

A PROTEÇÃO DA IGUALDADE DE GÊNERO NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL E INTERNACIONAL E OS MECANISMOS ASSEGURATÓRIOS

Maria da Glória Malta Rodrigues Neiva de Lima^(*)

SUMÁRIO: Resumo. 1 Introdução. 2 O direito de igualdade de gênero nas constituições brasileiras 2.1 O desenvolvimento do conceito de igualdade nas constituições brasileiras. 2.2 Os fundamentos constitucionais e infraconstitucionais da proteção à igualdade. 3 Discriminação 3.1 Conceitos de discriminação. 3.2 Os modos de discriminação possíveis ocorridos à trabalhadora mulher. 4 A proteção legal do trabalho da mulher. 3.1 Os modelos legais de combate à discriminação e as ações afirmativas pertinentes. 3.2 O tratamento no ordenamento internacional de combate à discriminação 4 Conclusão 5 Referências.

RESUMO: Iniciando com uma abordagem sobre o direito de igualdade de gênero, passa-se ao exame do desenvolvimento de seu conceito nas Constituições brasileiras. A partir deste embasamento, procura-se abordar os fundamentos constitucionais e infraconstitucionais da proteção à igualdade. Posteriormente, há explanação sobre o conceito de discriminação, os modelos legais de combate,

^(*) Servidora Pública Federal, graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná, especialista em Direito do Trabalho pela UNIBRASIL, Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA

especificamente, as ações afirmativas e o tratamento no ordenamento internacional de combate à discriminação.

Palavras chave: Direito de igualdade. Discriminação. Ações afirmativas.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo procura abordar os conceitos do direito de igualdade nas constituições brasileiras; investigando os fundamentos de proteção à igualdade. Aborda-se, posteriormente, a discriminação propriamente dita, suas manifestações e os modelos de combate à discriminação, especificamente as ações afirmativas.

2 DIREITO DE IGUALDADE DE GÊNERO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A igualdade entre os seres humanos tem sido perseguida ao longo da História, servindo de origem e inspiração para muitas revoluções, como a Americana, ocorrida na segunda década dos anos de 1700 e a Revolução Francesa. No entanto, os princípios de liberdade, igualdade e fraternidade, inspirados em pensadores como Rousseau, precursor da ideologia democrática, atingiram caráter mais universal e culminaram por sensibilizar o mundo ocidental, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (HOLANDA, 1972). Referida declaração serviu de inspiração para vários movimentos sociais surgidos em diversas sociedades e culturas, que passaram a lutar pela igualdade. Esses movimentos resultaram na criação de textos legais, e os preceitos da Declaração passaram a constar de constituições, como a brasileira de 1988.

2.1 O Desenvolvimento do Conceito do Direito de Igualdade nas Constituições Brasileiras

De acordo com SOARES FILHO (2009), é muito difícil promover a igualdade numa sociedade desigual. No entanto, o ideal da igualdade permeia todos os seres, como uma força humanista, fazendo parte dos direitos fundamentais. MORAES (2003, p. 19) a propósito, assim entende:

Os direitos humanos fundamentais, em sua concepção atualmente conhecida, surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosófico-jurídicos, das idéias surgidas com o cristianismo e com o direito natural.

Essas idéias encontravam um ponto fundamental em comum, a necessidade de *limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo.*

Os direitos humanos compreendem também, como explicados por BRITO FILHO (2002, p. 20):

[...] o conjunto de direitos e garantias conferidos à pessoa humana enquanto

indivíduo, coletividade e gênero, oponíveis e exigíveis contra o Estado e outras pessoas, visando a igualdade, o respeito à dignidade e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento de todos.

A igualdade insere-se ainda no direito à vida e à propriedade, e assume relevante importância entre os direitos humanos de primeira dimensão, colocando-se ao lado do direito à liberdade, como bem esclarece SARLET (2009). Para este doutrinador, somente no século XX, mais especificamente no período posterior a Primeira Grande Guerra, os direitos humanos foram consagrados em grande número nos textos constitucionais diversos, além de serem objeto de pactos internacionais. Assim, o valor da igualdade posiciona-se ao lado do valor liberdade. O entendimento de COMPARATO (2001, p. 1) sobre a igualdade entre os indivíduos não difere em grau de relevância, vejamos:

O que se conta, [...] é a parte mais bela e importante de toda a História: a revelação de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. É o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais.

A inclusão desse princípio nas diferentes constituições é considerada grande avanço histórico. Segundo PIOVESAN (1998, p. 127),

[...] a igualdade formal se reduz à fórmula de que 'todos são iguais perante a lei'. O que significou um decisivo avanço histórico decorrente das modernas Declarações de Direitos do final do século XVIII. Nesse momento histórico, as chamadas modernas Declarações de Direitos – destaquem-se a Declaração francesa de 1789 e Declaração americana de 1776 – consagravam a ótica contratualista liberal, pela qual os direitos humanos se reduziam aos direitos à liberdade, segurança e propriedade, complementados pela resistência à opressão.

As constituições brasileiras, desde a imperial, de 1824, dispõem sobre o princípio da igualdade. A primeira Constituição brasileira, de 25 de março de 1824¹, inspirada no liberalismo, assim dispôs:

A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, quer tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade,

¹ Disponível em: <
www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>.
Acesso em: 11 ago.2009.

é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. (...) XIII. A lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um” (art .179, inciso XIII).

Com o advento da república, nova ordem constitucional se instalou no país e o texto da Constituição de 1891 passou a dispor:

A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho (art. 72, § 2º)².

Essa Carta Magna assegurou o princípio da igualdade, sem privilégios relativos à nobreza. No entanto, omitiu-se quanto ao tratamento igual entre gêneros, em especial em relação à mulher.

²Disponível

em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm
Acesso em: 11. ago. 2009.

Em 1934 foi promulgada a segunda Constituição republicana, em que, a propósito do princípio da igualdade, dispôs:

Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas (art. 113, 1)³.

Ressalta LIMA (2006, p. 67) que “contrariamente ao texto constitucional de 1891, de índole puramente liberal-formal neste particular, o texto de 1934 lança bases jurídicas contra atitudes discriminatórias enumerando vários fatores proibidos para atitudes discriminatórias, com evidente preocupação nesse sentido”. Com referência a essa Constituição, BARROS (1995, p. 410), articula que ela

[...] assegurava a igualdade de salário entre homens e mulheres e proibia o trabalho destas últimas em condições insalubre, preconizava a assistência médica e sanitária à gestante, garantindo-lhe um descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, preceitos estes já consagrados no Decreto n. 21.417-A, de 1932.

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

³Disponívelem:

<www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>.

Acesso em: 11. ago. 2009.

empregador e do próprio empregado, bem como assegurou o direito de voto nos casos em que exercesse função pública remunerada.

A Constituição de 1937 contemplou o preceito da igualdade formal⁴. Contudo, retirou a proibição de diferença de salário por motivo de sexo. E neste aspecto, ressalta ainda BARROS (1995, p. 411):

E diante dessa omissão, publicou-se o Decreto-Lei n. 2.548, de agosto de 1940, que estabeleceu a possibilidade de as mulheres perceberem salários inferiores após dos homens, autorizando uma redução de 10% em prejuízo daquelas.

Naquele Diploma Constitucional permaneceu a proibição do trabalho da mulher em locais insalubres, o período de descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário, mas sem se referir à garantia de emprego, assegurada pela Constituição de 1934. Sobre o tema CALIL (2000, p. 34), a propósito, pondera:

A Constituição de 1934 abandona os velhos ideais do Liberalismo e abraça uma tendência social-democrática. Seu modelo é a Constituição da República de Weimar, e em seu bojo temos a

⁴ Art. 122. A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 1º) Todos são iguais perante à lei. FONTE: BRASIL. Constituição federal de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

Acesso em: 2.jun.2010.

cristalização de muitos direitos trabalhistas que já vinham sendo paulatinamente garantidos nas legislações infraconstitucionais, as normas de proteção ao trabalhador pela primeira vez na história das Constituições no Brasil vinham reunidas em um capítulo referente à ordem social e econômica. Basicamente, as garantias contidas nesse texto constitucional eram: jornada diária de 8 horas, descanso semanal, férias anuais remuneradas, igualdade de salário entre homens e mulheres, proibição de trabalho feminino em atividades insalubres, assistência médica e sanitária à gestante, salário – maternidade e licença-maternidade.

Já a Carta de 37 foi fruto de um golpe de Estado promovido pelo então Presidente Getúlio Vargas, que instituiu o Estado Novo. Assim, após dissolver o Congresso Nacional, outorgou a Nova Constituição, que ficou conhecida como ‘Polaca’, dada sua similaridade com a Constituição polonesa, e que, como aquela, conferia poderes ditatoriais ao Presidente da República. Há duas notas importantes a se fazer sobre essa Carta: omitiu a garantia de emprego à gestante e não prestigiou a isonomia salarial entre homens e mulheres, muito embora

trouxesse o princípio da igualdade de todos perante a lei.

Tal omissão permitiu que em 1940 o Decreto-lei n. 2.548 preconizasse a possibilidade de as mulheres perceberem salários até 10% menores do que os pagos aos homens.

Na Constituição que se seguiu, de 1946, permaneceu com dispositivo bastante amplo sobre o princípio da igualdade: “Todos são iguais perante a lei” (art. 141, § 1º, da Constituição de 1946). No entanto, proibiu a diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de sexo, idade, nacionalidade ou estado civil, conforme também preceituava a Constituição de 1934. Também fez retornar a garantia de emprego nos casos de afastamento da mulher e no retorno da licença-maternidade. GOSDAL (2003, p. 145-146) observa, ainda a respeito da Constituição de 1946:

A Constituição de 1946 trouxe importantes medidas para os trabalhadores em geral, mas nenhuma inovação no tocante ao trabalho da mulher. O texto relativo ao princípio da igualdade constante da Constituição de 1937 foi mantido pela de 1946, nos mesmos termos.

Com o advento da Constituição de 1967, o direito de igualdade passou a ter o seguinte tratamento: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça

será punido pela lei” (art. 150⁵). CARLOS (2004, p. 39), ao comentar esse texto constitucional, ressalta que “A Carta Magna de 1967 manteve, entre os direitos e garantias fundamentais do ser humano, a igualdade entre todos (...)”. MANDALOZZO (1996, p. 30), chama a atenção para o art. 158 (texto emendado em 1969), que assegurou aos trabalhadores direitos, estabelecendo proibição de “... diferença de salários e de critérios de admissões por motivo de sexo, cor e estado civil”. A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, promoveu profundas alterações sobre a Constituição de 1967 e a propósito desse direito, assegurou: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça” (art. 153, § 1º ⁶). Essa emenda proibiu a diferenciação de salários e critérios de admissão por motivo de sexo, cor ou estado civil. A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 proibiam diferenças de salário por motivo de sexo ou estado civil e o trabalho da mulher em condições insalubres. As novidades desses diplomas legais, como salientado por BARROS (1995, p. 411), referem-se à proibição da diferença de critérios de admissão por motivo de sexo, cor e estado civil, bem como o reconhecimento do direito à aposentadoria para a mulher aos trinta anos.

A ordem constitucional brasileira, por fim, recebeu a Constituição de 1988, promulgada em 05 de outubro. A garantia de igualdade restou assim disciplinada:

⁵disponível em:
<www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>.
Acesso em: 11.ago.2009.

⁶ Disponível em:
<www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc69.htm>. Acesso em: 11. ago. 2009.

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição (art. 5^o7).

Com essa Constituição sedimentou-se o entendimento de que os homens e as mulheres são iguais em direitos e obrigações, pois a Carta Magna proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, estado civil, idade e cor.

Importante lembrar que a liberdade é considerada pública e, portanto, a obrigação de respeitá-la é imposta pelo Estado. Percebe-se que não há diferença, na Lei, entre a liberdade do homem e a liberdade da mulher (SIMÓN, 2000).

De acordo com MARTINS (1996, p. 68) o inciso XX, do art. 7^o, dessa Constituição, “... ao versar sobre a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, já está tratando de uma forma indireta de não haver discriminação quanto ao seu trabalho”.

A nova Constituição trouxe diversas inovações, como a garantia de emprego à empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, vedando a sua dispensa arbitrária ou sem justa causa nesse período (art. 10, alínea ‘b’ do Ato das Disposições

⁷ Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 11.ago.2009.

Constitucionais Transitórias). Estabeleceu o direito à licença paternidade de cinco dias (art. 7º, inciso XIX), bem como a assistência gratuita aos filhos e dependentes do trabalhador, desde o nascimento até os seis anos de idade, em creches e pré-escolas (inciso XXV do art. 7º). Da análise desses dispositivos, observa-se que houve grande preocupação sobre o *status* social e jurídico da mulher, já com o advento da Constituição de 1934. No entanto, a situação política pela qual o país atravessou, influenciou para que houvesse retrocesso à igualdade até então conquistada, o que ocorreu de forma sutil com a Constituição de 1937, e foi reproduzido com a Constituição de 1946. Com a Constituição de 1967, estabilizou-se a ideia de igualdade jurídica entre homens e mulheres, o que se consolidou definitivamente com a de 1988. Nesta Carta Magna, ainda vigente, encontra-se verdadeira revolução quanto aos direitos de igualdade, o que pode ser constatado em diversos artigos, a saber:

Art. 7º, XVIII – licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias.

Art. 183 – Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

Art. 189 – Os beneficiários da distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária receberão títulos de domínio ou de concessão de uso, inegociáveis pelo prazo de dez anos.

Parágrafo único. O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil, nos termos e condições previstos em lei.

Art. 201, V – pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido o disposto no § 5º e no art. 202.

Art. 226, § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher⁸.

Esses dispositivos da Constituição de 1988 afetaram, logicamente, também vários preceitos do anterior Código Civil de 1916, que foram revogados pois contrários à ideia de igualdade jurídica do homem e da mulher, tais como os arts.

⁸

Disponível em:
<www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.
Acesso em: 11. ago. 2009.

233⁹ e 254¹⁰ do Código Civil (Lei nº 10.406, de 1º de janeiro de 2002, DOU de 11.01.2002), que tratavam dos direitos e deveres do marido e da mulher, exceto o art. 235¹¹ (combinado com o art. 242, I, e com os artigos que tratam do suprimento judicial do consentimento do outro cônjuge), porque comum a ambos. CALIL (2000, p. 59), ao analisar as modificações introduzidas pela nova Constituição, argumenta:

A Constituição Federal de 05 de outubro de 1988 primou por assegurar a igualdade entre homens e mulheres, apenas diferenciando onde a desigualdade se faz patente, como é o caso da maternidade. Assim, caíram proibições absurdas como a que

⁹ Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251). Compete-lhe: I – a representação legal da família; II – a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto ante-nupcial (arts. 178 § 9º - Inc. 1, c, 274, 289 – Inc. 1 e 311); III – o direito de fixar o domicílio da família, ressalvada a possibilidade de recorrer à mulher ao juiz, no caso de deliberação que a prejudique; IV – prover a manutenção da família, guardadas as disposições dos arts. 275 e 277 (Lei 3071 de 1º de janeiro de 1916).

¹⁰ Art. 254. Qualquer que seja o regime do casamento, os bens de ambos os cônjuges ficam obrigados igualmente pelos atos que a mulher praticar na conformidade do art. 247 (Lei 3071 de 1º de janeiro de 1916).

¹¹ Art. 235. O marido não pode, sem consentimento da mulher, qualquer que seja o regime de bens: I – alienar, hipotecar ou gravar de ônus real os bens imóveis, ou direitos reais sobre imóveis alheios; II – pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens e direitos; III – prestar fiança; IV – fazer doações, não sendo remuneratória ou de pequeno valor, com os bens ou rendimentos comuns. Disponível em: <www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/11/2002/10406.htm>. Acesso em: 11. ago. 2009.

impedia o trabalho noturno da mulher, na época do advento da Constituição Federal, já comportava tantas exceções que só persistia o veto do trabalho noturno das operárias.

Da mesma forma, ARAÚJO (2000, p. 74) defende essa Constituição ao dizer que ela:

[...] cuidou de garantir o direito à igualdade de forma ampla. Resguardou o princípio isonômico, quer em seu aspecto formal, quer em seu aspecto material. Quanto a este, cuidou de, por diversas oportunidades, garantir aqueles que necessitavam de proteção especial, trançando diretrizes reveladas através de uma política governamental de apoio, quer em relação à garantia de situações privilegiadas, decorrentes da ausência de igualdades, quer em relação a determinadas prerrogativas que seriam indispensáveis para certas tarefas constitucionais.

Segundo LIMA (2006, p. 73), o Constituinte de 1988 se preocupou em assegurar uma “... igualdade social com ampla igualdade de oportunidades e não somente a formal como em Constituições anteriores, visando a suprimir as desigualdades sócio-econômicas mediante uma série de políticas e incumbências determinadas ao Estado brasileiro”. A preocupação do legislador foi de assegurar o princípio da igualdade desenvolvendo sua amplitude com o

objetivo de proteger os cidadãos contra práticas discriminatórias em relação ao gênero. O propósito é resguardar direitos consagrados na Carta Magna, em especial o da dignidade da pessoa humana e o da igualdade de direitos.

2.2 Os Fundamentos Constitucionais e Infraconstitucionais da Proteção à Igualdade

O princípio de igualdade deve ser entendido, de início, como integrante do conjunto dos direitos sociais do homem. Segundo BONAVIDES (apud SIMÓN, 2000, p. 47), esse princípio faz parte dos

[...] direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se pode separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.

O ordenamento jurídico pátrio, desde a Constituição de 08 de março de 1824, estabelece, como regra geral, a igualdade de todos perante a lei. Com essa postura, elevou a dignidade humana à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito.

O dilema de que todos são iguais perante a lei, não podendo haver distinção de qualquer natureza, revela a

necessidade de se assegurar uma igualdade efetiva e real perante os bens da vida. Neste sentido, seria uma igualdade formal, ou seja, sem critérios de distinção pela lei, exceto se assim, a Carta Magna determinar (como por exemplo, a aposentadoria do homem e da mulher). No entanto, com a Constituição Federal de 1988 ocorreu maior destaque para a igualdade material, predominância que se observa em face de todos os direitos fundamentais. Sendo assim, tal Carta dá autorização para estabelecer critério de desigualdade, a fim de buscar equilíbrio nas relações entre os desiguais.

É de se observar que a nova ordem não se limita à simples enunciação de um postulado formal e abstrato da norma jurídica, mas procura fixar medidas concretas e objetivas que possam promover a aproximação social, política e econômica entre os cidadãos, que passam a exigir do legislador a adoção de tais medidas.

De acordo com MELLO (1999, p. 17), qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações, "... pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório, donde se segue que, de regra, não é traço de diferenciação escolhido que se deve buscar algum desacato ao princípio isonômico". No entanto, torna-se necessário o estabelecimento de critério para a identificação do desrespeito ao princípio da igualdade. Ainda de acordo com esse autor, é necessário

[...] investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da

desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles (MELLO, 1999, p. 17).

Nesse mesmo sentido, MORAES (2003, p. 92/93) acrescenta que:

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação a finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

Frise-se que o artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal, enuncia que “homens e mulheres são iguais em

direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. Nessa perspectiva, justifica-se apenas tratar a mulher com distinção em situações inerentes à sua própria condição física, como é a hipótese de levantamento de peso (art. 390 da CLT), a licença-maternidade (art. 7º, inc. XVIII) e a concessão de intervalos para amamentação (art. 396 da CLT). Esse mesmo artigo (inciso XXV) prevê ainda, “... assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até seis anos de idade em creches e pré-escolas” (MANDALOZZO, 1996, p. 16). Segundo a autora isso significou um avanço no tratamento constitucional e destinado à mãe trabalhadora.

Todavia, é de se salientar que o fundamento do princípio da igualdade é de que todos devem ser tratados de forma igual e a sua efetividade está em reconhecer a diferença, a fim de tutelar possível conflito de maneira menos estigmatizante, como garantia de cidadania. Já no art. 3º dessa Constituição, inciso IV, consta a promoção do bem de todos “... sem quaisquer formas de discriminação” (MARQUES, 2002, p. 73). Neste sentido, disserta ROCHA (2000, p. 33):

A igualdade perante a lei não exclui a desigualdade de tratamento indispensável em face da particularidade de situações. As distinções, porém, devem ser rigorosamente necessárias, racionalmente justificadas, jamais arbitrarias. E, como exceções, têm de ser interpretadas restritivamente

As relações entre homens e mulheres se dão em todos os setores da atividade social. Porém, homens e mulheres

não são, em alguns sentidos, iguais, sem que isto signifique a supremacia de um sobre o outro. Assim, por serem diferentes, terão forçosamente direitos adequados a essas desigualdades.

É possível, ainda, exemplificar com outros incisos do artigo 5º da Carta Magna, que se referem a não discriminação em geral e assim, podem ser aplicados à mulher. O primeiro é o inciso IV, que versa sobre a livre manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato. Segundo os incisos VI e VIII, há inviolabilidade de consciência e de crença – convicção filosófica e política. Ainda, o referente à liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação. Um dos mais importantes é o que se refere “... ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”, e que deve ser analisado conjuntamente com o art. 22, inc. XVI, que consagra a competência privativa da União para a “organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício das profissões”. Outros poderiam ser ainda citados, como a liberdade de associação para fins lícitos (inc. XVII). Contudo, o enfoque, nesta pesquisa, direciona-se ao inciso XX, do art. 7º, que estatui como um direito social, a “... proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”. Trata-se, em outras palavras, de uma forma indireta de garantir que não haja discriminação quanto ao seu trabalho.

O objetivo do legislador constituinte foi assegurar que os homens e as mulheres tenham as mesmas possibilidades, e por essa razão, a lei ordinária deve conceder incentivos específicos, visando a proteção do mercado de trabalho feminino. Um dos mais importantes é o pagamento do salário-maternidade efetuado pelo INSS. Outro é a licença-paternidade, que significa uma forma indireta de não

discriminação do trabalho da mulher, pois permite que o pai ausente-se do trabalho por cinco dias para auxiliar nos cuidados do filho, o que reduz o ônus imputado apenas ao trabalho feminino.

A propósito de medidas protetivas do trabalho da mulher e o direito à igualdade assegurado no texto constitucional, merece destaque comentário de PIROTTA e PIROTTA (2002, p. 5):

O advento de uma nova constituição inaugura uma nova ordem jurídica no país, fazendo com que todas as leis sejam consideradas revogadas. Dessa Forma, a proibição constitucional de qualquer forma de discriminação contra a mulher deveria ser considerada como revogadora de qualquer norma discriminatória porventura existente no âmbito infraconstitucional. Não obstante, grande parte da legislação infraconstitucional prosseguiu tendo sua validade reconhecida por parte dos operadores do direito, ainda que contrária ao texto constitucional. Com isso, o trabalho de adequação das leis ordinárias e das interpretações doutrinária e jurisprudencial aos princípios constitucionais tem sido intenso e necessário.

A importância atribuída ao direito de igualdade e a não discriminação pode ser facilmente percebida em diversos diplomas legais, além da Constituição Federal.

Aliás, uma das metas do Estado Democrático, referida pelo legislador constituinte foi assegurar uma sociedade pluralista e sem preconceitos. Em sua concepção sobre a família, a Constituição Federal consagra a igualdade entre o homem e a mulher no que concerne aos direitos e deveres. De qualquer forma., é importante lembrar que as formas de proteção nos contratos de trabalho objetivam “... o respeito à dignidade humana do trabalho em planos mais significativos”, não importando tratar-se de homem ou de mulher (MARQUES, 2002, p. 71).

Quanto às normas infraconstitucionais, pode-se citar, entre outras: a Lei n.º 7353, de 20.08.85; a Convenção 100, de 1951 da OIT que disciplina sobre o direito à igualdade de remuneração para a mão-de-obra masculina e feminina por um trabalho de igual valor; a Recomendação n.º 90 da OIT, de 1951 menciona sobre a igualdade de salário masculino e feminino; Convenção 111 da OIT, de 1958, ratificada pelo Brasil em 1968, que estipulou sobre a discriminação em matéria de emprego e profissão, foi complementada pela Recomendação n.º 111 da OIT; a Convenção n.º 156 da OIT de 1981, mais a Recomendação 165 da OIT, que dispõe sobre a igualdade de oportunidade e de tratamento para trabalhadores dos dois sexos. GOSDAL (2003, p. 101) esclarece, porém, que no art. 1º, § 2º da Convenção n.º 111, de 1958 estabelece “... as distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação”.

E ainda, o Decreto de n.º 89460, de 20.03.84, que estabeleceu a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, ou seja, preceitua que os direitos relativos ao emprego sejam assegurados “em igualdade de condições entre homens e mulheres”, conforme o art. 91 e esclarece que as medidas destinadas a

proteger a maternidade não serão consideradas discriminatórias.

Aponta-se também, o Tratado de Versalhes (art. 427) e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, esta adotada e proclamada pela Resolução 217^a da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10.12.1948 e assinada pelo Brasil, e que constitui norma fundamental. Desses documentos históricos emanam regras e dispositivos que visam impedir a discriminação e que possibilitam a toda pessoa gozar seus direitos, sem distinção de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição (art. II). Dessas normas, também emanam os deveres para garantir igual proteção contra qualquer forma de discriminação que viole seus textos e contra qualquer incitamento a tal discriminação (art. VII).

A Lei n.º 9029/95, por sua vez, proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização e outras práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho. A propósito dessa lei, MARTINS (1996, p. 103) menciona que tem por objetivo coibir práticas discriminatórias nas empresas, contra as mulheres. Já, GOSDAL (2003, p. 104-105), defende que esta lei não veda apenas a discriminação da mulher, mas qualquer prática discriminatória. LOPES (2004, p. 1445), esclarece ainda, que em caso de dispensa por discriminação, a empresa é obrigada a reintegrar o empregado, ou faculta a este optar pelo ressarcimento:

Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta lei, faculta ao empregado optar entre:

I – a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, e acrescidas dos juros legais;

II – a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

De qualquer forma, é importante compreender que é proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou a sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas nesse caso, as hipóteses de proteção ao menor, previstas no inciso XXXIII, do art. 7º da Constituição Federal.

A Consolidação das Leis do Trabalho, em diversos artigos, deixa clara a proibição da discriminação. O artigo 3º, parágrafo único, estabelece que não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, o técnico e o manual. Da mesma forma, o art. 5º estabelece que para todo trabalho de igual valor corresponderá igual salário, sem distinção de sexo. Ainda, o art. 461 estabelece o princípio da igualdade salarial para os empregados que desenvolvam os mesmos trabalhos e as mesmas funções.

A CLT tratou em diversos artigos a respeito do trabalho da mulher, que em grande parte foram revogados pela Lei n.º 7855/89. O dispositivo que limitava à prestação de trabalho extraordinário pelas mulheres, não mais observado, por ser considerado contrário à Constituição

Federal, somente foi expressamente revogado pela Lei n.º 10244/01.

A Lei n.º 7855/89, revogou expressamente os arts. 379 e 380 da CLT, não mais persistindo restrições quanto ao trabalho noturno da mulher.

Os artigos 379¹², 387¹³ e 391¹⁴ da CLT referem-se à não discriminação. A Lei n.º 9.799/99, que introduziu os artigos 373-A e 392-A na CLT, proibiu de forma taxativa as

¹² Art. 379. É permitido o trabalho noturno da mulher maior de 18 (dezoito) anos, salvo em empresas ou atividades industriais.

§ 1º - A proibição quanto ao trabalho em empresas ou atividades industriais não se aplica:

I - à mulher que ocupe posto de direção ou de qualificação técnica com acentuada responsabilidade; e

II - à mulher empregada em serviços de higiene e de bem-estar, desde que não execute tarefas manuais com habilidade.

§ 2º - As empresas que se dedicam à industrialização de bens perecíveis, durante o período de safra, presume-se autorizadas a empregar mulheres em trabalho noturno, quando ocorrer necessidade imperiosa de serviço.

§ 3º - A permissão de que trata o § 2º deste artigo estende-se às empresas cuja linha de produção utilize matérias-primas ou matérias em elaboração suscetíveis de alteração rápida, quando necessário para salvá-las de perda irreparável.

§ 4º - Com a autorização, poderão ser exigidos da empresa meios especiais de proteção ao trabalho, inclusive de natureza ambiental, como os referentes a iluminação e ventilação, bem como o funcionamento de lanchonetes e refeitórios no período noturno.

§ 5º - O trabalho da mulher em horário noturno, de qualquer modo, só será permitido quando a aptidão para executá-lo houver sido atestada no exame médico a que alude o art. 330 desta Consolidação, anotada a circunstância no livro ou ficha de Registro de Empregados.

§ 6º - As autorizações referidas neste artigo poderão ser canceladas, a qualquer tempo, em relação à empresa que deixar de observar, as normas de segurança e medicina do trabalho que trata o Capítulo VI do Título IV desta Consolidação.

§ 7º - As empresas comunicarão à autoridade competente, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, a circunstância excepcional que as levou ao emprego de mulheres em horário noturno.

seguintes práticas discriminatórias: publicação de anúncio de emprego que mencione distinções proibidas e desvinculadas da natureza da atividade (sexo, cor, idade, etc.); a recusa de emprego, promoção ou a dispensa com base nestes critérios; a consideração de sexo, idade, cor ou situação familiar como determinante de remuneração, formação e ascensão profissional; o impedimento de inscrição em concurso em razão de critérios infundados; a vedação de revistas íntimas. O art. 392 dispõe sobre a dispensa da empregada do horário de trabalho pelo tempo necessário à realização de seis consultas médicas e demais exames complementares, durante a gravidez (GOSDAL, 2003). Ainda permanece o disposto no artigo 390 da CLT que assim dispõe:

Ao empregador é vedado empregar a mulher em serviço que demande o emprego de força muscular superior a vinte (20) quilos, para o trabalho

§ 8º - Para atender a interesse nacional e ouvidas as correspondentes organizações sindicais de empregadores e trabalhadores, a proibição do trabalho da mulher, em empresas ou atividades industriais, poderá ser suspensa:

I – por decreto do Poder Executivo, sem limitação quanto ao período de serviços noturnos;

II – por portaria do Ministro do Trabalho, até às 24 (vinte e quatro) horas.

¹³ Art. 387. É proibido o trabalho da mulher: a) nos subterrâneos, nas minerações em subsolo, nas pedreiras e obras de construção pública ou particular; b) nas atividades perigosas ou insalubres especificadas nos quadros para este fim aprovados.

¹⁴ Art. 391. Não constitui justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho da mulher o fato de haver contraído matrimônio ou de encontrar-se em estado de gravidez (C.L.T. aprovada pelo Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943).

contínuo, ou vinte e cinco (25) quilos, para o trabalho ocasional. Parágrafo único: Não está compreendida na determinação deste artigo a remoção de material feita por impulsão ou tração de vagonetes sobre trilhos, de carros de mão ou quaisquer aparelhos mecânicos.

A Consolidação das Leis do Trabalho regulamenta a proteção à maternidade no âmbito das relações de trabalho que, na visão de alguns doutrinadores, foi expressamente revogada com o advento da Constituição de 1988. Permaneceu a legislação concernente à proteção à maternidade, contida na CLT, como o direito de mudar de função (§ 4º do art. 392)¹⁵ ou de rescindir o contrato se houver prejuízo à gestação (artigo 394)¹⁶. Há previsão dos

¹⁵ Art. 392. É proibido o trabalho da mulher grávida no período de 4 (quatro) semanas antes e 8 (oito) semanas depois do parto.

§ 1º Para os fins previstos neste artigo, o início do afastamento da empregada de seu trabalho será determinado por atestado médico nos termos do art. 375, o qual deverá ser visado pela empresa.

§ 2º Em casos excepcionais, os períodos de repouso antes e depois do parto poderão ser aumentados de mais 2 (duas) semanas cada um, mediante atestado médico, na forma do § 1º.

§ 3º Em caso de parto antecipado, a mulher terá sempre direito à 12 (doze) semanas previstas neste artigo.

§ 4º É garantido à empregada, durante a gravidez, sem prejuízo do salário e demais direitos:

I – transferência de função, quando as condições de saúde o exigirem, assegurada a retomada da função anteriormente exercida, logo após o retorno ao trabalho;

II – dispensa dos horários de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares.

¹⁶ Art. 394. Em caso de aborto não criminoso, comprovado por atestado médico oficial, a mulher terá um repouso remunerado de 2 (duas)

dois intervalos especiais previstos no artigo 396¹⁷ referentes à amamentação, até que o filho complete seis meses, bem como a obrigatoriedade da criação de creches para estabelecimentos que possuam mais de 30 empregadas com mais de 16 anos (§ 1º do art. 389) e, no caso de aborto legal, o direito à licença de duas semanas (art. 395).

MANDALOZZO (1996, p. 63), lembra que a licença maternidade é concedida mesmo em caso de natimorto, quer dizer, se o filho nasce morto ou vem a morrer logo após o nascimento, da mesma forma a mãe terá direito à licença de 120 dias. Justifica essa concessão da lei ao dizer que se “... a empregada voltasse a trabalhar imediatamente não desempenharia suas funções como normalmente, podendo inclusive acarretar danos ao empregador”. Já no caso do aborto, sua legalidade está assentada em risco de vida para a mãe e em caso de estupro e, nesses casos, a Previdência Social encarrega-se do pagamento correspondente às duas semanas de afastamento, desde que mantidas as relações de emprego (BOSSA, 1998).

O interessante é o que disserta BARROS (2005, p. 1037-1038) a respeito do tratamento concedido no caso de aborto pela legislação brasileira: “Cumprе salientar que o direito à licença-maternidade **independe do estado civil da mulher** (art. 2º da Convenção n. 103 da OIT, ratificada pelo Brasil), tampouco está condicionado **ao nascimento com vida do filho**” (grifos da autora). Complementa que: “atualmente, o afastamento após o parto é obrigatório. É

semanas, ficando-lhe assegurado o direito de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento.

¹⁷ Art. 396. Para amamentar o próprio filho, até que este complete 6 (seis) meses de idade, a mulher terá direito, durante a jornada de trabalho, a 2 (dois) descansos especiais, de meia hora cada um Parágrafo único. Quando o exigir a saúde do filho, o período de 6 (seis) meses poderá ser dilatado, a critério da autoridade competente.

que a licença tem como fato gerador não só o nascimento do filho, mas também a gestação, que, como é sabido, ocasiona à mulher transtornos físicos naturais e até psicológicos” e depois explica que o fato de a criança ter falecido não elide a pretensão em face do disposto na Constituição Federal, no art. 392 da CLT e a lei previdência não exigirem o nascimento da criança com vida para que a empregada tenha direito à licença-maternidade e à garantia de emprego.

O Código Civil por via indireta, também versa sobre a discriminação no trabalho, ao tratar da responsabilidade civil. O artigo 186 dispõe: “Aquele que, por omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete o ilícito”. Por sua vez, o artigo 187 preceitua sobre o dever do empregador: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (LOPES, 2004, p. 1445).

Em relação ao disposto no art. 390 da CLT, relata GOSDAL (2003, p. 151):

Não foi expressamente revogado [...], que veda o trabalho da mulher em atividade que demande emprego de força muscular superior a vinte quilos para trabalho contínuo e vinte e cinco para o trabalho ocasional, não se compreendendo na vedação a remoção feita por instrumentos mecânicos (por impulsão ou tração de vagonetes sobre trilhos, de carrinhos ou aparelho mecânico).

Menciona ainda a autora (2003, p. 152) que o artigo 384 da CLT, que prevê o descanso especial quando há prorrogação de jornada da mulher colide com a Constituição Federal nos seus arts. 5º, I e 7º, XXX.

CARLOS (2004, p. 42) ressalta que “Além das normas inseridas na Consolidação das Leis do Trabalho, há que se fazer referência a outros textos legais que versam sobre práticas discriminatórias ...”. Cita as seguintes leis, além da Lei n.º 9.029/95, já referida: Lei n.º 5.473/68, que considera, no art. 1º: ‘são nulas as disposições e providências que, direta ou indiretamente, criem discriminações entre brasileiros de ambos os sexos, para o provimento de cargos sujeitos a seleção, assim nas empresas privadas como nos quadros do funcionalismo federal, estadual e municipal, do serviço autárquico, de sociedades de economia mista e de empresas concessionárias de serviço público’. A lei estabelece a pena de prisão de três meses a um ano para quem obstar ou tentar obstar o cumprimento do disposto nesse artigo (parágrafo único); Lei n.º 7.670/88, que estende os benefícios aos portadores do vírus HIV; Lei n.º 7.853/89, que proíbe a discriminação contra pessoas portadoras de deficiência (art. 1º, § 2º); Lei n.º 8.112/90 (Regime Jurídico da União) e Lei Complementar n.º 683/92, que prevê a reserva de vagas de concursos públicos às pessoas portadoras de deficiência; Lei 8.213/91, que dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social, normatizando a inserção de pessoas portadoras de deficiência nas empresas (art. 93); Lei n.º 8.842/94, que proíbe a discriminação contra o idoso (art. 3º, III); Lei n.º 9.799/99, que introduziu na Consolidação das Leis do Trabalho os arts. 373-A e 392-A, proibindo, de forma

taxativa, uma série de práticas discriminatórias, tais como revistas íntimas nas empregadas¹⁸.

Por meio dessas normas jurídicas vislumbra-se a igualdade e a não discriminação, como regras. A isonomia é uma garantia do Estado Democrático de Direito. No entanto, o princípio insculpido nesses diplomas legais deve ser analisado no sentido de intenção de justiça, ou seja, as condições singulares dos indivíduos devem ser tratadas de forma diferente. O igual e o desigual, desigualmente, na medida exata de sua diferença. MARQUES (2002, p. 155), refere-se ao problema da igualdade com os seguintes termos:

A igualdade não é mais a igualdade perante a lei, mas a desigualdade através da lei; verdadeiramente, a lei acaba por ser um instrumento positivo utilizado a serviço de uma intenção normativa que a ultrapassa. O que não pode ocorrer é dar tratamento desigual a situações idênticas.

Assim, ao se interpretar a Constituição Federal e os demais diplomas legais infraconstitucionais mencionados, deve-se ter em mente que o princípio da igualdade surge como uma regra de equilíbrio à integração social. Dessa forma, o aplicador do Direito e os Poderes do Estado não poderão discriminar diante da aplicação da lei e do que ela determina.

3 DISCRIMINAÇÃO

3.1 Conceitos de Discriminação

¹⁸ Esta lei será analisada oportunamente quando da apreciação sobre os modos de discriminação em relação ao trabalho da mulher.

Para se reconhecer e aplicar mecanismos de combate à discriminação nas relações de trabalho faz-se necessário, de início, abordar alguns aspectos relevantes, ligados ao próprio conceito de discriminação. A propósito, BARROS (1995, p. 39) menciona que a palavra é de origem anglo-americana que, do ponto de vista etimológico, significa “o caráter infundado de uma distinção”. Complementa a autora (1995, p. 137):

De acordo com a doutrina italiana, a discriminação traduz uma situação subjetiva de tratamento diferenciado em relação a uma qualidade possuída pelo sujeito, no caso, o sexo, lesiva de um interesse econômico, moral, profissional ou de outra ordem.

De acordo com DALLARI (apud ARNS, 2000, p. 14), a discriminação está intimamente ligada ao preconceito, introduzindo juízo de valor, desigualdade e injustiça. São suas palavras:

É preciso estarmos sempre muito atentos quando formos proferir julgamentos sobre uma pessoa, uma idéia, sobre uma crença (...) eu não posso exigir que todos sejam iguais, não posso valorizar mais um do que o outro.

Para GOSDAL (2003, p. 92) discriminar, no sentido político moderno, “... é desfavorecer uma pessoa ou grupo, sem motivo razoável”. Complementa que no discurso jurídico, é preciso distinguir os sentidos amplo e restrito,

sendo aquele referente à toda ofensa ao princípio da igualdade e este, quando a violação ao princípio da igualdade se funda em critérios proibidos. DELGADO (2004, p. 773), também aborda com propriedade a questão: “Discriminação é a conduta pela qual se nega à pessoa, em face de critério injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada”.

Por sua vez, MARTINS (1996, p. 65) defende que discriminar tem o sentido de diferenciar, discernir, distinguir, estabelecer diferenças. Ressalta o autor sobre os atos discriminatórios que, na verdade, os critérios legais que proíbem a discriminação são decorrentes da aplicação ampla do princípio da isonomia. Argumenta este autor:

Vários critérios poderiam ser indicados para efeito de evidenciar situações de discriminação, como a discriminação por sexo, por idade, estado civil, credo, cor, origem social, opinião política, parentescos, aparência física, nacionalidade, etc. assim como os determinados pela Lei n. 9029 (op. cit., p. 103).

Na concepção de SPULDARO (1999, p. 192),

[...] discriminar é diferenciar, distinguir, estrear algumas pessoas de outras, ou um grupo de outro. A discriminação é a manifestação comportamental do preconceito, que é uma opinião adotada sem exame, sem

lógica, somente imposta pelo meio, pela educação.

Continua a autora ainda a refletir, ponderando que:

A discriminação é correlata com a garantia dos direitos de personalidade e atua como proibição imposta pela Constituição Federal à autonomia do empregador, quando obtém dados para selecionar trabalhadores, e se estende durante toda a relação contratual (op. cit., p. 196).

Aliando o conceito de discriminação à situação peculiar da mulher, GOSDAL (2003, p. 96-97) discorre especificamente a respeito do trabalho da mulher, de maneira precisa:

[...] a discriminação que afeta as mulheres tem características específicas, apresentando-se como um acréscimo às outras possíveis discriminações (por ser negra, portadora de deficiência, pela condição sócio-familiar, etc). 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

discriminação é preciso romper com papéis e estereótipos assinalados para as mulheres com uma pretensão intenção protetora e diferenciada oriunda de sua especial natureza.

Menciona, ainda, GOSDAL (2003, p. 97) que a discriminação pode assumir feições diversas ou consolidar-se em ações positivas. A discriminação direta é aquela pela qual o tratamento funda-se em critérios proibidos (ex. não contratação de empregadas negras). A indireta é aquela que aparenta uma situação de igualdade, mas na verdade, extrai-se uma desigualdade (ex. adicional de remuneração pago somente a determinada função, que é exercida por homens). BARROS (1995), ao discorrer sobre a discriminação, sintetiza que a direta é a que pressupõe um tratamento desigual fundado em razões proibidas e a indireta, como sendo um tratamento formalmente igual, mas que produzirá efeito diverso sobre determinados grupos. Ainda sobre o tema, pontua CARLOS (2004, p. 31):

A conduta discriminatória pode ser dar de forma direta ou indireta. A discriminação direta ocorre quando se estabelece um tratamento desigual fundado em razões arbitrárias e desmotivadas. Já a discriminação indireta acontece quando se confere um tratamento formalmente igual, mas que, no resultado se traduz em efeito diverso sobre determinados grupos, acarretando a desigualdade; esse tipo de discriminação consiste em uma regra neutra à primeira vista e

que se aplica igualmente a todos os empregados, mas que produz efeito discriminatório para um empregado ou um grupo de empregados. A intenção discriminatória aparece sempre na discriminação direta, mas não na indireta.

Interessantes exemplos são citados por Otávio Bueno Magano, contidos na obra de CARLOS (2004). Segundo MAGANO, a discriminação direta verifica-se quando o empregador adota diretriz de não admitir mulheres a seu serviço. A indireta configura-se quando certos setores da economia mostram-se estruturados de forma a mais favorecer o emprego dos homens (op. cit., p. 31).

É importante ponderar, ainda, sobre as formas de discriminação positiva e negativa. A negativa, segundo CARLOS (2004, p. 32) é aquela que não tem por fundamento a adoção de medidas tendentes a diminuir as diversidades sociais e econômicas, limitando-se a acentuar a regra da plena igualdade de todos perante a lei. Trata-se, na visão da autora, da concepção da igualdade jurídica em sentido subjetivo e pessoal, estabelecendo um desfavor à pessoa discriminada. A positiva, na explanação feita por CARLOS (2004, p. 32), estabelece “[...] vantagens competitivas para um grupo de pessoas, ocasionando diretamente desvantagens aos demais”. Neste sentido, pondera a mesma autora (2004, p. 32) que a interpretação literal do artigo 5º, da Constituição Federal, teria o propósito de estabelecer discriminação positiva, mas que se observada, está em consonância com os objetivos fundamentais estabelecidos no artigo 3º, incisos III e IV da Constituição Federal, que são: “III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e

regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. E acrescenta, adotando as palavras de Hedio da Silva Júnior¹⁹:

Postas as coisas nestes termos, já arriscamos afirmar que o sistema constitucional brasileiro correlaciona igualdade e discriminação em duas fórmulas distintas, complementares e enlaçadas em concordância prática: veda a discriminação naquelas circunstâncias em que sua ocorrência produziria desigualdade e, de outro lado, prescreve discriminação como forma de compensar desigualdade de oportunidade, ou seja, quando tal procedimento se faz necessário para a promoção da igualdade. Este significado binário, evitar desigualdade versus promover igualação, atribui ao princípio da igualdade dois conteúdos igualmente distintos e complementares: um conteúdo negativo, que impõe uma obrigação de não fazer: não discriminar; e um conteúdo positivo, que impõe uma obrigação positiva, uma prestação, um papel ativo, uma obrigação de fazer: promover a igualdade.

¹⁹ Limites constitucionais da criminalização da discriminação. Dissertação de Mestrado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2000, p. 47.

Conclui CARLOS (2004, p. 33) que a discriminação negativa é ilícita, pois cria um desfavor à pessoa discriminada. Já a positiva, é lícita, porque tem a finalidade de assegurar a igualdade real, dando origem às chamadas ações afirmativas.

Por fim, BRITO FILHO (2002, p. 40-41) assinala: “... damos ao vocábulo discriminação a definição restrita de exteriorização do preconceito, ou seja, entendemos a discriminação como o preconceito em sua forma ativa”. De acordo com seu entendimento:

Está claro, então, que é do meio social que extraímos o preconceito, pois serão as situações da vida em sociedade: modelo de educação, convivência familiar, inserção em dado grupo, etc., que irão influenciar no comportamento das pessoas, levando-as ou não a adotar, em relação a certas pessoas ou grupos, essa atitude negativa (op. cit, p. 37).

O autor relata o sentido empregado pela Organização Internacional do Trabalho, nos termos do artigo 1º da Convenção 111:

1. Para os fins da presente Convenção o termo ‘discriminação’ compreende:
a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de

tratamento em matéria de emprego ou profissão; b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam e outros organismos internacionais adequados. (citou com base no extraído de Convenção n 100: igualdade de remuneração; Convenção n^o 111: discriminação no emprego e profissão (Brasília: MTb, Assessoria Internacional, 1997, p. 20).

O mesmo autor conclui (2002, p. 41) que “De qualquer forma, o que a discriminação produz é a negação de um postulado básico: que os homens são iguais, não obstante, (...) possuam cada um suas diferenças”. E acrescenta que discriminar é atentar contra o princípio da igualdade, embora não só contra ele, como também contra o princípio da dignidade do ser humano, sendo estes a base dos Direitos Humanos. É com base nessas premissas que se passa a explicar os modos de discriminação possíveis em relação ao trabalho da mulher e as conseqüências que daí decorrem.

3.2 Modos de Discriminação Possíveis Ocorridos em Relação à Trabalhadora Mulher

A discriminação é fato previsto na Constituição Federal com o intuito de assegurar o cumprimento do princípio da igualdade de todos perante a lei e impor ao legislador a atribuição de elaborar lei que puna qualquer uma de suas formas (CARLOS, 2004). Por isso, foram criadas leis que procuram proteger o direito que a mulher tem ao trabalho e à não discriminação por sexo. A não-discriminação está relacionada com a dignidade humana, cuja condição é única, pois somente homens e mulheres possuem personalidade. LEDUR (1998, p. 108), define dignidade “... como o valor da consciência de ser e do ser (consciência ontológica) e da conseqüente capacidade de agir e de incidir livremente no mundo exterior, sob imperativo categórico”. Os homens e mulheres podem agir livremente, podem também ter liberdade igual para o trabalho como reza a Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, editada em 1967. A Constituição Federal dispõe sobre os direitos iguais entre homens e mulheres no art. 5º e sobre a proteção do trabalho da mulher, no art. 7º. Portanto, a Constituição de 1988 trata a mulher como sujeito de direitos, sem restringir-lhe o direito ao trabalho.

BARROS (1995, p. 138-39), após conceituar o princípio da não discriminação e da igualdade, ressalta:

[...] a pessoa discriminada deverá apresentar fatos que permitam deduzir ‘indícios racionais’ de discriminação fundada em sexo e o empregador deverá destruir a presunção, apresentando o motivo capaz de justificar o tratamento desigual. Exigir-se prova da discriminação ou a intenção de discriminar, inviabiliza o

reconhecimento da igualdade de oportunidades e de tratamento no emprego.

Quanto às formas de discriminação e a prova de sua ocorrência, LOPES²⁰ (2004, p. 1437-1447) relata que "... em casos nos quais se discute a discriminação, é imprescindível a 'acomodação' das regras relativas ao ônus da prova...". Sobre a mesma matéria, VIANA e RENAULT (2000, p. 360) apontam o seguinte:

A prova da discriminação pode se difícil. Raramente o empregador ou seu preposto irá admiti-la, e como ninguém é obrigado a dizer por que razão não contrata, bastará negar em silêncio.

Ainda assim ou por isso mesmo, a prova indiciária assume peso maior. Em outras palavras, o juiz terá de valorizá-la bem mais do que as situações comuns, sob pena de trair por linhas tortas o comando constitucional que garante o acesso à justiça.

(...)

Cabe ao reclamante, naturalmente, demonstrar os indícios. Mas como eles fazem presumir a prática do ato ilícito, têm o poder de inverter o ônus da prova. Terá o empregador, então, de apresentar uma justificativa qualquer para a sua recusa ou, no mínimo,

²⁰ Membro do núcleo de combate à discriminação da Procuradoria Regional do Trabalho da 9ª Região.

demonstrar que não agiu daquele modo com intenção discriminatória, mesmo porque, v.g., tem várias vendedoras casadas na mesma função. Mas a dúvida pesará contra ele, e não poderia ser de outro modo – já que é exatamente para decidir o impasse do juiz que a lei criou as regras do ônus da prova.

VASCONCELOS (2005), magistrada do Tribunal Regional do Trabalho da 10^a Região, defende a inversão do ônus da prova nos processos trabalhistas que tratam de discriminação nas relações de trabalho. Sua proposta é a de inverter o ônus da prova quando o juiz detectar indícios e elementos suficientes que induzam à verossimilhança da tese. A discriminação não é feita de forma clara, de modo a obstruir as provas. Sendo assim, é necessário lidar com a hipótese de que certos indícios podem levar o juiz a dizer que há questões suficientes para que o acusado tenha que fazer prova em contrário. A magistrada em questão exemplifica com um caso em que atuou, discorrendo:

Recentemente, inverti o ônus da prova num processo em que uma funcionária acusava de assédio um dos gerentes da empresa. Não havia prova contundente de que ela havia sido assediada, mas havia depoimento do preposto afirmando que o gerente gostava de ‘dar em cima’ das meninas do almoxarifado, mas que era problema delas aceitarem ou não. Havia também duas testemunhas que

viram a autora da ação chorando após conversas com o gerente. Além disso, o cartão de ponto da empregada acusava várias faltas injustificadas sem o devido desconto dos dias não trabalhados, conforme contracheque fornecido pela própria empresa. Pra mim isso é mais que indício. Então na 1ª Turma do TRT 10 prevaleceu a tese em favor da laborista, concluindo pela sociedade dos indícios para demonstrar a conduta discriminatória (assédio sexual), como também a responsabilidade da empresa (VASCONCELOS, 2005, p. 1).²¹

Para a autora, a magistratura brasileira tem tratado os casos de discriminação de modo arcaico e retrógrado, e está necessitando de mudanças. Explica que:

O processo trabalhista é absolutamente distinto, principalmente em um país como o Brasil de grandes desigualdades, onde é necessária uma legislação protecionista e uma jurisprudência que interprete os princípios constitucionais, mormente o princípio da igualdade como um princípio protetivo do trabalhador (VASCONCELOS, 2005, p. 1).

²¹

Disponível em:
<http://www.anamatra.org.br/noticias/noticias/ler_noticias.cfm?cod_conteudo=5530&descricao=noticias>. Acesso em: 16. ago. 2009.

Afirma, ainda, que os juízes precisam ser imparciais, não neutros: “O jurisdicionado tem que ver um juiz imparcial e equidistante do processo, mas sensível às questões sociais”, diz a magistrada (2005, p. 2). Importante lembrar que um sistema processual de trabalho segue sempre os mesmos princípios que inspiram a condução do processo nos demais ramos do direito, quais sejam: igualdade, constitucionalidade e garantias constitucionais do processo.

A discriminação da mulher, no ambiente laboral, tem-se revelado de várias formas. Uma delas é a que decorre do assédio sexual. Neste aspecto, a proteção legal abrange a tipificação da conduta como crime, com a introdução do art. 216-A²², no Código Penal, pela Lei n.º 10.224, de 15 de maio de 2001 e enseja a responsabilidade civil e trabalhista da empresa empregadora, na ocorrência do delito em suas dependências, por preposto seu, contra empregadas e empregados no estabelecimento. Segundo JAKUTIS (2006, p. 180):

o crime de assédio sexual depende do intuito de receber vantagem ou favorecimento sexual, estando necessariamente, ligado à hierarquia entre quem pratica o assédio e a vítima. Em outras palavras, trata-se apenas da espécie *quid pro quo* descrita pela doutrina americana”

²² Art 216-A: Constranger alguém com o intuito de levar vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente de sua forma de superior hierárquico, ou acedência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função: pena-detenção de 1 (um) a 2 (dois anos).

A respeito da punição, LIPPMANN (2004) afirma que, apesar da previsão de pena, dificilmente alguém é preso por assédio sexual. Isso porque o art. 44 do Código Penal propõe pena alternativa quando não houver ato de violência. Nesse caso, o réu poderá prestar serviços à comunidade ou doar cestas básicas a instituições de caridade. Diz o autor (2004, p. 19) que “O tipo penal admite apenas a forma dolosa, ou seja, exige a intenção de ofender, mediante atos ou convites indecorosos, e que haja superioridade hierárquica, ou dependência econômica de quem pratica o assédio”.

O assédio sexual implica, ainda, numa forma de assédio moral ou por discriminação, que representa a exposição do trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras durante o cumprimento do contrato. A discriminação é caracterizada quando o empregado é colocado em situação pior que a dos outros. O assédio moral de acordo com a doutrina caracteriza-se pelo isolamento do trabalhador, críticas públicas ao seu trabalho, tratamento pejorativo ou sarcástico, pela solicitação de tarefas que não as de sua qualificação ou de tarefas inúteis, entre outros. Para LIPPMANN (op. cit. p. 37), o importante é a modalidade de discriminação:

Trata-se, assim, do abuso de direito no uso do poder disciplinar do empregador, que deixa de ser utilizado com a finalidade de incrementar a atividade produtiva, para servir como instrumento de revanche, intimidação e discriminação. É o controle desproporcional, ou inadequado, exercido com rigor excessivo, que atenta contra os direitos de

personalidade do trabalhador e que por si já é fato gerador de dano moral.

Esse tipo de assédio acaba comprometendo a vida profissional do empregado(a), e pode ocasionar danos à sua saúde física e mental. Tem ocorrido em todos os segmentos da sociedade, ocupando grande espaço na mídia, principalmente quando envolve políticos, artistas ou esportistas. É ocorrência bastante comum também em empresas, o que inspira grande preocupação pelo Direito do Trabalho, em especial pelo evidente estado de subordinação do empregado frente o empregador. Sobre o tema, SILVA NETO (2001, p. 178), assim se refere:

Assédio sexual, em português, *molestie sessuali*, em italiano, *acoso sexual*, em espanhol, *harcèlement sexuel*, em francês ou *sexual harassment*, em inglês, são termos atuais, reveladores, contudo, de um fenômeno antigo e generalizado que alguns autores equiparam ao costume medieval denominado *jus primae noctis* (direito à primeira noite), que obrigava as mulheres recém-casadas a passarem a noite de núpcias com o senhor feudal.

A mulher é sempre a mais atingida por tais práticas, principalmente no ambiente do trabalho. O medo de perder o emprego ou de não lhe ser dado crédito por falta de provas, requer análise cuidadosa no contexto de proteção coletiva, porque não se trata apenas uma empregada, mas toda uma categoria que segmento mais amplo que podem

estar sujeitos a essa violência. Segundo SILVA NETO (2001, p. 181), o assédio sexual tem forte componente discriminatório, "... desde que se sabe estar sendo praticada a conduta irregular por força do sexo da vítima". No entanto, não se deve atentar somente ao aspecto normativo da conduta, já que o combate à discriminação não se resume à aplicação da lei, nem tampouco somente ao universo das empregadas atingidas.

Pode-se concluir que, somente a proteção legal não se sustenta, quando não há meios processuais que inviabilizem a ocorrência das formas de discriminação nas relações de trabalho da mulher. É necessária também, a conscientização da sociedade, notadamente do mundo do trabalho, no sentido de que a mulher tem o seu valor e merece ser respeitada nas suas peculiaridades e na sua natureza.

4 A PROTEÇÃO LEGAL DO TRABALHO DA MULHER

4.1 Os Modelos Legais de Combate à Discriminação e as Ações Afirmativas Pertinentes

A Lei n.º 9029, de 13 de abril de 1995, proibiu a exigência de atestados de gravidez e esterilização e outras práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, nos seguintes termos:

Art. 2º - Constitui crime as seguintes práticas discriminatórias:

I - a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou

qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a atestado de gravidez;

II - a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem:

a) indução ou instigamento à esterilização genética;

b) promoção do controle de natalidade, assim considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde – SUS.

A propósito do conteúdo dessa lei, salienta MARTINS (1996, p. 101), que para interpretá-la é mister observar as diretrizes estabelecidas pela Constituição, no sentido de que a empregada não poderá ser dispensada desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (art. 10, II, b, do ADCT). A Lei Maior também proíbe o estabelecimento de critério de admissão por motivo de sexo (art. 7º, XXX), sendo invioláveis a intimidade e a honra das pessoas (art. 5º, X), sendo que um dos fundamentos do Estado de Direito brasileiro é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III e § 7º do art. 226 da Lei Fundamental). Vale observar, como fez o autor, que a República Federativa do Brasil tem como objetivo “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV da Lei Fundamental). De um ponto de vista genérico, o art. 5º, da Constituição, estabelece que todos são iguais perante a lei,

sem distinção de qualquer natureza, o que já veda critérios discriminatórios. O inc. I, do mesmo artigo, assegura que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos da Constituição. Observa, ainda, o mesmo autor, que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, envolvendo a sua própria privacidade, nos termos do § 7º, do art. 226 da Constituição, o que implica dizer que o casal é que vai julgar o momento adequado de ter filhos.

MARTINS (1996), explica, também, que o citado Diploma Legal refere-se às práticas discriminatórias relativas ao ingresso na relação de emprego ou para a sua manutenção. E sua ocorrência, trata-se de ordem ilegal que resistida pelo empregado não implica insubordinação ou indisciplina, fatores que autorizam dispensa com justa causa. Pode, por outro lado, configurar rescisão indireta do contrato, com fundamento em exigência de determinações proibidas por lei, aplicando-se, neste caso, por analogia o art. 483 da CLT. No entanto, o autor pondera que não há impedimento de a empresa exigir exame médico para dispensar a empregada para fins de verificação de gravidez. A intenção maior seria a de verificar a possibilidade de dispensá-la, já que o único meio é o exame. Raciocina o mesmo doutrinador que a lei deve ser interpretada no sentido da manutenção da relação de emprego. Finaliza dizendo:

Dessa maneira a prática do empregador exigir o exame médico para a dispensa da empregada gestante é um ato de garantia para as próprias partes da condição de estabilidade obreira, para efeito de manutenção da relação de emprego, não representando discriminação,

infração administrativa, pois, ao contrário, está se verificando que se a empregada pode ou não ser dispensada, pois sem o exame não se saberá se a empregada estava ou não grávida quando da dispensa, que implicaria ou não a reintegração (MARTINS, 1996, p. 105).

Portanto, a própria lei permite que o empregador solicite o atestado, no momento da despedida, sem o cunho da obrigatoriedade, afastando-se a existência de crime. Mas há uma ressalva que o mesmo autor menciona. É que se trata de solicitação que não obriga a empregada à submissão.

Deve-se lembrar, ainda que a empresa não pode exigir da empregada a demonstração de sua esterilidade. Se houver essa exigência, o empregador incide em prática discriminatória. Da mesma forma, aquela profissional que não aceita ordens de tal natureza em relação ao superior hierárquico de outros (citado o exemplo do chefe do departamento de recursos humanos), não incidirá em insubordinação ou indisciplina.

Pode-se concluir da doutrina citada, que a lei proíbe atitudes discriminatórias, mas para a proteção dos direitos das trabalhadoras pode o empregador utilizar mecanismos que informem as condições (gravidez) em que elas se encontram para uma possível dispensa.

É interessante a conclusão a que chega MARTINS (1996, p. 113-14) sobre os termos da Lei n.º 9029/95:

A Lei n. 9029 vai desestimular a empresa a contratar mulheres, em função das suas obrigações. Em vez de

proteger, irá desproteger a obreira, impedindo a admissão de trabalhadoras. Na verdade, ao invés de se proteger o mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos (art. 7º, XX, da Constituição), aqui se está desprestigiando a contratação de mulheres pelo empregador, que não poderá exigir exame médico da mulher grávida para admiti-la, o que poderá ser interpretado em prejuízo da própria trabalhadora. Pode a referida lei trazer como consequência o desemprego de mulheres. Enfim, a lei é que está prejudicando o trabalho da mulher, acabando afinal por discriminá-la indiretamente. Dúvidas haverá quanto á exigência de teste de gravidez pelo empregador para dispensar a empregada, que no nosso nodo de ver não constituirá prática discriminatória.

Há diversas empresas que não contratam mulheres casadas, sob o argumento de que estão sujeitas a gravidez durante o contrato de trabalho. Porém, como salientado por SPULDARO (1999, p. 206), não se pode olvidar que o art. 391 da CLT dispõe que: "... não constitui justo motivo para a rescisão do contrato, o fato de haver contraído matrimônio ou de se encontrar em estado gravídico, pois o empregador não pode impor seus desejos e violar o direito à intimidade da trabalhadora – art. 391, parágrafo único, da CLT, vez que

o art. 226, § 7º, da CF., estabelece o planejamento familiar é de livre decisão do casal”.

Deve-se destacar, ainda, outro diploma legal de suma importância ao tema, que é a Lei nº 9.799/99, que segundo LIMA FILHO (2009, p. 04),

De seu turno, a Lei 9.799/99 tornou explícitos os parâmetros antidiscriminatórios proibindo, salvo as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, a publicação de anúncios de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, ressalvando quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim exigir; recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão do sexo, idade, dor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível; considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidade de ascensão profissional; exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou

gravidez, na admissão ou a permanência no emprego; impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, vedando ainda o empregador ou prepostos, a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias. Todas essas medidas antidiscriminatórias têm uma matriz comum: o princípio da igualdade, consubstanciado no preceito do caput do art. 5º da Carta Suprema.

LOPES (2000, p. 43) relata o advento das ações afirmativas, ou seja, o nascimento de políticas que introduziram proibições como forma de intervenção. Cita como exemplo o trabalho insalubre e o noturno.

CARLOS (2004, p. 33) menciona que as ações afirmativas seriam “[...] conjunto de medidas legais, políticas e programas instituídos com a finalidade de corrigir as desigualdades e promover a igualdade de oportunidades”. Pondera ainda, a autora (2004, p. 34) que:

Essas ações afirmativas se justificam e encontram-se em perfeita consonância com os objetivos fundamentais traçados nos incisos III e IV do art. 3º da Constituição Federal, de erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem

preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação.

Para OLIVEIRA (2000, p. 142) a expressão “ações afirmativas” sofreu modificação em seu significado. Assim:

A expressão ação afirmativa [...] passou a significar, a exigência de favorecimento de algumas minorias socialmente inferiorizadas, vale dizer, juridicamente, desigualladas, por preconceitos arraigados culturalmente e que precisavam ser superados para que atingissem a eficácia da igualdade preconizada e assegurada constitucionalmente na principiologia dos direitos fundamentais ...

SOUZA (2009, p. 2), por sua vez, define as ações afirmativas como sendo

[...] políticas públicas (e privadas) voltadas à concreção do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação de gênero. Idade, de origem nacional e de compleição física. Entende-se que a igualdade de ser simplesmente um princípio jurídico a ser respeitado por todos, e passa a ser constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade. Visam a combater não só manifestações

flagrantes de discriminação, como também a discriminação de fato, cultural, estrutural, enraizada na sociedade.

Segundo PIOVESAN (1998, p. 134-35), as ações afirmativas constituem-se medidas especiais e temporárias que,

[...] buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo de igualdade, com o alcance da igualdade substantiva por parte de grupos vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais, as mulheres, dentre outros grupos. (...) são medidas concretas que viabilizam o direito à igualdade, com a crença de que a igualdade deve se moldar no respeito à diferença e à diversidade. Através delas transita-se da igualdade formal para a igualdade material e substantiva.

A posição de BARROS (1995, p. 485), não destoia dessa linha de pensamento. Argumenta a autora que tais medidas, a que chama de ações positivas, tratando-se de medidas temporárias que tem por finalidade propiciar, de uma maneira mais célere, a igualdade de fato entre sexos,

[...] devem ser promovidas para corrigir os desequilíbrios da contratação das mulheres e no seu acesso aos diferentes cargos, a fim de

que se possa assegurar a igualdade de resultados, pois a lei, por si só, não torna a igualdade substancial. Essas ações encontram amparo no art. 4º da Convenção da ONU sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e no art. 7º, XX da Constituição Federal de 1988, pressupondo persuasão e fórmulas para a homogeneização da estrutura ocupacional, facilitando a inserção das mulheres em trabalhos tradicionalmente masculinos, por meio de incentivos aos empregadores que combatam a segregação.

GOSDAL (2003, p. 121-22), ao apontar os limites dessa espécie de ação, relata que:

A ação afirmativa, ou discriminação positiva, compreende um conjunto de medidas legais e de práticas sociais destinadas a compensar uma situação de efetiva desigualdade em que se encontre um determinado grupo social, e o possibilitar o acesso ao sistema legal, tornando viável para esses indivíduos o exercício dos direitos fundamentais.

A mesma autora (2003, p. 122) exemplifica:

É o caso, por exemplo, de leis que assegurem a determinados grupos

indígenas, ou tribais, uma cota mínima de inserção nas empresas. O Brasil não tem este tipo de previsão, mas prevê a cota mínima para as pessoas portadoras de deficiência (nos termos do disposto nos artigos 7º., inc. XXI; 37, inciso VIII e 173 da Constituição Federal; Lei nº 8.112/1990; artigo 93 da lei nº 8.213/1991 e Decreto nº 3.298/1999).

A esse respeito, LOPES (2000, p. 44) menciona que:

As ações afirmativas devem ser entendidas como ações que têm como objeto contribuir para cancelar ou corrigir as desigualdades de fato, de maneira a promover a presença e a participação de mulheres em todos os setores profissionais e em todos os níveis de responsabilidade. Estão vinculadas à longa história de políticas sociais que se preocupam com a defesa, promoção e a valorização das mulheres no mundo do trabalho, e visam modificar as concepções da divisão sexual do trabalho, que ferem o princípio da igualdade de direitos e oportunidades entre homens e mulheres.

Encontra-se ainda em, BARROS (1995, p. 176) lições a propósito da destinação dessas ações afirmativas. Na concepção da autora, elas devem ter o objetivo de retirar ou

diminuir “[...] estereótipos a respeito das funções na sociedade, com prejuízo para as mulheres”, propiciar a inclusão das mulheres em ocupações, mais promissoras e de níveis de responsabilidade e uma melhor qualificação, além de outros diversos incentivos.

No entanto, como muito bem ponderado pela doutrinadora, a ideia do implemento das ações afirmativas necessita de um apoio governamental:

E para que essas ações não traduzam mera declaração enfática do princípio da igualdade, é imprescindível que haja vontade política (citou o VOGEL-POLSKY, Eliane. Los Programas de acción positiva em provecho de las mujeres, 1. Analisis teórico. Op. Cit., p. 237) e se implantem programas de ação positiva, que acelerem a participação de mulheres nos órgãos responsáveis pela elaboração e fiscalização das leis sobre condições de trabalho. É importante que se exerçam pressões sobre o Legislativo, o qual, por sua vez, também sofre as influências dos estereótipos socioculturais que devem ser combatidos.

Finalmente, o Estado pode impor, pela via da intervenção legislativa no setor público, a obrigação de se elaborarem e de se aplicarem programas de ação positiva no setor privado, subvencionando-os, arcando total ou parcialmente com os gastos extras que

advenham da contratação ou transferência de mulheres para funções tradicionalmente ocupadas por homens, como ocorre na Suécia e na França. Esses programas versam sobre alteração das mentalidades, distribuição mais justa das responsabilidades familiares, condições de trabalho (horários mais flexíveis, licenças para o pai ou para a mãe) e formação profissional, dentre outros (BARROS, 1995, p. 176).

Como marco importante de instrumento de promoção de igualdade de direitos entre homens e mulheres encontra-se a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1979, citada anteriormente, que reconhece a desvantagem comparativa com que as mulheres adentram ao mercado de trabalho. Seu artigo 4^o dispõe:

[...] a adoção pelos Estados-Partes de medidas especiais, de caráter temporário, destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher, não se considerará discriminação na forma definida nesta convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas. Essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade e de

oportunidades do tratamento
houverem sido alcançados.

Sobre o andamento histórico das ações afirmativas, disserta LOPES (2000, p. 45) que no início da década de 80, elas começaram a ser implementadas nos Estados Unidos e avançaram nos demais países da Europa, chegando finalmente à América Latina. Exemplifica com os acordos e convenções internacionais que resguardaram os interesses da mulher, proibindo a discriminação por motivo de sexo, tais como, a Carta das Nações Unidas, Declaração Universal dos Direitos Humanos, Convenções da ONU e da OIT, Tratado de Roma (que deu origem à unificação europeia), Carta Social Europeia e a Carta da Organização dos Estados Americanos sobre Direitos Humanos, entre outros.

Merece destaque também, neste ponto, o programa denominado “Programa de Ação Afirmativa” materializado pela Organização Internacional do Trabalho, que consiste em estratégias,

[...] para alcançar a igualdade de oportunidades entre as pessoas, distinguindo e beneficiando grupos afetados por mecanismos discriminatórios com ações empreendidas em um tempo determinado, com o objetivo de alterar positivamente a situação de desvantagem desses grupos. O instrumento da ação afirmativa é o esforço para garantir que todo indivíduo qualificado tenha igual acesso e oportunidade de competir, com base em habilidade e mérito

(SANTOS, apud CYRILLO, PAULANI e AGAZZI, 2003, p. 255).

Pode-se concluir então, que falta vontade política, como bem esclareceu BARROS (1995), para que essas ações tornem-se eficientes e determinem o fim da discriminação da mulher no mercado de trabalho.

4.2 O Tratamento no Ordenamento Internacional de Combate à Discriminação

A proteção ao mercado de trabalho da mulher, que necessariamente remete ao tema da discriminação, encontra mecanismos não apenas no ordenamento jurídico pátrio, mas também, em normas internacionais, que decorrem, inclusive, de aspectos históricos mais sedimentados, se comparados aos que ensejaram a formulação de normas protetivas no Brasil. CARLOS (2004, p. 44-5) faz referência à Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada e proclamada pela Resolução 217^a da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948 e assinada pelo Brasil. A autora, a propósito do tema, relata:

Dela emanam as regras e dispositivos que visam impedir a discriminação e que possibilitam a toda pessoa gozar seus direitos, sem distinção de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição (art. II). Dessa norma emanam também os deveres para garantir igual proteção contra

qualquer tipo de discriminação que viole seus textos e contra qualquer incitamento a tal discriminação (art. VII).

Da leitura dos artigos referentes aos direitos trabalhistas da Declaração Universal (arts. I, II, IV, V, VII, VIII, XX, XXIII, XXIV, XXV, XXIX) observa-se a preocupação, na ordem internacional, sobre a liberdade sindical e de associação, abolição do trabalho forçado e eliminação da discriminação no trabalho e na profissão.

Menciona-se também, na mesma linha protetiva, a Convenção nº 100 de 1951, da OIT, ratificada pelo Brasil em abril de 1957 e promulgada pelo Decreto 41.721, de junho de 1957, que absorveu o princípio da igualdade e o disciplinou no aspecto da remuneração para a mão-de-obra masculina e feminina, quando se tratar de trabalho de igual valor. A propósito da igualdade de remuneração, BARROS (1995, p. 139) citando SULLEROT, tece as seguintes considerações:

[...] a igualdade de remuneração deverá fundar-se em um conjunto de operações realizadas e não nos resultados obtidos, afirmando-se não se poder levar em consideração que a mão-de-obra feminina possa resultar mais custosa em consequência das leis de tutela social.

A Recomendação 90, de 1951, da OIT, complementou a Convenção 100, do mesmo ano, para garantir a aplicação do princípio da igualdade de remuneração. Segundo

BARROS (1995, p. 140) esta “... sugere medidas que permitam avaliar os trabalhos executados e classificar os empregos independentemente de sexo, como também elevar o rendimento dos trabalhadores, assegurando-lhes as mesmas oportunidades de orientação profissional”, o que, no entanto, permanece prejudicado, em face da impossibilidade de interferência no âmbito privado, já que ocorre via negociação coletiva. Deve-se fazer referência ainda, à Convenção das Nações Unidas sobre a “Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher”, adotada pelo Brasil em dezembro de 1979 e em vigor desde 16 de abril de 1982, que define, no seu art. 12, o que se deve entender por discriminação contra as mulheres:

[...] toda a distinção, exclusão ou restrição fundada no sexo e que tenha por objetivo ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício dos direitos humanos e das liberdades fundamentais pela mulher, qualquer que seja seu estado civil, nos mais diversos campos.

A propósito dessa Convenção, ressalta CARLOS (2004, p. 46), em análise de conteúdo, que:

A Convenção condena a prática da discriminação por parte de qualquer pessoa, organização ou empresa, em todas as suas formas e os seus domínios, principalmente na vida política e pública, assegurando aos homens e às mulheres os mesmos direitos, particularmente às

trabalhadoras rurais. Determina também que os Estados-membros tomem medidas adequadas para proibir a dispensa de empregadas em decorrência do estado civil, de gravidez ou maternidade, e ainda que concedam proteção especial às mulheres durante a gravidez. Essa Convenção ainda estabelece que as medidas adotadas pelos Estados-membros objetivando tutelar a maternidade não são consideradas discriminatórias, tampouco as de caráter transitório adotadas com o fim de alcançar mais rapidamente a igualdade de fato entre homens e mulheres. Analisando o disposto nesta Convenção, verifica-se que essa norma internacional assegura, em vários dispositivos, os mesmos direitos, as mesmas condições e as mesmas oportunidades a homens e mulheres no trabalho.

Cumprе destacar a mencionada Convenção nº 100, de 1951, da OIT, que dispõe sobre a igualdade de remuneração entre a mão-de-obra masculina e a feminina. Salientou ROCHA (2000, p. 42), que essa Convenção foi ratificada por 107 países, inclusive o Brasil. A Recomendação nº 90 a completa. Por fim, não se pode olvidar a Convenção 111 da OIT, de 1960, aprovada na 42ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho de Genebra, em 1958, que disciplinou a implantação de medidas concretas de enfrentamento da discriminação

racial, que também é protetiva à mulher de cor negra. A Recomendação nº 111 que a complementa e também trata de discriminação em matéria de emprego e de ocupação, tem como signatário o Brasil, que se comprometeu a seguir as diretrizes nelas estabelecidas. Em relação a essa Convenção nº 111 da OIT, de 1960, BARROS (1995, p. 137) discorre que no plano internacional, a discriminação compreende qualquer

distinção, exclusão ou preferência fundada em raça, cor, sexo, religião, opinião pública, ascendência nacional, origem social ou outra distinção, exclusão ou preferência especificada pelo Estado-Membro interessado, qualquer que seja sua origem jurídica ou prática e que tenha por fim anular ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento no emprego ou profissão” (art. 1º da Convenção nº 111 de 1958).

Destaca-se, por fim, a Convenção nº 156 da OIT, de 1981, que se refere à Igualdade de Oportunidades e de Tratamento de Trabalhadores de Ambos os Sexos.

Da análise destas Convenções Internacionais permite observar que a atuação da OIT (Organização Internacional do Trabalho) vem significando importante contributo, ao lado das Nações Unidas e organizações especializadas interessadas no combate à discriminação em detrimento do trabalho da mulher.

5 CONCLUSÃO

O princípio da igualdade foi consagrado em diversas Constituições e especialmente pela Carta Magna de 1988, o que propiciou uma maior reflexão pelo aplicador do direito e pela sociedade sobre as medidas propiciadoras de oportunidades a todos os cidadãos. A discriminação é fato incontestável, o que gera uma necessidade de uma consciência social de que os direitos são para todos, sem distinção de cor, sexo, raça ou convicção religiosa.

No âmbito das relações de trabalho, as medidas de igualdades são necessárias, principalmente em relação às mulheres devido as suas condições e particularidades. Isso porque a Constituição Federal assegura direito à cidadania e à dignidade. As leis trabalhistas e as medidas protetivas inseridas em normas nacionais e internacionais auxiliam a mulher a lutar pelos seus direitos.

A pesquisa do tema relativo ao princípio da igualdade e os mecanismos de implementação quanto ao gênero permitiu concluir que, no que concerne à esfera legal, a mulher tem obtido tratamento isonômico a partir de várias medidas protetivas. Do ponto de vista social, contudo há muito que caminhar, no tratamento que lhe é destinado.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Adriana Hilgenberg de Araújo. Limites da Autonomia normativa coletiva: controle do Ministério Público do Trabalho. In: COUTINHO, Aldacy Rachid e WALDRAFF, Célio Horst (org.). **Direito do trabalho & direito processual do trabalho**: temas atuais. Curitiba: Juruá, 1999.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. Acesso ao emprego – discriminação em razão de deficiência – o acesso ao emprego e a proteção processual em defesa da igualdade. In:

ROMAR, Carla Teresa Martins e SOUZA, Otávio Augusto Reis de (coords.) **Temas relevantes de direito material e processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2000.

ARNS, Cardeal Dom Paulo Evaristo. Para que todos tenham vida. *In*: VIANA, Márcio Túlio e RENAULT, Luiz Otávio (coordenadores). **Discriminação**: estudos. São Paulo: LTr, 2000.

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

BOSSA, Sonia. **Direito do Trabalho da mulher no contexto social brasileiro e medidas antidiscriminatórias**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

BRASIL. Constituição federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acessos em: 11.ago.2009 e 2.jun.2010.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Discriminação no trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

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

CARLOS, Vera Lúcia. **Discriminação nas relações de trabalho**. São Paulo: Método, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2001.

CYRILLO, Denise C; PAULANI, Leda Maria; AGAZZI, Daniela L. Diversidade no ambiente de trabalho: oportunidades de emprego para incapacitados. *In*: CHAHAD, José Paulo Zutano e CACCIAMALI, Maria Cristina (coordenadores). **Mercado de Trabalho no Brasil**: novas práticas trabalhistas, negociações coletivas e direitos fundamentais no trabalho. São Paulo: LTr, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 3.ed. São Paulo: LTr, 2004.

GOSDAL, Thereza Cristina. **Discriminação da mulher no emprego**: relações de gênero no direito do trabalho. Curitiba: Genesis, 2003.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **História geral da civilização brasileira**. São Paulo: Brasiliense, 1972.

<<http://www3.dataprev.gov.br>>. Acesso em: 11.ago.2009.

JAKUTIS, Paulo. **Manual de estudo da discriminação no trabalho**: estudos sobre discriminação, Assédio Sexual, Assédio Moral e Ações Afirmativas, por meio de comparações entre o Direito do Brasil e dos Estados Unidos. São Paulo: LTr, 2006.

LEDUR, José Felipe. **A realização do direito ao trabalho**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

LIMA, Firmino Alves. **Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

LIMA FILHO, Francisco. **A discriminação do trabalhador no contrato de trabalho e o princípio constitucional da igualdade.** Disponível em: <<http://www.ambito-jurídico.com.br>>. Acesso em 21.ago.2009.

LIPPMANN, Ernesto. **Assédio sexual nas relações de trabalho.** 2. ed. São Paulo: LTR, 2004.

LOPES, Christiane Maria Sbalqueiro. Discriminação no processo do trabalho: dificuldades de prova de sua ocorrência. **Revista LTr.** Vol. 68, nº 12, dezembro de 2000.

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

MARQUES, Christiani. **O contrato de trabalho e a discriminação estética.** São Paulo: LTr, 2002.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais:** teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Proteção jurídica ao trabalho dos portadores de deficiência. *In*: VIANA, Márcio Túlio e RENAULT, Luiz Otávio (coordenadores). **Discriminação**: estudos. São Paulo: LTr, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti e PIROTTA, Kátia Cibelle Machado Pirotta. **O impacto da flexibilização das leis trabalhistas sobre as condições de trabalho da mulher**. Trabalho apresentado no XIII Encontro da Associação Brasileira de Estudos Populacionais. Ouro Preto – MG, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção constitucional dos interesses trabalhistas difusos, coletivos e individuais homogêneos**. São Paulo: LTr, 2001.

SIMÓN, Sandra Lia. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: LTr, 2000.

SOARES FILHO, João Batista Luzardo. **Discriminação no emprego**. Disponível em: <<http://www.prt22.mpt.gov.br>>. Acesso em: 18. ago. 2009.

SOUZA, José Bonifácio de. **Ações afirmativas**. Disponível em: <www.cursoaprovacao.com.br>. Acesso em: 19.ago.2009.

SPULDARO, Daniella Bianchini. Discriminação no Trabalho. In: COUTINHO, Aldacy Rachid e WALDRAFF, Célio Horst (org.). **Direito do trabalho & direito processual do trabalho**: temas atuais. Curitiba: Juruá, 1999.

VASCONCELOS, Elaine. **Discriminação nas relações de trabalho**. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/noticias/noticias/ler_noticias.cfm?cod_conteudo=5530&descricao=noticias>. Acesso em: 16.ago.2009.

VIANA, Márcio Túlio e RENAULT, Luiz Otávio Linhares. **Discriminação**: estudos. São Paulo: LTr, 2000.