

*A proteção à família, à maternidade
e às crianças e aos adolescentes,
no pacto internacional
dos direitos econômicos, sociais
e culturais de 1966*



Marcelo Barbi Gonçalves

Juiz federal substituto da Subseção de Alagoas/AL e
mestrando em Direito Público na UFAL

Resumo: O presente artigo aborda a influência do artigo 10 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Palavras-chave: Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Proteção e assistência à maternidade, família e crianças e adolescentes. Constituição Federal de 1988.

Abstract: *This article analyzes the influence of the article ten from the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights of 1966 in the Brazil Constitution of 1988.*

Keywords: *Economic, Social and Cultural Rights. Protection to the maternity, family and children. International Covenant. Brazil Constitution.*

1. Introdução

O art. 10 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (doravante PIDESC) prevê o dever de os Estados participantes reconhecerem a importância e dar a devida proteção e assistência à família, às mães e às crianças e aos adolescentes.

Nesse pensamento, o Brasil ratificou, em 1992, o citado Pacto, comprometendo-se a tutelar a pessoa humana em sua concretude, ou seja, como ser econômico, social e culturalmente situado, frente ao novo modelo econômico neoliberal que regurgitava pelo mundo.

A Constituição Federal de 1988 consagrou vários direitos, impondo deveres ao Estado a fim de que adotasse todas as medidas necessárias para garanti-los, assim como o fez na legislação infraconstitucional. No entanto, entre os vários direitos

previstos, quais, de fato, se harmonizam perfeitamente com o art. 10 do PIDESC?

2. Considerações iniciais: uma visão do objetivo do pacto internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais de 1966

2.1 Notas introdutórias

Os pactos, ou tratados, existem desde a Antiguidade clássica, sendo consagrados como fonte do Direito Internacional após o Tratado de Paz de Vestfália. O direito dos tratados, como assevera Rezek, é uma parte essencial do Direito das Gentes, uma vez que repousa sobre o consentimento dos povos, sendo certo que até o fim do século XIX os tratados eram concretizados nas formas do direito consuetudinário. Veja-se:

“O direito internacional repousa sobre o consentimento. Os povos – assim compreendidas as comunidades nacionais, e acaso, ao sabor da história, conjuntos ou frações de tais comunidades – propendem, naturalmente, à autodeterminação. Organizam-se, tão cedo quanto podem, sob a forma de Estados, e ingressam numa comunidade internacional carente de organização centralizada. Tais as circunstâncias, é compreensível que os Estados não se subordinem senão ao direito que livremente reconheceram ou construíram”.¹

O conceito de tratado não engendra significativa divergência entre os doutrinadores, pois grande parte concorda que se trata de um acordo formal, escrito e destinado a produzir efeitos entre seus participantes.

Nesse sentido, Carlos Roberto Husek diz que: “*Tratado é o acordo formal concluído entre os sujeitos de Direito Internacional Público destinado a produzir efeitos jurídicos na órbita internacional*”.² Paulo Henrique Gonçalves Portela, por

1 Rezek, José Francisco. *Direito dos Tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 7.

2 HUSEK, Carlos Roberto. *Elementos de Direito Internacional Público*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 125.

sua vez, vai mais além, trazendo o conceito de tratado adotado na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados em 1969:

“O nosso conceito parte da noção fixada pelo artigo 2º, § 1º, ‘a’, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, que estabeleceu que tratado ‘significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja a sua denominação específica’”.³

A doutrina, conforme aduz Portela, elenca um rol com uma série de espécies de tratados, cada qual com denominação adequada a cada situação diferente nas relações internacionais, diante do conteúdo do acordo ou do interesse que se pretende. No entanto, a nomenclatura adotada não influencia o caráter jurídico do instrumento, não havendo nenhuma interferência no conteúdo caso tenha o nome de pacto ou tratado.

Por derradeiro, os tratados não são meras declarações de caráter político e não vinculante. Objetivam, na realidade, produzir efeitos jurídicos, modificativos, extintivos ou constitutivos de obrigações e direitos, possibilitando, ainda, sanções face ao seu descumprimento. Assim se posiciona Rezek:

“A produção de efeitos de direito é essencial ao tratado, que não pode ser visto senão na sua dupla qualidade de *ato jurídico* e de *norma*. O acordo formal entre Estados é o ato jurídico que produz a norma, e que, justamente por produzi-la, desencadeia efeitos de direito, gera obrigações e prerrogativas, caracteriza, enfim, na plenitude de seus dois elementos, o tratado internacional”.⁴

3 PORTELA, Henrique Gonçalves Paulo. Direito Internacional Público e Privado. 3ª ed. Bahia: Juspodivm, 2011, p. 89.

4 Op. cit., p. 72.

2.2 O surgimento do PIDESC

Ao longo da história da humanidade, à medida que o poder de determinados grupos de indivíduos crescia, a desigualdade social começava a medrar na mesma proporção do desenvolvimento econômico, social e cultural dos povos. Com o passar do tempo, as desigualdades sociais se tornaram mais contundentes e socialmente injustas, percepção essa sentida notadamente com o aumento das relações comerciais e a consolidação do capitalismo no fim do séc. XIX.

Mesmo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada em 10 de dezembro de 1948, além de outros tratados substancialmente significativos para a proteção dos indivíduos surgidos após a Primeira e a Segunda Grande Guerra Mundial, era necessária, frente ao modelo econômico neoliberal, a constituição de um instrumento internacional que permitisse ao ser humano gozar não só de seus direitos civis e políticos, mas também dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Assim, em 16 de dezembro de 1966, na Assembleia Geral das Nações Unidas, foi instituído o PIDESC, sendo ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992 e tendo entrado em vigor no país em 06 de julho do mesmo ano pelo Decreto n° 591/92.

2.3 O objetivo do PIDESC

O referido tratado tem por escopo a proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais, devendo os Estados assegurarem o gozo destes aos seus cidadãos, por esforços próprios ou pela cooperação da própria sociedade internacional, utilizando todos os meios econômicos e técnicos possíveis.

Conquanto tais direitos devam ser observados sem qualquer discriminação, mas tendo em vista a situação econômica dos países em desenvolvimento, o tratado prevê que os Estados poderão aplicar os direitos acordados no Pacto de acordo com um eventual quadro de escassez orçamentária, limitando, *v.g.* os direitos dos estrangeiros.⁵

5 Artigo 2º - 1. Cada Estado-parte no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a

O PIDESC consagrou direitos em diferentes áreas, mas intimamente interligados à busca do respeito aos direitos que garantam, sem discriminações, a dignidade de todas as pessoas, através da garantia de direitos laborais, de existência do indivíduo, da saúde, educação e da família.

No âmbito do direito laboral, o tratado consagrou a adoção de medidas estatais voltadas para o desenvolvimento econômico e a formação técnica e profissional dos trabalhadores. Além disso, nessa mesma seara, cristalizou: a liberdade sindical mediante o direito de fundar sindicatos, federações e confederações, tanto nacionais quanto internacionais; condições de emprego justas e favoráveis, incluindo remunerações equitativas que garantam a todos os trabalhadores dignidade; e a proteção das mulheres e das crianças, com um especial destaque à maternidade.

Tratou, ainda, sobre a qualidade de vida do homem, prevendo o direito à alimentação, à vestimenta e à moradia adequadas. No mais, versou sobre a tutela à saúde, bem como a obrigação do Estado de tomar medidas voltadas à diminuição da mortalidade infantil; a busca pelo pleno desenvolvimento da personalidade humana; a promoção do direito à paz e à tolerância entre todos os grupos de indivíduos.

Em face a este manancial de bens tutelados, destaca-se na análise aqueles encampados no art. 10, a saber, o direito à família, às mães durante a maternidade e às crianças e adolescentes.

3. O art. 10 Do pacto no ordenamento jurídico brasileiro

3.1 Da proteção e assistência à família⁶

assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas. 2. Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados se exercerão sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação. 3. Os países em desenvolvimento, levando devidamente em consideração os direitos humanos e a situação econômica nacional, poderão determinar em que medida garantirão os direitos econômicos reconhecidos no presente Pacto àqueles que não sejam seus nacionais.

6 Art. 10 - Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem que: 1 – Uma proteção e uma assistência mais amplas possíveis serão proporcionadas à família, que é núcleo elementar natural e fundamental da sociedade, particularmente com vista à sua formação e no tempo

Ainda que o PIDESC tenha sido ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, à época da concepção da Carta Política de 1988, os constituintes já possuíam o entendimento de que a família era um dos pilares essenciais ao desenvolvimento de um país. O Estado Democrático de Direito não poderia ser construído sem dar a devida importância e zelo a um dos meios de solidificação de uma nação fundamentada na democracia.

Dessa forma, no entendimento dos *Founding Fathers*, a família merecia um destaque especial na nova Constituição, realizando a constitucionalização do instituto familiar e consagrando mecanismos de proteção e assistência à família, especialmente no campo da seguridade social.⁷

Ressalte-se, ainda, no que diz respeito às relações familiares, que nada foi mais adiantado do que a legislação previdenciária, por acolher como legítimos dependentes do segurado aqueles decorrentes de uniões de fato ou de relações não matrimoniais. Nessa linha de intelecção, veja-se:

“Singolarmente inovador, para não dizer revolucionário, é o capítulo da constitucionalização da família, um terreno que no passado estava entregue, quase por inteiro, à livre discricção dos seus integrantes, com destaque para a figura paterna, na condição de chefe e condutor dos que gravitavam a seu redor, não só a esposa e os filhos, mas também aqueles que se relacionavam com ele por vínculos de dependência econômica, o que, tudo somando e guar-

durante o qual ela tem a responsabilidade de criar e educar os filhos. O casamento deve ser livremente consentido pelos futuros esposos.

7 Nesse panorama, merece destaque a legislação previdenciária, que muito antes da Constituição de 1988 e do Código Civil de 2002 — à luz das ideias de união de fato e de dependência econômica — já reconhecera como dependentes do segurado, para fins de proteção social, tanto a sua companheira quanto os filhos havidos com ela. No mesmo sentido, no julgamento do RE 66.347, o STF decidiu que a presunção de legitimidade da esposa, para fins de recebimento de pensão por morte do segurado, não pode ser absoluta, inelutável e invencível à própria realidade, decaindo ela do direito de postular esse benefício — em favor da companheira do segurado — porque ausente o seu maior pressuposto: a dependência econômica daquele de quem de há muito deixara de depender. A esse respeito, ver, entre outros, Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira, *A previdência social brasileira e a sua nova organização*, Rio de Janeiro: Record, 1960, e a coletânea *Legislação Brasileira de Previdência Social* (org. Victor Valerius), 4. ed. Rio de Janeiro: Gráfica Editora Aurora, 1958.

dadas as distâncias, fazia lembrar o pater *familias* do velho Direito Romano, [...] nada foi mais avançado do que a nossa legislação previdenciária, que já nos primórdios foi sincera com as uniões de fato, acolhendo como legítimos dependentes do segurado – para dispensar-lhes a necessária proteção social –, tanto a sua companheira quanto os filhos havidos dessa relação não matrimonial”.⁸

De relevo sublinhar que a Constituição de 1988 coloca os valores familiares como limite à liberdade de programação de rádios e da televisão, conforme se encontra previsto no art. 221 da Carta Política.⁹ Dessa forma, é possível perceber a importância da família no contexto do constituinte.

A Constituição Federal, não obstante o explanado, constitucionalizou os mecanismos de proteção à família especialmente nos arts. 226 ao 230, além da criança, do adolescente e do idoso, todos com a sua devida importância para a família e para o desenvolvimento do Estado.

O art. 226 da Constituição de 1988 estabelece que “*a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado*”, revelando a proteção do instituto familiar pelo Estado, além de cristalizar a importância da mesma para a sociedade. No § 3º do mesmo dispositivo, reconhece-se “*a união estável entre o homem e a mulher como uma das entidades familiares, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento*” para fins de proteção do Estado. Isso revela um pensamento muito avançado dos constituintes, tendo em vista que no ordenamento jurídico brasileiro a união estável não era legalizada, negando-se direitos pertinentes aos companheiros por não serem reconhecidos como uma entidade familiar.

O Código Civil traz, em seu art. 1.723, um conceito bem mais aprofundado de

8 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1425 ss.

9 Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

união estável, expondo seus requisitos e ratificando que essa união é uma entidade familiar nos termos da Carta Política: *“É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”*.

Hodiernamente, diante do enquadramento da união estável como uma entidade familiar, os direitos que são originados de um casamento são estendidos aos companheiros. Como exemplo, tem-se os dependentes da primeira classe do Regime Geral da Previdência Social – RGPS, nos termos do art. 16 da Lei nº 8.213/91: *“o cônjuge, o companheiro, a companheira”*.

Além dessas entidades, a Constituição Federal consagrou como entidade familiar aquela monoparental/unilinear, a qual compreende a formação de uma família por um dos pais e seus descendentes, conforme se depreende da simples leitura do § 4º do art. 226 da Constituição Federal: *“Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”*.

Em 2012, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 687432/MG, reconheceu que a união entre pessoas do mesmo sexo merece a aplicação das mesmas regras e consequências lógicas legítimas para a união heteroafetiva. Entendeu a Suprema Corte que os homossexuais têm o direito constitucional de ter a sua união estável reconhecida como um instituto familiar, devendo receber igual proteção político-administrativo, legal e social.

Acrescentou-se, ademais, que o instituto familiar originado da união homoafetiva não pode sofrer nenhum tipo de discriminação, sendo-lhes devidos os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações inerentes às entidades familiares formadas pelo sexo distinto. Veja-se, neste diapasão, o seguinte excerto de lavra do ministro Luiz Fux:

[...] “Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desigale as pessoas em razão de sua orientação sexual.

(...) A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas”.

Continuando os mecanismos de defesa da família, a Constituição, no § 8º do art. 226, estabeleceu que o Estado deverá garantir assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

O ordenamento jurídico possui mecanismos de proteção tanto da mulher, da criança e do idoso. Hoje, tem-se: a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), que traz uma especial proteção da mulher em casos de violência doméstica; o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei 8.069/90), o qual busca a proteção efetiva da criança e do adolescente nos planos laboral, civil e penal; o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03), protegendo o idoso do descaso pelas famílias e sociedade, especialmente. Além desses, existem outros mecanismos presentes na legislação brasileira que têm como fim proteger a família e os indivíduos que a formam, dando-lhes a devida assistência e proteção.

Também é constitucionalmente prevista a igualdade entre os cônjuges, ditando que na sociedade conjugal os direitos e os deveres inerentes a mesma são exercidos de forma igual tanto pela mulher quanto pelo homem, nos termos do art. 226 § 5º da CF, extinguindo o instituto do pater familias. No mais, o artigo 1.513 do Código Civil, como forma de proteção, diz que: “*É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família*”.

Por fim, concretizando o reconhecimento aos direitos de proteção e assistência à família previstos no art. 10 do Pacto em exame, no artigo 226, §§ 1º e 2º, da Carta de 1988, estão insculpidos a gratuidade da celebração do casamento e o reconhecimento dos efeitos civis, nos termos da lei, do casamento no religioso.

3.2 Da proteção e assistência à maternidade¹⁰

O objetivo de um Estado Democrático de Direito é construir uma sociedade fundamentada na isonomia entre os seus indivíduos, devendo-se garantir a igualdade de tratamento com todos os direitos e obrigações devidos respectivamente a cada um pertencente ao Estado.

Nesse sentido, o Direito Internacional está fundado na igualdade entre os povos e todos que os constituem. No entanto, existem direitos que foram pactuados pelos Estados para garantir especial tratamento em relação às mulheres que passam pelo período de gestação e depois do nascimento de seus filhos, pelo tempo suficiente para garantir os cuidados necessários desses.

Assim, o próprio Pacto buscou garantir uma proteção tanto às mulheres no período da maternidade quanto às crianças e aos adolescentes, demonstrando que para ser alcançada a igualdade é necessário, em certos casos, haver a desigualdade.

3.2.1 A legitimidade dos tratamentos especiais a determinados grupos pela Constituição Federal de 1988

É cediço que o ordenamento jurídico brasileiro encampa tratamento jurídico díspare face às desigualdades de fato de cada indivíduo. É nesse sentido que deve ser lido o artigo 193, o qual busca promover a igualdade de oportunidades àqueles que sofreram discriminação durante toda a sua existência.

Para proteger os referidos grupos existem instrumentos, tais como o Estatuto da Igualdade Racial (Lei 12.288/10), o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03), entre outros vocacionados à tutela de setores estigmatizados pela sociedade, com o deliberado escopo de igualá-los em nível de oportunidades aos demais grupos sociais.

As medidas que são tomadas para o cumprimento da justiça social e da igualdade de oportunidades são idôneas ao regime adotado pelo Estado brasileiro, um Estado Democrático de Direito, bem como às especiais formas de proteção da mulher e de outros grupos. Assim define o regime adotado José Afonso da Silva:

10 2. Deve-se conceder proteção às mães por um período de tempo razoável antes e depois do parto. Durante esse período, deve-se conceder às mães que trabalhem licença remunerada ou licença acompanhada de benefícios previdenciários adequados.

“A democracia, como realização de valores (igualdade, liberdade e dignidade da pessoa) de convivência humana, é conceito mais abrangente do que o Estado de Direito, que surgiu como expressão jurídica democrática liberal. A superação do liberalismo colocou em debate a sintonia entre o Estado de Direito e a sociedade democrática. A evolução desvendou sua insuficiência e produziu o conceito de Estado Social de Direito, nem sempre de conteúdo democrático. Chega-se agora ao Estado Democrático de Direito que a Constituição acolhe no art. 1º como um conceito-chave do regime adotado [...] O Estado Democrático de Direito reúne os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, não como simples reunião formal dos respectivos elementos, porque, em verdade, revela um conceito novo que os supera, na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação em status quo. Para compreendê-lo, no entanto, teremos que passar em revista a evolução e as características de seus elementos componentes, para, no final, chegarmos ao conceito síntese e seu real significado”.¹¹

Alguns dos dispositivos da Magna Carta brasileira revelam o regime de especial tratamento a ser adotado em face de alguns grupos sociais mais desfavorecidos. Os fundamentos e os objetivos do Brasil consubstanciam-se na busca por uma sociedade justa, em que a dignidade da pessoa humana se encontra em primeiro lugar, com base sempre no princípio aristotélico da isonomia.

Para ser possível atingir o escopo sonhado pelos constituintes de uma justiça social, é necessária a discriminação positiva, sendo o agente promotor dessa o Estado. Em suma, não é a disparidade de tratamento vedada pela Constituição, senão autorizada pela própria Carta Política.

11 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 112.

Essa discriminação ocorre através de medidas estatais voltadas a certos grupos sociais desfavorecidos com a função de igualá-los aos demais. O Estado discrimina, mas não busca prejudicar e sim auxiliar aqueles que sofrem pela disparidade de oportunidades e protegê-los de circunstâncias prejudiciais.

Tem-se como exemplo de algumas dessas ações a Lei Maria da Penha (Lei 11.340), que protege as mulheres que sofrem agressões de seus companheiros no âmbito doméstico e familiar, bem como as formas de proteção da mulher no mercado de trabalho estabelecido pela Constituição Federal e pela Consolidação das Leis Trabalhistas.

3.2.2 Das proteções às mães por um período de tempo razoável antes e depois do parto e dos benefícios previdenciários adequados

A Constituição Federal, no art. 7º, XX adjudicou proteção específica ao mercado de trabalho da mulher, dispondo que, entre outros direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, deverá, nos termos da lei, ser dada especial proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos.

Nesse mesmo sentido, com a mesma visão dos sujeitos participantes do Pacto, o constituinte disponibilizou vários mecanismos de proteção à maternidade, tendo grande reflexo na legislação infraconstitucional.

A CF/88, no seu art. 10, II, “b”, dos Atos de Disposições Constitucionais Transitórias, protege a mãe gestante com a proibição de dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto. No art. 7º, inciso XVIII, estabelece a licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de 120 (cento e vinte dias). Uma inovação constitucional que ampliou a antiga licença de 90 (noventa) dias.

Nesse diapasão, a legislação infraconstitucional, a CLT, no art. 392, e a Lei do Regime Geral da Previdência Social (Lei 8.213/91), no art. 71, preveem que a empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do salário e do emprego. Ainda, na CLT, nos §§ 1º e 2º do dispositivo já citado, estabelece que a empregada gestante poderá se afastar entre o 28º dia antes do parto até a ocorrência desse, podendo ser aumentado de 2 (duas) semanas os períodos de repouso antes e depois do parto.

À gestante é garantida, sem prejuízo do salário e demais direitos, nos termos do

art. 392, §4º, I e II, da CLT, a transferência de função nos casos em que as condições de saúde o exigirem, assegurada a retomada da função anteriormente exercida, logo após o retorno ao trabalho, bem como a dispensa no horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, 6 consultas médicas e demais exames complementares.

Após o nascimento, para garantir os devidos cuidados com o bebê, a CLT impõe às empresas o dever de garantirem um espaço para que as mães possam cuidar dos filhos de colo. O art. 400 impõe que os locais destinados à guarda dos filhos das operárias, durante o período de amamentação, deverão conter, no mínimo, um berçário, uma saleta de amamentação, uma cozinha dietética e uma instalação sanitária.

O art. 389, por sua vez, nos §§ 2º e 3º, atribui o dever de as empresas instalarem local apropriado onde seja permitido às empregadas guardarem sob a vigilância e a assistência seus filhos no período de amamentação, nos estabelecimentos em que trabalharem, pelo menos, 30 (trinta) mulheres com mais de 16 (dezesesseis) anos, podendo ser suprido por creches distritais mantidas diretamente pelo empregador ou por convênio com outras entidades.

Além desses mecanismos, a CLT prever formas de garantia do emprego da gestante, consagrando, no art. 391, que a gravidez não constitui justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho da mulher, bem como veda que haja regulamentos de qualquer natureza restringindo os seus direitos em decorrência desse estado. Nesse mesmo sentido, prevê o art. 391-A, incluído em 2013 pelo legislador, após a pacificação jurisprudencial¹² e doutrinária, a estabilidade provisória da gestante, nos termos do art. 10, II, “b” do ADCT, durante o prazo do aviso-prévio trabalhado ou indenizado, principalmente nos contratos de emprego por tempo determinado.

Há que se destacar, também, que a CF/88 consagrou, no campo previdenciário,

12 Súmula do TST nº 244 - GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012 - DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, “b” do ADCT). II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade. 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.

o dever de proteger a maternidade, especialmente a gestante, garantindo-lhe assistência por meio da Previdência Social.

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: [...] II - *proteção à maternidade, especialmente à gestante;*

Dessa forma, o RGPS garantiu o salário-maternidade às gestantes, sendo devido quando o parto ocorrer a partir do 6º mês ou na 23ª semana de gestação, adoção de crianças, guarda judicial de crianças para fins de adoção e em casos de aborto não criminoso.

Ressalta-se, também, como um dos mecanismos de proteção da maternidade pelo ordenamento jurídico brasileiro baseado nos termos do pacto, a Lei 11.770/08, que instituiu o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar o prazo de licença-maternidade por mais 60 (sessenta) dias.

Essa prorrogação, a título de informação, será garantida à empregada da pessoa jurídica que aderir ao referido programa, devendo ser requerida a prorrogação pela gestante até o fim do primeiro mês após o parto.

Durante esse novo período, a empregada terá direito, nos termos do art. 3º da referida lei, à sua remuneração integral, da mesma forma que os devidos no período de percepção do salário-maternidade, sendo que será pago diretamente pelo empregador e não pela Previdência Social.

3.3 Da proteção e assistência às crianças e aos adolescentes¹³

O constituinte de 1988, na mesma toada do Pacto, consolidou no *caput* do art.

13 3. Devem-se adotar medidas especiais de proteção e de assistência em prol de todas as crianças e os adolescentes, sem distinção por motivo de filiação ou qualquer outra condição. Devem-se proteger as crianças e os adolescentes contra a exploração econômica e social. O emprego de crianças e adolescentes em trabalhos que lhes sejam nocivos à saúde ou que lhes façam correr perigo de vida, ou ainda que lhes venham a prejudicar o desenvolvimento normal, será punido por lei. Os Estados devem também estabelecer limites de idade sob os quais fique proibido e punido por lei o emprego assalariado da mão de obra infantil.

227 da CF/88 que é dever da família, da sociedade e do Estado garantir à criança, ao adolescente e ao jovem,¹⁴ 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 sempre garantir a segurança deles de todas as formas de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O Tratado, no item 3 do seu art. 10, na parte inicial, revela que os Estados reconhecem que todas as crianças e os adolescentes merecem os mesmos direitos e garantias sem discriminações, salvo em nome do princípio isonômico.

Nesse raciocínio, a CF/88 estabeleceu, no § 6º do art. 227, que os filhos, havidos ou não no casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Bem traduz esse artigo Inocêncio Mártires Coelho:

“Quanto à pessoa dos filhos, é igualmente digna de louvor a determinação constitucional no sentido de que, havidos ou não dentro do casamento, ou por adoção, terão eles os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.¹⁵

Outra forma de proteção constitucional das crianças e dos adolescentes foi o dever da criação de um estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens, e a articulação de um plano nacional da juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução das políticas públicas voltadas para as crianças e os adolescentes.

Com base nos princípios do Pacto e da Convenção dos Direitos da Criança de 1989, ratificado pelo Brasil em 1990, foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei 8.069/90), norteado na Doutrina da Proteção Integral, essa estabelecendo o dever do Estado, da sociedade e da família de tomarem os

14 O termo jovem não estava presente na redação original do texto da Carta Política, sendo acrescentada em 2010 pela Emenda Constitucional n° 65.

15 Op. cit., p. 1.426.

devidos cuidados dos menores de forma absoluta, conforme já foi anteriormente estabelecido pelo Poder Constituinte no art. 227, dando-se assistência e proteção necessárias para as crianças e os adolescentes.

Valter Kenji Ishida leciona que o ECA, com base na Doutrina da Proteção Integral, busca garantir todos os direitos especiais e específicos de todas as crianças e os adolescentes, além de dar especial proteção a elas. É uma forma de efetivação de todos os direitos fundamentais da criança e do adolescente e proteção, sem discriminação, garantindo-se os preceitos do pacto. Veja:

“Segundo a doutrina, o Estatuto da Criança e do Adolescente perfilha a ‘doutrina da proteção integral’, baseada no reconhecimento de direitos especiais e específicos de todas as crianças e adolescentes. Foi anteriormente prevista no texto constitucional, no art. 227, instituindo a chamada prioridade absoluta. Constitui, portanto, em uma nova forma de pensar, com o escopo de efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. A CF, em seu art. 227, afastou a doutrina da situação irregular e passou a assegurar direitos fundamentais à criança e ao adolescente. Tratou na verdade de uma alteração de modelos ou de forma de atuação. A doutrina da situação irregular limitava-se basicamente a 3 (três) matérias: (1) menor carente; (2) menor abandonado; (3) diversões públicas”.¹⁶

No campo laboral, tanto a CLT quanto o ECA estabelecem situações de proteção, cuidados e vedações com os menores nas relações de emprego, dentro da visão do item 3 do artigo 10º do pacto:

“Devem-se proteger as crianças e adolescentes contra a exploração econômica e social. O emprego de crianças e adolescentes em trabalhos que lhes sejam nocivos à saú-

16 ISHIDA, Valter Kane. Estatuto da Criança e do Adolescente. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 1.

de ou que lhes façam correr perigo de vida, ou ainda que lhes venham a prejudicar o desenvolvimento normal, será punido por lei. Os Estados devem também estabelecer limites de idade sob os quais fique proibido e punido por lei o emprego assalariado da mão-de-obra infantil”.

A CF/88, como as citadas legislações pertinentes, estabeleceu o mecanismo inicial de proteção ao trabalho do menor e definiu a idade de início do trabalho e as vedações. No art. 7º, XXXIII, está a proibição do trabalho noturno, perigoso ou insalubre ao menor de 18 anos e de qualquer trabalho ao menor de 16 anos, ressalvado a partir de 14 anos na condição de aprendiz.

Na CLT, o trabalho do menor não poderá ser realizado em locais prejudiciais à sua formação, ao desenvolvimento físico, psíquico, moral e social e em horários e locais que não permitam a frequência à escola, nos termos do art. 403. Ainda, nos arts. 405, 407, prever que dependerá de prévia autorização do juiz o trabalho realizado nas ruas, praças e outros logradouros, sendo que o mesmo deverá verificar se o trabalho é indispensável à subsistência do menor ou de seus pais, avós ou irmãos, sem, em qualquer caso, prejuízo à sua formação moral. Caso seja verificado que o trabalho é prejudicial à saúde, ao desenvolvimento físico ou moral, poderá a autoridade competente obrigar o menor a sair da ocupação ou fazer com que o empregador o mude de função.

4. Conclusão

O constituinte de 1988, antes mesmo de o Estado brasileiro ratificar o pacto e dar-lhe vigência, já tinha consciência da imperiosa necessidade de dar especial proteção e assistência à família, às mães, antes e depois do parto, e às crianças e aos adolescentes.

Destarte, as inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988, após um longo período de tempo de regime ditatorial, revelam que o Brasil reconheceu e abraçou os ideais do PIDESC, em especial o art. 10 desse, antes mesmo de sua adesão em 1992.

O Pacto consagrou a proteção a diversos direitos que possuem reflexos nos

campos social, econômico e cultural. Os direitos que foram expostos mostram que o legislador brasileiro, em respeito tanto à CF/88 quanto ao Pacto, cumpriu com a missão, imposta pelo referido tratado, de dar a devida proteção e assistência à família, às mães durante o período da maternidade e às crianças e aos adolescentes.

Sem sombra de dúvida, o Brasil consagra no plano do dever-ser os direitos consagrados no art. 10 do Pacto, em especial nos âmbitos laboral, civil, previdenciário, entre outros, previstos os direitos e as garantias fundamentais para os grupos referidos no tratado.

Não obstante isso, são notórias as dificuldades para a aplicação da legislação. Muitas decorrem da falta de estrutura, corrupção, fraude e do sentimento ego-cêntrico em prejuízo da coletividade. No entanto, no campo teórico, é importante exaltar todas as inovações trazidas e reconhecer que o Brasil está caminhando de acordo com os fins que garantem a dignidade da pessoa humana.

4. Referências Bibliográficas

HUSEK, Carlos Roberto. *Elementos de Direito Internacional Público*. São Paulo: Malheiros, 1995.

ISHIDA, Valter Kane. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. 12^a ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PORTELA, Henrique Gonçalves Paulo. *Direito Internacional Público e Privado*. 3^a ed. Bahia: Juspodivm, 2011.

REZEK, José Francisco. *Direito dos Tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35^a ed. São Paulo: Malheiros, 2012.