabalhista bem como serão traçados alguns apontamentos sobre o atual cenário em que se encontra o direito do trabalho brasileiro.

Por fim, a presente pesquisa se encerra com as considerações finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre os direitos das trabalhadoras na atualidade.

O método de abordagem utilizado será, predominantemente, o dedutivo, partindo de dados gerais, adentrando na análise dos dispositivos vinculados à Reforma Trabalhista que trouxeram implicações aos direitos das trabalhadoras.

Para se chegar ao objetivo deste trabalho, utilizou-se a técnica de pesquisa bibliográfica, por meio de interpretação jurídica pautada na análise da doutrina, da jurisprudência e da legislação vigente.

DIREITOS TRABALHISTAS DAS MULHERES

Ao tratar sobre o presente tema, importante discorrer brevemente sobre a evolução dos direitos das mulheres, no âmbito das relações de trabalho, bem como acerca da luta contínua e atual delas pela conquista de novos direitos e garantias no mercado de trabalho.

Conquistas de direitos trabalhistas ao longo da história

A origem da conquista dos direitos das trabalhadoras confunde-se com o início do reconhecimento das mulheres como sujeito de direitos. Tal reconhecimento se deu depois de muita luta e de embates políticos, principalmente contra a desigualdade perpetrada historicamente e diante da necessidade de proteção específica que abarcasse as suas peculiaridades.

Insta destacar que, em um primeiro momento, sequer os Direitos Humanos abarcavam o gênero feminino. Isso porque as mulheres eram tidas como indivíduos incapazes, subordinadas às vontades dos homens, e seres inferiores.¹

1 Ao tratar sobre os aspectos que envolvem a filosofia do direito feminista, Morrison (2006) destaca em sua obra que ao longo da história as mulheres eram vistas como indivíduos que deveriam ser mantidos afastados do poder político, por serem consideradas desprovidas de qualquer senso de justiça e pelo fato de, supostamente, não possuírem a objetividade necessária para governar justamente.

A partir da concepção da mulher como sujeito, há o reconhecimento do seu direito de ter direitos, ampliando a sua autonomia, que, em um primeiro momento, restou subordinada a um sistema patriarcal e machista (FRIES, 2007).

A ideia da necessidade de uma nova ordem jurídica, pautada na igualdade entre os gêneros, surgiu a partir da Revolução Francesa; porém somente com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, é que tal princípio foi consagrado em âmbito internacional (PAUTASSI, 2007). Portanto, depois de anos de mobilização é que os direitos das mulheres passaram a ser considerados indissociáveis aos Direitos Humanos e ter uma importância no cenário mundial (LOLI ESPINOZA, 1996).

Todavia, era necessário ainda garantir às mulheres o direito ao desenvolvimento, principalmente no mercado de trabalho. Inicialmente, as mulheres exerciam a maioria das atividades laborais no âmbito familiar e no meio agrário. Foi a partir da Revolução Industrial e com o advento das grandes guerras mundiais que as mulheres passaram a ocupar espaço nos postos de trabalho das fábricas. Contudo, diante das péssimas condições laborais e salariais, as trabalhadoras passaram a reivindicar novos direitos, necessários para a promoção e tutela do trabalho digno das mulheres (FRIES, 2007; TEIXEIRA, 2009).

O reconhecimento das especificidades e particularidades femininas no mercado de trabalho em âmbito internacional iniciou-se com a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), no ano de 1919². Para Rigoni e Goldschmidt (2015, p. 55), “[...] a OIT busca estabelecer a justiça social, melhorar as condições de trabalho e conseguir a adoção de um regime uniforme de trabalho realmente humano”.

2 Segundo Calil (2007, p. 29), “[...] a OIT surgiu do entendimento de que, para a manutenção da paz mundial, seria necessária também a universalização das leis trabalhistas.” sendo que sua “[...] estrutura sustenta-se no trinômio: política (“através do trabalho assegurar bases sólidas para a paz mundial”); humanitária (“existência de condições de trabalho que geram injustiça, miséria e privações”); e econômica (“melhoria das condições sociais em escala nacional”).

Sobre a referida organização, Nascimento (1996, p. 17) destaca que “As normas internacionais, em sua grande maioria expedidas pela OIT, por meio de Convenções e Recomendações, são gerais, aplicáveis, indistintamente, ao homem e à mulher”.

Contudo, a autora ressalta a existência e importância de normas internacionais específicas do trabalho da mulher:

No entanto, há, ao lado das normas gerais, algumas específicas sobre o trabalho da mulher.

A organização Internacional do Trabalho justifica tal critério de elaboração de normas específicas sobre o trabalho da mulher, por duas razões: protege-la contra trabalhos penosos e conceder-lhe direitos iguais aos dos homens. (NASCIMENTO, 1996, p. 17).

As Convenções 3 e 4, de 1919 e, posteriormente, as Convenções 100, 103 e 111, da OIT, merecem destaque já que se tratam de normas que dispõem sobre direitos da trabalhadora e também sobre o princípio da igualdade e da proibição de qualquer ato discriminatório por motivo de gênero, raça, religião, etc. (GOLDSCHMIDT; RENCK, 2016).

No que toca ao desenvolvimento das normas trabalhistas internacionais voltadas para o gênero feminino, Nascimento (1996, p. 17-18) ensina que existem duas fases, a anterior a 1950, vinculada à proteção do trabalho feminino, e depois dessa década, com a busca pela igualdade entre o trabalho do homem e da mulher.

No Brasil, a Constituição de 1934, com viés social-democrático, incorporou em seu texto vários direitos trabalhistas que visam visavam à proteção do trabalhador. Posteriormente, a CLT, de 1943, reuniu e criou, em um só dispositivo, diversas normas que tratam sobre os direitos dos trabalhadores, abordando, no Capítulo III, do Título II, as garantias à proteção do trabalho da mulher especificamente (CALIL, 2007).

Todavia, foi a partir da Constituição Federal de 1988 que os direitos das trabalhadoras passaram a ser tratados como direitos fundamentais, vinculados inclusive ao princípio da igualdade e da não discriminação (CALIL, 2007; RIGONI; GOLDSCHMIDT, 2015).

Diante da importância de referidos dispositivos constitucionais, torna-se necessário discorrer sobre os direitos das trabalhadoras reconhecidos pós-1988.

Direitos trabalhistas reconhecidos às trabalhadoras pós-1988

Com o advento da Constituição Federal de 1988, restou assegurado entre outros, o direito à igualdade material entre os homens e as mulheres, ao trabalho digno bem como o direito à antidiscriminação da trabalhadora. Tais normas estão previstas especialmente no artigo 7º da Constituição Federal e são considerados como direitos fundamentais dos trabalhadores (BRASIL, 1988). Na leitura de Vecchi (2011, p. 117), as garantias previstas, no artigo 7º da Constituição Federal de 1988, são sobre direitos fundamentais específicos dos trabalhadores.

O direito à igualdade consagrado na Constituição Federal de 1988 é verdadeiro princípio³ norteador dos demais dispositivos constitucionais. A igualdade tem íntima relação com a democracia, posto que “[...] não admite privilégios e distinções que um regime simplesmente liberal consagra.” (SILVA, 2005, p. 211).

A Constituição Federal de 1988 reconhece a igualdade formal “igualdade perante a lei”, mas também a igualdade material, vinculada às proibições de distinções relacionadas a determinados fatores (SILVA, 2005).

Pode-se dizer que o sentido material à igualdade “[...] foi uma reação precisamente à percepção de que a igualdade formal não afastava, por

3 Alexy (2012, p. 90) ensina que “[...] princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”.

si só, situações de injustiça, além de se afirmar a exigência de que o próprio conteúdo da lei deveria ser igualitário.”, o que justifica a “[...] existência de critérios razoáveis e justos para determinados tratamentos desiguais.” (SARLET *et al.*, 2017, p. 620).

Dessa forma, principalmente no que tange às relações trabalhistas, merece destaque a igualdade material que diz respeito ao tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais. Referido tratamento diferenciado, previsto no texto constitucional, visa a superar as diferenças existentes no mercado do trabalho, sejam elas relacionadas ao sexo, à raça, à origem, à idade, etc. (GOLDSCHMIDT; RENCK, 2016).

Além do mais, o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, da Constituição Federal de 1988), também deve ser aplicado e respeitado no direito do trabalho e serve como base à defesa do trabalho digno das mulheres (GOLDSCHMIDT; RENCK, 2016).

Sobre a dignidade da pessoa humana, Sarlet (2006, p. 67) afirma que “[...] o Constituinte de 1988 preferiu não incluir a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos e garantias fundamentais, guindando-a, pela primeira vez – consoante já reiteradamente frisado – à condição de princípio (e valor) fundamental (artigo 1º, inciso III)”. Nas palavras do autor, a dignidade é uma “qualidade intrínseca da pessoa humana” (SARLET, 2006, p. 69), tratando-se de um princípio norteador de todas as relações jurídicas, privadas ou públicas. O que se pretende, portanto, é a proteção integral da pessoa humana, mediante a concretização dos direitos fundamentais (VECCHI, 2011).

Consoante a isso, preconizam Goldschmidt e Renck (2016, p. 29), “[...] um trabalho digno valoriza, protege e promove a dignidade e a igualdade dos trabalhadores, princípios muito próximos, uma vez que as pessoas são todas iguais porque têm idêntica dignidade”.

Assim, ambos os princípios mencionados têm aplicação direta aos direitos das trabalhadoras. Com efeito, é com base em tais prerrogativas que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º, proíbe a distinção salarial por questões de gênero, determina a proteção do trabalho da mulher e prevê

direitos específicos à trabalhadora, como a licença maternidade com duração de 120 dias (BRASIL, 1988).

As garantias previstas no artigo 7º citado, decorrentes dos princípios da dignidade e da igualdade material, conferem outro direito fundamental às trabalhadoras: o direito à antidiscriminação⁴ no mercado de trabalho, já que “[...] diferenciar injustamente as pessoas, como se algumas tivessem maior e outras menor valor, é uma afronta à igual dignidade.” (GOLDSCHMIDT; RENCK, 2016, p. 29).

Destaca-se que é a discriminação negativa, tida como um tratamento desigual, experimentada por membros de determinado grupo que sofrem com desigualdades injustificadas – como é o caso das trabalhadoras, diante da desigualdade salarial e das condições inferiores de trabalho a que são submetidas – é que deve ser combatida pelo ordenamento jurídico e que se consagra quando desrespeitados princípios como a dignidade da pessoa humana e da igualdade (COUTINHO, 2006).

Em contrapartida, para eliminar as diferenças e assegurar a igualdade material é que existe a discriminação positiva⁵, caracterizada, no caso em comento, pelas normas protetivas às trabalhadoras. Coutinho (2006) destaca que a proteção das mulheres no mercado de trabalho objetiva eliminar obstáculos a sua inclusão, estabelecendo regras antidiscriminatórias a fim de garantir seu direito ao emprego.

Traçados esses breves apontamentos sobre as conquistas dos direitos das trabalhadoras pós-1988, torna-se importante para este estudo

4 Coutinho (2006, p. 13), conceitua a discriminação como sendo um ato de distinguir, segregar, desvalorizar, dessa forma, “[...] a discriminação estaria fundada em ideias preconcebidas que resultariam por levar à posição de inferioridade as pessoas ou grupos atingidos. Nesse sentido, entende-se a discriminação como um tratamento desequiparador que decorre de preferência ilógica, fundada em características de sexo, raça, cor, etnia, religião, origem e idade”.

5 Trata-se de “[...] um modo de eliminar as diferenças, ao assegurar a igualdade de oportunidades a todos, mediante políticas protetivas ou distributivas de benefícios às pessoas ou grupos que se encontram em situação desfavorável, com o objetivo de corrigir os desequilíbrios existentes na sociedade. Justifica-se a discriminação positiva a partir da ideia de equidade.” (COUTINHO, 2006, p. 15).

discorrer sobre as recentes alterações promovidas pela Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), com o intuito de verificar os pontos negativos e positivos da referida norma, no que tange à proteção da mulher no mercado de trabalho.

AVANÇOS E RETROCESSOS DA PROTEÇÃO DA MULHER NO ÂMBITO DA REFORMA TRABALHISTA

Em julho de 2017, foi publicada a Lei 13.467 que promoveu uma série de alterações no tocante aos direitos dos trabalhadores e por isso é chamada de Reforma Trabalhista (BRASIL, 2017).

Há duras críticas na doutrina a respeito das inovações produzidas pela referida norma, pois parte dos doutrinadores reconhecem que, com ela, ocorreu um verdadeiro retrocesso em relação às conquistas dos trabalhadores. Delgado e Delgado (2017, p. 39-40) destacam que:

A reforma trabalhista implementada no Brasil por meio da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, desponta por seu direcionamento claro em busca do retorno ao antigo papel do Direito na História como instrumento de exclusão, segregação e sedimentação da desigualdade entre as pessoas humanas e grupos sociais. Profundamente dissociada das ideias matrizes da Constituição de 1988 [...], a Lei n. 13.467/2017 tenta instituir múltiplos mecanismos em direção gravemente contrária e regressiva.

Nesse sentido, Gimenez e Santos (2018, p. 29) afirmam que “[...] a reforma trabalhista introduzida pela Lei 13.467/2017 não enfrenta os problemas fundamentais relativos ao desenvolvimento brasileiro, à competitividade da economia nacional ou à melhor organização de seu mercado de trabalho.”, justificativas utilizadas pelos defensores da Reforma, para sua implementação.

A Reforma Trabalhista alterou, entre outros, alguns dispositivos previstos na CLT em relação aos direitos das trabalhadoras. Em que pesem algumas mudanças tenham verdadeiro caráter retrógrado, determinadas alterações são consideradas positivas às mulheres. Nesse momento, torna-se imperioso discorrer, mesmo que de forma simplificada, sobre as implicações da nova legislação em relação aos direitos trabalhistas das mulheres.

Inovações benéficas promovidas pela Lei n. 13.467/2017

Algumas mudanças impostas pela Lei 13.467/2017 aos direitos trabalhistas das mulheres lhes são favoráveis, traduzindo um certo avanço na conquista de direitos (BRASIL, 2017a).

A primeira alteração, que merece destaque, é a revogação do parágrafo único do artigo 372, o qual previa o seguinte:

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

Parágrafo único. Não é regido pelos dispositivos a que se refere este artigo o trabalho nas oficinas em que sirvam exclusivamente pessoas da família da mulher e esteja esta sob a direção do esposo, do pai, da mãe, do tutor ou do filho. (Revogado pela Lei n. 13.467/2017). (BRASIL, 1943).

A revogação do parágrafo único citado vai ao encontro do direito à antidiscriminação, que possui íntima relação com os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, consoante anteriormente destacado.

Sobre a revogação perpetrada pela novel legislação, Delgado e Delgado (2017, p. 148) aduzem que “[...] o preceito revogado, entretanto, já não vigorava na ordem jurídica desde o advento da Constituição de 1988, em face de distintos preceitos constitucionais firmemente imperativos”.

Ainda na tentativa de ampliar os mecanismos de proteção do trabalho da mulher no que tange às práticas discriminatórias, a Lei 13.467/2017 instituiu a cominação de multa, caso seja configurado algum ato da empresa que promova a desigualdade salarial entre homens e mulheres, consoante isso está o artigo 461, parágrafo 6º, da CLT:

Art. 461. Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, no mesmo estabelecimento empresarial, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, etnia, nacionalidade ou idade.

§ 6º No caso de comprovada discriminação por motivo de sexo ou etnia, o juízo determinará, além do pagamento das diferenças salariais devidas, multa, em favor do empregado discriminado, no valor de 50% (cinquenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. (Redação dada pela Lei n. 13.467/2017). (BRASIL, 1943).

Além disso, as inserções do parágrafo único ao artigo 391-A e do artigo 392-A – embora não promovidas pela Reforma Trabalhista, mas depois de sua entrada em vigor, mediante a edição da Lei 13.509/2017 –, também configuram inovações positivas promovidas no atual cenário do direito do trabalho brasileiro, isso porque, estão de acordo com o princípio da igualdade, bem como com os dispositivos constitucionais que visam à proteção à maternidade, à criança, à infância – direitos consagrados na Constituição Federal de 1988⁶. Os artigos 391-A, parágrafo único, e 392-A foram incluídos na CLT pela Lei 13.509/2017 e estão previstos na Seção V, que trata “Da Proteção à maternidade” e dispõem:

6 Diversos artigos previstos na Constituição Federal de 1988 de forma esparsa, visam a proteção à maternidade, à gestação, à saúde, à mulher, ao nascituro e à criança. Com efeito, o artigo 6º dispõe que “são direitos sociais [...] a proteção à maternidade e à infância”; os artigos 201 e 203 do referido diploma legal, tratam sobre a previdência e assistência social e preconizam que ambas atenderão e terão como objetivos a proteção à maternidade, à gestante e à infância (BRASIL, 1988).

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.

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 n. 13.467/2017).

Art. 392-A. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança ou adolescente será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392 desta Lei. (Incluído pela Lei n. 13.467/2017). (BRASIL, 1943).

Da leitura dos dispositivos, denota-se que houve um avanço na concessão de novos direitos à adotante.

A Lei 13.509/2017, alterou também o disposto no *caput* do artigo 396 da CLT, para conceder o direito à trabalhadora, inclusive à adotante, a dois descansos especiais de meia hora cada um, para amamentação do seu filho até que este complete seis meses de idade (BRASIL, 2017b).

E a Reforma Trabalhista, com o objetivo de tutelar os direitos da criança, incluiu os parágrafos 1º e 2º a referido dispositivo (artigo 396), mantendo possível a dilação do prazo previsto no *caput* do artigo 396 e dispondo sobre a realização de acordo com o empregador no que se refere à definição dos horários de fruição do descanso (BRASIL, 1943).

A princípio, as modificações destacadas foram as que promoveram certo avanço em relação à proteção ao trabalho da mulher.⁷ No entanto, alguns artigos da reforma configuraram verdadeiro retrocesso aos direitos das trabalhadoras e por isso são tão questionados. Passa-se agora à análise de tais dispositivos.

7 Avanço esse considerado tímido, ante as inovações benéficas que poderiam ter sido perpetradas e que seriam necessárias para garantir o trabalho digno da mulher.

Implicações negativas e restritivas aos direitos das mulheres no mercado de trabalho inseridas pela Reforma Trabalhista

No que se referem às alterações impostas pela Lei 13.467/2017 consideradas negativas às trabalhadoras, importante destacar duas: a revogação do artigo 384 e as profundas modificações ao texto do artigo 394-A, ambos da CLT (BRASIL, 2017a).

O artigo 384 da CLT previa que a trabalhadora tinha o direito a um descanso de 15 minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário do trabalho, em caso de prorrogação do horário normal (BRASIL, 1943). Em que pese o tratamento desigual em relação aos homens, tal descanso visava à reposição da trabalhadora e à recuperação de sua fadiga antes do início de novo período laboral (extraordinário) e era justificado diante da diferenciação fisiológica e psicológica dos sexos, consoante entendimento do Tribunal Superior do Trabalho⁸.

8 MULHER - INTERVALO DE 15 MINUTOS ANTES DE LABOR EM SOBREJORNADA - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 384 DA CLT EM FACE DO ART. 5º, I, DA CF. 1. O Art. 384 da CLT impõe intervalo de 15 minutos antes de se começar a prestação de horas extras pela trabalhadora mulher. Pretende-se sua não-recepção pela Constituição Federal, dada a plena igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres decantada pela Carta Política de 1988 (art. 5º, I), como conquista feminina no campo jurídico. 2. A igualdade jurídica e intelectual entre homens e mulheres não afasta a natural diferenciação fisiológica e psicológica dos sexos, não escapando ao senso comum a patente diferença de compleição física entre homens e mulheres. Analisando o art. 384 da CLT em seu contexto, verifica-se que se trata de norma legal inserida no capítulo que cuida da proteção do trabalho da mulher e que, versando sobre intervalo intrajornada, possui natureza de norma afeta à medicina e segurança do trabalho, infensa à negociação coletiva, dada a sua indisponibilidade (cfr. Orientação Jurisprudencial 342 da SBDI-1 do TST). 3. O maior desgaste natural da mulher trabalhadora não foi desconsiderado pelo Constituinte de 1988, que garantiu diferentes condições para a obtenção da aposentadoria, com menos idade e tempo de contribuição previdenciária para as mulheres (CF, art. 201, § 7º, I e II). A própria diferenciação temporal da licença-maternidade e paternidade (CF, art. 7º, XVIII e XIX; ADCT, art. 10, § 1º) deixa claro que o desgaste físico efetivo é da maternidade. A praxe generalizada, ademais, é a de se postergar o gozo da licença-maternidade para depois do parto, o que leva a mulher, nos meses finais da gestação, a um desgaste físico cada vez maior, o que justifica o tratamento diferenciado em termos de jornada de trabalho e período de descanso. 4. Não é demais lembrar que as mulheres que trabalham fora do lar estão sujeitas a dupla jornada de trabalho, pois ainda realizam as atividades domésticas quando retornam à casa. Por mais que se dividam as tarefas domésticas entre o casal, o peso maior da administração da casa e da educação dos filhos acaba recaindo sobre

No que se refere à revogação do artigo 384, Delgado e Delgado (2017, p. 149) ensinam que “[...] a retirada de direitos das mulheres, portanto, é conduta legislativa contrária ao espírito constitucional de 1988, uma incompreensão a respeito da sociedade livre, justa e solidária que a Constituição da República quer ver instaurada no País”.

Desse modo, observa-se que a revogação de referido artigo desconsidera a proteção à saúde da mulher, inclusive à segurança da trabalhadora, posto que retira o seu direito a uma pausa relevante para o seu reestabelecimento físico e psíquico.

Além dessa importante afronta aos direitos das trabalhadoras, o artigo 394-A sofreu inúmeras alterações prejudiciais ao direito, tanto da trabalhadora gestante ou lactante, como do nascituro, protegidos pela Constituição Federal de 1988. Com efeito, antes da reforma, a norma impedia o trabalho da mulher gestante ou lactante de qualquer atividade ou local insalubre (BRASIL, 1943). Importante destacar que o artigo 394-A, na redação mais benéfica, havia sido inserido na CLT cerca de um ano antes da edição da Reforma Trabalhista (DELGADO; DELGADO, 2017).

A partir da Lei 13.467/2017, restou possibilitado o exercício de atividades laborais pela lactante e gestante em locais insalubres:

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

a mulher. 5. Nesse diapasão, levando-se em consideração a máxima albergada pelo princípio da isonomia, de tratar desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades, ao ônus da dupla missão, familiar e profissional, que desempenha a mulher trabalhadora corresponde o bônus da jubilação antecipada e da concessão de vantagens específicas, em função de suas circunstâncias próprias, como é o caso do intervalo de 15 minutos antes de iniciar uma jornada extraordinária, sendo de se rejeitar a pretensa inconstitucionalidade do art. 384 da CLT. Incidente de inconstitucionalidade em recurso de revista rejeitado. (BRASIL, 2008).

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. (BRASL, 2017a).

Consonante ressaltam Delgado e Delgado (2017, p. 150), “[...] a norma faz a escolha pelo afastamento automático da mulher do ambiente insalubre, enquanto durar a gestação, apenas no caso de insalubridade em grau máximo”. Conclui-se da leitura dos dispositivos que somente depois da apresentação de atestado de saúde é que a mulher terá a prerrogativa de ser afastada das atividades que possam causar danos a sua saúde ou a do seu filho.

Ante a notória ofensa do referido dispositivo aos direitos da trabalhadora, do nascituro, da criança, assim como a proteção à maternidade⁹, recentemente o Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.938, reconheceu a inconstitucionalidade dos incisos II e III, do artigo 394-A da CLT (inovação promovida pela Lei 13.467/2017), no que diz respeito à possibilidade de afastamento das atividades insalubres somente mediante apresentação de atestado médico:

O Tribunal, por unanimidade, conheceu da ação direta de inconstitucionalidade. Por maioria, confirmou a medida cautelar e julgou procedente o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade da expressão “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”, contida nos incisos II e III do art. 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), inseridos pelo art. 1º da Lei 13.467/2017, nos termos do voto do

9 Sobre a proteção à maternidade, o artigo 6º da Constituição Federal de 1988 prevê: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (BRASIL, 1988).

Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio. Falaram: pelo amicus curiae Confederação Nacional de Saúde – CNS, o Dr. Marcos Vinicius Barros Ottoni; e, pelo amicus curiae Central Única dos Trabalhadores – CUT, o Dr. Ricardo Quintas Carneiro. Presidência do Ministro Dias Toffoli. (STF, 2019).

Observa-se que com a modificação do artigo 394-A o retrocesso foi tamanho, que o Supremo Tribunal Federal teve de intervir, com o intuito de frear as inovações maléficas, tutelando os direitos constitucionalmente garantidos às trabalhadoras. *In casu*, houve a necessidade de intervenção do Poder Judiciário para a garantia mínima à proteção da mulher no mercado de trabalho.

CONCLUSÕES

Ante o exposto, denota-se que, em que pesem os avanços e as lutas para resguardar a proteção ao trabalho da mulher, há uma tentativa de mitigação de algumas garantias consagradas no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente por parte do Poder Legislativo.

Depois de uma breve análise das modificações impostas a partir da edição da Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017), verifica-se que algumas delas contribuíram de forma negativa e outras de forma positiva para a manutenção ou conquista de novos direitos às trabalhadoras.

O direito do trabalho avançou, mesmo que timidamente, na tentativa de coibir a discriminação no mercado de trabalho e também no que diz respeito aos direitos da trabalhadora lactante (genitora ou adotante) no período da amamentação, considerando-se o direito aos momentos de descanso e a possibilidade de extensão do período de seis meses previsto na norma.

Entretanto, diante de um cenário de flexibilização e precarização dos direitos dos trabalhadores, houve retrocessos à proteção das trabalhadoras, principalmente no que tange ao descanso antes do início da jornada

extraordinária (que visava, inclusive, à proteção à saúde da mulher), bem como à permissão do exercício das atividades laborais da gestante ou lactante em locais insalubres. Felizmente, no tocante à última alteração, o Poder Judiciário já se posicionou no sentido de vetar tal possibilidade, posto que a norma infringe nitidamente preceitos constitucionais.

Percebe-se, portanto, que a derrocada dos direitos e garantias trabalhistas, sob justificativa da necessidade de se flexibilizar as normas do direito do trabalho é uma realidade enfrentada pelos trabalhadores de ambos os sexos.

Nesse diapasão, a reflexão no tocante aos direitos da trabalhadora é de extrema importância, pois trata-se de uma questão de tutela à dignidade, à igualdade e ao direito à antidiscriminação. Assim, deve-se promover uma resistência mediante provocação do Poder Judiciário ou por intermédio de reivindicações sociais, a eventuais retrocessos promovidos pela flexibilização das normas trabalhistas a partir da edição da Lei 13.467/2017.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Emendas Constitucionais de Revisão. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 26 jun. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 26 jun. 2019.

BRASIL. **Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio

de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, 2017a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm. Acesso em: 26 jun. 2019.

BRASIL. **Lei n. 13.509, de 22 de novembro de 2017**. Dispõe sobre adoção e altera a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Brasília, DF: Presidência da República, 2017b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13509.htm#art1. Acesso em: 26 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (TST). **Recurso de Revista: 1.540/2005-046-12-00.5**. Relator Min. Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 17 nov. 2008. Disponível em: <https://bit.ly/31otJjC>. Acesso em: 28 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 5.938**. Relator Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 28 maio 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5447065>. Acesso em: 28 jun. 2019.

CALIL, L. E. S. **Direito do trabalho da mulher**: a questão da igualdade jurídica ante a desigualdade fática. São Paulo: LTr, 2007.

COUTINHO, M. L. P. **Discriminação no trabalho**: mecanismos de combate à discriminação e promoção de igualdade de oportunidades. Brasília, DF: OIT, 2006.

DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. **A Reforma Trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

FRIES, L. Los derechos humanos de las mujeres: aportes y desafios. **El Otro Derecho**, Bogotá, ILSA n. 36, p. 40-58, 2007.

GOLDSCHMIDT, R.; RENCK, M. H. P. **Discriminação contra as mulheres no trabalho e ações afirmativas**. Curitiba: Multideia, 2016.

GOLDSCHMIDT, R.; RIGONI, C. L. Políticas públicas de proteção e incentivo ao trabalho da mulher. **Rev. AJURIS**, Porto Alegre, v. 42, n. 139, p. 52-68, 2015. Disponível em: http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/416/Ajuris139_DT3.pdf. Acesso em: 15 maio 2019.

LOLI ESPINOZA, S. Evaluación de La Vigencia de los Derechos Humanos de las Mujeres en América Latina. **El Otro Derecho**, Bogotá, v. 7, n. 3, 21, p. 93-126, 1996.

MORRISON, W. **Filosofia do Direito**: dos gregos ao pós-modernismo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NASCIMENTO, S. A. C. **O trabalho da mulher**: das proibições para o direito promocional. São Paulo: LTr, 1996.

PAUTASSI, L. C. Los Derechos Humanos de las mujeres: aportes y desafíos. **El Otro Derecho**, Bogotá, n. 36, p. 71-96, 2007.

SANTOS, A. L.; GIMENEZ, D. M. Desenvolvimento, competitividade e a Reforma Trabalhista. In: KREIN, J. D.; GIMENEZ, D. M.; SANTOS, A. L. (org.). **Dimensões críticas da Reforma Trabalhista no Brasil**. Campinas: Curt Nimuendajú, 2018. p. 27-68.

SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book (1.472 p.).

SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TEIXEIRA, C. M. As mulheres no mundo do trabalho: ação das mulheres, no setor fabril, para a ocupação e democratização dos espaços públicos e privados. **Psicologia: Teoria e Pesquisa**, Brasília, DF, v. 25, n. 2, p. 237-244, abr./jun. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ptp/v25n2/a12v25n2>. Acesso em: 26 jun. 2019.

VECCHI, I. D. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: o caso da relação de emprego. **Rev. do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 77, n. 3, p. 111-135, jul./set. 2011. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/26998>. Acesso em: 4 jul. 2018.