



Julgamento com Perspectiva
Interseccional de Gênero
Reescritas de Decisões Judiciais

DIRETORIA BIÊNIO 2021/2023

Presidente:

Juiz Luiz Antonio Colussi (Amatra 4/RS)

Vice-Presidente:

Juíza Luciana Paula Conforti (Amatra 6/PE)

Secretária-Geral:

Juíza Viviane Maria Leite de Faria (Amatra 5/BA)

Diretor Administrativo:

Juiz Ronaldo da Silva Callado (Amatra 1/RJ)

Diretor Financeiro:

Juiz Ronaldo Solano Feitosa (Amatra 7/CE)

Diretora de Comunicação Social:

Juíza Patrícia Pereira de Sant'Anna (Amatra 12/SC)

Diretor de Prerrogativas e Assuntos Jurídicos:

Juiz Marco Aurélio Marsiglia Treviso (Amatra 3/MG)

Diretor de Assuntos Legislativos:

Juiz Valter Souza Pugliesi (Amatra 19/AL)

Diretor de Formação e Cultura:

Juiz Marcus Menezes Barberino Mendes (Amatra 15/Campinas e Região)

Diretora de Eventos e Convênios:

Juíza Rosarita Machado de Barros Caron (Amatra 10/DF e TO)

Diretora de Informática:

Juíza Elinay Ferreira (Amatra 8/PA e AP)

Diretora de Aposentados:

Juíza Benimar Ramos de Medeiros Marins (Amatra 1/RJ)

Diretor de Cidadania e Direitos Humanos:

Juiz André Eduardo Dorster Araújo (Amatra 2/SP)

Conselho Fiscal:

Juiz Felipe de Magalhães Calvet (Amatra 9/PR)

Juíza Dayna Lannes Andrade (Amatra 23/MT)

Juiz Higor Marcelino Sanches (Amatra 21/RN)

Juiz Marcelo Rodrigo Carniato (Amatra 13/PB) – suplente

Julgamento
com Perspectiva
Interseccional
de Gênero

**Reescritas de
Decisões Judiciais**

COMISSÃO ANAMATRA MULHERES

Luciana Paula Conforti (Vice-Presidente - Anamatra / Presidente - Comissão Anamatra Mulheres)

Patrícia Pereira de Sant'Anna (Diretora de Comunicação Social - Anamatra)

Elinay Ferreira (Diretora de Informática - Anamatra)

Cléa Maria Carvalho do Couto (Amatra 1 / Representante das Aposentadas)

Bárbara de Moraes Ribeiro Soares Ferrito (Amatra 1)

Adriana Kunrath (Amatra 4)

Lisandra Cristina Lopes (Amatra 21)

Natália Queiroz (Amatra 10)

Vanessa Sanches (Amatra 9)

Viviane Martins (Amatra 5)

COORDENAÇÃO ACADÊMICA - CURSO "JULGAMENTO COM PERSPECTIVA INTERSECCIONAL DE GÊNERO"

Patrícia Maeda

Regina Stela Corrêa Vieira

LIVRO DIGITAL

Suporte PDF

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho

Julgamento com perspectiva interseccional de gênero [livro eletrônico] : reescritas de decisões judiciais / Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. – 1. ed. – Brasília, DF: Anamatra, 2023.

PDF

Vários autores.

Bibliografia.

ISBN 978-85-60749-29-4

1. Decisão judicial 2. Gênero 3. Julgamento 4. Justiça social - Brasil I. Título.

23-151522

CDD-340.12

Índices para catálogo sistemático:

1. Justiça social : Direito 340.12

Henrique Ribeiro Soares - Bibliotecário - CRB-8/9314

Sumário

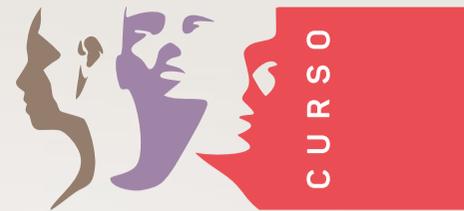
- 06 Apresentação
- 08 Processo nº TST-Ag-AIRR-12380-03.2017.5.15.0136
- 30 Processo nº TST-IAC-5639-31.2013.5.12.0051 -
reescrito na perspectiva de gênero
- 56 Exercício de reescrita de decisão sob a perspectiva de gênero -
ação direta de inconstitucionalidade 5.938 Distrito Federal



A Escola Nacional Associativa dos Magistrados da Justiça do Trabalho - ENAMATRA promoveu, entre os meses de maio e outubro de 2022, o Curso Julgamento com Perspectiva Interseccional de Gênero, sob a coordenação acadêmica de Patrícia Maeda (magistrada do TRT 15, doutora em Direito pela USP e pós-doutoranda em Direito pela USP) e Regina Stela Corrêa Vieira (professora da Universidade Federal de Pernambuco e do PPGD da Universidade do Oeste de Santa Catarina).

O curso foi dividido em dois módulos: o módulo I (18 horas) foi constituído por nove aulas expositivas, ministradas por 10 professoras, sobre temas conceituais, teóricos e práticos, a partir do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, adotado pela Recomendação n. 128, CNJ; o módulo II (14 horas) foi formado por quatro oficinas, com o objetivo de dar maior enfoque à aplicação na prática judicial dos aportes teóricos do módulo anterior, culminando com a apresentação de trabalhos em seminário final. As atividades do módulo II foram mediadas pelas coordenadoras, bem como pela Professora Bruna Angotti (professora da Universidade Presbiteriana Mackenzie, vice-coordenadora do Núcleo de Antropologia do Direito - Nadir e pesquisadora-fundadora do Laut).

A atividade acadêmica, de alto nível, foi uma iniciativa da Comissão ANAMATRA Mulheres, como parte das ações voltadas à apresentação e adoção do Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero do CNJ, envolveu mais de 70 magistradas e magistrados do Trabalho e certamente deixará o legado de uma visão mais sensível e inovadora na apreciação dos casos, a partir das lentes de gênero e das assimetrias presentes nas relações de trabalho.



O trabalho de conclusão compreendeu reescritas de decisões judiciais emblemáticas, com a aplicação da perspectiva interseccional de gênero. Esta publicação traz três desses trabalhos, cada um com uma breve explicação sobre o processo de construção da decisão em grupo e a redação da reescrita propriamente dita.

Na esteira do esforço acadêmico global do Feminist Judgment Project, que reúne acadêmicas, professoras, pesquisadoras e estudantes de diversos países nesse exercício de reescrita feminista de decisões judiciais como forma de dinamizar o ensino jurídico, assim como, de analisar as respostas jurídicas e judiciais aos problemas contemporâneos, a ENAMATRA divulga os trabalhos selecionados, esperando colaborar com as reflexões sobre a realização da Justiça Social.

Boa leitura!

Comissão ANAMATRA Mulheres



PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR-12380-03.2017.5.15.0136

METODOLOGIA DA REESCRITA

Para fim de cumprimento da atividade final do módulo 2 do curso Julgamento com Perspectiva Interseccional de Gênero, as cursistas Ana Júlia Nunes, Gabriela Lenz de Lacerda, Bárbara Ferrito, Natália Queiroz, Lisandra Lopes e Viviane Martins criaram um grupo provisório para troca de mensagens e organização e execução da atividade, coletivamente, sendo por essa via ajustada a distribuição de tarefas entre as participantes.

Por meio do grupo provisório, em primeiro momento, houve compartilhamento de materiais de apoio para construção da reescrita.

Em comum, decidiu-se pela elaboração de reescrita de sentença com inclusão do poema “Vozes-mulheres” de Conceição Evaristo no texto, por compreenderem que repensar fronteiras de proteção social para trabalhadoras em domicílio, qualificadas como diaristas, requer desafio de considerar perspectivas invisibilizadas por desigualdades estruturais e pelas interações de raça, gênero e classe que atravessam a vida dessas trabalhadoras.

Além de servir à organização de tarefas, a partir das discussões em grupo foi definida a estrutura do texto da decisão, estabelecendo as participantes, diante do tema apreciado pela decisão reescrita, a necessidade de contextua-



lização da condição sócio-econômica da trabalhadora em domicílio, a permitir compreensão do lugar social dessas trabalhadoras.

Para otimização de tempo para construção da reescrita, decidiu-se pela realização de encontro para viabilizar tipificação dos itens objeto da reescrita e posterior distribuição de tópicos entre as cursistas.

Idealizado o método de construção da reescrita, houve reunião por videoconferência com o grupo em dia e horário em que ocorriam as aulas do curso.

Merece destaque e registro a dificuldade de todas as cursistas para participação no encontro, exigindo num primeiro momento sua redesignação, a confirmar que a sobrecarga de atividades e escassez de tempo exigiram das cursistas ajuste da atividade da forma viável coletivamente, ainda que ao sacrifício da participação de algumas integrantes à reunião.

Após o encontro, foi gerado documento via Google para elaboração coletiva do texto, a permitir a visualização da construção textual por todas as participantes.

No próprio documento foram divididas as tarefas de pesquisa e redação.

Foi estabelecida, respeitando o objeto da reescrita, a consideração da premissa fática do trabalho em domicílio por dois dias na semana.

Fixou-se, além da centralidade de identificação da trabalhadora em domicílio como grupo social atravessado por opressões se raça, gênero e classe, que o julgamento em perspectiva interseccional de gênero deve ser permeado por apreensão da proteção social mediada pela Convenção n. 189 da OIT, ratificada pelo Brasil.

Estabelecido que o corpo da decisão seria principiado pelo poema “Vozes-mulheres”, de Conceição Evaristo, definiu-se pela estruturação e distribuição de atividades da seguinte forma:

1. Introduzir, de partida, apresentação de decisão à luz do Protocolo com Perspectiva de Gênero do CNJ, atividade atribuída a Gabriela Lenz.
2. Contextualizar o trabalho em domicílio e o lugar social das trabalhadoras domésticas, a ser realizada por Viviane Martins.



3. Tecer considerações sobre discriminação indireta, por Gabriela Lenz.
4. Apresentar elementos sobre a Convenção 189 da OIT, de modo a possibilitar entendimento da importância da norma internacional à ampliação da proteção social às trabalhadoras, em texto a ser produzido por Ana Julia Nunes.
5. Redigir considerações em torno de temática de conflito de normas, assim observando possibilidade, ou não, de antinomia entre a legislação de regulação do trabalho doméstico versus Convenção n. 189 da OIT, em texto sob pesquisa e produção de Lisandra Lopes.
6. Apontar elementos que qualificam a aplicação da Convenção n. 189 e controle de convencionalidade, sob responsabilidade de Bárbara Ferrito.
7. Apresentar argumentos acerca da proteção social e jurídica das trabalhadoras em domicílio que justificam a irrelevância da adoção de critério de exclusão protetiva sob condicionante de número de dias trabalhados, por Natália Queiroz.

Organização e ajuste do texto ao padrão de julgados do Tribunal Superior do Trabalho, igualmente, por Natália Queiroz.

Ultimados os alinhamentos à produção do texto em 26/09/2022 iniciaram-se as atividades de reescrita, individualizadas, para construção de documento coletivo cuja visualização era acessível a todas as participantes, mediante compartilhamento via Google Docs.

A despeito da orientação inicial para redação de tópicos por participantes, foi viabilizada a interação na reescrita no próprio documento, de forma a garantir colaboração das cursistas entre si, em itens diferentes dos tópicos individualmente distribuídos.

Ao longo das mensagens trocadas para construção do texto e em processo colaborativo houve tolerância de participantes às demandas vivenciadas entre cursistas, a revelar que a realização do trabalho de conclusão não deixou de ser permeada por compromissos associados a papéis de gênero, a exemplo



da necessidade de conciliação das atividades em intervalos e janelas de tempo entre atividades profissionais e tarefas de cuidado, levando à finalização da escrita nas fronteiras do prazo fatal para apresentação do trabalho conclusivo.

Apesar das dificuldades vivenciadas entre as cursistas para gestão de tempo e realização da atividade, todas apresentaram textos referentes aos tópicos de suas respectivas responsabilidades.

Ao longo da produção foi destacada a importância do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero para visibilidade de desigualdades históricas, naturalizadas e silenciadas.

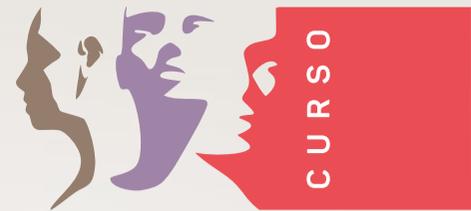
Anexados os textos produzidos e realizada a reunião e organização dos tópicos em sintonia com o consenso estabelecido quanto ao conteúdo do julgado, houve compartilhamento do texto no grupo provisório criado em WhatsApp para realização dos exames da atividade.

Houve finalização da atividade em prazo fatal para a entrega, decidindo-se também que, apesar da extensão do texto, longo em opinião das cursistas, deveria ser mantido em sua integralidade, dado o desafio de reescrita sobre matéria que sintetiza desigualdades estruturais, especialmente em atenção à proteção social mitigada para trabalhadoras domésticas.

Merecem registro, ainda, dificuldades relatadas em processo de construção do texto sob aspecto formal, por se tratar de acórdão em julgamento de recurso por órgão colegiado.

Houve, enfim, no último dia do prazo para apresentação do trabalho conclusivo, socialização da versão final do texto para o grupo, com aprovação coletiva de sua forma e conteúdo, destacando-se atuação colaborativa das cursistas para formatação e envio do texto à professora coordenadora, Regina Stela Corrêa Vieira.

Por fim, cabe pontuar que a vivência na construção coletiva do texto final revelou não apenas a partilha generosa de saberes, como também a viabilização da reescrita por meio de colaboração mútua, dada a escassez de tempo entre as cursistas e a necessidade de compatibilidade das tarefas com demais atividades profissionais e de cuidado entre as participantes.



PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR-12380-03.2017.5.15.0136

ACÓRDÃO REESCRITO

"A voz de minha bisavó
ecoou criança
nos porões do navio.
Ecoou lamentos
de uma infância perdida.

A voz de minha avó
ecoou obediência
aos brancos-donos de tudo.

A voz de minha mãe
ecoou baixinho revolta
no fundo das cozinhas alheias
debaixo das trouxas
roupagens sujas dos brancos
pelo caminho empoeirado
rumo à favela



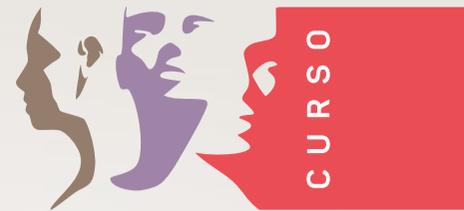
A minha voz ainda
ecoa versos perplexos
com rimas de sangue
e
fome.

A voz de minha filha
recolhe todas as nossas vozes
recolhe em si
as vozes mudas caladas
engasgadas nas gargantas.

A voz de minha filha
recolhe em si
a fala e o ato.
O ontem – o hoje – o agora.
Na voz de minha filha
se fará ouvir a ressonância
O eco da vida-liberdade.

(Conceição Evaristo. Poemas de recordação e outros movimentos, 3.ed., p. 24-25)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-Ag-AIRR-12380-03.2017.5.15.0136, em que é Agravante OLIVIA BERNADETE MICHELLIM e Agravado ISABEL SEBASTIANA PEREIRA DA SILVA E OUTRO. Contra a decisão que negou provimento ao agravo de instrumento, a parte agravante interpôs o presente agravo. Em suas razões, a agravante sustenta que não se trata de análise de fatos e provas, mas de discussão estritamente jurídica dos fatos, ou seja, da adequada incidência da norma ao caso. É o relatório.



VOTO

1 – CONHECIMENTO

O recurso é tempestivo e está subscrito por advogado habilitado nos autos. Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conheço.

2 – MÉRITO

A agravante não se conforma com a decisão monocrática que negou provimento ao seu agravo de instrumento, nos seguintes termos:

“Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão mediante a qual se denegou seguimento ao recurso de revista, nos seguintes termos:

PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS

Tempestivo o recurso (decisão publicada em 23/08/2019; recurso apresentado em 04/09/2019). Regular a representação processual. Desnecessário o preparo (§ 10 do art. 899 da CLT).

PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO / Atos Processuais / Nulidade / Cerceamento de Defesa. Constatou do v. acórdão:

“A autora pugna pela declaração de nulidade da decisão combatida, com o retorno dos autos à Origem para reabertura da instrução processual. Alega que restou prejudicada sua tese ao não ser juntada a certidão de óbito do Sr João Messias da Silva. Sem razão. Embora a certidão de óbito pudesse evidenciar o início da prestação dos serviços, tal documento não lhe aproveitaria em relação ao vínculo de emprego - questão cerne da presente ação.”. Assim, não reputo configurado o alegado cerceamento de defesa, tendo em vista que o v. acórdão está fundamentado na apreciação de fatos e provas, as quais foram valoradas de acordo com as regras previstas no art. 371 do CPC, e cujo reexame



é vedado nesta fase pela Súmula 126 do C. TST. Contrato Individual de Trabalho / Reconhecimento de Relação de Emprego. As questões relativas ao tema em destaque foram solucionadas com base na análise dos fatos e provas. Incidência da Súmula 126 do C. TST. CONCLUSÃO DENEGO seguimento ao recurso de revista. Na decisão proferida em recurso, ficou consignado: PRELIMINAR Cerceamento de defesa A autora pugna pela declaração de nulidade da decisão combatida, com o retorno dos autos à Origem para reabertura da instrução processual. Alega que restou prejudicada sua tese ao não ser juntada a certidão de óbito do Sr João Messias da Silva. Sem razão. Embora a certidão de óbito pudesse evidenciar o início da prestação dos serviços, tal documento não lhe aproveitaria em relação ao vínculo de emprego - questão cerne da presente ação. Assim, não há falar em cerceamento de defesa. Rejeito. MÉRITO Vínculo de emprego A autora alega em sua inicial que foi contratada como doméstica para laborar nas dependências das rés. Todavia, assevera que não houve anotação do contrato em sua CTPS.

Postula, assim, o reconhecimento do vínculo, com o conseqüente pagamento das verbas dele decorrentes. O Juízo a quo, ao analisar o pedido, assim decidiu: "Alega a autor que foi contratada como empregada doméstica, prestando serviços no período de 01.07.2013 a 13.07.2017, sem registro em sua CTPS. Os réus impugnam a alegação, afirmando que a autora sempre trabalhou como diarista. Considerando que os réus admitem a prestação de serviços mas negam que a autora era empregada, a eles incumbia o ônus de comprovar a alegação, enquanto fato impeditivo do direito postulado. Reputo que de seu ônus os réus se desincumbiram de forma satisfatória, eis que tanto a primeira testemunha indicada, Sr. Nivaldo, vizinho da residência, quanto a Sra. Luciana, manicure que atendia a domicílio e presenciava a prestação de serviços, corroboraram que a autora prestava serviços em apenas dois dias por semana. O depoimento do Sr. José Roberto acerca da matéria não merecer ser considerado, eis que deixou claro ao longo de seu depoimento ser amigo da família e do esposo da primeira ré. Já o depoimento da Sra. Olívia, testemunha indicada pela autora é frágil, pois ainda que haja afirmado que pegavam ônibus juntas,



não sabe sequer em que lugar a autora trabalhava, e, assim, o fato de utilizar o transporte público com a reclamante não é hábil a comprovar que efetivamente ela estivesse indo trabalhar na residência dos réus. Assim, do conjunto da prova oral produzida, resto convencida de que a autora efetivamente prestava serviços em apenas dois dias por semana, ausente, assim, à habitualidade necessária ao reconhecimento de vínculo de emprego por ela pretendido, nos termos do artigo 1º da Lei nº 150/2015, motivo pelo qual, julgo improcedente o pedido.” Inconformada, a reclamante postula a reforma. Vejamos. Nos termos do § 1º da Lei nº 5.849/1972, para que fique configurado o exercício das atividades inerentes ao empregado doméstico é necessário que se verifiquem os seguintes pressupostos (i) seja prestado por pessoa física; (ii) tenha caráter contínuo; (iii) ocorra no âmbito residencial/familiar; (iv) não tenha destinação lucrativa. Partindo-se desses pressupostos, a diarista, que presta serviços a uma residência apenas em alguns dias da semana, recebendo por dia de trabalho, não se enquadraria na hipótese de trabalho de natureza contínua.

No caso ora em apreço, os reclamados alegaram que os serviços eram prestados pela reclamante na qualidade de diarista, cabendo a eles, pois, o ônus da prova, ônus do qual se desincumbiram. Dessume-se da prova oral que a reclamante prestava serviços aos reclamados apenas duas vezes por semana: “Primeira testemunha do réu(s): NIVALDO DONIZETTI RISSI (...) que tem certeza que a autora trabalhava 02 dias por semana às segundas e sextas-feiras;” “Segunda testemunha do réu(s): LUCIANA DE JESUS RODRIGUES (...)” que é manicure da primeira ré desde 2015 e que atende em domicílio; que a primeira ré faz a unha às quintas-feiras à tarde, entre 13h00 e 14h00; que conhece a reclamante que trabalhava para a primeira ré; que a autora trabalhava às segundas e sextas” Já a testemunha obreira, como bem observado pela Origem, “é frágil, pois ainda que haja afirmado que pegavam ônibus juntas, não sabe sequer em que lugar a autora trabalhava”. Portanto, em face da ausência de outras provas, prevalece o aspecto da não-continuidade, elemento que não permite o reconhecimento do vínculo empregatício de natureza doméstica, preconizado pelo artigo 1º da Lei 5.859/72. Ademais, cabia à reclamante demonstrar que as suas



atividades eram absolutamente rotineiras e não de faxina propriamente dita, o que não fez. Diante disso, ocorrendo a prestação de serviços em apenas alguns dias da semana, o trabalho deve ser considerado como autônomo e não como doméstico, não havendo falar em reconhecimento de qualquer vínculo empregatício. Mantenho a improcedência da ação, portanto. A decisão regional foi publicada após iniciada a eficácia da Lei 13.467/2017, em 11/11/2017, que alterou o art. 896-A da CLT, passando a dispor: “Art.896-A - O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examinará previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica. § 1º São indicadores de transcendência, entre outros: I - econômica, o elevado valor da causa; II - política, o desrespeito da instância recorrida à jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal; III - social, a postulação, por reclamante-recorrente, de direito social constitucionalmente assegurado; IV - jurídica, a existência de questão nova em torno da interpretação da legislação trabalhista. § 2º Poderá o relator, monocraticamente, denegar seguimento ao recurso de revista que não demonstrar transcendência, cabendo agravo desta decisão para o colegiado. § 3º Em relação ao recurso que o relator considerou não ter transcendência, o recorrente poderá realizar sustentação oral sobre a questão da transcendência, durante cinco minutos em sessão. § 4º Mantido o voto do relator quanto à não transcendência do recurso, será lavrado acórdão com fundamentação sucinta, que constituirá decisão irrecurável no âmbito do tribunal. § 5º É irrecurável a decisão monocrática do relator que, em agravo de instrumento em recurso de revista, considerar ausente a transcendência da matéria. § 6º O juízo de admissibilidade do recurso de revista exercido pela Presidência dos Tribunais Regionais do Trabalho limita-se à análise dos pressupostos intrínsecos e extrínsecos do apelo, não abrangendo o critério da transcendência das questões nele veiculadas.” Insta frisar que o Tribunal Superior do Trabalho editou novo Regimento Interno - RITST, em 20/11/2017, adequando-o às alterações jurídico-processuais dos últimos anos, estabelecendo em relação ao critério da transcendência, além dos parâmetros já fixados em lei, o marco temporal para



observância dos comandos inseridos pela Lei 13.467/2017: “Art. 246. As normas relativas ao exame da transcendência dos recursos de revista, previstas no art. 896-A da CLT, somente incidirão naqueles interpostos contra decisões proferidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho publicadas a partir de 11/11/2017, data da vigência da Lei n.º 13.467/2017.” Evidente, portanto, a subsunção do presente agravo de instrumento e do recurso de revista respectivo aos termos da referida lei. Presentes os pressupostos legais de admissibilidade, conheço. Em sede de agravo de instrumento, a parte insiste no processamento do apelo. Analiso. É sabido que a natureza extraordinária do recurso de revista não autoriza o reexame de fatos e provas. Desse modo, esta Corte Superior apenas pode valorar os dados fáticos delineados de forma expressa no acórdão regional. É exatamente este o entendimento contido na Súmula 126 do TST, usada como suporte da decisão ora agravada

Assim, se a pretensão recursal está frontalmente contrária às afirmações do Tribunal Regional acerca das questões probatórias, o recurso apenas se viabilizaria mediante a incursão nas provas coligidas aos autos, circunstância vedada pela já mencionada Súmula 126 do TST. No caso, o exame detido dos autos, mediante o confronto entre as razões do recurso de revista e o acórdão proferido pelo Tribunal Regional, evidencia que não é possível inferir as violações e divergências indicadas, pois a pretensão recursal está frontalmente contrária às afirmações do Tribunal Regional acerca do tema em exame. Assim, para se chegar à conclusão diversa da adotada pelo Tribunal Regional, seria imprescindível o reexame fático-probatório, atraindo a incidência da Súmula 126 do TST. Apesar de o art. 896-A da CLT estabelecer a necessidade de exame prévio da transcendência do recurso de revista, a jurisprudência da Sexta Turma do TST tem evoluído para entender que esta análise fica prejudicada quando o apelo carece de pressupostos processuais extrínsecos ou intrínsecos que impedem o alcance do exame meritório do feito, como no caso em tela. Ante o exposto, com base nos arts. 932, III, c/c 1.011, I, do CPC, e 118, X, do RITST, JULGO PREJUDICADO o exame dos critérios de transcendência da causa e NEGO PROVIMENTO ao agravo de instrumento.” (fls. 294-299).



A parte agravante alega que não se trata de análise de fatos e provas, mas de discussão estritamente jurídica dos fatos, ou seja, da adequada incidência da norma ao caso. Renova o tema “cerceamento de defesa” sob o fundamento de que a não juntada da prova documental prejudicou a reclamante na tentativa de comprovar a data em que se deu o início da contratação, bem como a aplicação das disposições contidas na Lei 5.859/1972, e não a disciplina da LC 150/2015. Na matéria de fundo atinente ao “vínculo de emprego”, reitera que estavam presentes os requisitos para o reconhecimento da relação de emprego como doméstica, em especial ante a continuidade da prestação dos serviços. Reitera as violações aos dispositivos de lei, bem como a divergência jurisprudencial trazidas no agravo de instrumento. Análise.

No tocante ao tema “**cerceamento de defesa**”, não há como acolher a referida alegação ante a premissa fática do Regional de que “embora a certidão de óbito pudesse evidenciar o início da prestação dos serviços, tal documento não lhe aproveitaria em relação ao vínculo de emprego - questão cerne da presente ação”. Ademais, diferente do que sustenta a ora agravante, o Regional solucionou a controvérsia à luz da Lei 5.859/1972, e não da LC 150/2015.

No tema “**vínculo de emprego**”, o Regional manteve a sentença, entendendo pela não configuração de vínculo empregatício entre as partes. Asseverou que a prestação de serviços domésticos, sob a ótica da Lei n. 5.859/72, era realizada duas vezes por semana.

Sob a égide da Lei n. 5.859/72, portanto, entendeu o Regional que não tendo a reclamante, ora agravante, provado a prestação de serviços por três vezes na semana de forma contínua não há falar em vínculo empregatício entre as partes.

Exposto isso, inicialmente, ressalto que o caso dos autos demanda uma análise a partir das lentes de perspectiva interseccional de gênero, ou seja, não é possível analisar o pleito envolvendo o trabalho doméstico sem a percepção de que a agravante, na qualidade de trabalhadora mulher, é impactada por diferentes sistemas de opressão - gênero e classe - que dificultam seu acesso



a condições de trabalho dignas e a expõem a violências, dentro e fora do ambiente laboral.

Sobre o julgamento em perspectiva, em outubro de 2021 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou o Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero, um importante instrumento para que “os julgamentos que ocorrem nos diversos âmbitos da Justiça possam ser aqueles que realizem o direito à igualdade e à não discriminação de todas as pessoas, de modo que o exercício da função jurisdicional se dê de forma a concretizar um papel de não repetição de estereótipos, de não perpetuação de diferenças, constituindo-se um espaço de rompimento com culturas de discriminação e de preconceitos” (prefácio do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero).

O Protocolo, cuja adoção foi orientada aos Tribunais por meio da Recomendação no 128/2022 do CNJ, nos chama a adotar um método interpretativo dogmático de julgamento com perspectiva de gênero que tem por finalidade última dar concretude ao direito à igualdade, previsto nos artigos 3º (incisos I, III e IV) e artigo 5º (inciso I) da Constituição, e também nos compromissos internacionais assumidos pelo Estado Brasileiro como a implementação dos ODS de no 5, 10 e 16 da Agenda 2030 da ONU, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW) ratificada pelo Brasil em 01/02/1984 e as Convenções da Organização Internacional do Trabalho (100 - Igualdade de Remuneração de Homens e Mulheres Trabalhadores por Trabalho de Igual Valor, 103 - Relativa ao amparo à maternidade, 111 - Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação), além da Convenção n. 190 - Sobre a Eliminação da Violência e Assédio no Mundo do Trabalho (esta ainda não ratificada) e de outros normativos internacionais.

É importante salientar que a desconsideração de marcadores como gênero, raça e classe nas decisões judiciais tem por efeito justamente a negativa de acesso à justiça e a manutenção da estrutura de desigualdade. Como explicitado pela magistrada Patrícia Maeda, no julgamento do processo no 0010724-26.2020.5.15.0097, de 25/03/2021: “julgar com uma perspectiva de gênero implica cumprir a obrigação jurídica constitucional e convencional para realizar o



princípio da igualdade, por meio do trabalho jurisdicional para garantir acesso à justiça e remediar as relações assimétricas de poder, situações estruturais de desigualdade, bem como a tomada em consideração à presença de estereótipos discriminatórios de gênero na produção e interpretação normativa e na avaliação de fatos e evidências”.

Aliás, o julgamento em perspectiva não é novidade para a Justiça do Trabalho, na qual as decisões são tomadas - ou, ao menos, deveriam ser - a partir de uma lente de classe, que perceba o(a) trabalhador(a) como hipossuficiente na relação de trabalho. A proposta de agregar as lentes de gênero é justamente para que se observe que a classe trabalhadora é diversa e que a desconsideração pelo Poder Judiciário desta pluralidade resulta no reforço de uma estrutura desigual, que exclui parcela da população do acesso a direitos humanos básicos.

Feita tal introdução, como dito anteriormente, há que se considerar que a agravante é mulher, obtendo seu sustento da entrega de seu trabalho em serviços domésticos, a requerer seja interpretada a questão jurídica sob exposição prévia da moldura que compõe antecedentes históricos e dá lugar a características próprias nas relações laborativas dessa natureza, sendo ampliada a responsabilidade de intérprete do direito em analisar a relação jurídica à base do quadro social brasileiro, país legatário de trabalho em âmbito doméstico marcado pela origem escravocrata e que expõe, ainda, na contemporaneidade, trabalhadoras domésticas a situações singulares de opressão.

A propósito, no passado colonial, enquanto mucama, cabia à trabalhadora escravizada as tarefas de manter, em todos os níveis, o bom andamento da casa-grande, lavando, passando, cozinhando, tecendo, costurando, amamentando crianças de senhores e sinhás, sendo exposta a violências e investidas sexuais. No presente, a trabalhadora doméstica, negra em sua maioria, representa categoria a partir da qual se pode observar uma dupla expressão do racismo, em sua feição ideológica em práticas concretizadas em opressões cotidianas, entre as quais o trabalho por conta alheia não formalizado como regra de inserção em atividade produtiva, além da concentração, para a trabalhado-



ra, de conjunto de atividades indistintas, englobando tarefas doméstica e de cuidado, espelhando nessa relação a hierarquia entre grupos sociais; em sua dimensão estrutural, em tratamento desigual pela ordem jurídica a presumir autonomia e afastar proteção social sob critério isolado de dias de atividade, a despeito da dependência econômica qualificada por padrões remuneratórios inferiores ao salário mínimo, com média salarial de R\$876,00 em 2020, segundo dados do Dieese a partir da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (Pnad Contínua), com informações dos quatro trimestres de 2019 e 2020. Disponível em < <https://www.dieese.org.br/outraspublicacoes/2021/trabalhoDomestico.html> > acesso em 03 out. 2022.

Assim, no Brasil, se de um lado a herança escravocrata legou às classes altas e médias da sociedade a delegação de atividades domésticas e de cuidado a mulheres, negras em sua maioria; de outro, determinou para empregadas domésticas prestação de serviço sob menor proteção jurídica, regulação jurídica tardia em comparação com trabalhadores em geral (Lei n. 5859/72), com extensão de direitos elementares como o controle de jornada e pagamento de horas extraordinárias apenas em 2015 (LC n. 150/2015), ampliando assim a informalidade.

Resultado desse contexto de ordem social e juslaborativa especialmente desigual para as trabalhadoras em domicílio, além da predominância feminina, da desigual proteção jurídica, da circunstância de que o trabalho doméstico no Brasil, é realizado majoritariamente por mulheres negras oriundas de famílias de baixa renda, a principal marca da herança escravocrata e colonial é a predominância da execução do trabalho sem respeito à premissa inicial de registro e formalização do vínculo em carteira profissional. O trabalho em domicílio sem anotação de vínculo empregatício em carteira profissional é a regra, e não exceção, não registrando o Brasil, desde acompanhamento e quantificação dessas informações, bases que alcancem percentual significativo de formalização do contrato de trabalho. Cite-se a respeito:

“O fato de ter ou não ter carteira de trabalho assinada permanece muito importante no mercado de trabalho brasileiro e, no caso do emprego doméstico, como visto nos capítulos anteriores, é especialmente relevante. Quando se



examinam os dados a este respeito com o recorte das principais ocupações, o primeiro que chama a atenção é o reduzido número de cuidadoras de crianças com carteira de trabalho assinada: 23,6% em 2019. No caso das trabalhadoras de cuidados pessoais a domicílios, 27,2% tinham carteira assinada, proporção ligeiramente mais elevada que a encontrada entre as trabalhadoras dos serviços domésticos em geral, cujo grupo com carteira assinada representava 26,5% da ocupação.”(FONTOURA, Natália; MARCOLINO, Adriana. A heterogeneidade do trabalho doméstico no Brasil. *In* Entre relações de cuidado e vivências de vulnerabilidade: dilemas e desafios para o trabalho doméstico e de cuidados remunerado no Brasil. Organizadores: Luana Pinheiro, Carolina Pereira Tokarski e Anne Caroline Posthuma. Brasília: IPEA, 2021. Disponível em <<http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/11444?mode=full>> acesso em 17 set. 2022).

Exposto isso, não sendo possível desprezar a matriz colonial e a origem escravocrata da exploração do trabalho de mulheres trabalhadoras domésticas, com repercussão em dinâmicas contemporâneas, merece atenção a Convenção n. 189 da OIT, que adere às premissas já expressamente alinhavadas. Vejamos.

No período de 1º a 17 de junho de 2011 aconteceu, na sede da OIT, em Genebra, a 100ª Conferência Internacional do Trabalho (CIT). Nesta ocasião, foi finalizada a discussão sobre o tema trabalho decente para as/os trabalhadoras/es domésticas/os, que definiu a adoção de um instrumento internacional de proteção ao trabalho doméstico na forma de uma convenção, intitulada Convenção sobre o Trabalho Decente para as Trabalhadoras e os Trabalhadores Domésticos, 2011 (nº 189), acompanhada de uma Recomendação com o mesmo título (nº 201).

Para a presente decisão, impende destacar que restou estabelecido, neste instrumento internacional, que trabalho doméstico é aquele realizado em ou para domicílio(s); por quem (trabalhador ou trabalhadora) realiza o trabalho doméstico no âmbito de uma relação de trabalho, estando excluídos aqueles/as que o fazem de maneira ocasional e sem que seja um meio de subsistência. A convenção se aplica a todos/as trabalhadores/as domésticos/as.



Há possibilidade de exclusão de categorias, desde que justificadas (outra proteção equivalente ou questões substantivas). Objetiva, ainda, expressamente, a implementação de medidas efetivas para garantir direitos humanos e direitos fundamentais do trabalho, bem como adoção de medidas de proteção contra abusos, assédio e violência e medidas efetivas para garantir condições de emprego equitativas e trabalho decente, além de direitos básicos e regras específicas que devem ser observados e acolhidos pelos Estados-membros.

As disposições da Convenção devem ser colocadas em prática por meio da legislação nacional, de acordos coletivos e de outras medidas adicionais com relação aos/às trabalhadores/as domésticos/as.

Estabelecidas estas considerações, importa transcrever o disposto no artigo 1º, item C, e artigo 10, da Convenção 189 da OIT, porquanto o tempo à disposição é o ponto central que gera a controvérsia no caso concreto:

Art. 1º. (c) “uma pessoa que execute o trabalho doméstico apenas ocasionalmente ou esporadicamente, sem que este trabalho seja uma ocupação profissional, não é considerada trabalhador doméstico.”

Art. 10. “Todo Membro deverá adotar medidas para garantir a igualdade de tratamento entre os trabalhadores domésticos e os trabalhadores em geral com relação às horas normais de trabalho, à compensação de horas extras, aos períodos de descanso diários e semanais e férias anuais remuneradas, em conformidade com a legislação nacional e com acordos coletivos, considerando as características específicas do trabalho doméstico.”

Neste diapasão, registre-se que o Brasil, como Estado-Membro da OIT, tem o compromisso de empreender todos os esforços institucionais para incorporar as regras insculpidas neste instrumento internacional desde a sua gênese, ainda que formalmente ratificada em 31 de fevereiro de 2018. Segundo informações da época, o Brasil foi o 25º Estado Membro da OIT e o 14º Estado membro da região das Américas a ratificar a Convenção. Este compromisso institucional deve ser levado a efeito por todos os agentes públicos, inclusive integrantes do Poder Judiciário – aqui no papel de hermeneuta do ordenamen-



to jurídico pátrio vigente na época dos fatos sob tela – em face deste regramento específico, que o compõe.

Desse modo, uma vez ratificada a Convenção 189 da OIT pelo Brasil, de acordo com as regras de direito internacional, esta convenção prevê (art. 21) a entrada em vigor doze meses após o registo da segunda ratificação e, posteriormente, para cada Estado que a ratifica, doze meses depois do registo da sua ratificação. A partir daí, inicia-se o período de vigência da convenção, que é de 10 anos. Decorridos os 10 anos, abre-se um prazo de 12 meses para que os Estados-membros possam denunciá-la e, não o fazendo, passará a vigor por mais dez anos e daí em diante podendo ser denunciada ao final de cada período de dez anos.)

Ao Estado brasileiro, portanto, resta cumprir as determinações dispostas na norma internacional, pelo período de vigência, incluídos os operadores do direito que se debruçam sobre as lides de trabalho doméstico e fazer o devido cotejo entre a norma internacional que foi incorporado ao conjunto de normas pátrias e aquelas já vigentes, como a lei 5859/72, citada nestes autos.

Reitere-se, a história do trabalho doméstico no Brasil é marcada pela dificuldade para a conquista de direitos básicos; somente com a Emenda Constitucional 72/2013 essas trabalhadoras tiveram acesso a direitos que já faziam parte do repertório comum aos demais trabalhadores, sendo preciso registrar que até hoje elas permanecem sem usufruir da igualdade plena.

A Lei n. 5.858/72 definia empregado doméstico como “aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família no âmbito residencial destas” (art. 1º). Durante a vigência dessa lei, muito se discutiu o que diferenciava uma empregada de uma diarista, sendo construída na doutrina e na jurisprudência a distinção entre não eventualidade e continuidade.

Embora houvesse quem entendesse que ambas as expressões diziam a mesma coisa, a corrente doutrinária vencedora foi a que via na continuidade a ausência de interrupção, ou seja: era empregada(o) quem trabalhasse por vários dias seguidos numa mesma residência, sem pausa, ou com pausas mínimas. Fixou-se como requisito o trabalho em pelo menos três dias da semana.



Em razão disso, estabeleceu-se a regra segundo a qual quem trabalhasse em pelo menos três dias da semana era empregada doméstica, e quem trabalhasse apenas dois era diarista, independentemente de haver ou não a subordinação. Definiu-se, portanto, que um dos pilares fundamentais do contrato de emprego, a subordinação, ainda que presente, não seria suficiente para configurar o vínculo. Muitas instruções processuais se baseavam em procurar saber em quantos dias a trabalhadora se fazia presente. Importante observar que, para os demais trabalhadores, geralmente bastava a não eventualidade, de modo que a interpretação conferida à continuidade consistiu em um fator de exclusão.

Em 2015, a Lei Complementar n. 150 incorporou tal orientação à definição do empregado doméstico, considerado “aquele que presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana” (BRASIL, 2015).

Deste modo, além de não possuir, ainda, todos os direitos adjudicados aos trabalhadores “normais”, exige-se para o emprego em domicílio um requisito a mais, não previsto para outros trabalhadores, o que qualifica discriminação indireta, especialmente levando em consideração que o requisito não integra a norma internacional ratificada pela ordem jurídica brasileira.

Em 31 de janeiro de 2018, o Brasil depositou no Escritório da OIT o instrumento formal de ratificação da Convenção 189 (Disponível em <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_169517.pdf > acesso 03 out. 2022). Nessa convenção, consta a definição de trabalhador doméstico nos seguintes termos:

Para o propósito desta Convenção:

- (a)** o termo “trabalho doméstico” designa o trabalho executado em ou para um domicílio ou domicílios;
- (b)** o termo “trabalhadores domésticos” designa toda pessoa, do sexo feminino ou masculino, que realiza um trabalho doméstico no marco de uma relação de trabalho;



- (c)** uma pessoa que executa o trabalho doméstico apenas ocasionalmente ou esporadicamente, sem que este trabalho seja uma ocupação profissional, não é considerada trabalhador doméstico.

Desse modo podemos inferir que o trabalhador ou a trabalhadora doméstica é a pessoa que realiza o trabalho doméstico, sem limitação quanto ao número de domicílios e de forma não ocasional, tendo esse trabalho como sua ocupação profissional.

Percebe-se, portanto, que não existe a limitação prevista na legislação brasileira, ao contrário, a convenção aponta para uma abordagem mais ampla.

Diante desse conflito, surge a questão: qual a legislação aplicável ao caso da reclamante?

Em resposta, cabe notar que a Emenda Constitucional n. 45/2004 permitiu a incorporação, como bloco de constitucionalidade, de tratados internacionais sobre direitos humanos. A partir dessa normativa tem entendido que, ainda que não obedecido o quórum ali previsto, o tratado internacional de direitos humanos ingressa em nosso ordenamento como norma supralegal, estando, pois, acima da lei ordinária.

As convenções da OIT não podem receber característica que não a de tratado de direitos humanos. O direito ao trabalho digno coloca-se fundamental nos diversos textos internacionais, tendo sido alçado a tal patamar pela própria Constituição de 1988. Assim, a Convenção 189, OIT, ingressa em nosso ordenamento jurídico com força de norma supralegal, afastando a incidência da regra restritiva segundo a qual o contrato de emprego doméstico exige continuidade e não não-eventualidade.

Ademais, interessante perceber que a participação do Estado Brasileiro como membro da OIT o obriga a observar suas regras, mesma antes da ratificação de seus tratados, uma vez que deve o Estado membro procurar cumprir as normas e princípios aos quais se vinculou pela própria Constituição da OIT. Assim, desde o início da vigência da Convenção n. 189, OIT é possível falar em incidência de suas normas à realidade brasileira, o que autori-



za o afastamento da incidência da Lei. 5859/72, para aplicação dos critérios previstos na Convenção n. 189, OIT, para configuração da relação de emprego doméstico.

VÍNCULO DE EMPREGO

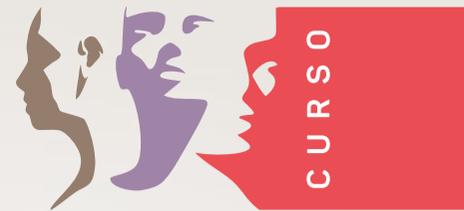
A autora alega em sua inicial que foi contratada como doméstica para laborar nas dependências das réus. Todavia, assevera que não houve anotação do contrato em sua CTPS. Postula, assim, o reconhecimento do vínculo, com o consequente pagamento das verbas decorrentes.

O Juízo a quo, ao analisar o pedido, assim decidiu: “Alega a autor que foi contratada como empregada doméstica, prestando serviços no período de 01.07.2013 a 13.07.2017, sem registro em sua CTPS. Os réus impugnam a alegação, afirmando que a autora sempre trabalhou como diarista. Considerando que os réus admitem a prestação de serviços, mas negam que a autora era empregada, a eles incumbia o ônus de comprovar a alegação, enquanto fato impeditivo do direito postulado.

Diante de toda a fundamentação já indicada, a prova produzida pelos agravados em nada altera a configuração do vínculo empregatício mantido entre as partes, pois a quantidade de dias trabalhados e a conhecida busca da configuração da “habitualidade” na análise dos pedidos de vínculo empregatício de trabalhadoras domésticos configura uma discriminação sofrida por esta classe trabalhadora.

Os depoimentos colhidos de modo válido deixam claro que havia a prestação de serviços e os agravados não negaram a prestação dos serviços ou indicaram outra modalidade de prestação de trabalho, como por exemplo, um trabalho autônomo, ao contrário, confirmaram o trabalho doméstico prestado de modo contínuo por bastante tempo.

O trabalho da agravante se inseria nos fins da rotina doméstica dos agravados e para que a rotina familiar fosse concretizada o trabalho dela era



essencial, tanto que a prova testemunhal afirmou que o trabalho ocorria as segundas e sextas-feiras desde 2015.

“Primeira testemunha do réu(s): NIVALDO DONIZETTI RISSI (...) que tem certeza que a autora trabalhava 02 dias por semana às segundas e sextas-feiras;”

“Segunda testemunha do réu(s): LUCIANA DE JESUS RODRIGUES (...)” que é manicure da primeira ré desde 2015 e que atende em domicílio; que a primeira ré faz a unha às quintas-feiras à tarde, entre 13h00 e 14h00; que conhece a reclamante que trabalhava para a primeira ré; que a autora trabalhava às segundas e sextas”.

Portanto, impossível que durante tanto tempo exercendo suas tarefas e trabalhando duas vezes na semana, ou até mesmo uma vez por semana, para a mesma família, na mesma residência, o aspecto da continuidade não esteja presente. Ressalto, também, que a continuidade não é elemento essencial, a partir da norma internacional ratificada pelo Brasil.

A partir destas premissas, entendo que a agravante comprovou o trabalho desempenhado na residência dos agravados de modo contínuo e, lado outro, entendo pertinente aplicar ao caso concreto o conteúdo da norma internacional ratificada pelo Brasil e em plena vigência em solo pátrio, motivo pelo qual entendo configurado o vínculo empregatício.

Como esta Corte somente pode valorar os dados fáticos delineados de forma expressa no acórdão regional, concedo provimento ao agravo e determino o retorno dos autos à origem, para reanálise do caso concreto a partir desta decisão, que entende presente os elementos fáticos e jurídicos que configuram o vínculo empregatício.

ISTO POSTO, ACORDAM os Ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, dar provimento ao agravo.

Brasília, 23 de fevereiro de 2022.



PROCESSO Nº TST-IAC-5639-31.2013.5.12.0051 REESCRITO NA PERSPECTIVA DE GÊNERO

METODOLOGIA DE TRABALHO

A decisão escolhida para reescrita foi aquela proferida no PROCESSO TST-IAC-5639-31.2013.5.12.0051, que aborda a questão da extensão ou não da estabilidade gestante às trabalhadoras contratadas sob a égide da Lei 6.019/74, que regulamenta os contratos de trabalho temporário.

Como metodologia de trabalho, o grupo optou por reescrever trechos da decisão, priorizando partes da decisão original que, em descompasso com princípios e normas constitucionais e tratados internacionais em matéria de direitos humanos, atribuía tratamento diferenciado às trabalhadoras temporárias gestantes, para excluí-las da proteção conferida no artigo 10, II do ADCT, apenas e tão somente com fundamento no “formato” de contrato a termo a que estas trabalhadoras estão submetidas.

A maior dificuldade na reescrita, neste caso, foi encontrar jurisprudência convergente com o entendimento reescrito pois, como a nossa decisão reescrita alterou o entendimento constante no acórdão proferido pelo Tribunal Superior do Trabalho, a grande maioria das decisões prolatadas a partir de então, inclusive em primeiro e segundo grau de jurisdição, passaram a seguir a decisão consolidada pela Corte Superior.



Um outro aspecto de preocupação apontado pelo grupo ao longo do trabalho de reescrita desta decisão, foi o fato de tentar se manter dentro dos parâmetros que não sejam vistos como parciais pela sociedade, na medida em que uma das principais críticas recebidas em relação ao julgamento com perspectiva de gênero é justamente se esta atuação não estaria ferindo o princípio da imparcialidade daquele que julga. Por isso, em toda nossa fundamentação procuramos deixar claro que a decisão tomada sob a perspectiva de gênero nada mais é do que a busca por decisões que levem em conta as diferenças e desigualdades históricas, fundamental para eliminar todas as formas de discriminação contra a mulher, nas suas diversas interseccionalidades. Atuar com perspectiva de gênero, é atuar atento as assimetrias e desigualdades que permeiam a realidade dos sujeitos processuais, bem como, de maneira contextualizada e atenta a como questões problemáticas operam na vida real e, com isso, garantir um julgamento imparcial e efetivamente justo.

No que tange a elaboração da decisão em si, o trabalho de reescrita coletivo exigiu um esforço diferente das colegas pois, como o ato de julgar é, como regra geral, um trabalho solitário, fazer uma decisão em várias mãos requer uma nova perspectiva. Contudo, no caso apreciado, o fato de todas convergirem para um mesmo entendimento quanto ao texto reescrito, facilitou muito nosso trabalho.

ACÓRDÃO REESCRITO

(COLETIVO DO GRUPO TRÊS)

I - INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA - INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE - ESTABILIDADE GESTANTE - CONTRATO TEMPORÁRIO DE TRABALHO - LEI Nº 6.019/74 - NOVA INTERPRETAÇÃO DO TEMA A PARTIR DE JULGADOS DA 1ª TURMA DESTA CORTE

No particular, prevaleceram os fundamentos da Exma. Ministra Relatora para reconhecer contrariedade entre o entendimento firmado na Eg. 1ª



Turma do Tribunal Superior do Trabalho e a jurisprudência tradicionalmente adotada pelas demais Turmas desta Eg. Corte, motivo pelo qual foi instaurado o Incidente de Assunção de Competência.

ESTABILIDADE GESTANTE – CONTRATO TEMPORÁRIO DE TRABALHO – LEI Nº 6.019/1974 – FIXAÇÃO DE TESE – ANÁLISE SOB PERSPECTIVA DE GÊNERO

A garantia de estabilidade provisória à empregada gestante, prevista no art. 10, II, “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, é aplicável ao regime de trabalho temporário, disciplinado pela Lei n.º 6.019/1974, considerando a vulnerabilidade da trabalhadora gestante e a análise em perspectiva de gênero. Tese fixada em Incidente de Assunção de Competência.

II – EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA – INTERPOSIÇÃO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 E DO CPC/2015 – ESTABILIDADE GESTANTE – CONTRATO TEMPORÁRIO DE TRABALHO – LEI Nº 6.019/1974

O acórdão embargado decidiu em sintonia com a tese firmada no Incidente de Assunção de Competência suscitado nos próprios autos, à luz do qual “é aplicável ao regime de trabalho temporário, disciplinado pela Lei n.º 6.019/74, a garantia de estabilidade provisória à empregada gestante, prevista no art. 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”. Essa aplicabilidade deriva da análise da questão sob perspectiva de gênero, considerando a hipervulnerabilidade da trabalhadora gestante e a proteção constitucional à maternidade e à infância.

Embargos conhecidos e desprovidos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Assunção de Competência nº **TST-IAC-5639-31.2013.5.12.0051**, em que é Suscitante **SUBSEÇÃO I ESPECIALIZADA EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO** e Embargantes **CREMER S.A.** e **DP LOCAÇÃO E AGENCIAMENTO DE MÃO-DE-OBRA LTDA** e Suscitados **COLETIVO DE REESCRITA – GRUPO TRÊS** e Embargada **TALITA ANDRÉA FERNANDES DE FRANÇA**. São *Amicus Curiae* **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DO TRABALHO TEMPORÁRIO – ASSERT-TEM, FEDERAÇÃO NACIONAL DOS SINDICATOS DE EMPRESAS DE RECURSOS**



HUMANOS, TRABALHO TEMPORÁRIO E TERCEIRIZADO - FENASERHTT, SINDICATO DAS EMPRESAS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS A TERCEIROS, COLOCAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA E TRABALHO TEMPORÁRIO NO ESTADO DO PARANÁ, CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NO RAMO FINANCEIRO - CONTRAF e FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE CRÉDITO DE SÃO PAULO - FETEC/CUT-SP.

Adoto o relatório do Exmo. Ministro Relator:

“Trata-se de incidente de assunção de competência suscitado com fulcro nos arts. 896, § 13, da CLT; 947 do CPC; 3º, XXV, da Instrução Normativa nº 39/2016; e 20 da Instrução Normativa nº 38, do Tribunal Superior do Trabalho.

Argumentou o Ministro suscitante que, a despeito da ausência de multiplicidade de recursos, é “incontestável a relevância da matéria, notadamente por envolver a interpretação constitucional da isonomia quanto ao contrato temporário, no que se reporta à aplicação da garantia igualmente constitucional da estabilidade da gestante em sede de contratos por prazo determinado. Tal circunstância leva-me a persistir na afirmação da necessidade de abordagem da questão para fins de elucidação e pacificação de entendimento, com discussão e análise sob a perspectiva de gênero, a fim de garantir a justa aplicação do direito ao caso em estudo e aos casos semelhantes”.

Em sessão ordinária, realizada no dia 10 de agosto de 2017, a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho decidiu, por maioria, acolher a proposta de instauração do Incidente de Assunção de Competência apresentada, submetendo à deliberação do Coletivo de Rescrita a admissibilidade do referido incidente, cuja tese diz respeito ao tema “Gestante - Trabalho Temporário - Lei nº 6.019/1974 - Garantia Provisória de Emprego - Súmula nº 244, III, do TST - Análise sob perspectiva de gênero”, nos termos dos arts. 947 do CPC e 20 da Instrução Normativa nº 38/2015 do TST.

Sobreveio a reautuação e a seguinte distribuição do feito a este relatora, que, mediante decisão singular, determinou a adoção ao procedimento de Incidente de Assunção de Competência das regras relativas à procedibilidade



do Incidente de Recursos Repetitivos, previsto no Código de Processo Civil vigente, determinando, por consequência, a suspensão dos agravos de instrumento, recursos de revista e recursos de embargos em tramitação no âmbito desta Corte que versem o tema aludido. Foi também determinada à Secretaria do Tribunal Pleno a adoção de providências.

Instaurado o Incidente de Assunção de Competência, publicado em 6/10/2017, despacho às fls. 480-481 dos autos eletrônicos, em que foram determinadas a suspensão de todos os processos em curso no Tribunal Superior do Trabalho sobre a mesma matéria, a expedição de ofício aos Presidentes dos Tribunais Regionais do Trabalho para prestarem informações, a expedição de edital a fim de cientificar pessoas com interesse em serem admitidas como *amicus curiae* e o envio de cópia da decisão ao Ministro Presidente consoante os arts. 896-C, § 3º, da CLT e 6º da Instrução Normativa 38/2015 do TST.

Como relatora do presente Incidente, despachei nos seguintes termos:

De início, adota-se ao procedimento de Incidente de Assunção de Competência as regras relativas a procedibilidade do Incidente de Recursos Repetitivos, previsto no Código de Processo Civil vigente, razão pela qual, determino a suspensão dos agravos de instrumento, recursos de revista e de recursos de embargos em tramitação no âmbito desta Corte que versem o tema aludido.

Nos termos do Código de Processo Civil, determino à Secretaria do Tribunal Pleno que adote as seguintes providências:

- a) expedição de ofícios aos demais Ministros e aos órgãos fracionários da Corte, noticiando a instauração do presente Incidente de Assunção de Competência e a determinação de suspensão dos agravos de instrumento, recursos de revista e recursos de embargos que tratem do tema acima mencionado;
- b) expedição de ofícios aos Presidentes ou aos Vice-Presidentes dos Tribunais Regionais do Trabalho para que, no prazo de quinze dias, prorrogáveis por igual período, prestem as informações que julgarem relevantes ao deslinde da questão jurídica identificada;



- c) determinação aos Presidentes ou Vice-Presidentes dos Tribunais Regionais do Trabalho que selecionem dois ou mais recursos representativos da controvérsia para encaminhamento a esta Corte e suspendam o trâmite de todos os feitos pendentes no âmbito da admissibilidade dos recursos de revista nos respectivos tribunais, aduzindo que preferencialmente a seleção dos processos deverá recair sobre recursos de revista admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida;
- d) publicação em edital, que deverá permanecer destacado no sítio eletrônico deste Tribunal na Rede Mundial de Computadores (internet), oportunizando aos interessados a apresentação de manifestação acerca do tema objeto da controvérsia, inclusive quanto ao propósito de sua admissão no feito como *amicus curiae*;
- e) comunicação ao Ministério Público do Trabalho para ciência e acompanhamento do incidente instaurado, nos termos da lei, diante da natureza homogênea dos interesses das trabalhadoras gestantes;
- f) expedição de ofício ao Ministério do Trabalho e Emprego com solicitação de informações sobre resoluções, bem como de outros dados relevantes ao deslinde da controvérsia relativa ao tema “Trabalho Temporário” existentes naquele órgão, e fornecimento de listas de sindicatos de empregados em empresas de trabalho temporário e de entidades patronais, assegurando para esse fim o prazo de 20 dias;
- g) expedição de carta-convite a pessoas, órgãos e entidades nominados por este Relator em lista apartada.

Foi publicado o Edital de Intimação dos interessados para apresentarem manifestações.

O 17º Tribunal Regional do Trabalho informou em ofício, a fls. 595, ausência de processos sobre o tema com recurso de revista pendente de apreciação naquela Corte.



O 1º Tribunal Regional do Trabalho, por meio de ofício, à fl. 715, indicou a existência do Processo nº 0011629-71.2015.5.01.0040.

O 15º Tribunal Regional do Trabalho, por meio de ofício, à fl. 886, indicou a existência do Processo nº 0011619-48.2016.5.15.0025, como representativo da controvérsia, dentre os recursos de revista passíveis de admissibilidade naquela Corte.

Os 5º, 8º, 10º, 12º, 13º, 18º, 21º, 22º, 23º e 24º Tribunais Regionais do Trabalho informam em ofícios, às fls. 942, 950, 952, 1114, 948 e 1164, 1315, 1486, 1666 e 1672, ausência de processos sobre o tema com recurso de revista pendente de apreciação naquelas Cortes.

O 3º Tribunal Regional do Trabalho, por meio de ofício, à fl. 1130, indicou a existência dos Processos nºs 0011559-76.2016.5.03.0068 e 0010361-93.2016.5.03.0006 como representativos da controvérsia, dentre os recursos de revista passíveis de admissibilidade naquela Corte.

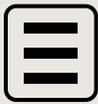
O 4º Tribunal Regional do Trabalho, por meio de ofício, à fl. 1152, indicou a existência dos Processos nºs 0020479-80.2016.5.04.0304 e 0020901-76.2016.5.04.0006, como representativos da controvérsia, dentre os recursos de revista passíveis de admissibilidade naquela Corte.

Da mesma forma, o 12º Tribunal Regional do Trabalho, por meio de ofício, a fls. 1170, indicou a existência dos Processos nºs 10000424-36.2016.5.06.0019 e 0001473-12.2016.5.06.0020 como representativos da controvérsia.

Por meio de ofício, a fls. 1174, o 9º Tribunal Regional do Trabalho indica a existência do Processo nº 0001010-89.2016.5.09.0019 como representativo da controvérsia.

Por meio de ofício, a fls. 1220, a Presidência do 11º Tribunal Regional do Trabalho informa a existência do Processo nº 0001037-18.2016.5.11.0019 como representativo da controvérsia.

Por meio de ofício, a fls. 1450, a Presidência do 2º Tribunal Regional do Trabalho informa a existência e a remessa dos Processos nºs 1000054-78.2016.5.02.0301 e 1001736-02.2016.5.02.0323 como representativos da controvérsia.



Por ofício, a fls. 1533, a Secretaria de Relações de Trabalho, atendendo ofício deste relatora, informou que as normas atualmente vigentes que tratam do Registro de Empresas de Trabalho Temporário são a Portaria MTE nº 789 de 2/4/2014 e a Instrução Normativa nº 18 de 7/11/2014, que seguem anexas para conhecimento, assim como as listas dos sindicatos patronais e de trabalhadores, de trabalho temporário, com registro sindical e cadastro ativo, de acordo com pesquisa realizada no Cadastro Nacional de Entidades Sindicais - CNES do Ministério do Trabalho.

Às fls. 1503-1504, a Secretaria do Coletivo de Reescrita certificou o término do prazo para os interessados apresentarem informações e informou todos os atos praticados, os ofícios dos Tribunais Regionais do Trabalho em resposta ao edital e as petições apresentadas em resposta ao edital publicado.

As pessoas físicas X e Y requerem ingresso na lide como *amicus curiae*. XYZ Serviços Temporários Ltda. apresenta sua manifestação, no sentido da não aplicabilidade da garantia provisória de emprego no trabalho temporário, uma vez que não há dispensa arbitrária ou sem justa causa; a trabalhadora não é empregada; e o contrato não é por prazo determinado, de modo que a aplicação da Súmula nº 244, III, do TST contraria o previsto no art. 10, II, "b", do ADCT.

O Sindicato ABC do Estado de Santa Catarina apresenta sua manifestação, no sentido da não aplicabilidade da garantia provisória de emprego no trabalho temporário, uma vez que não há dispensa arbitrária ou sem justa causa; a trabalhadora não é empregada; e o contrato não é por prazo determinado, de modo que a aplicação da Súmula nº 244, III, do TST contraria o previsto no art. 10, II, "b", do ADCT.

A Associação de Trabalho Temporário pleiteia o ingresso na lide na qualidade de *amicus curiae*, pretendendo a realização de audiências públicas, a fim de que a discussão do tema seja aberta a toda a sociedade civil e seja acolhida a sua tese defendida, no sentido de que não há nenhum direito da trabalhadora temporária gestante à estabilidade provisória no caso de extinção da relação de trabalho, em face do término do prazo ou implemento da condição resolutiva do contrato, pois estes não constituem dispensa arbitrária ou sem justa causa.



Pessoa física de W informa se tratar de advogado militante de empresas cadastradas perante o Ministério do Trabalho e Emprego como fornecedoras de mão de obra.

A Federação Nacional dos Sindicatos DEF requer sua habilitação como *amicus curiae* e se manifesta no sentido de que a estabilidade provisória à gestante, prevista no inciso III da Súmula nº 244 do TST não se aplica ao trabalho temporário.

O Sindicato das Empresas GHI requer seu ingresso como *amicus curiae*.

A Confederação JKL apresenta suas manifestações, com a indicação da tese da inexistência de garantia provisória de emprego da gestante - Súmula nº 244, III, do TST - em caso de trabalho temporário - Lei nº 6.019/1974.

A empresa MNO requer sua admissão como *amicus curiae*, a fim de prestar informações e aduz a tese quanto ao não cabimento de nenhuma estabilidade à gestante prevista no item III da Súmula nº 244 do TST, quando o contrato for regido pela Lei nº 6.019/1974.

Em petição a pessoa jurídica de PQR apresenta embargos de declaração em face da decisão proferida nos autos do Processo TST-ARR-971-04.2010.5.01.0059. A mesma pessoa requer seu ingresso no feito como *amicus curiae*.

A empresa STU aduz a incompatibilidade entre a estabilidade provisória gestacional e o contrato de trabalho temporário, bem assim manifesta seu interesse em participar como *amicus curiae*.

VXY Empregos requer seu ingresso nos autos como *amicus curiae*.

A Associação Brasileira ABC requer sua admissão e manifestação, na qualidade de *amicus curiae*.

A Confederação Nacional DEF e a Federação dos Trabalhadores GHI requererem o ingresso nos autos na qualidade de *amicus curiae* e apresentam subsídios de fato e de direito essenciais para o deslinde da controvérsia. Requerem, ainda, a análise da questão na perspectiva de gênero, trazendo apontamentos doutrinários a esse respeito.



Da mesma forma, a Confederação FGH apresenta seu pedido de ingresso no feito, na qualidade de assistente simples das empresas postulantes, ou, sucessivamente, na qualidade de *amicus curiae*.

A empresa IJK Advogados Associados pretende seu ingresso na lide como *amicus curiae*.

Restaram indeferidos os pedidos formulados por diversos dos requerentes, sendo admitida a habilitação como *amicus curiae* dos postulantes relacionados no despacho de fls. X, considerando a legitimidade legal. Foi determinado o apensamento dos Processos relacionados no despacho de fls. XX, representativos de controvérsia.

Algumas das postulantes agravaram da decisão de exclusão, mas o acórdão às fls. 3.336-3.356 concluiu pelo não conhecimento do agravo, sintetizando seu entendimento na seguinte ementa:

AGRAVO EM PETIÇÃO EM INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA - ASSISTÊNCIA SIMPLES - AMICUS CURIAE - REJEIÇÃO - NATUREZA INSTRUTÓRIA DA PARTICIPAÇÃO - INDEFERIMENTO DE INGRESSO - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO - IRRECORRIBILIDADE - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. A assistência, por sua finalidade, não tem lugar em processo de natureza objetiva em que não há partes a serem assistidas. O Incidente de Assunção de Competência, a exemplo das ações de inconstitucionalidade, em controle concentrado, somente possuem legitimados e não partes, que, uma vez instaurado por discricionariedade deste Tribunal, tramita no interesse da sociedade e dos jurisdicionados, nos casos específicos em que há relevante questão de direito, com grande repercussão social (art. 947 do CPC).

Sua finalidade é assegurar a manifestação célere e uniforme desta mais alta Corte Trabalhista a respeito de questão relevante de ampla repercussão social, zelando o princípio da segurança jurídica. Não se busca no Incidente de Assunção de Competência tutelar direitos



subjetivos dos litigantes, mas pacificar de forma imediata os conflitos que atingem a sociedade quanto a questões sensíveis.

2. Instaurada a Ação Direta de Constitucionalidade ou o Incidente de Assunção de Competência pela manifestação dos legitimados (art. 947, § 1º), estes não podem interferir no destino do processo nem desistir do incidente.
3. O art. 7º da Lei nº 9.868/99 é expresso em afirmar que “Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade”, bem como o art. 18 da mesma norma, quanto à inadmissibilidade na ação declaratória de constitucionalidade. O § 2º do art. 169 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal também dispõe que não se admitirá assistência a nenhuma das partes nas representações de inconstitucionalidade.
4. Portanto, inexistindo a figura da assistência no âmbito do Incidente de Assunção de Competência, o pedido formulado é juridicamente impossível, por inadequação legal, assim como não há previsão, na espécie, de recurso.

AMICUS CURIAE – REJEIÇÃO – NATUREZA INSTRUTÓRIA DA PARTICIPAÇÃO – INDEFERIMENTO DE INGRESSO – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – IRRECORRIBILIDADE.

1. O Código de Processo Civil de 2015 trata especificamente da figura jurídica do amicus curiae, estabelecendo em seu art. 138 e parágrafos os procedimentos sobre a questão.
2. Exata normatização encerra comando no sentido de que, por decisão irrecorrível do relator, o ingresso de terceiros no processo se dará considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia.
3. Em recente julgado do Supremo Tribunal Federal, estabeleceu-se que o § 1º da citada norma permite apenas, contra a decisão do relator,



a oposição de embargos de declaração, para prestar esclarecimentos.

4. O ingresso do *amicus curiae* está inserido nas faculdades exclusivas do relator, as quais não se submetem ao crivo do Tribunal, pois, nos termos da lei, referido instituto detém natureza de diligência predominantemente instrutória, cuja apreciação está primariamente submetida ao relator ou, se este julgar necessário, ao escrutínio coletivo do Tribunal, não constituindo direito subjetivo do requerente (ADIn 3.460-ED/DF, Rel. Min. Teori Zavascki).
5. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Questão de Ordem no REsp 1.696.396/MT (1º/8/2018), decidiu que “a leitura do art. 138 do CPC/15, não deixa dúvida de que a decisão unipessoal que verse sobre a admissibilidade do *amicus curiae* não é impugnável por agravo interno, seja porque o caput expressamente a coloca como uma decisão irrecorrível, seja porque o § 1º expressamente diz que a intervenção não autoriza a interposição de recursos, ressalvada a oposição de embargos de declaração ou a interposição de recurso contra a decisão que julgar o IRDR” (Questão de Ordem no REsp 1.696.396/MT, Rel. Min. Nancy Andrighi).
6. Na doutrina assim também se reconhece a irrecorribilidade da decisão, quando Araken de Assis (2016, p. 708) leciona que “o art. 138, caput, generalizou a inadmissibilidade do recurso próprio contra o ato admitindo, ou não, a intervenção do *amicus curiae*, excepcionando, nesse caso, o art. 1.015, IX, do NCPC”.
7. Na mesma esteira, Didier (2015, p. 524) revela que a decisão sobre a intervenção do *amicus curiae*, admitindo-a ou não, é irrecorrível (art. 138, caput, CPC).

Agravo não conhecido.



Prosseguindo o Ministério Público do Trabalho, em parecer exarado às fls. 1682-1690, opinou no sentido de que seja garantido o direito à estabilidade provisória, prevista pelo art. 10, II, “b”, do ADCT e pelo item III da Súmula 244 do TST, às gestantes em trabalho temporário, notadamente considerando a situação de vulnerabilidade de tais trabalhadoras, que já estão em condições precárias, e a proteção constitucional à maternidade e à infância.

É o relatório.»

VOTO

I - INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA

1 - INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE - NOVA INTERPRETAÇÃO DO TEMA A PARTIR DE JULGADOS DA 1ª TURMA DESTA CORTE E ANÁLISE SOB PERSPECTIVA DE GÊNERO.

No particular, prevaleceram os fundamentos para reconhecer contrariedade entre o entendimento firmado na Eg. 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho e a jurisprudência tradicionalmente adotada pelas demais Turmas desta Eg. Corte:

“Como relatado, o presente Incidente foi instaurado em decorrência do acolhimento de proposta formulada pela Eg. 1ª Turma, que noticiou a existência de divergência entre as Turmas desta Corte a respeito da matéria em exame.

Referida divergência se materializa a partir do lançamento de nova tese interpretativa a respeito do tema, calcada na não extensão, às trabalhadoras temporárias, contratadas nos termos da Lei nº 6.019/1974, da garantia provisória do emprego da gestante, por realização de *distinguishing* entre a situação por elas vivenciada e as descritas na Súmula nº 244, III, do TST.

A tese foi abraçada de forma precursora pela 1ª Turma desta Corte, em oposição ao entendimento tradicionalmente adotado pelas demais Turmas



deste Tribunal, que conferiam aplicação ao item III da Súmula nº 244 do TST aos contratos a termo, independentemente de se tratar de contratação direta ou triangular, como acontece no trabalho temporário.

Por ser representativa do entendimento da 1ª Turma, que suscita a tese nova, transcrevo as seguintes ementas:

RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. GESTANTE. TRABALHO TEMPORÁRIO. LEI 6.019/74. GARANTIA PROVISÓRIA DE EMPREGO. SÚMULA 244, III, DO TST. INAPLICABILIDADE. 1. Consoante entendimento recente desta Primeira Turma, o reconhecimento da garantia de emprego à empregada gestante não se coaduna com a finalidade da Lei 6.019/74, que é a de atender a situações excepcionalíssimas, para as quais não há expectativa de continuidade da relação ou mesmo de prestação de serviços com pessoalidade. 2. No caso, a empregada foi admitida mediante contrato temporário, nos moldes da Lei 6.019/74. 3. Assim, não se cogita de prorrogação do liame, por força de garantia provisória de emprego à trabalhadora gestante. 4. Ressalte-se que, tanto os precedentes que orientaram a redação da Súmula 244, III, do TST, quanto às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, não se atém às particularidades que envolvem o trabalho temporário previsto na Lei 6.019/74, não havendo como equipará-lo às demais hipóteses de contratação a termo. Recurso de revista não conhecido. (RR-5639-31.2013.5.12.0051, Rel. Min. Hugo Carlos Scheuermann, 1ª Turma, DEJT de 10/6/2016).

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. TRABALHO TEMPORÁRIO REGIDO PELA LEI Nº 6.019/74. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA Nº 244 DO TST. A Súmula nº 244 desta Corte Superior é aplicável a contrato de trabalho por prazo determinado regido pela CLT. Referido Verbete não se estende a trabalho temporário regido pela Lei nº 6.019/74. Na



hipótese, o contrato de trabalho da reclamante era regido pela Lei nº 6.019/74, logo, inviável reconhecer contrariedade à referida Súmula. Precedentes da 1ª Turma. Recurso de revista de que não se conhece. RECURSO DE REVISTA ADESIVO INTERPOSTO PELA RECLAMADA. NÃO CONHECIMENTO. Não conhecido o recurso de revista principal, não se conhece do recurso de revista adesivo interposto pela reclamada, com amparo no art. 997, § 2º, III, do CPC (art. 500, III, CPC/73). Recurso de revista adesivo de que não se conhece. (RR-5377-71.2013.5.12.0022, Rel. Min. Walmir Oliveira da Costa, 1ª Turma, DEJT de 24/3/2017).

Estes, em síntese, são os fundamentos que nortearam o lançamento de tese nova sobre a matéria:

1) primeiramente, levanta-se que tanto a jurisprudência do STF como a do TST não examinou a questão à luz da especificidade da contratação temporária da Lei nº 6.019/74, razão porque não haveria vinculação do precedente a esses casos, porque distintos;

2) em seguida, agita-se com a ideia de que a Lei nº 6.019/74 não implica a existência de um contrato de trabalho por prazo determinado, ou melhor, não implicaria a existência de contrato de trabalho algum, uma vez que, na sua exegese, a única contratação decorrente da tratativa prevista na Lei nº 6.019/74 seria o contrato entre as duas empresas (a tomadora de serviços e a locadora de mão-de-obra) para a colocação do trabalhador à disposição da primeira pelo prazo de 3 meses. A partir daí, defende-se que essa peculiar pactuação trabalhista estaria infensa à garantia provisória do emprego, seja pela particularidade de suas finalidades, seja pela sua curiosa estrutura jurídica (v.g.: RR - 510-34.2013.5.02.0371, Rel. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte, 3ª Turma, DEJT de 30/9/2016; e RR-1143-41.2014.5.02.0070, Red. Min. Hugo Carlos Scheuermann, 1ª Turma, DEJT de 20/5/2016);

3) a Constituição teria recepcionado tal tratamento distintivo ao trabalhador temporário, porque, conhecedora da ausência de vínculo empregatício



posta na Lei nº 6.019/74, não equiparou o trabalhador temporário ao empregado, como fez com outras categorias (avulsos, por exemplo);

4) a legislação previdenciária sinalizaria para a proteção da trabalhadora temporária gestante, mesmo após a cessação do contrato, ante a dinâmica do pagamento do salário-maternidade durante o período de graça;

5) e, por fim, argumenta-se no sentido de que a extensão da proteção ao trabalho da mulher poderia ser responsável pela discriminação das mulheres no mercado de trabalho.

Mostra-se flagrante a contrariedade entre o referido entendimento e a jurisprudência assentada desta Corte, que não distinguia as contratações diretas por prazo determinado das contratações temporárias regidas pela Lei nº 6.019/1974 para esse efeito, posicionamento que pode ser representado pela seguinte ementa:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. ART. 10, II, "b", DO ADCT. CONTRATO TEMPORÁRIO. SÚMULA Nº 244, III, DO TST 1. A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho evoluiu no sentido de reconhecer o direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, II, "b", do ADCT à empregada gestante submetida a contrato de trabalho por tempo determinado, gênero de que é espécie o contrato temporário regulamentado pela Lei nº 6.019/74. Diretriz sufragada na nova redação do item III da Súmula nº 244 do TST. 2. Recurso de revista da Reclamada de que não se conhece. (RR - 1301-33.2013.5.20.0005, Rel. Min. João Oreste Dalazen, 4ª Turma, DEJT de 18/12/2015)"

Ante o exposto, passo ao exame do mérito do Incidente.



2 - MÉRITO

INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA - ESTABILIDADE GESTANTE - CONTRATO TEMPORÁRIO DE TRABALHO - LEI Nº 6.019/1974

A controvérsia diz respeito à aplicabilidade da estabilidade provisória da empregada gestante, prevista no art. 10, II, "b", do ADCT, e, portanto, do teor da Súmula nº 244, III, do Tribunal Superior do Trabalho, aos contratos temporários regidos pela Lei nº 6.019/1974.

Nos termos do item III da Súmula nº 244 do TST, o direito à estabilidade em questão estende-se às empregadas admitidas mediante contrato por tempo determinado:

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

(...)

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.

A leitura do verbete sumular acima mencionado indica que se buscou assegurar a estabilidade da gestante a qualquer espécie de contrato a prazo, não tendo havido qualquer intenção limitativa ou restritiva da extensão da garantia provisória no emprego às empregadas gestantes sujeitas à contratação a termo, fosse por contrato de trabalho ordinário, fosse por contrato através de empresa de trabalho temporário. Isso porque referida garantia é assegurada constitucionalmente, e não existe qualquer previsão de exclusão de empregadas contratadas por empresa de trabalho temporário, e nem poderia haver, pena de ferimento a direitos fundamentais.

A proteção buscada pelo artigo 10, II do ADCT, caracteriza-se como importante direito social fundamental conferido à mulher trabalhadora,



preservando-se sua manutenção no trabalho e acesso a outros direitos, visando garantir tanto sua subsistência quanto a do nascituro.

A Constituição da República de 1988 instituiu no País um Estado Democrático de Direito fundado na dignidade da pessoa humana, na valorização social do trabalho e da livre iniciativa, tendo como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, assim como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (arts.1º e 3 da Constituição da República).

O caput do artigo 6º da CF expressamente elenca entre os direitos sociais a proteção à maternidade e à infância, ao passo que o artigo 227 da Carta Republicana dispõe que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

O artigo 7º da Constituição também assegura em seu inciso XX a proteção ao mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da Lei.

Partindo desse norte constitucional, fica claro que o legislador constituinte pautou para as gerações futuras uma agenda política e social a ser cumprida pela sociedade civil e pelo Estado, responsável por assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem o direito à dignidade, à saúde e à vida.

Tais princípios constitucionais, sob a atual perspectiva democrática de Estado, são de observância e aplicação imediatas, independentemente de garantia expressa na Lei.

Apenas sob o aspecto do direito constitucional, já seria possível afastar qualquer possibilidade de tratamento diferenciado à trabalhadora gestante com base apenas e tão somente, no “formato” de contrato a termo a que ela está submetida, até porque, eventual tratamento diferenciado implicaria em



prática discriminatória, o que igualmente é vedado pelo texto constitucional (artigo 3º, IV, artigo 5º, entre outros).

Para além dos preceitos constitucionais, há necessidade de proceder à análise do caso sob a perspectiva de gênero, considerando a situação de hipervulnerabilidade da mãe que, se demitida em estado gestacional, não encontrará outra colocação no mercado de trabalho, o que poderá comprometer sua manutenção e o próprio desenvolvimento da gestação. Há que se lembrar, ainda, que a empresa de trabalho temporário tem a necessidade constante de mão de obra para colocar à disposição das empresas contratantes, o que faz com que ela precise manter empregados contratados para colocar à disposição dos tomadores que a contratam. Além disso, a empresa deve, também, atender à sua função social, o que seria afastado caso pudesse rescindir contratos de trabalho com pessoas grávidas. Essa perspectiva afasta de forma derradeira qualquer possibilidade de interpretação diversa ao inciso III da Súmula 224 do TST, senão aquela que tem prevalecido, qual seja, de que a estabilidade prevista no artigo 10 do ADCT é extensiva a todos os contratos de trabalho a prazo indeterminado e também a prazo determinado, indistintamente, sendo necessário, apenas, que a gravidez seja concomitante com a vigência do contrato, conforme, inclusive, já se posicionou recentemente o STF, através do tema de repercussão geral 497.

A interpretação sob a perspectiva de gênero faz concluir que a exclusão das trabalhadoras temporárias do entendimento imposto pelo inciso III da Súmula 244 acarretaria a tais mulheres uma precarização nas suas relações de trabalho ainda maior do que aquela a que elas já estão sujeitas ordinariamente, levando à miséria pessoas que em geral já estão no mais baixo estrato social de colocação no mercado de trabalho.

Pesquisa publicada pelo Dieese em 2020 indica que as mulheres, em pleno século XXI, continuam ganhando menos que os homens, ainda que trabalhando em igual função e com o mesmo grau de escolaridade. Quando os dados são acrescentados os recortes classe e raça o abismo é ainda maior, de acordo com Dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua



(Pnad Contínua) – IBGE, relativos ao segundo trimestre de 2019 e 2020 (BRASIL. Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Sócio-Econômicos. A inserção das mulheres no mercado de trabalho. São Paulo: DIEESE, [2021]. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/outraspublicacoes/2021/graficos-MulheresBrasilRegioes2021.html> Acesso em: 29 jul. 2021).

Conforme aponta o protocolo para julgamento com perspectiva de gênero, publicado pelo CNJ em 2021 e objeto da Recomendação 128/2022 destinada a todo o Poder Judiciário, “a precarização de diversos postos de trabalho tidos como femininos (atividade de limpeza e conservação, telemarketing, doméstico, etc.), somada à escassez de tempo decorrente das múltiplas atividades, têm impacto direto na desigualdade salarial, bem como nos modelos de contratação aos quais mulheres (de baixa renda, em regra) acabam se sujeitando com mais frequência, a exemplo dos contratos de trabalho intermitentes ou a tempo parcial” (Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, p. 106. <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acessado em 25/09/2022).

Não apenas as atividades tidas como femininas e a “dupla jornada”, como bem apontado pelo Protocolo, são fatores que contribuem para maior precarização do trabalho da mulher, mas também a lógica perversa da seleção realizada pelo mercado a partir do que é menos oneroso, ou seja, quais direitos “pesam mais na balança” da lucratividade.

Ora, se trabalhadoras contratadas sob o regime de trabalho temporário da lei 6.019/74 não estiverem sujeitas à garantia de emprego conferida às gestantes, nos termos do artigo 10, II, ADCT, e as trabalhadoras, contratadas sob outros formatos de vínculo empregatício, inclusive a termo, tiverem este direito preservado, as chances de que se multipliquem a contratação de mulheres no regime temporário será ainda maior, levando ao aumento da precarização do mercado de trabalho de tais pessoas.

O argumento de que eventual “*extensão da proteção ao trabalho da mulher poderia ser responsável pela discriminação das mulheres no mercado de trabalho*” é completamente descabida, pois como já mencionado, este tipo de



argumento apenas serve como mecanismo de manutenção das mulheres, especialmente aquelas de determinada classe e raça, na base da pirâmide, cujos direitos não são alcançados de forma igualitária.

Os dados disponíveis sobre as desigualdades de gênero e raça no mercado de trabalho expressam a dupla discriminação que atinge mulheres negras, vítimas do racismo e do sexismo, que ocupam os piores postos de trabalho, auferindo as menores remunerações, bem como participando de relações informais de trabalho, situação que acarreta a ausência de proteção social. E sabe-se que grande parte do contingente de trabalhadores e trabalhadoras contratadas em regime de contrato temporário são mulheres negras e com baixa escolaridade e qualificação, voltadas ao desempenho de tarefas ligadas à conservação e asseio.

No que diz respeito ao argumento de que a contratação temporária não implica na formação de um vínculo empregatício propriamente dito, também não merece prosperar.

A leitura dos precedentes que levaram à edição do referido verbete de jurisprudência revela que as hipóteses examinadas nos RR 1601-11-2010.5.09.0068, 1ªT - Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DJE 09.03.2012/J-29.02.2012; RR 107-20.2011.5.18.0006, 1ªT - Min. Walmir Oliveira da Costa, DJE 16.12.2011/J-07.12.2011; RR 194040-35.2006.5.02.0472, 1ªT - Min. Walmir Oliveira da Costa, DJE 18.06.2010/J-09.06.2010; RR 49800-75.2009.5.02.0462, 3ªT - Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DJE 15.06.2012/J-13.06.2012; RR 6605-52.2010.5.12.0001, 4ªT - Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DJE 11.05.2012/J-09.05.2012; RR 21700-25.2009.5.01.0079, 6ªT - Min. Maurício Godinho Delgado, DJE 13.04.2012/J-08.02.2012; RR 167300-09.2008.5.24.0003, 6ªT - Min. Augusto César Leite de Carvalho, DJE 03.04.2012/J-14.12.2011; RR 62700-90.2009.5.02.0074, 6ªT - Red Min. Augusto César Leite de Carvalho, DJE 08.06.2012/J-09.05.2012 (exceto a relativa aos auts RR 57041-60.2009.5.09.0671, 3ªT - red Min. Horácio Raymundo de Senna Pires, DJE 27.04.2012/J-18.04.2012) referiam-se ao contrato de experiência, previsto no art. 443, § 2º, "c", da CLT, espécie de contrato de prazo determinado. O contrato temporário disciplinado pela Lei nº 6.019/1974, por sua vez, é



“aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços” (art. 2º, redação vigente à época do contrato discutido nos autos). Assim, ambos tratam-se de espécies de contratos por prazo determinado, que se distinguem essencialmente pelo fato de que na segunda espécie existe uma relação triangular, diante da intermediação de uma empresa de trabalho temporário entre prestador e tomador, o que não existe na contratação a prazo, e no fato de que no contrato de experiência, existe a expectativa legítima de convolação em contrato por prazo indeterminado, enquanto o contrato temporário serve justamente para atender a situações excepcionais do tomador, que tem necessidade transitória, mas não da empresa de trabalho temporário, que, como dito, tem necessidade constante de mão de obra para ser colocada à disposição dos seus clientes. Assim, embora nos contratos temporários não exista a expectativa de continuidade da relação de trabalho com a empresa tomadora, em razão da iminência de extinção da necessidade do próprio serviço, isso não impede que a empresa prestadora (que é a empregadora e, portanto, sujeita as regras que regulam os contratos de trabalho) continue com a empregada a seus serviços, para direcionamento a outras empresas clientes.

O art. 10, II, “b”, do ADCT veda “a dispensa arbitrária ou sem justa causa (...) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto”. Trata-se de direito social humano fundamental de grande relevância que transcende a figura da empregada gestante, protegendo também ao nascituro (art. 7º, XVIII, da CF c/c art. 71 da Lei n. 8.213/91). Sendo assim, essa estabilidade é compatível com qualquer regime contratual, inclusive o contrato temporário instituído pela Lei nº 6.019/74.

A existência de “dispensa arbitrária ou sem justa causa”, referida no art. 10, II, “b”, do ADCT, quando diz respeito à trabalhadora gestante, deve ser interpretado sob a ótica do Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero e das normas internacionais protetivas da maternidade e da infância, como a Convenção 103 da Organização Internacional do Trabalho, alinhada ainda aos objetivos 05 e 16 da Agenda 2030 da ONU.



Ainda que a extinção da prestação de serviços para a empresa tomadora dos serviços temporários ocorre pelo decurso do prazo máximo previsto na lei e/ou pelo fim da “necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente” ou ao “acréscimo extraordinário de serviços”, requisitos necessários à própria existência da relação contratual, isso não impede que o contrato se mantenha com a empresa prestadora de serviços (real empregadora), em se tratando de empregada gestante, pois a empresa poderá destinar a prestação de serviços a outras tomadoras no curso da gestação. Desta forma, o argumento de que a contratação a partir da Lei 6.019/74 não é afetada pelas regras protetivas conferidas às/aos trabalhadoras/es em geral, em especial a proteção à trabalhadora gestante, não se sustenta, pois, conforme amplamente fundamentado acima, a contratação temporária é também uma relação típica de trabalho que se forma entre trabalhador/a e empresa prestadora e, portanto, abarcada pelos preceitos constitucionais, convencionais e infraconstitucionais que regulamentam as relações trabalhistas.

Diante deste contexto, o instituto da estabilidade provisória da empregada gestante (art. 10, II, “b”, do ADCT) deve ser aplicado também ao contrato regido pela Lei nº 6.019/1974.

FIXAÇÃO DE TESE JURÍDICA NO INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA

A partir dos fundamentos expostos, que retratam o entendimento prevalecente no âmbito do Tribunal Pleno desta Eg. Corte Superior, adota-se a seguinte tese jurídica no presente Incidente:

Sob a ótica da interpretação com perspectiva de gênero é aplicável ao regime de trabalho temporário, disciplinado pela Lei n.º 6.019/74, a garantia de estabilidade provisória à empregada gestante, prevista no art. 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.



II – RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA

REQUISITOS EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE

Satisfeitos os requisitos extrínsecos de admissibilidade, passo ao exame dos intrínsecos.

a) Conhecimento

A C. 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho (Rel. Exmo. Min. Hugo Carlos Scheuermann) negou provimento ao Recurso de Revista, com base no entendimento de que é inaplicável a garantia de emprego à empregada gestante contratada com base no regime da Lei nº 6.019/1974.

A ementa sintetiza os fundamentos do julgado:

RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. GESTANTE. TRABALHO TEMPORÁRIO. LEI 6.019/74. GARANTIA PROVISÓRIA DE EMPREGO. SÚMULA 244, III, DO TST. INAPLICABILIDADE.

1. Consoante entendimento recente desta Primeira Turma, o reconhecimento da garantia de emprego à empregada gestante não se coaduna com a finalidade da Lei 6.019/74, que é a de atender a situações excepcionalíssimas, para as quais não há expectativa de continuidade da relação ou mesmo de prestação de serviços com pessoalidade.

2. No caso, a empregada foi admitida mediante contrato temporário, nos moldes da Lei 6.019/74.

3. Assim, não se cogita de prorrogação do liame, por força de garantia provisória de emprego à trabalhadora gestante.

4. Ressalte-se que, tanto os precedentes que orientaram a redação da Súmula 244, III, do TST, quanto às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, não se atém às particularidades que envolvem o trabalho temporário previsto na Lei 6.019/74, não havendo como equipará-lo às demais hipóteses de contratação a termo.



Recurso de revista não conhecido. (RR-5639-31.2013.5.12.0051, 1ª Turma, Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann, DEJT 10/6/2016)

Nos Embargos, a Reclamante postula o direito à estabilidade gestacional, previsto no artigo 10, II, “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Sustenta que, mesmo tendo sido admitida para trabalho temporário com base no regime instituído pela Lei nº 6.019/1974, tem direito à indenização correspondente à remuneração do período de estabilidade, incluindo 13º salário, FGTS e férias com o respectivo adicional. Aponta contrariedade à Súmula nº 244, III, do TST. Transcreve arestos para confronto de teses.

O aresto colacionado à fl. 444, oriundo da C. 7ª Turma desta Eg. Corte Superior, apresenta tese contrária e específica em relação ao acórdão embargado, como se deflui da ementa do julgado:

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISITA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. CONTRATO TEMPORÁRIO.

É perfeitamente aplicável às empregadas submetidas a contrato de trabalho por prazo determinado, gênero de que é espécie o contrato temporário regulamentado pela Lei nº 6.019/74, a estabilidade provisória, por força de gravidez superveniente, ainda no curso do vínculo. O artigo 10, inc. II, «b», do ADCT intenta proteger não apenas a mãe, mas também o nascituro, e tornar concreto o direito fundamental insculpido no artigo 7º, XVIII, da Constituição Federal, de responsabilidade objetiva do empregador. Nesse sentido é o entendimento desta Corte, firmado na Súmula nº 244, III. Agravo a que se nega provimento. (Ag-AIRR-20325-54.2014.5.04.0006, 7ª Turma, Relator Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, DEJT 10/6/2016)

Assim, **conheço** dos Embargos, por divergência jurisprudencial.



b) **Mérito**

O acórdão embargado decidiu em sintonia com a tese firmada no Incidente de Assunção de Competência suscitado nos próprios autos, à luz do qual “é aplicável ao regime de trabalho temporário, disciplinado pela Lei n.º 6.019/74, a garantia de estabilidade provisória à empregada gestante, prevista no art. 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”.

Diante do exposto, **nego provimento** aos Embargos.

ISTO POSTO

ACORDAM as Ministras do Tribunal Pleno do Tribunal Superior do Trabalho que abaixo assinam fixar a seguinte tese jurídica: “Em uma perspectiva de gênero, é aplicável ao regime de trabalho temporário, disciplinado pela Lei n.º 6.019/1974, a garantia de estabilidade provisória à empregada gestante, prevista no art. 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”. Em prosseguimento, DECIDIRAM, por unanimidade: I - conhecer do recurso de embargos, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, negar-lhe provimento; II - por unanimidade, determinar o desapensamento dos Processos acima referidos como apensados, representativos da controvérsia, e o encaminhamento dos respectivos autos ao Gabinete da Exma. Ministra redatora designada para o acórdão.

Brasília, 03 de outubro de 2022.

ANA PAULA SEFRIN SALADINI E VANESSA KARAM DE CHUEIRE SANCHES

Ministras Redadoras Designadas

ELINAY ALMEIDA FERREIRA

Ministra Integrante do Coletivo

ODAISE CRISTINA PICANÇO BENJAMIM MARTINS

Ministra Integrante do Coletivo

SANDRA MARA DE OLIVEIRA DIAS

Ministra Integrante do Coletivo



EXERCÍCIO DE REESCRITA DE DECISÃO SOB A PERSPECTIVA DE GÊNERO - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.938 DISTRITO FEDERAL

**GRUPO: ARMANDO ZILI; BRENNAN NEPOMUCENO;
ROBERTA SANTOS; TÂNIA MARA; MARIA DAS DORES**

INTRODUÇÃO: A CONSTRUÇÃO DO TRABALHO DE REESCRITA

O voto a seguir constitui o resultado do trabalho de conclusão do curso “Julgamento com Perspectiva de Gênero - Módulo II”, promovido pela Escola da Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho - ENAMATRA. A proposta apresentada foi de reescrita do voto do relator, Ministro Alexandre de Moraes, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.938/DF, cujo objeto é o trabalho de gestantes e lactantes em ambiente insalubre, adotando-se o enfoque da perspectiva de gênero, em conformidade com o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do Conselho Nacional de Justiça, documento que todos os órgãos do Poder Judiciário foram orientados a observar, nos termos da Recomendação 128, de 15 de fevereiro de 2022 do Conselho Nacional de Justiça.

Como metodologia de trabalho, o grupo partiu do texto do voto do relator, mantendo o relatório por ele apresentado, e identificando os pontos que mereciam ser mantidos, outros que mereciam ser alterados, porque reproduziam es-



tereótipos de gênero ou se afastavam das teorias feministas do direito, e ainda outros cuja inserção o grupo reputou indispensável, com o intuito de destacar a construção histórica do sistema de proteção das mulheres, sem perder de vista as formas explícitas e implícitas de exclusão da mulher pelo direito.

Apresenta-se, assim, a contextualização da matéria com base em estudos e teorias feministas, e uma visão crítica dos direitos que protegem a família e a maternidade, e do princípio da igualdade material, adotando-se as lentes de gênero.

A leitura de todos os votos apresentados pelos Ministros do STF durante a sessão de julgamento revelou material precioso, uma vez que muitos dos argumentos expostos pelos Ministros mostraram-se complementares, de forma que diversos trechos dos votos dos Ministros Luiz Fux e da Ministra Rosa Weber foram incorporados à fundamentação, ora em suas redações originais, ora sofrendo alterações para ajuste à perspectiva de gênero.

O produto desse trabalho foi um voto construído a quatro mãos, que aborda a evolução das normas de proteção nacionais e internacionais destinadas às mulheres gestantes e lactantes, bem como de garantia de meio ambiente saudável; o caminho percorrido pelas teorias feministas como fundamento da promoção dos direitos das mulheres; a valorização da família e do trabalho, evidenciando o desproporcional dever de cuidado imposto à mulher pela estrutura patriarcal do capitalismo; a importância da perspectiva de gênero e da interseccionalidade para a garantia de igualdade material efetiva entre homens e mulheres; os princípios do não retrocesso social, da solidariedade social e da precaução.



O VOTO REESCRITO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.938 DISTRITO FEDERAL

VOTO

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos em face da expressão “quando apresentar atestado de saúde emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento” do art. 394-A, II e III, da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pelo art. 1º da Lei 13.467/2017, com o seguinte teor (expressões impugnadas em negrito):

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; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

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.**

Aduz a Autora que a norma em questão vulneraria dispositivos constitucionais sobre proteção à maternidade, à gestante, ao nascituro e ao recém-nascido (arts. 6º, 7º, XXXIII, 196, 201, II, e 203, I, todos da Constituição Federal); violaria a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV, da CF) e o objetivo fundamental da República de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, da CF); desprestigiaria a valorização do trabalho humano e não asseguraria a existência digna (art. 170 da CF); afrontaria a ordem social brasileira e o primado do trabalho, bem-estar e justiça sociais (art. 193 da CF); e vulneraria o direito ao meio ambiente do tra-



balho equilibrado (art. 225 da CF). Além dos preceitos constitucionais citados, aponta violação do princípio da proibição do retrocesso social.

Assiste razão à autora, sendo inconstitucional a norma impugnada, que diminui a tutela de direitos sociais indisponíveis.

As normas impugnadas expõem as empregadas gestantes a atividades insalubres de grau médio ou mínimo e as empregadas lactantes a atividades insalubres de qualquer grau. Impõem, ainda, às empregadas o ônus de apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação ou a lactação, como condição para o afastamento.

A Constituição Federal proclama importantes direitos em seu artigo 6º, entre eles a proteção à maternidade, que é a ratio para inúmeros outros direitos sociais instrumentais, tais como a licença-gestante, o direito à segurança no emprego, que compreende a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa da gestante e, nos incisos XX e XXII do artigo 7º, a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei, e redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Cabe, entretanto, rememorar a forma como, historicamente, foi construído o sistema jurídico de proteção da maternidade, da gestante, da família e do nascituro.

Contam-se 96 anos desde a primeira norma de proteção ao trabalho da gestante, a revelar quase meio século de afirmação histórica do compromisso da nação com a salvaguarda das futuras gerações. O **Decreto nº 16.300 de 29/12/1923**, ao aprovar o Regulamento do Departamento Nacional de Saúde Pública, em seu **art. 342**, facultou à mulher empregada em estabelecimentos de indústria e comércio, o repouso de trinta dias antes e depois do parto. Por outro lado, o **art. 348** estabeleceu a mulher o dever de amamentação e o empregador a obrigação de ensejar o cumprimento desse dever, enquanto o **art. 349** determinou ao empregador providências *“para que as operárias, possam, sem prejuízo, dispensar cuidados aos filhos”*.



A regulação das condições de trabalho das mulheres nos estabelecimentos industriais e comerciais inaugurou-se com o **Decreto nº 21.417-A de 17/05/1932**. Além de proibir distinção salarial a trabalho de igual valor por motivo de sexo, vedou a prestação laboral feminina em subterrâneos, minerações, subsolo, pedreiras, obras de construção, bem como em atividades perigosas e insalubres. Proibiu, ademais, o trabalho da gestante durante o período de quatro semanas antes e depois do parto, com o recebimento de auxílio correspondente a metade dos salários, facultando-lhe o rompimento do contrato de trabalho no caso de comprovação por atestado médico de prejuízo à gestação. À lactante assegurou o direito a dois descansos diários especiais, de meia hora cada um, durante os primeiros seis meses que se seguiram ao parto em local apropriado à vigilância e assistência materna dos filhos em período de amamentação, a ser providenciado pelos estabelecimentos com mais de 30 mulheres acima dos 16 anos.

Sob os influxos do constitucionalismo social iniciado após os devastadores efeitos da Primeira Guerra Mundial, a **Constituição de 1.934**, no Título IV da Ordem Econômica e Social, exalta o amparo a maternidade e à infância ao destinar ao seu amparo um por cento das rendas tributárias da União, Estados e Municípios. No que diz com a proteção dos direitos individuais das mulheres, garantiu a igualdade de remuneração (**art. 121, § 1º, "a"**), proibiu o trabalho nas atividades insalubres (**art. 121, § 1º, "d"**), assegurou assistência médica e sanitária à gestante, descanso antes e depois do parto sem prejuízo do salário e do emprego, e determinou a instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregado e do empregador a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte (**art. 121, § 1º, "h"**).

De curta duração, à **Constituição de 1.934** seguiu-se a de **1.937**, que se limitou a garantir à gestante assistência médica e período de repouso antes e depois do parto sem prejuízo do salário.

Posteriormente, a **Constituição de 1.946** retomou a garantia de igualdade salarial entre homens e mulheres (**art. 157, II**) e a vedação do trabalho femi-



nino em atividades insalubres (**art. 157, IX**), mantida na **Constituição de 1.967 (art. 158, X)**.

Comprometida com as conquistas civilizatórias definidoras do Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal de 1988 assentou-se sobre as bases da democracia e do exercício dos direitos fundamentais sociais e individuais a edificar a identidade da sociedade brasileira fundada nos valores supremos da igualdade e da justiça social.

Nesse sentido, é inegável o avanço da nossa Constituição cidadã na proteção da maternidade como direito social (art. 6º), da família como base da sociedade (art. 226 com a redação dada pela Emenda Constitucional no 65/2010), bem como do planejamento como livre decisão do casal, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, atribuído ao Estado o dever de propiciar recursos educacionais e científicos para o seu exercício.

Como visto, o direito evoluiu na proteção que destina às mulheres, porém devemos reconhecer o seu caráter androcêntrico, pois criado eminentemente por legisladores do sexo masculino (na legislatura 2019-2023 apenas 15% das cadeiras da Câmara dos Deputados eram ocupadas por mulheres - <https://www.camara.leg.br/noticias/550935-bancada-feminina-na-camara-sera-composta-por-77-deputadas-na-nova-legislatura/>). A análise das teorias feministas, nesse aspecto, é essencial para uma adequada interpretação das normas, mormente para que atinjam o escopo constitucional de igualdade material entre homens e mulheres.

As teorias feministas tiveram início com o feminismo da igualdade (ou feminismo liberal), vertente que tinha por objetivo afirmar a igualdade efetiva de direitos entre homens e mulheres, demonstrando que as exclusões impostas à mulher, como o impedimento ao exercício do direito de voto, não tinham fundamentos que os justificassem. Evidenciando que a desigualdade de tratamento legislativo das mulheres não tinha embasamento jurídico, e especialmente que o critério biológico não justificava a diferenciação, pois baseado no estereótipo da fragilidade física e inferioridade intelectual das mulheres, as teóricas visa-



vam garantir que as mulheres alcançassem a mesma posição dos homens como sujeitos de direito. Ocorre que, ao afirmar a igualdade, o feminismo liberal não questionava as diferenças culturais, a assimetria, a dominação que estruturam as relações entre os gêneros na sociedade capitalista patriarcal. Nas palavras de RAUBER et al (Feminismo Liberal. In: Dicionário de Gênero e Segurança. Disponível em <https://gedes-unesp.org/feminismo-liberal/>):

“Entende-se que há a necessidade de valorização das experiências femininas, tradicionalmente inferiorizadas. E, nesse sentido, o Estado é visto como agente potencial de promoção da igualdade, um aliado nas reivindicações e capaz de engajar práticas de garantia desses direitos – como as leis de paridade de gênero. A perspectiva feminista liberal, portanto, pressupõe a transformação no nível institucional e não estrutural”.

Mais atento às realidades distintas sob as quais vivem homens e mulheres, as teóricas do feminismo da diferença (ou feminismo cultural) reivindicavam justamente o oposto: políticas públicas e tratamento legislativo diferenciados às mulheres sempre que reconhecida diferença efetiva entre os gêneros, seja ela biológica ou cultural. O argumento, portanto, era de que não bastava afirmar a igualdade, pois na verdade a igualdade material entre os gêneros só é atingida quando são reconhecidas as diferenças entre eles. Assim, onde houvesse diferença que efetivamente justificasse um tratamento diferenciado, com fins de garantir a igualdade, deveria haver proteção legal especial. Como exemplo clássico dessa vertente teórica temos a defesa de regras especiais para as gestantes, reconhecendo a gravidez como condição a justificar tratamento especial.

Nesse sentido, o alcance da igualdade de gênero requer que as necessidades específicas da saúde da mulher, naquilo que diferem daquelas dos homens, sejam consideradas de forma a garantir providências adequadas ao



seus ciclos de vida. Assim, *“a diferença não mais seria utilizada para a aniquilação de direitos, mas, ao revés, para a sua promoção”*. (PIOVESAN, Flavia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. **Cadernos de Pesquisa**, São Paulo. V. 35, n. 124, p. 43-55. Apr. 2995. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742005000100004)

Especificamente no âmbito da relação de emprego, a maternidade representa para a trabalhadora-mãe um período de maior vulnerabilidade, devido às contingências físicas, e ao desafio de conciliar os projetos de vida pessoal, familiar e laboral, levando em conta o dever de cuidado que lhe é imposto de forma desproporcional pela divisão sexual do trabalho. Dessa forma, na perspectiva axiológica de valorização da maternidade em sua função social, os direitos fundamentais do trabalhador elencados no art. 7º da Constituição de 1.988 – entre eles a licença à gestante sem prejuízo do emprego e do salário (inciso XVIII) e a redução dos riscos inerentes ao trabalho (inciso XXII) –, bem como a estabilidade da gestante garantida no art. 10, II, “b” do ADCT, impõem limites à liberdade de organização e administração do empregador de forma a concretizar para a empregada-mãe merecida proteção à saúde (sua e do nascituro) e segurança no exercício do direito à maternidade plena, resguardando o equilíbrio entre a manutenção do emprego e os cuidados demandados por mãe e bebê.

No cenário de conscientização da contribuição da mulher não apenas ao bem-estar da família, senão também ao desenvolvimento da sociedade, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, promulgada pelo Decreto 4.377 de 13.9.2002, compreende a maternidade a partir da sua função social. Nessa perspectiva, não pode ser causa de discriminação, principalmente na esfera do emprego, em que devem ser asseguradas condições de igualdade entre homens e mulheres, e em particular *“o direito à proteção da saúde e à segurança nas condições de trabalho, inclusive a salvaguarda da função de reprodução”* (Art. 11). Nesse sentido, deverão ser tomadas medidas pelos Estados Parte a fim de impedir a discriminação contra a mulher durante a maternidade e assegurar o direito a trabalhar, especificamente, no que diz com



a “proteção especial às mulheres durante a gravidez nos tipos de trabalho comprovadamente prejudiciais a elas.” (Art. 11, item 2, alínea “d”).

As normas internacionais evoluíram para consagrar e assegurar direitos, servindo como fonte jurídica de proteção de um nível mínimo existencial de garantia ao ser humano. Entre as muitas formas de manifestação, as convenções internacionais, em especial quando ratificadas, passam a ser dotadas de força cogente em relação ao país subscritor, não excluindo, no entanto, os demais regramentos, fontes materiais do direito. Também no plano internacional, o Direito do Trabalho vem consagrando direitos e obrigações visando à melhoria das condições de vida dos trabalhadores de maneira a universalizar os princípios de justiça social e da dignidade da pessoa humana.

A OIT, na conferência de 10 de junho de 2022, acrescentou uma outra categoria de princípio e direito fundamental, ao lado das outras quatro já existentes, estabelecendo o direito a um meio ambiente de trabalho seguro e saudável. Assim, os estados-membros estão comprometidos em observar, respeitar e fazer cumprir tais princípios e necessariamente estabelecer um ordenamento jurídico interno de acordo com os valores ali inerentes para que possam se tornar realidade, mesmo quando o Estado não tenha ratificado eventual convenção.

A saúde e segurança do meio ambiente de trabalho, bem como proteção da mulher gestante, lactante e lactentes foram objeto de convenções da Organização Internacional do Trabalho, podendo ser citadas como exemplo as de número 136, 155, 183, 187, e 191.

A convenção 187 da OIT, não ratificada pelo Brasil, tem grande centralidade sobre o tema, pois estabelece compromissos aos membros para que promovam medidas que assegurem progressivamente um ambiente de trabalho seguro e saudável. A lógica é a eliminação ou redução dos agentes de risco associados ao trabalho, na medida do razoavelmente exequível.

Neste aspecto, o artigo 26 do Pacto de São José da Costa Rica dispõe que:



“Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.”

A convenção 183 da OIT, não ratificada, proíbe que mulheres grávidas ou que amamentam sejam obrigadas a executar trabalhos prejudiciais à sua saúde ou da criança, ou mesmo com risco significativo para a saúde.

Não menos importante, é a recomendação 191 da OIT (diretriz não vinculante) que determina aos estados adotarem medidas para assegurar que mulheres grávidas ou em aleitamento não prestem serviços em condições insalubres.

A convenção 155 estabelece conceitos importantes como os de saúde e local de trabalho, e impõe aos países signatários a exigência de políticas, de ações progressivas para redução e prevenção de riscos de acidentes ou situações que de forma direta ou indireta possam vir a ocasionar danos à saúde do trabalhador e afetar o ambiente de trabalho. A norma, em seu artigo 3º, define que o conceito de saúde, *“com relação ao trabalho, abrange não só a ausência de afecções ou de doenças, mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e a higiene no trabalho”*.

Já na convenção 136, que cuida da proteção contra os riscos da intoxicação do benzeno, há uma disposição específica de proteção às mulheres no artigo 11: *“Art. 11 – 1. Às mulheres em estado de gravidez, atestado médico, e às mães em período de amamentação não deverão ser empregadas em trabalhos que acarretam exposição ao benzeno ou produtos contendo benzeno”*.



Além disso, existem outras normas, como a Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, em que está exposto que a adoção de medidas destinadas a proteger a maternidade não será considerada como discriminatória. Já a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, trata a família como núcleo da sociedade. Da mesma maneira, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) concede proteção especial às mães, determinando que os estados-membros adotem medidas para o desenvolvimento das crianças com ações voltadas ao meio ambiente.

A ONU, comprometida com a proteção dos direitos humanos, vem elaborando estratégias de implementação efetiva dessa proteção. Nesse passo, os ODS (Objetivos de Desenvolvimento Sustentável) representam um efetivo plano de ação em nível internacional para realização de políticas públicas. O ODS de número 3 é de assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades, o que implica redução da mortalidade e o número de mortes e doenças por produtos químicos perigosos. Já o ODS de número 5 é o de alcançar a igualdade de gênero, e que portanto tem como decorrência a proteção especial para mães e filhos e o direito de condições justas de trabalho.

A estrutura normativa nacional e internacional, conforme se vê na exposição acima, visa a garantir um meio ambiente de trabalho que resguarde os direitos de todas as gestantes e lactantes, bem como preservar sua qualidade de vida, segurança e saúde. Portanto, a norma do artigo 394-A da CLT, como posta pelo legislador, busca uma flexibilização que não encontra amparo no âmbito constitucional, e contraria também normas de âmbito internacional.

A previsão de determinar o afastamento automático da mulher gestante do ambiente insalubre, enquanto durar a gestação, somente no caso de insalubridade em grau máximo, em princípio, contraria a jurisprudência da CORTE que tutela os direitos da empregada gestante e lactante, do nascituro e do recém-nascido lactente, em quaisquer situações de risco ou gravame à sua saúde e bem-estar.



A existência de riscos graves e a incerteza quanto às dimensões exatas desse risco no caso concreto constituem os fundamentos de aplicação do princípio da precaução, a informar a predileção por alternativas que aumentem a salvaguarda dos envolvidos. Nesse sentido, esclarece a Min. Carmen Lúcia, relatora da ADPF 101, em excerto de seu voto condutor, in verbis:

“O princípio da precaução vincula-se, diretamente, aos conceitos de necessidade de afastamento de perigo e necessidade de dotar-se de segurança os procedimentos adotados para garantia das gerações futuras, tornando-se efetiva a sustentabilidade ambiental das ações humanas. Esse princípio torna efetiva a busca constante de proteção da existência humana, seja tanto pela proteção do meio ambiente como pela garantia das condições de respeito à sua saúde e integridade física, considerando-se o indivíduo e a sociedade em sua inteireza” (ADPF 101, Rel. Min. Cármen Lúcia, Pleno, DJe 04-06-2012).

Instituído expressamente como um direito social, a proteção à maternidade impede que a gravidez ou a amamentação sejam motivos para fundamentar qualquer ato contrário ao interesse da mulher, ainda mais quando tal ato impõe-lhe grave prejuízo.

O direito ao planejamento familiar é livre decisão do casal. O fundamento na dignidade da pessoa humana revela sua indissociável relação com a liberdade reprodutiva. A liberdade decisória tutelada pelo planejamento familiar “vincula-se à privacidade e à intimidade do projeto de vida individual e parental dos envolvidos” (MORAES, Maria Celina Bodin de. Comentário ao artigo 226. In CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar, F; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L (coord). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 2122).



Por força desse direito, não se pode admitir qualquer ingerência alheia com vistas a restringir ou condicionar o planejamento familiar. O Estado não pode impor escolhas trágicas a quem pretende constituir família. Disso decorre tanto o dever de intervir nas relações públicas, quanto o de horizontalizar os direitos fundamentais, nas relações de trabalho, quando o obstáculo é constituído diretamente pelo Estado empregador.

A jurisprudência deste SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, aliás, reconhece a importância da proteção à maternidade e à saúde, como verificado no julgamento do RE 629.053, sob o regime de repercussão geral, cujo entendimento ficou assim firmado: A incidência da estabilidade prevista no art. 10, inciso II, do ADCT somente exige a anterioridade da gravidez à dispensa sem justa causa, independentemente de prévio conhecimento ou comprovação.

Naquele julgamento (Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, DJe de 27/2/2019), foi consignado 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.

Nessa linha de proteção à maternidade, igualmente, ao apreciar o tema 973 de repercussão geral (RE 1.058.333, Rel. Min. LUIZ FUX, julgamento em 21/11/2018), a CORTE fixou ainda a seguinte tese: É constitucional a remarcação do teste de aptidão física de candidata que esteja grávida à época de sua realização, independentemente da previsão expressa em edital do concurso público.

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 des-



favorece a plena proteção do interesse constitucionalmente protegido, na medida em que sujeita a trabalhadora a maior embaraço para o exercício de seus direitos.

Em verdade, permeado em todo o texto constitucional o compromisso da consolidação do valor social do trabalho e do princípio da dignidade da pessoa humana, o ordenamento jurídico brasileiro não pode ser *“transmudado de modo a vilipendiar os valores construídos na sociedade brasileira e os direitos fundamentais nas relações de trabalho”*. Ao contrário, as balizas erigidas pela Constituição Cidadã direcionam o legislador ao *“aperfeiçoamento dos institutos protetivos já existentes, no sentido de otimização dos direitos fundamentais no trabalho”*⁹. O princípio do não retrocesso social obsta o desmantelamento das conquistas normativas já alcançadas em determinado contexto social.”

Como pondera Juliana Venturella Nahas:

“Em outras palavras, não existe liberdade absoluta de conformação legislativa, ainda que deva ser reconhecido o espaço que é conferido ao legislador para adaptar os mandamentos constitucionais. E isso exsurge da própria interpretação sistemática do direito, que ensina que os atos estatais devem ser permanentemente pautados pelas diretrizes constitucionais, notadamente na quadra da história e da evolução dos direitos fundamentais que se encontra a humanidade.” (Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 61, maio/2008/. out/2008, p. 93/111.

Em 1988, o constituinte assinalou, como premissa do Estado brasileiro, a garantia do exercício dos direitos sociais, o que significa estabelecer uma diretriz a ser perseguida, inclusive pelo Poder Judiciário: torná-los efetivos, concretos, realizados, implementados, elevados que foram à condição de direitos fundamentais, na clássica linha evolutiva traçada por Bobbio. Consagrou, portanto, o princípio da máxima efetividade.



A atividade interpretativa deve ser realizada vendo-se o sistema como um todo, e não a partir de regras isoladas ou consideradas num único contexto, como assinala Eros Roberto Grau:

“[...] a interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele - do texto - até à Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum.

E é exatamente essa efetividade que impede, por meio da aplicação do princípio da vedação do retrocesso social (da não retrocessão social ou, para J. J. Canotilho, proibição de contra-revolução social ou da evolução reaccionária), a aplicação da regra em foco.

Significa afirmar que a legislação que atribuir densidade (ou densificação) aos direitos de ordem fundamental não pode ter a sua eficácia afastada por qualquer outra.

Estabelecido um determinado patamar de concretude de um direito fundamental, não se admite possa dele retroceder, como leciona, em outras palavras, Jorge Miranda:

“Não é possível eliminar, pura e simplesmente, as normas legais e concretizadoras, suprimindo os direitos derivados a prestações, porque eliminá-las significaria retirar a eficácia jurídica às correspondentes normas constitucionais. Nisto consiste a regra do não retorno da concretização ou do não retrocesso social, fundada também no princípio da confiança inerente ao Estado de Direito.”

Para Luís Roberto Barroso,

“[...] é uma derivação da eficácia negativa, particularmente ligada aos princípios que envolvem os direitos fundamentais. Ela pressupõe que esses princípios sejam concretizados através de normas infraconstitucionais (isto é: frequentemente, os efeitos que pretendem produzir são especificados por meio da legislação ordinária) e que, com base no direito constitucional em vigor, um dos efeitos gerais pretendidos por tais princípios é a progressiva am-



pliação dos direitos fundamentais. Partindo desses pressupostos, o que a vedação do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente. Isto é: a invalidade, por inconstitucionalidade, ocorre quando se revoga uma norma infraconstitucional concessiva de um direito, deixando um vazio em seu lugar.”

Não se trata, é certo, de um princípio expresso no Texto Constitucional. Por isso, o mesmo autor diz ser decorrência do sistema jurídico-constitucional e exemplifica:

“[...] se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido.”

É o que também assinala Marthius Sávio Cavalcante Lobato, que se vale de Ana Paula de Barcelos:

“O princípio da proibição do retrocesso social não é um princípio constitucional expresso, podendo vir a ter suas potencialidades estabelecidas a partir do momento que se estabeleça como princípio densificador do Estado de Direito.”

Pressupõe, desta forma, que os princípios constitucionais que cuidam de direitos fundamentais são concretizados por meio de normas infraconstitucionais, ou seja, os efeitos que se pretende produzir são especificados por meio de legislação ordinária.

Buscam progressiva ampliação dos direitos em questão, tal como preconiza o caput do art. 7º da CFB/88.

Essa ampliação progressiva instituída no dispositivo mencionado também é mencionada por Luís Roberto Barroso, que também indica o art. 5º, § 2º, da Constituição.

Mais uma vez, recorre-se à lição do jurista lusitano, que estabelece a dimensão desse princípio:



“O princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social.

A idéia aqui expressa tem sido designada como proibição de contra-revolução social ou da evolução reaccionária. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex.: direitos dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. A proibição do retrocesso social nada pode fazer contra as recessões e crises económicas (reversibilidade fática), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos fundamentais adquiridos. [...]

O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas

[...] deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial. Não se trata, pois, de proibir um retrocesso social abstracto um status quo social, mas de proteger direitos fundamentais sociais sobretudo no seu núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.”

Na mesma diretriz, Ingo Sarlet adverte:

“Negar reconhecimento ao princípio da proibição do retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de um modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte. Com efeito, como bem lembra Luís Roberto Barroso, mediante o reconhecimento de uma proibição de retrocesso está a se impedir a frustração da efetividade constitucional, já que, na hipótese de o legislador revogar o ato que deu concretude a uma norma



programática ou tornou viável o exercício de um direito, estaria acarretando o retorno à situação de omissão (inconstitucional, como poderíamos acrescentar) anterior.”

Para ele, “encontra-se vedada a possibilidade de o legislador infraconstitucional desconstituir pura e simplesmente o grau de concretização que ele próprio conferiu às normas constitucionais, principalmente quando o atendimento do objetivo constitucional depende, em princípio, dessa densificação.”

Se tal fosse possível, “estaríamos diante da hipótese de um verdadeiro golpe contra a nossa Lei Fundamental”. À medida que revogasse a norma de concretização poderia ser impugnada judicialmente, alegando-se a sua inconstitucionalidade.

Vital Moreira e J.J. Gomes Canotilho esclarecem que a realização do Estado social é um “processo, um caminhar no sentido de crescente justiça social e constituindo cada avanço nessa direcção um aperfeiçoamento do Estado de direito democrático”, radicando-se como elemento adquirido desse Estado. Concluem, então, que “qualquer retrocesso no caminho percorrido não se limita a contrariar o princípio constitucional da democracia económica, social, cultural; infringe também directamente o princípio do Estado de direito democrático”.

De forma mais específica, o artigo 394-A da CLT prevê que somente as gestantes serão afastadas de atividades de grau máximo e que, quanto ao trabalho realizado em local insalubre de grau médio ou mínimo, tanto as gestantes como as lactantes somente serão afastadas nos casos em que um médico de sua confiança ateste esta necessidade. Isto é, além de inserir a possibilidade de as gestantes e lactantes trabalhadoras exercerem atividades em local de insalubridade média e mínima, a Reforma Trabalhista vai além e cria uma **discriminação jurídica entre as gestantes e lactantes**, por vedar o trabalho da gestante em ambiente insalubre de grau máximo, mas não o proibir para as lactantes. Ou seja, estas últimas trabalhadoras somente deverão ser afastadas de atividades de grau de insalubridade máxima quando apresentarem atestado de saúde nesse sentido.



A discriminação, violência e o assédio baseado em gênero na sociedade brasileira indica o caráter estrutural e coletivo dessas práticas.

A superação da desigualdade de gênero no trabalho requer ações promocionais, repressivas específicas, tanto pelo Estado brasileiro (Poder Legislativo, Executivo e Judiciário) como por particulares, com suporte nas diretrizes da Convenção 190 e da Recomendação 206 da OIT.

O primeiro tratado internacional sobre violência e assédio no mundo do trabalho entra em vigor em 25 de junho de 2021 - dois anos depois de ter sido adotado pela Conferência Internacional do Trabalho (CIT) da OIT.

A Convenção fornece a primeira definição internacional de violência e assédio no mundo do trabalho, incluindo violência de gênero e assédio - e serve como instrumento na toma de decisão e de ações públicas e privadas no mercado de trabalho.

A violência baseada em gênero e aquela violência que se dirige contra as pessoas em razão do seu sexo ou gênero, ou que afetam de maneira desproporcional às pessoas de um sexo ou gênero determinado (Convenção 190/OIT, art. 1.1.b).

A declaração de Filadélfia afirma que todos os seres humanos, independentemente da raça, crença, ou sexo/gênero, têm o direito de procurar o seu bem-estar material e o seu desenvolvimento espiritual em condições de liberdade e dignidade, de segurança econômica e oportunidades iguais.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher - CEDAW, de 1979, em vigor desde 1981, é o primeiro tratado internacional que dispõe amplamente sobre os direitos humanos da mulher. São duas as frentes propostas: promover os direitos da mulher na busca da igualdade de gênero e reprimir quaisquer discriminações contra a mulher nos Estados-parte.

A Convenção da Mulher deve ser tomada como parâmetro mínimo das ações estatais na promoção dos direitos humanos das mulheres e na repressão às suas violações, tanto no âmbito público como no privado. A CEDAW é a gran-



de Carta Magna dos direitos das mulheres e simboliza o resultado de inúmeros avanços principiográficos, normativos e políticos construídos nas últimas décadas, em um grande esforço global de edificação de uma ordem internacional de respeito à dignidade de todo e qualquer ser humano. A Convenção se fundamenta na dupla obrigação de eliminar a discriminação e de assegurar a igualdade. A Convenção trata do princípio da igualdade, seja como obrigação vinculante, seja como um objetivo. Os Estados-parte têm o dever de eliminar a discriminação contra a mulher através da adoção de medidas legais, políticas e programáticas, e incluem o dever de promover todas as medidas apropriadas no sentido de eliminar a discriminação contra a mulher praticada por qualquer pessoa, organização, empresa e pelo próprio Estado, mediante ações afirmativas para modificação de padrões sociais e culturais de conduta. Os artigos 10 a 14 requerem que os Estados-parte eliminem a discriminação na educação e no trabalho, na saúde, na vida cultural, social e econômica das mulheres, senão vejamos:

Artigo 10 Os Estados-parte adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher, a fim de assegurar-lhe a igualdade de direitos com o homem na esfera da educação e em particular para assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres:

a) As mesmas condições de orientação em matéria de carreiras e capacitação profissional, acesso aos estudos e obtenção de diplomas nas instituições de ensino de todas as categorias, tanto em zonas rurais como urbanas; essa igualdade deverá ser assegurada na educação pré-escolar, geral, técnica e profissional, incluída a educação técnica superior, assim como todos os tipos de capacitação profissional;

b) Acesso aos mesmos currículos e mesmos exames, pessoal docente do mesmo nível profissional, instalações e material escolar da mesma qualidade;

c) A eliminação de todo conceito estereotipado dos papéis masculino e feminino em todos os níveis e em todas as formas de ensino mediante o estímulo à educação mista e a outros tipos de educação que contribuam



para alcançar este objetivo e, em particular, mediante a modificação dos livros e programas escolares e adaptação dos métodos de ensino;

d) As mesmas oportunidades para obtenção de bolsas de estudo e outras subvenções para estudos;

e) As mesmas oportunidades de acesso aos programas de educação supletiva, incluídos os programas de alfabetização funcional e de adultos, com vistas a reduzir, com a maior brevidade possível, a diferença de conhecimento existente entre o homem e a mulher;

f) A redução da taxa de abandono feminino dos estudos e a organização de programas para aquelas jovens e mulheres que tenham deixado os estudos prematuramente;

g) As mesmas oportunidades para participar ativamente nos esportes e na educação física;

h) Acesso a material informativo específico que contribua para assegurar a saúde e o bem-estar da família, incluída a informação e o assessoramento sobre planejamento da família

Artigo 11 1. Os Estados-parte adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera do emprego a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, os mesmos direitos, em particular:

a) O direito ao trabalho como direito inalienável de todo ser humano;

b) O direito às mesmas oportunidades de emprego, inclusive a aplicação dos mesmos critérios de seleção em questões de emprego;

c) O direito de escolher livremente profissão e emprego, o direito à promoção e à estabilidade no emprego e a todos os benefícios e outras condições de serviço, e o direito ao acesso à formação e à atualização profissionais, incluindo aprendizagem, formação profissional superior e treinamento periódico;



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

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

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

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

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

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

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

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

3. A legislação protetora relacionada com as questões compreendidas neste artigo será examinada periodicamente à luz dos conhecimentos científicos e tecnológicos e será revista, derogada ou ampliada conforme as necessidades.



No trabalho, a violência baseada em gênero aparece como efeito da exclusão e desqualificação profissional da mulher ao longo de sua vida e pelo capital patriarcal ao mesmo tempo em que é instrumentalizada para silenciar as reivindicações de igualdade entre os gêneros. Ela, de forma recorrente, é tratada como um problema privado das mulheres, ainda que seja utilizada como justificativa na retórica para justificar exclusões das mulheres e, até mesmo, reduzir direitos de todo o grupo de trabalhadores¹.

O assédio moral contra a gestante e a lactante é um dos exemplos do quanto a violência é permanente e nociva à carreira das mulheres, pois um número expressivo de vítimas desse tipo de violência no trabalho pedem demissão. Para além dos traumas emocionais e psicológicos e maior desgaste emocional e mental, a violência baseada em gênero compromete o regular desenvolvimento da carreira profissional da mulher, ocasionando mais interrupções em sua carreira e degradando as condições de trabalho.

A violência baseada em gênero em razão do trabalho reprodutivo (cuidado de pessoas) está enraizada em padrões discriminatórios prejudiciais às mulheres, que resultam atualmente em mais mulheres fora do mercado de trabalho.

Os mercados de trabalho recrutam mulheres de forma seletiva, diferentemente do que ocorre com os homens. Existe uma forte preferência para as mais jovens, mais escolarizadas e que não têm um companheiro (solteiras, divorciadas, viúvas)(YANNOULAS, 2002, p. 16). A situação fica ainda mais crítica quando se trata de profissionais grávidas ou com filhos pequenos.

O aumento da participação das mulheres nos mercados de trabalho está mais vinculado à expansão das atividades 'femininas' do que ao acesso às atividades 'masculinas', as discriminações vertical e horizontal dos mercados de trabalho se reproduzem; a brecha salarial não foi reduzida (é maior quanto maior é o nível de instrução); a taxa de desemprego feminina continua sendo superior à dos homens; e aumenta a presença das mulheres nas ocupações mais precárias.

O mercado de trabalho brasileiro, permeado pelo machismo estrutural, combinado com outras discriminações como racismo, etarismo, capacitismo, entre outros, reproduz essas práticas e, portanto, não é amigável às mulheres.



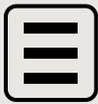
É que, diante das elevadas taxas de desemprego, que atingem ainda mais diretamente a mulher no mercado de trabalho, muitas vezes inexistente planejamento familiar capaz de conciliar os interesses profissionais e maternais. Por tais razões, a “escolha” no mais das vezes impõe às mulheres o sacrifício de sua carreira, traduzindo-se em direta perpetuação da desigualdade de gênero.

Numa análise interseccional, quando o sacrifício da carreira não é uma opção por conta de vulnerabilidades combinadas (raça, classe social, baixo grau de escolaridade), pela necessidade de manter seu emprego no curto e médio prazo, a manutenção da norma possibilitaria que a trabalhadora, verificada a gestação, continuasse a se submeter a fatores de risco, deixando de apresentar atestado médico. A atitude poria em risco a saúde da gestante, decorrente de um eventual aborto espontâneo, e também do bebê, vulnerável na lactação e mais ainda na fase gestacional.

Sequer se cogite de que a norma estabelece uma alternativa, prestigiando a liberdade de escolha da trabalhadora. O cinismo dessa falsa liberdade oculta o enraizamento da discriminação social que recai sobre a mulher. É que, nos termos de “dualidade da construção social” de que trata Nancy Hirschmann, professora de ciência política na Universidade da Pensilvânia, os desejos, preferências, ações e escolhas são tão socialmente construídos quanto as condições externas que os restringem ou viabilizam. Como tudo é contextual, fruto da construção social, a avaliação individual da liberdade dependerá das avaliações socialmente construídas de outros valores, como como escolha, integridade corporal, desenvolvimento profissional e/ou relações de carinho.

Ainda que se tratasse de direitos disponíveis, o que evidentemente não ocorre, 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.

É nisso que resulta “o frequente sexismo da teoria da liberdade”, que perpetua, sob pretextos de uma ideologia iluminista, práticas modernas de



sexismo (HIRSCHMANN, Nancy J. "Toward a Feminist Theory of Freedom." *Political Theory*, vol. 24, no. 1, 1996, pp. 46–67). Não se trataria 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.

Para superar a violência de gênero no trabalho é necessário reconhecer a dimensão coletiva do problema (a condição de mãe e lactante não são problemas privados da mulher) e seus impactos nas oportunidades do trabalho, afastando práticas oportunistas de discriminação e violência de gênero, sob a falta justificativa de que o excesso de proteção prejudica o trabalho do gênero feminino.

A questão de gênero é determinante no mercado de trabalho. De uma forma geral, as mulheres brasileiras ganham, em média, 76% da remuneração masculina, segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD). Mulheres negras recebem ainda menos: 43% dos salários dos homens brancos.

A persistente desigualdade salarial se revela sob a perspectiva da escolaridade. Mulheres com 12 anos ou mais de estudo ganham, em média, 68% do que homens com a mesma escolaridade, segundo apontam pesquisadores da Coordenação de Gênero, Raça e Gerações do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea).

A adoção de perspectiva interseccional de gênero nas decisões e ações de organizações é uma medida necessária e contrária à discriminação de gênero. Somente iniciativas proativas de promoção da igualdade de oportunidades e enfrentamento à discriminação para múltiplas mulheres podem conter a disseminação persistente e perpetuação da diferenciação entre os gêneros, em especial no mercado de trabalho.

O medo/receio do efeito rebote de retração nas contratações de gênero feminino, não podem paralisar a adoção de medidas de promoção à inserção e manutenção da mulher no mercado de trabalho em igualdade de oportunidades. Ao contrário, o efeito rebote deve ser previsto e combatido com ações afirmativas.



O reconhecimento da dignidade do ser humano e do ser trabalhador é uma ação bilateral em que a satisfação não se obtém pela eliminação do outro senão pela solidariedade a ela, permitindo-se ser ela mesmo e ser livre (DE KONINCK 2006, p. 188). É difícil para uma mulher trabalhadora saber-se digna se outras pessoas não a tratam com respeito (CORTINA, 2009, p. 202).

O direito à igualdade exerce uma dupla função na regulamentação da relação de trabalho: de um lado, regula a relação do Estado com todos os sujeitos laborais (sujeitos detentores da mão de obra do capital), individual e coletivos e assim assegura um tratamento igualitário por parte dos poderes públicos no exercício de suas funções legislativa (igualdade na lei), executiva e jurisdicional (igualdade perante à lei). E, de outro, regula a relação entre os particulares, ao garantir que a pessoa trabalhadora não seja discriminada dentro da organização produtiva desde a etapa pré-contratual (admissão) até o término da relação jurídica (dispensa).

O princípio da igualdade limita a atuação estatal normativa e de aplicação do direito, assim como limita a autonomia coletiva para a adoção de critérios discriminatórios arbitrários (princípio da proporcionalidade).

A proibição da discriminação arbitrária requer a associação de medidas específicas, preventivas e repressivas, para que possa atingir a almejada igualdade de oportunidades principalmente no trabalho, mecanismo de emancipação pessoal no capitalismo.

O caminho da superação de privilégios e desconsideração da hierarquia entre os gêneros requer a adoção da perspectiva de gênero e de interseccionalidade em todos os espaços de decisão, sejam decisões administrativas, legislativas ou judiciais ou na construção de políticas públicas. O gênero e os fatores de vulnerabilidade devem ser visibilizados e considerados na tomada de decisões e nas ações, sendo tratados como questões coletivas, rompendo com o pacto de silêncio da sociedade em torno da pauta feminista.

As mulheres como grupo discriminado não constituem socialmente uma minoria, no sentido quantitativo do termo (e sim no de acesso aos mecanismos de poder e decisão). Ademais, a diferença em que se baseia a discriminação se apresenta com um caráter 'benigno', ou seja, para romper com esta forma de discrimi-



nação é preciso romper com papéis e estereótipos assinalados para as mulheres com uma pretensa intenção protetora e diferenciada oriundo de sua “especial natureza”, o que também se baseia em características femininas estereotipadas..

Não restam dúvidas que a mulher ainda é discriminada nas relações de trabalho e “[...] tanto o preconceito quanto a discriminação dirigidos em relação às mulheres sofrem a interferência de uma conduta humana masculina, seja por ação ou omissão, violando, diretamente, direitos [...]” (TRIPPPIA, 2014, p. 39). A história da mulher no Direito e o lugar dado pelo Direito à mulher, sempre foi considerado um “não-lugar”, o que demonstra que havia um perfeito paradoxo enraizado junto à sociedade, uma vez que a “presença” da mulher era, na verdade, a história de sua “ausência”, já que sempre foi tratada como uma pessoa subordinada ao marido, ao pai, sem direito de voz e, ainda, marcada pelo regime da incapacidade jurídica (TREVISO, 2008, p. 5).

Os direitos à maternidade e à amamentação, que visam à proteção das mulheres trabalhadoras, não podem servir como fator de discriminação.

In casu, deve-se 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 do 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.

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 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.



A hipótese de reversão prática da proteção da mulher no mercado de trabalho, ainda que bastante plausível, parece ser rechaçada pelo desenho normativo que atribui as custas do afastamento incondicional à solidariedade social. Ao repartir socialmente os custos de se impedir a exposição a fatores de risco que, por discriminação, incorreriam à trabalhadora para, além de proporcional, o artigo 394-A da CLT concretiza o princípio da solidariedade social.

Logo, não há que se falar em ônus excessivo ao empregador, pois a lei impugnada afastou do empregador o ônus financeiro referente ao adicional de insalubridade da empregada gestante ou lactante afastada de suas atividades ou deslocada para atividade salubre, ao estabelecer, no § 2º do art. 394-A, que cabe à empresa pagar o adicional de insalubridade à gestante ou à lactante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no artigo 248 da Constituição Federal, por ocasião do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço.

Diante da impossibilidade de realocação da empregada em local salubre, o § 3º do art. 394-A da lei determina que a hipótese será considerada como gravidez de risco e ensejará a percepção de salário-maternidade, nos termos da Lei 8.213/1991, durante todo o período de afastamento.

Como esclarecem MAURÍCIO GODINHO DELGADO e GABRIELA NEVES DELGADO:

“naturalmente que esse salário-maternidade, mesmo sendo pago à empregada afastada na folha salarial mensal da empresa empregadora, ficará sob ônus efetivo do INSS, mediante a compensação mensal desse custo, pelo empregador, no conjunto dos recolhimentos previdenciários feitos mensalmente pela empresa”. (A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017, São Paulo, LTr, 2018, p. 155).



Ainda no âmbito de reflexões consequencialistas, 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 aponta 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).

Ante o exposto, CONHEÇO da presente ação direta, CONFIRMO A MEDIDA CAUTELAR e JULGO PROCEDENTE a presente ação, 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.

É o voto.

1 – ARAÚJO, Adriane Reis de. Artigo: A superação da Discriminação, Violência e Assédio Baseado em Gênero no Mercado de Trabalho. Livro: Trabalho, Dignidade e Inclusão Social: estudos em homenagem ao ministro José Luciano de Castilho Pereira. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

REMIR Trabalho. <https://www.observatoriotrabalhistadostf.com/post/melhores-mercados-de-rua-no-orientem%C3%A9dio>

MARTINS DE CARVALHO, Helena; WAGNER DA SILVA GONÇALVES, Nicolle; LEITE DA SILVA SANTANA, Raquel. A Proteção à saúde das trabalhadoras gestantes e lactantes: Uma análise do artigo 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho à luz da Constituição Federal de 1988 e das diretrizes internacionais de proteção ao trabalho humano. *Revista dos Estudantes de*



Direito da UnB: Décima Quinta Edição – Edição Comemorativa dos 30 anos da Constituição Federal, Brasília, n. 15, p. 143 - 162, 2. sem. 2018

ELEUTÉRIO, Júlia Melim Borges. Artigo: Discriminação da mulher nas relações de trabalho e a cultura do machismo. A Mulher e o Direito do Trabalho - Revista Eletrônica do TRT9, v.9, n. 83, mai/2021, págs. 70/76.

AMBROS, Fernanda e GOLDSCHMIDT Rodrigo. Artigo: A INCONSTITUCIONALIDADE DOS INCISOS II E III DO ART. 394-A DA CLT ANTE A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADI N. 5.938 O trabalho da mulher gestante - Revista Eletrônica do TRT9, v.9, n. 99, out-nov/2019, págs. 65/79.

YANNOULAS, Sílvia Cristina. Dossiê: políticas públicas e relações de gênero no mercado de trabalho. Brasília: CFEMEA; FIG/CIDA, 2002, p. 28.



COMISSÃO
ANAMATRA
MULHERES

A ANAMATRA

