

A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS FRENTE À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ANÁLISE CENTRADA NA TUTELA ESPECIAL DA MULHER NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

Paulo Henrique Schneider*

INTRODUÇÃO

A CF/88 elencou como objetivos fundamentais da República a promoção do bem de todos sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Também assentou como direito fundamental a igualdade em direitos e obrigações entre homens e mulheres.

Assim, tem-se como objetivo do presente ensaio a análise dos fundamentos da tutela especial do trabalhador do sexo feminino, a identificação dos desafios da globalização para a proteção da mulher na relação de trabalho e da ausência de legislação sobre a proteção do trabalho da mulher mediante incentivos específicos e o risco para a promoção da isonomia de gênero e, principalmente, a concretização da tutela especial da mulher trabalhadora pela via da jurisdição constitucional e o nível de contribuição desta na promoção da igualdade entre homens e mulheres na contemporaneidade.

1 – OS FUNDAMENTOS DA TUTELA ESPECIAL

Antes de se adentrar especificamente nos fundamentos da tutela especial no Direito, é importante traçar os marcos conceituais da discriminação.

A palavra discriminação advém do latim *discrimino*, que significa separar, diferenciar, distinguir, tendo, portanto, em sua origem etimológica uma neutralidade no sentido. Todavia, quando essa diferenciação está pautada por critérios injustificados, há a violação da dignidade do ser humano, sendo consequentemente inaceitável (NOVAIS, 2005, p. 30).

* Mestre em Direito pela UNISC; especialista em Direito Processual Civil pela ULBRA; especialista em Direito do Trabalho e Seguridade Social pela UPF; professor de Direito da UPF; advogado.

DOCTRINA

Dessa forma, o que interessa ser conceituado é a discriminação ilícita. Esta, segundo Delgado (2000, p. 97), é a “conduta pela qual se nega à pessoa tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada”.

Portanto, discriminar é fornecer um tratamento desfavoravelmente diferenciado a determinado indivíduo em razão de algum motivo ou característica específica (CANTELLI, 2007, p. 38).

Na conduta discriminatória, identificam-se o preconceito (ato de julgar alguém), a separação (censura) e a personificação (agregar a identidade da pessoa um traço seu extrínseco), que são os três elementos difundidos por aqueles considerados os transmissores e produtores de uma ideologia, que são a família, a religião, a escola e os meios de comunicação (AIEXE, 2000, p. 335).

Na relação de trabalho, a discriminação consiste em “negar ao trabalhador a igualdade necessária que ele deve ter em matéria de aquisição e de manutenção no emprego, pela criação de desigualdades entre as pessoas” (BRITO FILHO, 2002, p. 43).

Reprovável em qualquer contexto, ela é ainda mais preocupante quando acontece no ambiente de trabalho, local onde originalmente o empregado encontra-se numa situação de inferioridade com relação ao empregador, possuindo menores condições de defender-se contra afrontas à sua dignidade e por ser o ambiente em que o indivíduo desenvolve suas potencialidades, realizando-se enquanto pessoa e membro da sociedade (GÓIS, 2010, p. 165).

Vale dizer que, no Direito do Trabalho, a discriminação é verificada principalmente nas relações que envolvem crianças e adolescentes, portadores de deficiência e trabalhadores do sexo feminino, com a aplicação de critérios não relevantes para o desempenho de uma determinada ocupação que “afastam o reconhecimento do contributo objetivo de determinado trabalhador para o bem comum” (BARZOTTO, 2012, p. 42).

Essa discriminação pode se dar de duas formas, direta ou indireta. A primeira, como já mencionado, é aquela fundamentada em critérios vedados pelo ordenamento jurídico, como gênero, religião, origem, etc., verificando-se quando há a exclusão explícita de determinada pessoa em função de características específicas (CANTELLI, 2007, p. 152).

Por outro lado, a discriminação indireta ocorre quando, aparentemente, a atitude ou prática no espaço de trabalho revela-se neutra, mas, na realidade, tem um impacto prejudicial na pessoa ou no grupo de pessoas com características específicas (BARZOTTO, 2012, p. 44).

DOCTRINA

Além da discriminação direta e da indireta, a doutrina classifica também a discriminação no trabalho de forma vertical (que impede que a mulher ocupe postos de hierarquia mais elevada no emprego) ou horizontal (que limita a mulher a determinadas profissões consideradas “femininas”).

Doutora em Serviço Social, Cisne (2012, p. 49), ao discorrer sobre a divisão sexual do trabalho no Serviço Social, expõe que a construção social que se faz sobre a mulher, de ter a natural vocação para a solidariedade e para o altruísmo, é apropriada como uma estratégia de intervenção junto à classe trabalhadora, com o inequívoco objetivo de atender aos interesses do capital. Tal processo é fruto de uma sociedade patriarcal que institui hierarquicamente o que é trabalho de homens e de mulheres.

Essa discriminação horizontal é o principal fator gerador da diferença de salários entre homens e mulheres, tendo em vista que isola as mulheres em ocupações consideradas femininas (enfermeira, professora, secretária, etc.) a despeito de sua instrução escolar (BARROS, 2007, p. 14).

Ainda para Barros (2007, p. 15), “a teoria sociossexual” é a mais útil para explicar o porquê de as mulheres, mesmo conscientes das vantagens pecuniárias das profissões exercidas por homens, continuam a exercer profissões tidas por “próprias da mulher”, pois essa teoria atenta para

“fatores alheios ao mercado de trabalho, centralizando-se nos estereótipos comuns e dominantes na sociedade a respeito das mulheres. Elas ainda padecem do ordenamento patriarcal da sociedade e na família, que lhes confere predominantemente os cuidados com os filhos e os afazeres do lar, e ao homem o sustento econômico. Essa mentalidade reflete-se no campo do trabalho sob a forma de estereótipos negativos a respeito das mulheres.”

Já a discriminação vertical, que afasta as mulheres dos trabalhos com salários mais elevados em razão da hierarquia, deve-se a inúmeros fatores, como, por exemplo, a falta de qualificação (pois desde a infância foram orientadas para outras ocupações) e a descontinuidade da carreira em razão de gravidez, de parto e dos cuidados com os filhos (BARROS, 2007, p. 16).

Há, ainda, outra modalidade de discriminação denominada de autodiscriminação, que se caracteriza como espécie de autovigilância em que a mulher cria mecanismos internos de repressão que, moldando as opções profissionais, tornam certas escolhas impensáveis (NOVAIS, 2005, p. 36).

Nesses casos, por fatores cognitivos que acarretam alienação, as mulheres aceitam e acreditam que merecem um salário inferior, adotando como critério

DOCTRINA

de comparação não a situação masculina, mas a de outras mulheres em iguais condições (COUTINHO, 2000, p. 32).

Da exposição acima, conclui-se que inúmeros fatores são os que justificam a necessidade e a importância da tutela específica da mulher no mercado de trabalho, através de uma série de medidas visando ao estreitamento da desigualdade.

Quando se fala em tutela especial, deve-se ter em mente a existência de um tratamento legislativo diferenciado para uma determinada categoria de indivíduos. Denominada pela doutrina como discriminação positiva ou reversa, caracteriza-se pela série de medidas tomadas em favor dos grupos ou segmentos sociais que se encontram em situação de inferioridade, com o intuito de implementar igualdade de oportunidades dentro da estrutura social (NOVAIS, 2005, p. 38).

Esse tratamento diferenciado justifica-se para a promoção da igualdade material, porquanto, consoante se depreende da leitura do art. 5º, I, da CF/88, a isonomia pregada pelo constituinte é “nos termos da Constituição”, ou seja, uma igualdade mitigada tendo em vista que homens e mulheres são juridicamente iguais, porém são fisiológica e psicologicamente dessemelhantes, o que demanda um tratamento diferenciado para a correção dessa natural desigualdade.

A compreensão da tutela diferenciada como vetor para o alcance da igualdade material faz-se necessária, haja vista que “tratamento desigual” e “tratamento discriminatório” não são sinônimos. Um tratamento desigual não significa propriamente uma prática discriminatória, já que um amplo número de tratamentos diferenciados deve ser aceito justamente para a garantia da igualdade (ALVES LIMA, 2011, p. 26).

A igualdade material permite o estabelecimento de uma situação de igualdade real entre os homens, através da atribuição de uma superioridade jurídica ao sujeito mais frágil¹ da relação (MACHADO, 2011, p. 27).

O estar “ombro a ombro” no ambiente de trabalho requer o reconhecimento entre os pares, uma vez que o trabalhador não quer ser identificado por suas particularidades além-trabalho, como o fato de ser homem ou mulher, crente ou não, portador de deficiência ou não (BARZOTTO, 2012, p. 41).

Nesse sentido é a lição de Alves Lima (2011, p. 36):

1 Essa fragilidade, segundo Pierucci (1995, p. 149), consiste naqueles “traços distintivos reais ou inventados, herdados ou adquiridos, genéticos ou ambientais, naturais ou construídos, partilhados vitalícia ou temporariamente por determinados indivíduos”.

DOCTRINA

“A igualdade se traduz também em base axiológica de um grupo de direitos fundamentais, os quais visam reduzir as desigualdades de fato, que são os direitos sociais. Entre eles, com amplo destaque, se encontram os direitos trabalhistas, sendo o direito a não ser discriminado no âmbito das relações de trabalho um dos mais importantes componentes.”

Assim, as proibições de discriminação trazidas pelo direito geral e especial são decorrência lógica do princípio da igualdade², apresentando-se como uma vertente negativa do referido princípio, ou seja, a obrigação de observância de tratamento isonômico implica num veto à prática de todo e qualquer ato discriminatório (MACHADO, 2011, p. 40-41).

No caso do contrato de trabalho, essa proteção dá-se ainda na fase pré-contratual, quando a legislação proíbe qualquer prática discriminatória que obste o acesso à relação de emprego (Lei nº 9.029/95), como, por exemplo, a exigência de teste de gravidez ou, ainda, o anúncio de oferta de emprego com referência ao sexo do candidato (art. 373-A, I, da CLT).

Essa ampla proteção, como visto no capítulo anterior, se deve ao fato de que os direitos fundamentais são dotados de eficácia radiante por todo o ordenamento jurídico, quer público, quer privado, exigindo respeito, promoção e proteção (MACHADO, 2011, p. 36).

Entretanto, por outro lado, é preciso salientar que existe parcela da doutrina e da jurisprudência que entende que, no contexto atual, a proteção específica ao trabalhador do sexo feminino não mais se justifica, tendo em vista que as raízes da legislação protecionista estão calcadas em noções tradicionais acerca do papel da mulher na sociedade, de forma que essas leis, adjetivadas como “benignas”, na prática causam efeito adverso, expondo ainda mais a mulher a condições de subemprego e inferioridade (BARROS, 1993, p. 453).

Para estes, as ações afirmativas em prol da mulher acarretariam a denominada *discriminação inversa*, ou seja, a preterição do homem, que passa a ser então o trabalhador injustiçado e rejeitado.

Segundo Sierra Hernaiz (1999, p. 105), “la acción positiva da lugar a una discriminación directa, pero esta vez em contra los hombres, identica em

2 Nesse sentido, Cantelli (2007, p. 39) observa que a discriminação “despoja, restringe, nega direito e gera exclusão social, violando o princípio da igualdade e o direito que todo cidadão tem de viver com dignidade. Além disso, a discriminação, de qualquer espécie, afeta a autoestima da pessoa atingida, podendo dar ensejo a diversas doenças de ordem psíquica e física, violentando a dignidade de sua vítima”.

características y consecuencias a la sufrida por las mujeres hasta um pasado no mui lejano”.

Todavia, esta não é a posição defendida no presente trabalho, porquanto, no contexto atual, a mulher ainda é o sexo frágil no contrato de trabalho, necessitando de proteção especial para que possa galgar seu espaço em situação de igualdade com o homem. Obviamente que o protecionismo exacerbado e injustificado gera o efeito oposto.

Contudo, a solução não passa pelo reconhecimento da igualdade formal, mas pela adoção de medidas coerentes para a promoção da isonomia material com fins a evitar a discriminação na relação laboral³.

2 – A TUTELA ESPECIAL DA MULHER TRABALHADORA

Se o trabalho é condição essencial para que o ser humano tenha acesso a inúmeros direitos fundamentais, como, por exemplo, saúde, lazer, moradia, alimentação e educação, a discriminação revela-se como uma ação obstativa à fruição desses direitos, violando, por consequência, a dignidade da pessoa humana.

Como ponto nodal do presente artigo, cabe, a partir de agora, centralizar o enfoque para a tutela especial do trabalhador do sexo feminino.

Segundo o legislador constituinte, a tutela especial da mulher, para fins da promoção da igualdade, dá-se mediante incentivos específicos, nos termos da lei, para a proteção do mercado de trabalho da trabalhadora do sexo feminino.

A esse conjunto de medidas protetivas específicas, que visam ao favorecimento da mulher, dá-se o nome de “ações afirmativas” ou “discriminações positivas”.

Tais medidas importam na adoção de programas no setor público e privado que possuem por objetivo atribuir, em caráter temporário (até que o equilíbrio se estabeleça), um tratamento especial às mulheres, de forma a proporcionar um equilíbrio entre os sexos nas relações laborais (BARROS, 2005, p. 1.109).

3 Nesse sentido, Coutinho (2000, p. 22) lembra que a “distinção deve se pautar por critérios objetivos e razoáveis, necessários e suficientes para tal e, ainda, não onerosos. Diante de eventual desigualdade, há de se resolver por diretivas fixadas em regras ou princípios constitucionais, sendo que os objetivos serão valorados por compatibilidade, mediante o reconhecimento de uma relação com as condições reais de iguais oportunidades. Tudo sempre de sorte a garantir a justiça social e a concentração e eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais”.

DOCTRINA

Essas ações afirmativas podem ser tipificadas como políticas antidiscriminatórias preventivas (através de regulamentos que proíbem condutas discriminatórias autorizando que as vítimas reclamem por compensações) e políticas antidiscriminatórias corretivas (que reconhecem que a discriminação tem múltiplas manifestações) (BARZOTTO, 2012, p. 51).

Segundo Cruz (2003, p. 185), as ações afirmativas podem ser entendidas como “medidas públicas e privadas, coercitivas ou voluntárias, implementadas na promoção/integração de indivíduos e grupo sociais tradicionalmente discriminados”.

Ferreira Filho (2011, p. 140) salienta que do princípio constitucional da igualdade decorre a proibição de privilégios que não tenham por objetivo o reajustamento proporcional de situações desiguais, ou seja, tratamentos jurídicos diferenciados que não se contrapõem à unidade do direito.

As ações afirmativas podem compreender diversos aspectos do trabalho feminino, como, por exemplo, ações que facilitem o acesso ao trabalho e a formação profissional, políticas voltadas para mudanças culturais, ações que implementem ferramentas de conciliação entre o trabalho e vida familiar/social, ações que garantam a dignidade humana no trabalho, etc. (CANTELLI, p. 2007, p. 176).

No caso do Brasil, como já mencionado alhures, o art. 7º da CF/88 estabeleceu a proteção ao mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos, nos termos de legislação específica.

Ademais, o art. 373-A, parágrafo único, da CLT, acrescentado pela Lei nº 9.799/99, faz alusão à possibilidade de adoção de medidas temporárias que tenham por objetivo o estabelecimento de políticas de igualdade entre homens e mulheres, corrigindo distorções que afetem a formação profissional e o acesso ao emprego das mulheres.

Também o art. 390-E, incluído na CLT por força da mesma Lei, discorre sobre a possibilidade de a pessoa jurídica associar-se a entidades de formação profissional e outras para a execução de projetos voltados ao incentivo ao trabalho da mulher.

Todavia, consoante se verificará no tópico 2.2, essas previsões normativas têm se mostrado insuficientes para a redução da desigualdade de tratamento da mulher no mercado de trabalho.

DOUTRINA

Não se pode esquecer, ainda, da proteção legislativa conferida à mulher nas relações laborais. A CLT destina um capítulo (III) específico para a tutela do trabalho feminino.

Inicialmente, o art. 373-A coíbe a discriminação da mulher em razão de seu estado gravídico antes e durante a vigência do contrato de trabalho, como, por exemplo, a proibição de recusa de emprego ou de promoção em razão do estado de gravidez da trabalhadora.

O art. 384, cuja constitucionalidade é questionada por parte da doutrina e da jurisprudência, prevê, para o caso de prorrogação da jornada de trabalho, um descanso específico ao trabalhador do sexo feminino.

Já a proteção à maternidade é regulada nos arts. 391 a 400, assegurando, entre inúmeros outros direitos (também aqueles previstos no texto constitucional), descansos especiais durante a jornada de trabalho destinados à amamentação.

Salutar ressaltar que a própria CF/88 possui normas de proteção da mulher. É o caso da licença-gestante e da estabilidade da empregada grávida, direitos previstos, respectivamente, nos arts. 7º, inciso XVIII, e 10, II, *b*, do Ato das Disposições Transitórias da CF/88.

Por óbvio, essa proteção legislativa estende-se, principalmente, no âmbito das normas internacionais de Direito do Trabalho, através dos tratados internacionais e das convenções da CLT.

Ao lado e – porque não dizer – por consequência da Declaração Universal de Direitos Humanos, do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e do PIDESC (a respeito, ver item 3.3.2), o principal instrumento normativo internacional é a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, aprovada em 1979, por ocasião da realização, no México, da primeira Conferência Mundial sobre a Mulher.

A Convenção tem por objetivo não apenas a erradicação da discriminação contra a mulher, mas também estipular práticas de promoção da igualdade, combinando a proibição da discriminação com a adoção de políticas compensatórias, aliando à vertente repressivo-punitiva a vertente positivo-promocional (PIOVESAN, 2009, p. 198).

Essas vertentes podem ser facilmente identificadas com a leitura do preâmbulo que reprime a discriminação como ato violador da dignidade da pessoa humana, ressaltando a necessidade de adoção de medidas destinadas a reduzir a desigualdade.

No âmbito regional, é preciso mencionar a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), ratificada pelo Brasil em 1995, que em seu art. 6º reconhece o direito da mulher de ser livre de todas as formas de discriminação.

No plano da CLT, citam-se as Convenções ns. 100 (referente à igualdade de remuneração), 111 (que trata da discriminação em matéria de emprego e profissão), 156 (que tutela os trabalhadores com encargos de família) e 183 (que versa sobre a proteção da maternidade).

A existência dessas inúmeras Convenções explicita a preocupação que a OIT tem, desde sua origem, com a questão da igualdade de oportunidades entre homens e mulheres (NOVAIS, 2005, p. 65). Tanto é que, como visto no tópico 2.1, a eliminação da discriminação em matéria de emprego é princípio fundamental.

2.1 – Os desafios da globalização para a proteção da mulher na relação de trabalho

Como visto, ao longo do século XX e, principalmente, a partir de sua segunda metade, a mulher ampliou seu ritmo de participação da força de trabalho em todo mundo, fazendo-se presente em todos os setores da atividade econômica, contribuindo para o progresso da humanidade e para a melhora das condições de vida, ao lado do homem e não contra ele (LUZ, 1984, p. 75).

Todavia, consoante delineado até o momento, esse aumento do nível de participação não a libertou da desigualdade e da discriminação nas relações de trabalho, e o advento da globalização trouxe novas demandas e perspectivas para o trabalhador do sexo feminino.

A globalização, entendida como o estágio atual da mundialização, que se iniciou no século XV com a conquista das Américas, consolidou-se no final da década de 1980 com o naufrágio das economias socialistas, sendo fruto da conjunção do auge desenfreado do capitalismo com o auge de uma rede de telecomunicações instantâneas (MORIN, 2011, p. 20).

Como consequência da implosão da União Soviética e da derrota do maoísmo, a globalização provocou uma onda de democratização em diversos países e a revalorização dos direitos do homem e da mulher (MORIN, 2011, p. 20-21).

No ambiente do trabalho feminino muito se falou que a emancipação feminina se realizaria com a plena integração da mulher no mercado de trabalho, fenômeno característico da globalização econômica. Todavia, os impactos da

globalização são ambíguos e contraditórios, pois as desigualdades persistem e adotam novas formas (CUNHA; FUENTES, 2006, p. 01).

Em que pese a avassaladora disponibilidade de meios de comunicação para aproximação de pessoas, mantiveram as mulheres distantes e anônimas no mercado de trabalho, o que acarreta a inexorável conclusão de que o progresso científico e tecnológico não acarretou uma melhoria das relações humanas (CANTELLI, 2007, p. 108).

A competição global e o desenvolvimento voltado para a exportação resultaram na preferência por trabalhadoras mulheres, sobretudo em manufaturas de uso intensivo de mão de obra, e nos países ricos as mulheres assumiram empregos privilegiados, o que certamente contribuiu para a redução da desigualdade salarial em algumas nações (CUNHA; FUENTES, 2006, p. 08).

Apesar disso, a globalização não gerou a tão sonhada “emancipação feminina”, pelo contrário, fomentou o crescimento da desigualdade em termos econômicos e sociais, ou seja, a globalização da economia também globalizou os processos de exclusão (CUNHA; FUENTES, 2006, p. 08).

Segundo Pimentel e Pandjarian (2001, s/p), em pesquisa realizada no início da década passada, as mulheres elegeram como suas maiores prioridades ter salários mais altos, respeito no local de trabalho e creche para as crianças, o que demonstra que, apesar de protegidas no campo legal, os direitos trabalhistas das mulheres estão longe de serem implementados na prática, o que inequivocamente constitui um desafio para a promoção da justiça social com igualdade de gênero no contexto da globalização.

Se, por um lado, a globalização resultou em maior participação feminina no mercado de trabalho, esse fenômeno tem se consolidado em condições de estigma e discriminação (CUNHA; FUENTES, 2006, p. 09).

As novas tecnologias que inundaram o mundo reforçaram a marginalidade das mulheres, pois os postos não qualificados desapareceram, enquanto que os postos que implicam tarefas repetitivas, típicas do modelo taylorista, são os que estão disponíveis para a imensa maioria das mulheres mundo afora (CANTELLI, 2007, p. 113).

De acordo com Souza Lobo (2011, p. 67), a despeito da globalização,

“(…) a divisão sexual do trabalho parece estar inserida na divisão sexual da sociedade, na construção do masculino e do feminino no nível do conjunto da sociedade, como uma relação entre dois mundos, dois espaços, que é apresentada como natural e biológica. Ainda mais a divi-

são sexual do trabalho como relação entre dois gêneros traz embutida a hierarquia social entre estes dois gêneros.”

O aumento da escolaridade feminina e do ingresso das mulheres em profissões consideradas superiores veio acompanhado do crescimento significativo de trabalhadoras em empregos precários, mal remunerados e desprovidos de perspectivas de carreira (NOVAIS, 2005, p. 51).

Roy (1999, p. 71) lembra que a tendência à feminilização de alguns setores do trabalho se “dá com grande desvantagem para o trabalho feminino, pois a qualificação correspondente não se confirma” e, com isso, a precarização das condições de trabalho, a baixa remuneração e a discriminação se estabelecem.

Um exemplo disso é que os países que apresentam módicas taxas de crescimento exportam trabalhadoras prestadoras de serviços domésticos como forma de geração/complementação da renda familiar. O salário obtido por essas mulheres fomenta o mercado consumidor e amplia a renda *per capita* nacional. Todavia, os benefícios operam efeitos positivos apenas no campo econômico, e não social, pois acontecem à custa de mulheres que abandonam seus lares e seus familiares por longos períodos de tempo (CUNHA; FUENTES, 2006, p. 10).

De acordo Yannoulas (2002, p. 29), as mudanças significativas no mundo do trabalho e a crescente participação feminina não resultaram na diminuição das desigualdades entre homens e mulheres, pois a ampliação da participação do trabalhador do sexo feminino está mais vinculada à expansão de atividades “femininas”⁴ do que ao acesso a atividades “masculinas”, sendo que as discriminações vertical e horizontal ainda se reproduzem, a brecha salarial não foi reduzida (é maior quanto maior é o nível de instrução), a taxa de desemprego feminina continua sendo superior à dos homens e aumentou a presença de mulheres em ocupações mais precárias.

O que se denota é que a inserção no mercado de trabalho não pode ser considerada um avanço significativo se esta inserção é precária e desqualificada. Como bem observam Reis e Souza (2012, p. 136):

“Não se pode compactuar com a aceitação da desregulamentação ou de afronta e violação dos direitos trabalhistas à população feminina sob a falsa premissa de que é preferível que ela, a mulher, esteja inserida no mercado laboral, seja da forma que for, do que estar desempregada.”

4 De acordo com Nogueira (2006, p. 137), “uma divisão sexual do trabalho tida como ‘natural’ é, portanto, um produto da história da relação entre o espaço reprodutivo e o produtivo, que seleciona e organiza as diferenças biológicas e funcionais entre homens e mulheres, legitimando e institucionalizando essas diferenças como base para a organização social”.

Em 2011, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) lançou a Quarta edição da Revista *Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça*, com uma ampla pesquisa sobre a situação do Brasil nos períodos de 1995 a 2009. Inicialmente, concluiu que a taxa de participação feminina na renda familiar cresceu 10% no período analisado, do que se concluiu que a inserção da mulher no mercado de trabalho cresceu significativamente. Todavia, a discriminação ainda persiste nas suas mais diversas formas (IPEA, 2011).

Exemplo disso é que, em 1995, a taxa média de desocupação⁵ dos homens era de 5%, enquanto a das mulheres era de cerca de 7%. Em 2009, a taxa média de desocupação dos homens passou para cerca de 6%, enquanto a das mulheres passou para 11%, ou seja, a taxa de desocupação das mulheres continua sendo maior em relação à dos homens.

Também a renda média dos homens continua sendo maior do que a das mulheres. Enquanto os trabalhadores brancos auferem renda média de R\$ 1.491,00, os trabalhadores negros de R\$ 833,50, as trabalhadoras brancas ganham, em média, R\$ 957,00 e as trabalhadoras negras R\$ 544,40.

Um dos fatores que explicam essa desigualdade é o nível de instrução que continua sendo muito maior nos homens em relação às mulheres. De acordo com o documento do IPEA, os homens brancos possuem, em média, 8,8 anos de estudo, enquanto que as mulheres brancas possuem cerca de 7,1 anos de estudo.

Da análise de todos os índices apontados na pesquisa, o documento conclui que (IPEA, 2011, p. 27):

“(...) as mulheres têm consolidado, ao longo das últimas décadas, sua participação no mercado de trabalho no Brasil, que deixa, aos poucos, de ser percebida como secundária ou intermitente. A inserção das mulheres nesta realidade é, no entanto, marcada por diferenças de gênero e raça. Além de estarem menos presentes do que os homens no mercado de trabalho, ocupam espaços diferenciados, estando sobrerrepresentadas nos trabalhos precários. Ademais, a trajetória feminina rumo ao mercado de trabalho não significou a redivisão dos cuidados entre homens e mulheres, mesmo quando se trata de atividades remuneradas, o que pode ser percebido pela concentração de mulheres, especialmente negras, nos serviços sociais e domésticos.”

5 Trabalhadores desempregados, mas em busca de emprego.

Tudo isso deixa claro que a redução das desigualdades socioeconômicas⁶ entre homens e mulheres não foi e não será excluída pela globalização econômica, porquanto demanda profundas transformações nas relações de gênero, pela adoção de políticas de redistribuição e reconhecimento (CUNHA; FUENTES, 2006, p. 11), e, ainda, pela adoção de legislação que contemple incentivos específicos para que as organizações adotem políticas de promoção da igualdade de gênero.

2.2 – Os efeitos para a promoção da igualdade de gênero da ausência de legislação sobre a proteção do trabalho da mulher mediante incentivos específicos

Consoante exposto anteriormente, a CF/88, em seu art. 7º, XX, estabelece a proteção ao mercado de trabalho da mulher através de incentivos nos termos de lei específica.

Com efeito, o art. 373-A da CLT prevê a possibilidade de implantação de medidas temporárias que tenham por escopo a implementação de políticas de igualdade entre homens e mulheres no ambiente laboral.

Igualmente, o art. 390-E da CLT dispõe sobre a possibilidade de ações conjuntas entre as pessoas jurídicas e as entidades de formação profissional, sociedades civis, sociedades cooperativas, entidades públicas e sindicatos para o incentivo ao trabalho da mulher.

Denota-se que os comandos legais acima citados, embora facultem a possibilidade da efetivação de programas e busquem atenuar a discriminação em face da mulher no mercado de trabalho, não podem ser considerados como um efetivo aparato legislativo de proteção do trabalho da mulher mediante recursos específicos nos termos preconizados pela CF/88.

Como corolário lógico, a realidade mostra que as ações afirmativas são módicas e inexpressivas e, portanto, incapazes de operar os efeitos pregados pelo legislador constituinte.

Os efeitos da ausência podem ser medidos em números. Em 2010, o instituto Ethos e o IBOPE, em parceria com a Fundação Getúlio Vargas (FGV-SP), o IPEA, a OIT e o Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher (UNIFEM), realizaram a pesquisa denominada “Perfil social, racial e de gênero das 500 maiores empresas do Brasil e suas ações afirmativas”. O

6 Sobre o tema, Touraine (2007, p. 231) lembra que as mulheres não buscam a inversão das desigualdades, mas, sim, a superação da inferioridade na relação homens/mulheres em que elas ainda ocupam uma posição de inferioridade.

DOCTRINA

objetivo foi “fomentar a discussão sobre o tema no meio empresarial e estimular a adoção de ações em favor da inclusão de grupos usualmente discriminados no mercado de trabalho” (INSTITUTO ETHOS, 2010, p. 3).

A pesquisa mostrou que, do total de 1.506 profissionais que compunham o “quadro executivo” das empresas, 1.299 eram homens e 207 eram mulheres. No nível de gerência, a desigualdade repete-se com um total de 10.815 trabalhadores para 3.077 trabalhadoras.

O pior é que, quando os números são confrontados com as pesquisas realizadas nos anos anteriores, não se percebe nenhuma situação de melhora na situação. Pelo contrário, alguns índices apontam retrocesso da participação feminina, o que deixa transparecer a sua situação de vulnerabilidade, ou seja, “as últimas a serem contratadas e as primeiras a serem demitidas”.

Para se ter uma ideia, em 2005, 31% das mulheres ocupavam cargos de gerência. Em 2007, esse percentual caiu para 24,6% e voltou a cair em 2010 para 22,1%, tendência de queda que se repete em outros cargos, como, por exemplo, de supervisão, que em 2007 tinha um índice de participação feminina de 37% e que foi reduzido para 26,8% em 2010 (INSTITUTO ETHOS, 2010, p. 12)

A pesquisa conclui que uma expressiva maioria das empresas não possui medidas para incentivar a participação de mulheres em seus quadros, e, quando têm, são ações meramente pontuais e não políticas com metas e ações planejadas (INSTITUTO ETHOS, 2010, p. 11).

O levantamento apontou que, para os cargos executivos, apenas 4% das empresas possuem políticas com metas e ações planejadas de incentivo da participação feminina em cargos de gestão, e 37% não possuem qualquer política direcionada à promoção da igualdade de oportunidades para homens e mulheres (INSTITUTO ETHOS, 2010, p. 26).

O mais alarmante é que, quando questionados sobre a proporção de mulheres nos cargos hierárquicos mais elevados, os presidentes das empresas unanimemente responderam que a distribuição é adequada, sendo que 51% dos presidentes entrevistados atribuíram a ínfima participação feminina à falta de qualificação profissional e à falta de interesse das mulheres por esses cargos.

A pesquisa traduz em números a consequência da ausência de legislação específica para a promoção da igualdade da mulher mediante incentivos específicos. Isso significa que as mulheres ainda continuam a exercer os cargos menos expressivos e com menores remunerações dentro das empresas.

DOCTRINA

A título comparativo, a Itália, ainda em 1991, com a Lei nº 125, implementou uma das mais avançadas diretrizes sobre a igualdade entre homens e mulheres no trabalho, instituindo medidas de cunho compensatório e promocional, como, por exemplo, o financiamento, total ou parcial, de mecanismos de ação afirmativa pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social. Isso viabilizou a implantação de programas pelas empresas privadas (CANTELLI, 2007, p. 179).

Portanto, ações afirmativas são imprescindíveis para o equilíbrio de oportunidades no mercado de trabalho e para a eliminação da discriminação contra as mulheres e, conseqüentemente, da desigualdade social daí decorrente (CANTELLI, 2007, p. 181).

Passa-se, agora, a estudar a reificação do trabalho feminino no cenário contemporâneo.

3 – A CONCRETIZAÇÃO DA TUTELA ESPECIAL DA MULHER TRABALHADORA NO BRASIL PELA VIA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Conforme abordado nos tópicos anteriores, a despeito da imensa quantidade de leis protetivas ao trabalho feminino no cenário pátrio e internacional, inexistente, no Brasil, a efetiva concretização legislativa do disposto no art. 7º, XX, da CF/88, ou seja, medidas legais que obstaculizem a discriminação através de incentivos específicos.

O que existe, a bem da verdade, são medidas pontuais, em alguns segmentos da sociedade, que são insuficientes para alterar a realidade vivenciada pela trabalhadora brasileira.

Assim, resta analisar no presente tópico a questão da contribuição da jurisdição constitucional na promoção da igualdade entre homens e mulheres na contemporaneidade.

Inicialmente, cumpre lembrar que a discriminação coaduna-se com o princípio da igualdade, desde que não atinja de modo atual e absoluto um só indivíduo, para não contrariar os princípios da generalidade e da abstração da norma jurídica; que haja realmente nas situações, nas coisas ou nas pessoas características e traços diferenciados; que exista correlação lógica entre os fatos diferenciais e a distinção estabelecida; e a distinção estabelecida tenha valor positivo, à luz do que estabelece o texto constitucional (MELLO, 1984, p. 53-54).

DOCTRINA

No caso do Brasil, onde o legislador ainda não sistematizou um aparato legal de proteção ao trabalho feminino mediante a instituição de incentivos específicos, não compete ao Judiciário fazê-lo, limitando o seu campo de atuação em dizer quando e por que, nos casos concretos, está ocorrendo uma discriminação da mulher trabalhadora.

Nesse sentido, Menezes (2001, p. 133) lembra que o texto constitucional brasileiro é pródigo em previsões que privilegiam a adoção de tratamentos jurídicos diferenciados para determinados grupos sociais, inclusive para corrigir os efeitos de ações discriminatórias. A questão é que o controle de constitucionalidade dos tratamentos impostos aos iguais e aos desiguais como reconhecido pelos Tribunais Pátrios não se resume apenas na identificação do fator de diferenciação eleito pelo texto normativo (v.g., raça, sexo, etc.), envolvendo a análise de correspondência entre este e as disparidades adotadas, que deve ser considerada por ocasião da análise do quesito pertinência/finalidade das normas, como também no que diz respeito à sua razoabilidade.

Esse exame só é factível quando definidos vários elementos, que variam de caso para caso (MENEZES, 2001, p. 134). É o que se identifica dos julgados escolhidos para análise da concretização da tutela especial da mulher trabalhadora pela via da jurisdição constitucional.

O primeiro caso é o do julgamento pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), no Incidente de Inconstitucionalidade 1.540/2005-046-12-00-5, que discutia se o intervalo de 15 minutos para mulher, antes da jornada extraordinária, previsto no art. 384 da CLT, havia sido recepcionado pela CF/88.

Por ocasião do julgamento, ocorrido na sessão do Tribunal Pleno de 17 de dezembro de 2008, decidiu-se pela constitucionalidade do dispositivo legal em comento, uma vez que homens e mulheres não são iguais em desgaste físico, evidenciando-se, portanto, razoável o tratamento legal diferenciado conferido à mulher trabalhadora.

Transcreve-se, por oportuno, a ementa do referido acórdão:

“MULHER. INTERVALO DE 15 MINUTOS ANTES DE LABOR EM SOBREJORNADA. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 384 DA CLT EM FACE DO ART. 5º, I, DA CF/88.

1. O art. 384 da CLT impõe intervalo de 15 minutos antes de se começar a prestação de horas extras pela trabalhadora mulher. Pretende-se sua não recepção pela Constituição Federal, dada a plena igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres decantada pela Carta Política de 1988 (art. 5º, I), como conquista feminina no campo jurídico.

DOCTRINA

2. A igualdade jurídica e intelectual entre homens e mulheres não afasta a natural diferenciação fisiológica e psicológica dos sexos, não escapando ao senso comum a patente diferença de compleição física entre homens e mulheres. Analisando o art. 384 da CLT em seu contexto, verifica-se que se trata de norma legal inserida no capítulo que cuida da proteção do trabalho da mulher e que, versando sobre intervalo intrajornada, possui natureza de norma afeta à medicina e à segurança do trabalho, infensa à negociação coletiva, dada a sua indisponibilidade (CF/88. Orientação Jurisprudencial nº 342 da SBDI-1 do TST).

3. O maior desgaste natural da mulher trabalhadora não foi desconsiderado pelo Constituinte de 1988, que garantiu diferentes condições para a obtenção da aposentadoria, com menos idade e tempo de contribuição previdenciária para as mulheres (CF/88, art. 201, § 7º, I e II). A própria diferenciação temporal da licença-maternidade e paternidade (CF/88, art. 7º, XVIII e XIX; ADCT, art. 10, § 1º) deixa claro que o desgaste físico efetivo é da maternidade. A praxe generalizada, ademais, é a de se postergar o gozo da licença-maternidade para depois do parto, o que leva a mulher, nos meses finais da gestação, a um desgaste físico cada vez maior, o que justifica o tratamento diferenciado em termos de jornada de trabalho e período de descanso.

4. Não é demais lembrar que as mulheres que trabalham fora do lar estão sujeitas à dupla jornada de trabalho, pois ainda realizam as atividades domésticas quando retornam à casa. Por mais que se dividam as tarefas domésticas entre o casal, o peso maior da administração da casa e da educação dos filhos acaba recaindo sobre a mulher.

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

Incidente de inconstitucionalidade em recurso de revista rejeitado.”
(Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, publicado em 13.02.09)

Cabe enaltecer que o Tribunal levou em consideração a dupla função que a mulher desempenha, ou seja, mãe de família e profissional, mostrando-se,

portanto, válida a concessão de vantagens legais específicas, como é o caso do intervalo de 15 minutos antes da prorrogação da jornada normal de trabalho.

Ao julgar pela perfeita adequação do art. 384 da CLT com os postulados de igualdade inscritos na Constituição Federal, o Tribunal acena com necessidade de que a igualdade entre homens e mulheres não pode ser apenas formal, mas, sobretudo, material, ou seja, na prestação de trabalho extraordinário a desigualdade de força física entre homens e mulheres deve ser compensada de forma a proteger a trabalhadora do sexo feminino, mantendo a paridade de condições no ambiente de trabalho.

O segundo caso, também oriundo do TST, o Recurso Ordinário em dissídio coletivo 537/2005-000-03-00.6, cuida-se de pedido de exclusão, formulado pelo recorrente, de cláusula na convenção que obrigava os empregadores a cumprir o disposto na Convenção nº 111 da CLT.

Como visto, a Convenção nº 111 estabelece a adoção de políticas nacionais de eliminação de discriminação em matéria de emprego por motivos de raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social.

A decisão, de relatoria do Ministro Walmir Oliveira da Costa, foi no sentido de dar provimento ao recurso, excluindo a aludida cláusula, por entender que a convenção da OIT é destinada somente ao Poder Público, que é quem tem o dever/poder de formular e de aplicar uma política nacional de promoção de igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego, não podendo a Justiça do Trabalho atuar como legislador ordinário.

No seu voto, o Ministro-Relator referiu que

“a norma internacional apenas estabelece comandos direcionados para a adoção de políticas públicas pelos Estados, sendo inviável o seu cumprimento direto pelos empregadores privados. Assim, em que pese o grande valor social do suscitante em buscar evitar discriminações nos ambientes de trabalho, a cláusula proposta se mostra inadequada.”

A despeito das importantes decisões da Corte trabalhista na erradicação da discriminação do trabalho feminino, a decisão proferida no caso relatado importa um retrocesso no árduo caminho da efetiva igualdade de tratamento entre homens e mulheres no ambiente laboral.

As convenções da OIT possuem natureza jurídica de tratados internacionais, como é consabido. Ao versarem sobre direitos humanos dos trabalhadores, certamente obrigam os Estados a implementá-los, mas não excluem os particulares de os observarem e respeitarem.

DOCTRINA

A instituição de cláusula normativa que obrigue as empresas a cumprirem o disposto em convenção internacional, *a priori* destinada especificamente ao Poder Público, não se revela “inadequada”, máxime porque o dever de respeito aos direitos humanos e fundamentais irradia efeitos que ultrapassam a esfera vertical, ou seja, Estado e indivíduo sendo exigíveis nas relações entre os entes privados, entre as quais insere-se a relação de emprego.

Com a fixação da cláusula da dignidade da pessoa humana e com o estabelecimento de princípios fundamentais introdutórios, procurou o constituinte estabelecer uma nova ordem pública da qual não se podem excluir as relações jurídicas particulares (TEPEDINO, 2004, p. 74).

Forçoso lembrar que o contrato de trabalho tem que cumprir a sua função social de molde a garantir a dignidade da pessoa humana. Se o Estado ainda é omissivo e inerte na efetiva proteção do mercado de trabalho da mulher, nada impede que os particulares, com a chancela do Poder Judiciário, façam-no através de instrumentos normativos privados.

Outrossim, exigir que a igualdade e a abolição da discriminação no trabalho dependam exclusivamente de políticas nacionais de promoção da igualdade de tratamento e de oportunidades é avaliar que as empresas mantenham e implementem políticas discriminatórias diretas e indiretas na relação juslaboral.

Neste caso, à guisa de conclusão, depreende-se que o Poder Judiciário abriga-se na própria inércia do Estado, o que em nada contribui para a promoção da igualdade de gênero no ambiente laboral.

Outro interessante caso é oriundo do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (Acórdão 20091026550), que versa sobre pedido de indenização de ex-empregada contra o empregador por motivos discriminatórios. Segundo informado na petição inicial, a empresa tinha por política oculta dispensar empregadas grávidas ou quando egressas da licença-maternidade.

Com fulcro nas normas constitucionais e infraconstitucionais de proteção à mulher trabalhadora, a Turma julgadora considerou a prática do empregador como discriminatória, condenando-o ao pagamento de indenização por danos morais em favor da obreira.

Chama atenção o fato de que a ação foi julgada procedente pelo fato de ter a autora “comprovado” os fatos alegados na inicial, aplicando-se, assim, a teoria subjetiva da responsabilidade civil, o que demonstra uma postura de certa forma conservadora dos julgadores.

DOCTRINA

Em processos dessa natureza, as possibilidades da vítima de comprovar a discriminação são muito limitadas por diversos fatores, como, por exemplo, a dificuldade de reunir documentos (todos os termos de rescisão de contrato de trabalho dos demais empregados despedidos em idênticas condições estão em poder do empregador) e testemunhas (as ex-colegas de trabalho já não fazem mais parte do convívio da empregada, sendo difícil convidá-las/convocá-las a depor). Assim, recomendável que as regras referentes à distribuição do ônus probatório levem em consideração as possibilidades reais e concretas dos litigantes, fazendo com que o ônus da prova não recaia necessariamente sobre a parte que alega, mas sobre a parte que se encontra em melhores condições de produzir a prova necessária para o deslinde do caso (MALLET, 2010, p. 203).

Nesse sentido, é precisa a lição de Viana (2010, p. 257), para quem “discriminam os Tribunais, e aqui de forma *macroscópica*, quando usam as regras da prova pretensamente neutra, como se, no terreno do processo, as partes se tornassem magicamente iguais” (grifos no original).

O que se observa é que a jurisdição constitucional brasileira, por vezes, ainda limita sua atuação na concretização da tutela da mulher trabalhadora a discorrer sobre a (in)constitucionalidade de dispositivos infraconstitucionais ou sobre a (in)ocorrência de discriminação nos casos concretos.

Quando convocada a mostrar uma postura mais atuante, refugia-se na inércia dos demais poderes, perdendo a oportunidade de concretizar a CF/88.

Todavia, há de se ressaltar que, apesar dos deslizes que por vezes ocorrem, o Poder Judiciário, de maneira geral, tem trabalhado na construção da igualdade material e na vedação da discriminação de gênero no mercado de trabalho.

Caso ilustrativo desse papel exercido pela jurisdição constitucional na efetivação da proteção da mulher trabalhadora é o Reexame Necessário 2004209717, do Tribunal de Justiça do Sergipe, no qual se discutia a reserva de vagas para o sexo feminino no curso de formação de cabos e soldados da Polícia Militar do Estado de Sergipe.

A ação ajuizada por candidatas ao certame tinha por objetivo fazer com que o Estado de Sergipe realizasse concurso com reserva de vagas para o sexo feminino, na proporção de 10% do total oferecido, conforme previsto na Lei Estadual nº 3.696/96.

Por ocasião do julgamento, decidiu-se que a sentença do juízo *a quo*, que havia julgado procedente o pleito, teria de ser mantida em face da existência de lei estadual fixando percentual de vagas para militares do sexo feminino.

DOCTRINA

O Relator, Desembargador Roberto Eugenio da Fonseca Porto, em seu voto asseverou que não vê

“como deixar de acatar as razões apresentadas pelas demandantes, quando o demandado teve o constitucional e augusto gesto de instituir nos quadros das instituições militares a indispensável figura do sexo feminino, que vem agora violando não só as regras constitucionais e infra-constitucionais acima referidas, mas princípios sustentadores do Estado Democrático de Direito, como a cidadania, dignidade humana, redução da desigualdade social, promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor e quaisquer outras formas de discriminação, impedindo a participação das policiais militares, num percentual mínimo dos cursos de formação à graduação de cabos e sargentos.”

Há de ressaltar que a decisão do Tribunal fundamentada, embora ancorada na existência de lei estadual, não deixa de ser interessante na medida em que acolheu como constitucional o referido instrumento normativo por estar em consonância com os princípios sustentadores do Estado Democrático de Direito (promoção do bem de todos sem discriminação de qualquer natureza), ao aceitar uma medida legal discriminatória no intuito de reduzir a desigualdade de gênero.

Por fim, particularmente interessante é o Recurso Extraordinário 693.172, publicado no Diário Oficial no dia 31 de maio de 2012, que versava sobre o caso de uma policial militar que postulava a realização de testes físicos em processo seletivo interno para a promoção de cargo após o transcurso do período gestacional.

A demanda foi julgada procedente, sendo que o julgado, de lavra do Ministro Joaquim Barbosa, fez expressa referência aos arts. 5º, I, 6º e 7º, XX, da CF/88.

A decisão é especialmente interessante na medida em que afirmou a igualdade da mulher sem causar discriminação inversa, pois não dispensou a candidata da realização dos testes físicos apenas por razões biológicas próprias da mulher, postergou a prova para quando do término do período gestacional.

É esse o papel que se espera do Poder Judiciário na concretização dos princípios fundamentais de um Estado Democrático de Direito, sobretudo do valor social do trabalho e da dignidade da pessoa humana.

A construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a redução das desigualdades, não depende apenas de ações afirmativas ou leis protetivas. O Poder Judiciário, na concretização da Constituição, desempenha papel im-

DOCTRINA

prescindível na promoção do bem de todos os cidadãos e no combate a todas as formas de discriminação.

Como visto, há muito a fazer e um longo caminho a ser percorrido, pois a igualdade entre homens e mulheres não se efetiva pela simples garantia constitucional, e a jurisdição constitucional deve se valer de sua privilegiada condição e de seu relevante papel para a efetiva construção de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos como refere o preâmbulo da CF/88.

CONCLUSÃO

À luz do constitucionalismo contemporâneo e em contraposição à tendência crescente de relativização e de desregulamentação dos direitos fundamentais sociais trabalhistas, o Poder Judiciário é convocado a assumir uma nova postura frente à sociedade. Assim, em termos qualitativos, qual tem sido a contribuição da jurisdição constitucional na promoção da igualdade entre homens e mulheres no mercado de trabalho?

Essa é a pergunta que norteou o objeto da presente pesquisa, haja vista que em uma sociedade marcada pelo neoliberalismo, onde o capital desconsidera fronteiras, movendo-se rapidamente, impelido pelo seu objetivo precípuo que é o lucro, o Poder Público tende a relativizar direitos trabalhistas como forma de atrair investimentos e de manter a concorrência do Estado em nível internacional.

Nesse momento, quem, inexoravelmente, arca com as maiores consequências são as categorias de trabalhadores que historicamente sofrem com a discriminação no mercado de trabalho, como é o caso das pessoas com necessidades especiais, dos menores e das mulheres, já que são os últimos a serem contratados e os primeiros a serem demitidos.

Contudo, em contrapartida, vive-se a era do constitucionalismo contemporâneo, marcada pela existência de cartas constitucionais amplas, nas quais os direitos fundamentais revelam-se como tábua de valores mínimos presentes no meio social.

A busca da mulher trabalhadora pela igualdade de tratamento e de condições no mercado de trabalho não é nova. Ao longo dos últimos séculos, a mulher alcançou importantes conquistas que a alçaram a outro patamar na sociedade, que, apesar de tudo, ainda insiste em se revelar “machista” e “discriminatória”, como se observou dos resultados das pesquisas que ilustraram o presente trabalho.

DOCTRINA

Essas conquistas não se resumem a ações afirmativas (que, como se viu, ainda são praticamente inexistentes no cenário brasileiro), mas, acima de tudo, a um aparato normativo de promoção da igualdade material e de vedação da discriminação no mercado de trabalho.

Exemplo claro disso são os arts. 373-A da CLT, que proíbe a discriminação da mulher em razão de seu estado gravídico, e 384 do mesmo diploma legal, que prevê um descanso de 15 minutos para a mulher antes de trabalhar em jornada extraordinária.

Porém, de nada adianta todo o arcabouço de leis internacionais e nacionais de proteção do trabalho feminino se o Poder Judiciário não mostrar a sua faceta concretizadora da *lex fundamentalis*, promovendo a igualdade de gênero na relação *jus laboral*, já que, nesse constitucionalismo, consubstanciado na dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais, dentre os quais, obviamente, se inclui a isonomia, gozam de *status* diferenciado dentro do sistema constitucional.

Nesse contexto, o Poder Judiciário deve se livrar do estigma de atuar apenas como legislador negativo, excluindo normas eivadas de nulidade, para exercer uma atividade “criativa”, que, cuidando para não flertar com a arbitrariedade nem o com paternalismo judicial (o que daria razão àqueles que alegam infringência do princípio da separação dos poderes), concretize os direitos fundamentais sociais entalhados na CF/88.

Como visto, as Cortes trabalhistas têm exercido relevante papel quando convocadas a decidir sobre a constitucionalidade, ou não, de medidas legais protetivas em prol da mulher trabalhadora, como no caso, por exemplo, de declarar a constitucionalidade do art. 384 da CLT e das leis estaduais que reservam vagas para mulheres em concursos para a Polícia Militar.

Todavia, os magistrados não são uníssonos em matéria de concretização da CF/88, pois categoricamente insistem em afirmar que não é sua função atuar como legislador positivo, mesmo diante da comprovada inércia do Poder Legislativo, como é o caso da ausência de leis que estabelecem incentivos específicos para a proteção do mercado de trabalho da mulher.

Isso se observa, por exemplo, do comportamento exarado em alguns julgados do TST que excluem de contratos coletivos de trabalho (convenções e acordos coletivos de trabalho) cláusulas que preveem a obrigatoriedade de cumprimento por parte dos empregadores do disposto na Convenção nº 111 da OIT, por entenderem que a mesma não se destina aos particulares, mas apenas

DOCTRINA

aos entes públicos, como se os direitos fundamentais não irradiassem efeitos nas relações interprivadas (eficácia horizontal).

Ora, na medida em que a dignidade da pessoa humana e o respeito aos direitos fundamentais formam o eixo do sistema constitucional contemporâneo, o Poder Judiciário detém uma atividade transformadora, estabelecendo vinculações mínimas de respeito e promoção aos direitos nucleares do indivíduo, que obrigatoriamente devem ser estendidas para as relações entre entes privados, como é o caso do contrato de trabalho.

E isso não pode ser diferente quando a matéria em pauta são os direitos humanos e fundamentais de segunda dimensão, pois, a despeito dos traços distintivos com os direitos de primeira dimensão, são igualmente importantes e não podem ficar adstritos à implementação pela via do Poder Legislativo.

Há que se ratificar as ideias de que, imerso na característica da fundamentalidade, os direitos sociais geram uma exigibilidade e, por consequência, um dever de prestação por parte do Estado. Mais: que, diante das desigualdades sociais, a vinculação aos direitos fundamentais não fica adstrita à relação com o Estado, sendo um comportamento exigido também nas relações entre particulares.

Tendo em vista a sua dimensão objetiva, os direitos fundamentais não estão mais lançados à mercê da vontade do legislador. A partícula “se” e o advérbio “quando” devem deixar de ser “acompanhamento obrigatório” no momento em que a ordem do dia é a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Nessa esteira, goza o Poder Judiciário de inteira legitimidade para interferir no terreno até então ocupado com exclusividade pelos demais poderes da República brasileira.

A jurisdição constitucional exerce papel decisivo para dar voz às minorias político-sociais em um Estado democrático, colaborando na concretização da dignidade da pessoa humana em uma sociedade materialmente igual e livre da discriminação.

Obviamente que não se solidariza com a ideia de um Estado judicial, onde o Poder Judiciário, indiscriminadamente, veste a “toga” do salvador das minorias, porquanto essa atitude em nada contribui para o fortalecimento da democracia, pelo contrário, apenas gera uma tensão entre os poderes e um descrédito institucional.

Contudo, é inegável que o Poder Judiciário não pode deixar de exercer sua vertente positiva quando o que se discute são os direitos nucleares do ser

humano, especialmente quando os demais poderes quedam-se inertes em realizar minimamente o que deles se espera.

Inequivocamente, a jurisdição constitucional exerce papel central na promoção da igualdade entre homens e mulheres no mercado de trabalho, e deste encargo não pode furtar-se sob pena de colocar em risco o próprio texto constitucional e, por consequência, os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito.

A propalada igualdade material no ambiente de trabalho e o combate à discriminação do trabalho feminino não prescindem de uma jurisdição constitucional atuante em consonância com o cenário do constitucionalismo contemporâneo e, portanto, apta e atenta a conferir força normativa à CF/88.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AIEXE, Egídia Maria de Almeida. Uma conversa sobre direitos humanos, visão da justiça e discriminação. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Org.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000.

ALVES LIMA, Firmino. *Teoria da discriminação nas relações de trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

BARROS, Alice Monteiro de. Cidadania, relações de gênero e relações de trabalho. *Justiça do trabalho*, n. 286, out. 2007, Porto Alegre: HS, 2007.

_____. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

_____. Protecionismo legal e os efeitos no mercado de trabalho da mulher. *Boletim de Doutrina e Jurisprudência*, Belo Horizonte, TRT da 3ª Região, n. 3, jul./set. 1993.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Direitos humanos e trabalhadores: atividade normativa da organização internacional do trabalho e os limites do direito internacional do trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Igualdade e discriminação no ambiente de trabalho. In: BARZOTTO, Luciana Cardoso (Org.). *Trabalho e igualdade: tipos de discriminação no ambiente de trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 5 out. 2012.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário 693172. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Publicado em 31 de maio de 2012. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21836205/recurso-extraordinario-re-683172-am-stf>>. Acesso em: 4 jan. 2014.

_____. *Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*. Acórdão 00592200808602000. Relator Ricardo Artur Costa e Trigueiros. Disponível em: <<http://www.trt2.jus.br/dwp/consultasphp/public/index.php/segundaInstancia>>. Acesso em: 29 dez. 2013.

DOCTRINA

_____. *Tribunal Superior do Trabalho*. Incidente de Deslocamento de Competência. (TST-INN-RR.1.540/2005-046-12-00-5). Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho. Julgamento em 17 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/jurisprudencia.htm>>. Acesso em: 1º jan. 2014.

_____. *Tribunal Superior do Trabalho*. Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo (RO 537/2005-000-03-00-6). Rel. Min. Waldir Oliveira da Costa. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/jurisprudencia.htm>>. Acesso em: 2 jan. 2014.

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

CANTELLI, Paula Oliveira. *O trabalho feminino no divã: dominação e discriminação*. São Paulo: LTr, 2007.

CISNE, Mirla. *Gênero, divisão sexual do trabalho e serviço social*. São Paulo: Outras Expressões, 2012.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Relações de gênero no mercado de trabalho: uma abordagem da discriminação positiva e inversa. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 34, 2000.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CUNHA, Gabriela; FUENTES, Fernanda. Mulher, trabalho e globalização: gênero como determinante nos padrões globais de desigualdade. *Revista Ártemis*, v. 4, jun. 2006. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/artemis/article/viewFile/2103/1861>>. Acesso em: 28 dez. 2013.

DELGADO, Mauricio Godinho. Proteções contra a discriminação na relação de emprego. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Org.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GÓIS, Luiz Marcelo F. de. Discriminação nas relações de trabalho. In: PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de (Coord.). *Direitos humanos e direito do trabalho*. São Paulo: Altas, 2010.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Retrato das desigualdades de gênero e raça*. 4. ed. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/revista.pdf>>. Acesso em: 29 dez. 2013.

INSTITUTO ETHOS DE EMPRESAS E RESPONSABILIDADE SOCIAL. *Perfil social, racial e de gênero das 500 maiores empresas do Brasil e suas ações afirmativas*. São Paulo: Instituto Ethos, 2010.

LUZ, France. *O trabalho da mulher no direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1984.

MACHADO, Raimar. *Igualdade, liberdade contratual e exclusão por motivo de idade nas relações de emprego*. Porto Alegre: Lex Magister, 2011.

MALLET, Estevão. Discriminação e processo do trabalho. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira. *Discriminação*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.

DOCTRINA

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 2. ed. São Paulo: RT, 1984.
- MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: RT, 2001.
- MORIN, Edgar. *La vía para el futuro de la humanidad*. Barcelona: Libraire Artheme Fayard, 2011.
- NOGUEIRA, Claudia Mazzei. *O trabalho duplicado – a divisão sexual no trabalho e na reprodução: um estudo das trabalhadoras do telemarketing*. São Paulo: Expressão Popular, 2006.
- NOVAIS, Denise Pasaello Valente. *Discriminação da mulher e direito do trabalho – da proteção à promoção da igualdade*. São Paulo: LTr, 2005.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. Escritório no Brasil. Convenção nº 87, de 17 de junho de 1948. *Liberdade sindical e proteção ao direito de sindicalização*. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/liberdade-sindical-e-prote%C3%A7%C3%A3o-ao-direito-de-sindicaliza%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 21 dez. 2013.
- PIERUCCI, Antônio Flávio. Problemas com a igualdade (ou: ciladas da diferença II). In: ADORNO, Sergio (Org.). *A sociedade entre a modernidade e a contemporaneidade*. Porto Alegre: UFRGS, 1995.
- PIMENTEL, Sílvia; PANDJARIJIAN, Valéria. *Globalização e direito das mulheres*. 2001. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0806200109.htm>>. Acesso em: 26 dez. 2013.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- REIS, Suzéte da Silva; SOUZA, Ismael Francisco de. Mercado de trabalho e gênero: reflexões necessárias. In: COSTA, Marli M. Moraes da; NUNES, Josiane Borghetti Antonelo; AQUINO, Quelen Brondani de (Org.). *Direito, políticas públicas e gênero*. Curitiba: Multideia, 2012.
- ROY, Lise. *O modo de ser mulher trabalhadora na reestruturação produtiva*. Campinas: Alínea, 1999.
- SERGIPE. *Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe*. Acórdão em Reexame Necessário 2004209717/SE. Relator Roberto Eugênio da Fonseca Porto. Disponível em: <<http://tj-se.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4826918/reexame-necessario-reex-2004209717/inteiro-teor-11391047>>. Acesso em: 4 jan. 2014.
- SIERRA HERNAIZ, Elisa. *Acción positiva y empleo de la mujer*. Madrid: Consejo Económico y Social Publicaciones, 1999.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.
- SOUZA LOBO, Elizabeth. *A classe operária tem dois sexos: trabalho, dominação e resistência*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2011.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- VIANNA, Segadas. In: SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes et al. *Instituições de direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005. v. I.
- YANNOULAS, Silvia Cristina. *Dossiê: políticas públicas e relações de gênero no mercado de trabalho*. Brasília: CFEMEA, 2002.