

A CONCRETIZAÇÃO DAS PROTEÇÕES CONSTITUCIONAIS ANTIDISCRIMINATÓRIAS NO TRABALHO DA MULHER

Karine Carvalho dos Santos Melo*

1 INTRODUÇÃO

Pesquisas revelam que, nas últimas décadas, tem-se observado no país uma intensificação da inserção feminina no mercado de trabalho, podendo ser apontados como motivos determinantes desse fator a emancipação da mulher, o desemprego ou a perda de renda do cônjuge, com a conseqüente necessidade de elas buscarem um posto de trabalho para aumentar a renda familiar.

Entretanto, tais razões traduziram-se na discriminação dessa mão-de-obra, estando as mulheres mais sujeitas que os homens ao desemprego, aos menores rendimentos e a vínculos de trabalho mais frágeis.

Segundo o Boletim DIEESE¹ Nacional, em Edição Especial de 08 de março de 2001, as mulheres correspondiam até aquele ano a 41% da População Economicamente Ativa do Brasil, não obstante mais de ¼ das famílias do país serem por elas chefiadas; com maior nível de instrução que os homens, não estavam exercendo funções compatíveis com a sua formação; ocupavam, em maior percentual, postos de trabalho mais precários, além de terem menor remuneração.

A Constituição brasileira, no artigo 3º, estabelece como um dos objetivos da República Federativa “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, e no art. 5º, depois de declarar que todos são iguais perante a lei e, no inciso I, que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”, no inciso XLI, assegura que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

Já no seu art. 7º, que trata dos direitos dos trabalhadores, apresenta como medidas de combate a discriminações a proteção ao mercado de trabalho da mulher (inciso XX) e a proibição de diferença de salário, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo.

Como se verá, o princípio isonômico insculpido na Constituição é muitas vezes invocado para igualar homens e mulheres indiscriminadamente, havendo também a percepção de que as normas especiais de proteção às trabalhadoras produzem na prática um efeito discriminatório.

Felizmente, constata-se aqui que o Tribunal Superior do Trabalho tem mantido orientação no sentido de preservar as garantias às trabalhadoras, rechaçando invocações ao preceito da igualdade para tratar ambos os sexos indistintamente e declarando que esse postulado admite exceções, estabelecidas na própria Constituição. Sintetizando, confirma a suprema Corte Trabalhista que a mulher obreira merece tratamento diferenciado e privilegiado em face de determinadas situações.

* Assistente no Gabinete do Desembargador Federal do TRT da 3ª Região José Murilo de Moraes.

¹ Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos.

2 A IGUALDADE COMO PRINCÍPIO DE NÃO-DISCRIMINAÇÃO

Considerando-se que as medidas legais antidiscriminatórias “têm como matriz comum o princípio da igualdade²”, não há como perscrutar o princípio constitucional da não-discriminação sem antes tocar naquele.

O preceito isonômico encontra-se insculpido no *caput* do art. 5º da Constituição da República de 1988, assegurando a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza e, abrindo o rol dos direitos individuais, no inciso I, declara que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.

E como se não bastasse apregoar a igualdade, a Carta Magna reforça o princípio com outras regras de não-discriminação, pretendendo a sua total observância, positivando-o em várias partes de seu corpo normativo.

É o que se verifica com as normas insertas no art. 7º, XXX, XXXI, XXXII e XXXIV, proibindo-se diferença de salário, de exercícios de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; e apregoando igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

Decorre daí que o princípio da igualdade reveste-se sob dois aspectos: de um lado, de isonomia formal, o que se observa na expressão “igualdade perante a lei”, significando que todos devem ser tratados indistintamente; e de outro ângulo, de isonomia material, este verificado nas regras de não-discriminação.

O ilustre jurista José Afonso da Silva elucida bem a distinção entre os dois:

Nossas constituições, desde o Império, inscreveram o princípio da igualdade, como igualdade perante a lei, enunciado que, na sua literalidade, se confunde com a mera isonomia formal, no sentido de que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos. A compreensão do dispositivo vigente, nos termos do art. 5º, *caput*, não deve ser assim tão estreita. O intérprete há que aferi-lo com outras normas constitucionais, [...] especialmente, com as exigências da justiça social, objetivo da ordem econômica e da ordem social. Considerá-lo-emos como isonomia formal para diferenciá-lo da isonomia material, traduzido no art. 7º, XXX e XXXI [...] (SILVA, 1996, p. 209-210).

O renomado autor prossegue esclarecendo que a nossa Constituição vigente aproxima os dois tipos de isonomia, uma vez que “[...] não se limitara ao simples enunciado da igualdade perante a lei; menciona também igualdade entre homens e mulheres e acrescenta vedações a distinção de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação” (SILVA, 1996, p. 210).

Ainda sobre a estreita relação entre os princípios da igualdade e da não-discriminação, escreve a excelente professora Alice Monteiro de Barros:

² LIMA FILHO, Francisco das C. A discriminação do trabalhador no contrato de trabalho e o princípio constitucional da igualdade. *Revista LTr*, São Paulo, n. 10, p. 1199-1208, outubro, 2001.

[...] a igualdade é um conceito relacional, exige um elemento de comparação entre as situações em que se encontram os respectivos sujeitos passivos. Ela apresenta conexão com a “justiça social” e com a concretização dos mandamentos constitucionais que visam à efetivação dos direitos sociais. A igualdade é também inerente ao conceito de igual dignidade das pessoas, fundamento contra a discriminação, que é a mais expressiva manifestação deste princípio.

O princípio da igualdade, com essa conotação, contribui para romper com um passado de regalias, de privilégios e garantir aos cidadãos os mesmos direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico, vedando a discriminação (BARROS, 2000, p. 38-39).

Como se vê, a realização do princípio da igualdade tem se direcionado pela proibição da discriminação, “podendo-se verificar as origens dessa diretriz na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, cujo artigo II veda discriminação de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição.”³

Diante disso, qualquer situação de desigualdade após o advento da Constituição deve ser tida como não recepcionada, por total incoerência e desarmonia com o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), bem como com um dos seus objetivos, que é o de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação (art. 3º, inciso IV).

Mas é oportuno lembrar que a desigualdade evidencia-se quando se constatam na norma jurídica distinções arbitrárias e abusivas, isto é, concedendo-se tratamento diferenciado a pessoas em idênticas circunstâncias. Vale dizer, tratar desigualmente aqueles que se encontram em condição desigual não fere o ideal de justiça ou o preceito isonômico.

Assim é que o ato de discriminar somente será tolerado quando trouxer em seu bojo o intuito de proteger o mais frágil.

Mas o que é discriminar?

3 DISCRIMINAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

Discriminar, num primeiro sentido, significa distinguir; discernir; e em segundo, separar; apartar; sendo que discriminação é o tratamento preconceituoso dado a certas categorias sociais, raciais, etc.

A Convenção n. 111 da OIT, sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação, de 1958, em seu art. 1º, define discriminação como “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”.

³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. O direito do trabalho analisado sob a perspectiva do princípio da igualdade. *Revista LTr*, São Paulo, n. 7, p. 781, julho, 2004.

Segundo Mauricio Godinho Delgado o combate à discriminação é uma das mais importantes áreas de avanço do direito moderno. Mas, esclarece o autor que o Direito do Trabalho, refletindo a orientação da aludida Convenção, veio alargar, sobremaneira, as medidas proibitivas de práticas discriminatórias somente após o advento da Constituição da República de 1988, não obstante sempre ter se caracterizado pela presença em seu bojo de medidas de proteções antidiscriminatórias no contrato de trabalho.

Assim é que o renomado mestre distingue as proteções jurídicas contra discriminações na relação de emprego procedendo a um paralelo entre períodos histórico-jurídicos separados pela Constituição, verificando-se, de um lado, as proteções antidiscriminatórias tradicionais (antes de 1988), caracterizadas por dispositivos acanhados e não sistematizados; e de outro, proteções constitucionais modernas, no período iniciado com a Carta Magna de 1988, que emergiu como “[...] o documento juspolítico mais significativo já elaborado na história do país acerca de mecanismos vedatórios a discriminações no contexto da relação de emprego” (DELGADO, 2000, p. 99).

Entre as proteções antidiscriminatórias tradicionais destacam-se as normas da CLT dispondo que “A todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo” (art. 5º) e que “Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego” (art. 6º); bem como os parâmetros antidiscriminatórios relativos a sexo, cor, idade e nacionalidade dispostos nas cartas constitucionais dos regimes ditatoriais (de 1967 e 1969).

Por outro lado, entre as novas regras no combate à discriminação pós-1988 destacam-se as relativas à mulher, ao menor, ao estrangeiro e ao deficiente.

Mister relembrar que o presente estudo se propõe a focar as situações de discriminações no trabalho da mulher e as correspondentes proteções jurídicas, razão pela qual devemos nos ater às medidas antidiscriminatórias relativas ao sexo.

Nesse aspecto, convém trazer à baila os ensinamentos do mesmo autor ao qual viemos nos referindo:

[...] o parâmetro antidiscriminatório sexo, embora tradicionalmente repetido nos textos normativos mencionados, jamais foi considerado, pela cultura jurídica dominante, inviabilizador da forte discriminação tutelar que a CLT sempre deferiu às mulheres no contexto do Direito do Trabalho pátrio. Desse modo, apenas após a Constituição de 1988 é que se faria uma revisão nessa concepção jurídica tutelar (DELGADO, 2000, p. 100).

Não parece ser por outra razão que o mestre Godinho Delgado considera que a primeira significativa modificação constitucional é no tocante à mulher trabalhadora.

4 PROTEÇÕES CONSTITUCIONAIS ANTIDISCRIMINATÓRIAS POR MOTIVO DE SEXO

Não obstante as conquistas alcançadas no último século, lamentavelmente, é cediço a situação de desvantagem da mulher em relação ao homem no mundo

do trabalho, verificando-se, não raro, o auferimento de salários inferiores aos pagos aos trabalhadores do sexo masculino no exercício de uma mesma função; a dificuldade de ascensão aos cargos de comando da empresa; além de serem elas as vítimas, por excelência, da prática do assédio sexual no emprego.

Não se está a olvidar de que os textos constitucionais anteriores já vedavam a discriminação em função de sexo, mas a Constituição vigente é que, firmemente, eliminou do direito pátrio qualquer prática discriminatória contra a mulher que lhe pudesse restringir o mercado de trabalho.

Nesse sentido é que, depois de assegurar a igualdade de todos perante a lei, e de declarar que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, a Magna Carta estabelece outros comandos antidiscriminatórios relativos ao sexo, o que se observa no seu art. 7º, incisos XVIII, XIX, XX e XXX, versando respectivamente sobre licença à gestante; licença-paternidade; proteção do mercado de trabalho da mulher; e a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo.

Tratamento diferenciado com o intuito de nivelar as diferenças naturais entre homem e mulher pode ser observado nos dispositivos relativos à gestante, em que se lhe concede licença de 120 dias, sem prejuízo do emprego e do salário e, ao trabalhador pai, afastamento de apenas cinco dias, conforme se infere do § 1º do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Esses dois dispositivos atendem ao comando constitucional de igualdade entre homem e mulher, considerando que é esta que sofre as transformações da gravidez, e de quem mais depende o recém-nascido.

Nota-se também no inciso XX supramencionado a permissão de uma prática diferenciada dirigida a proteger, ou ampliar o mercado de trabalho da mulher. Tratando desigualmente os desiguais, conferiu-se expressamente incentivo ao labor feminino, sem fazê-lo especificamente em relação ao do homem, dando-se ampla e correta aplicação ao princípio isonômico.⁴

Mas, é no inciso XXX que reside o maior corolário da isonomia no âmbito trabalhista, estando nele incluído o fator sexo para se proibir discriminação do trabalhador seja em relação a salários, a exercício de funções, ou a critérios de admissão no emprego.

Daí decorre que não serão aceitáveis situações ou práticas abusivas da empresa que deixa de admitir a trabalhadora pelo só fato de ela ser mulher; ou que, para contratá-la, venha a lhe exigir atestado civil de solteira, de ausência de gravidez ou comprovação de esterilidade; que a empregada, exercendo as mesmas funções que um colega homem, venha a auferir salário inferior ao deste; que ela venha a ter cerceada sua ascensão na carreira simplesmente por ser do sexo feminino.

Como dito anteriormente, não terá receptividade constitucional qualquer situação de desigualdade quando o propósito da distinção for o de desnivelar, no caso o homem e a mulher. Entretanto, quando a discriminação tiver por fito atenuar as diferenças entre ambos, a norma terá respaldo na Constituição por conferir tratamento desigual a desiguais.

⁴ Aristóteles defendia a justiça distributiva pela qual se deve conceder tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais.

5 PROTEÇÃO AO MERCADO DE TRABALHO DA MULHER

Estipula a Constituição da República, em seu art. 7º, inciso XX, a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei.

Sabe-se que o arcabouço legislativo, embora se apresentasse com as vestes de tutela, produzia, na prática, um evidente efeito discriminatório em relação à mulher trabalhadora.

Talvez por essa razão, no âmbito do Direito Laboral, buscando adequar a CLT ao comando constitucional supramencionado, a Lei n. 7.855/89 revogou dispositivos que permitiam a interferência marital ou paterna no contrato de emprego da mulher adulta (art. 446 da CLT), bem como tornou sem qualquer validade parte do capítulo que tratava da proteção do trabalho da mulher, como os arts. 374, 375, 378, 379, 380 e 387, que exigiam atestados médicos especiais da mulher e lhe restringiam a prestação de trabalho no turno da noite, em subterrâneos, nas minerações de subsolo, nas pedreiras e obras de construção, assim como nas atividades perigosas e insalubres.

Esclarece o ilustre magistrado Mauricio Godinho Delgado que tais artigos já estavam tacitamente revogados por incompatibilidade com a Constituição, o que no seu entender, além daqueles, outras normas discriminatórias dispostas na CLT, mas ignoradas pela Lei n. 7.855/89, também não produzem mais efeitos. Ele cita como exemplo o caso do art. 383 da CLT, estabelecendo que será concedido à empregada um período para refeição e repouso não inferior a uma hora nem superior a duas horas, qualquer que seja a extensão de sua jornada de trabalho. Pontua o renomado mestre que “[...] tal preceito é grosseiramente discriminatório (e insensato), impondo à mulher uma disponibilidade temporal enorme (ao contrário do imposto ao homem) mesmo em casos de curtas jornadas, abaixo de seis horas ao dia (como previsto no art. 71, § 1º da CLT, que prevê, em tais casos, descanso de apenas 15 minutos)” (DELGADO, 2000, p. 102).

Por outro lado, há interpretação no sentido de que a norma do art. 383 da CLT equivale à do art. 71 e seus parágrafos, distinguindo-se em relação ao trabalho feminino pela exclusão da hipótese de dilatação do limite máximo de duas horas para repouso e refeição, sendo tal medida ilegal e incabível mesmo quando houver convenção ou acordo.⁵

Entretanto, o Colendo Tribunal Superior do Trabalho (TST) decidiu em sentido oposto a esses posicionamentos, como ilustra o seguinte aresto declarando a constitucionalidade do art. 383 da CLT e admitindo o elastecimento do intervalo intrajornada quando convencionado em norma coletiva:

MULHER - INTERVALO PARA REFEIÇÃO E DESCANSO - ELASTECIMENTO - POSSIBILIDADE - ART. 383 DA CLT - CONSTITUCIONALIDADE. 1. O art. 383 da CLT, que regulamenta o período de refeição e descanso do trabalho da mulher, foi recepcionado pela Constituição Federal, porquanto o princípio da isonomia (CF, art. 5º, I) admite exceções, sendo certo que a própria Constituição da República estabelece algumas diferenças entre os sexos, a exemplo da aposentadoria para as mulheres, com menos idade e tempo de contribuição previdenciária (CF, art. 201, § 7º, I e II).

⁵ RUSSOMANO, Mozart Victor *apud* GUNTHER, Luiz Eduardo e ZORNIG, Cristina Maria Navarro, 2002, p. 51.

[...]

3. 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 da possibilidade de elastecimento do intervalo intrajornada por ajuste coletivo. 4. Assim, reconhecida a constitucionalidade do art. 383 da CLT, tem-se que o aludido preceito consolidado, ao remeter às disposições do § 3º do art. 71 da CLT, autoriza o alargamento do intervalo para refeição e descanso quando houver acordo escrito entre as partes. Isso porque o legislador não vedou a ampliação do intervalo intrajornada para o trabalho da mulher, mas apenas disciplinou que seria necessária a existência de acordo escrito ou contrato coletivo, o que restou evidenciado nos autos. A jurisprudência do TST, contra posicionamento pessoal deste Relator, não tem admitido a redução ou a supressão do intervalo intrajornada (cfr. Orientação Jurisprudencial n. 342 da SBDI-I). Todavia, esta Corte tem admitido o elastecimento do intervalo para repouso e alimentação. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido. (TST-RR. 51/2002-028-12-00 - 4ª Turma - Rel. Ives Gandra Martins Filho - DJ 13.05.05)

5.1 Horas extras e o intervalo previsto no artigo 384 da CLT

Sobre a possibilidade de a mulher prestar labor extrajornada, dispunha a CLT no *caput* do seu art. 376 que “Somente em casos excepcionais, por motivo de força maior, poderá a duração do trabalho diurno elevar-se além do limite legal ou convencionado, até o máximo de 12 (doze) horas, e o salário-hora será, pelo menos, 25% (vinte e cinco por cento) superior ao da hora normal.”

Em comentário ao referido dispositivo lecionou a ilustre mestra e juíza do trabalho Alice Monteiro de Barros:

[...] a proibição do trabalho extraordinário, constante do artigo 376 da CLT, atenta contra o princípio da isonomia, consagrado nos artigos 5º, I e 7º, XXX da Constituição Federal de 1988. O dispositivo consolidado em exame poderá restringir o campo de trabalho da mulher e a modalidade de mão-de-obra, acarretando menor possibilidade de ganho àquela (BARROS, 1995, p. 478).

A partir da Lei n. 7.855/89 que, apesar de revogar parte do capítulo da CLT sobre o trabalho da mulher, manteve intacto o referido art. 376, vieram posições doutrinárias reforçando a tese de que estaria vedado o trabalho extraordinário feminino, como se observa da lição de Amauri Mascaro Nascimento:

A Lei n. 7.855, de 24.10.89, artigo 11, revogou o artigo 374, que autorizava o sistema de compensação de horas, e o artigo 375, que exigia atestado médico para que a mulher pudesse fazer horas extras. No entanto, não revogou o artigo 376 da CLT. O efeito foi a limitação ainda maior do trabalho

extraordinário da mulher. Assim, o texto legal aplicável é o mencionado artigo 376 da lei consolidada (NASCIMENTO, p. 356-357).

Em entendimento oposto, manifestou-se a também ilustre magistrada Adriana Goulart de Sena:

[...] mesmo que a Lei n. 7.855/89 não tenha expressamente revogado o art. 376 da CLT, resta-nos claro que a incompatibilidade vertente faz com que revogado o dispositivo aludido [...]. Diante da igualdade constitucional, incompatível se afigura pretender seja proibido o trabalho extraordinário da mulher, posto que sem qualquer alicerce justificador, traduzindo-se em óbice legal para o acesso igualitário da mulher no mercado de trabalho (SENA, 1997, p. 589-590).

Mas, todo esse debate perdeu sentido desde a edição da Lei n. 10.244 de 27.06.01 que revogou expressamente o art. 376 da CLT, não mais se controvertendo sobre a possibilidade de a mulher realizar horas extras.

Na verdade, segundo alguns doutrinários, voltou à baila a necessidade de se interpretar corretamente o art. 384 da CLT, o qual dispõe que “Em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso de quinze (15) minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário do trabalho”.

Posicionando-se sobre o caráter discriminatório da norma, Sérgio Pinto Martins assim se expressou:

O preceito em comentário conflita com o inciso I do artigo 5º da Constituição, em que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Não há tal descanso para o homem. Quanto à mulher, tal preceito mostra-se discriminatório, pois o empregador pode preferir a contratação de homens, em vez de mulheres, para o caso de prorrogação do horário normal, pois não precisará conceder o intervalo de 15 minutos para prorrogar a jornada de trabalho da mulher.⁶

No mesmo sentido, Alice Monteiro de Barros esclarece que a norma conflita com o princípio isonômico preconizado no inciso I do art. 5º da CR:

Considerando que é um dever do estudioso do direito contribuir para o desenvolvimento de uma normativa que esteja em harmonia com a realidade social, propomos a revogação expressa do art. 376 da CLT, por traduzir um obstáculo legal que impede o acesso igualitário da mulher no mercado de trabalho. Em conseqüência, deverá também ser revogado o art. 384 da CLT, que prevê descanso especial para a mulher, na hipótese de prorrogação de jornada. Ambos os dispositivos conflitam com os art. 5º, I, e art. 7º, XXX, da Constituição Federal (BARROS, 1995, p. 479).

⁶ MARTINS, Sérgio Pinto *apud* GUNTHER, Luiz Eduardo e ZORNIG, Cristina Maria Navarro, 2002, p. 53.

Não obstante, o Colendo TST tem entendido pela constitucionalidade do descanso peculiar ao trabalho feminino, dadas as diferenças naturais entre homens e mulheres. É o que evidenciam os arestos abaixo:

RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. INTERVALO PARA DESCANSO PREVISTO NO ART. 384 DA CLT. CONSTITUCIONALIDADE. A disposição contida no art. 384 da CLT foi recepcionada pela Constituição Federal, com fundamento no fato de que os homens e mulheres, embora iguais em direitos e obrigações, se distinguem em alguns aspectos, sobretudo nos que se relacionam à sua identidade fisiológica, merecendo a mulher tratamento privilegiado em face de determinadas situações em que se exige um desgaste físico mais intenso, como na hipótese de realização de trabalho extraordinário. Violação do disposto no art. 5º, I, da Constituição Federal não demonstrada. Recurso de revista a que se nega provimento. (TST-RR. 64704/2002-900-09-00 - 5ª Turma - Rel. Gelson de Azevedo - DJ 24.02.06)

[...] 2 - PROTEÇÃO DO TRABALHO DA MULHER. ARTIGO 384 DA CLT. PRORROGAÇÃO DE JORNADA. HORAS EXTRAS. ARTIGO 5º, *CAPUTE* INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. Não viola o artigo 5º, *caput* e inciso I, da Constituição de 1988, decisão pela qual se deferem horas extras à mulher por desrespeito ao intervalo previsto no artigo 384 da CLT quando do elasticamento de jornada, tendo em vista a própria garantia constitucional de proteção do mercado de trabalho da mulher, nos termos do artigo 7º, inciso XX, da atual Lei Maior. (TST-RR. 33612/2002-900-09-00 - 1ª Turma - Rel. Emmanoel Pereira - DJ 03.06.05)

Percebe-se aqui a invocação do princípio isonômico insculpido na Constituição para igualar homens e mulheres indiscriminadamente, havendo ainda entendimento de que as normas de proteção às trabalhadoras produzem na prática um efeito discriminatório, pela preferência das empresas em contratar homens em vez de mulheres, por estarem elas asseguradas por proibições de exercer certos tipos de trabalho, deterem privilégios, como exemplo, o de gozo de intervalos especiais de descanso, ou ainda, em razão do trabalho delas exigirem das empresas o cumprimento de normas relacionadas a métodos e locais de trabalho específicos ao seu labor.

Todavia, embora a realidade vivenciada nas empresas seja mesmo como a que foi noticiada, como demonstrado, o Tribunal Superior do Trabalho, felizmente, tem mantido orientação no sentido de preservar as proteções ao campo de trabalho feminino, rechaçando os argumentos de que tais garantias ferem o princípio da igualdade entre os sexos e declarando que esse postulado admite exceções. Assim, confirma a Suprema Corte Trabalhista que a mulher obreira merece tratamento diferenciado e privilegiado em face de determinadas situações, o que o faz no intuito de concretizar as proteções antidiscriminatórias, que também têm guarida na Constituição. Vale ilustrar o posicionamento proferido em outro julgado do TST:

[...] 2 - Descabe invocar o princípio da isonomia (CF, art. 5º, *caput*) para igualar homens e mulheres indiscriminadamente, na medida em que esse postulado admite exceções, sendo certo que a própria Constituição da República estabelece algumas diferenças entre os sexos, a exemplo da aposentadoria para as mulheres, prevista com menos idade e tempo de contribuição previdenciária (CF, art. 201, § 7º, I e II). 3. Para EDITH STEIN (1891-1942), destaque feminino no campo filosófico (fenomenologista alemã), três características se destacam na relação homem-mulher: igual dignidade, complementariedade e diferenciação (não só biológica, mas também anímica). Cada um dos sexos teria sua vocação primária e secundária, em que, nesta segunda, seria colaborador do outro: a vocação primária do homem seria o domínio sobre a terra e a da mulher a geração e educação dos filhos (A primeira vocação profissional da mulher é a construção da família). Por isso, a mulher deve encontrar, na sociedade, a profissão adequada, que não a impeça de cumprir a sua vocação primária, de ser o coração da família e a alma da casa. O papel da mulher é próprio e insubstituível, não podendo limitar-se à imitação do modo de ser masculino (cfr. Elisabeth Kawa, Edith Stein, Quadrante 1999, São Paulo, p. 58-63). 4. 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 [...]. (TST-RR. 52/2003-003-22-00 - 4ª Turma - Rel. Ives Gandra Martins Filho - DJ 01.04.05)

5.2 Métodos e locais de trabalho

Permanecem em vigor os artigos 389 e 390 da CLT estipulando regras especiais sobre métodos e locais de trabalho da mulher.

Assim, estão as empresas obrigadas a prover os estabelecimentos de medidas de higienização; instalar bebedouros, lavatórios, aparelhos sanitários, cadeiras, vestiários privativos com armários individuais; fornecer recursos de proteção individual; e outros que se fizerem necessários à segurança e ao conforto das mulheres.

Nos estabelecimentos em que trabalharem pelo menos 30 mulheres, com mais de 16 anos de idade, deverão as empresas, ainda, disponibilizar local apropriado onde seja permitido às empregadas guardar sob vigilância e assistência os seus filhos no período de amamentação, exigência essa que poderá ser suprida por meio de creches distritais mantidas, diretamente ou mediante convênios, com outras entidades públicas ou privadas, pelas próprias empresas, em regime comunitário, ou a cargo do SESI, do SESC, da LBA ou de entidades sindicais.

Tais locais deverão possuir, no mínimo, um berçário, uma saleta de amamentação, uma cozinha dietética e uma instalação sanitária (artigo 400).

Mostra-se oportuno ressaltar que a Portaria n. 3.296/86 do MTE autoriza as empresas a adotarem o sistema de reembolso-creche em substituição ao local para amamentação, desde que estipulado em acordo ou convenção coletiva e obedecidas algumas exigências, como a cobertura integral das despesas efetuadas

com creche de livre escolha da mãe até os seis meses de idade da criança e a concessão do benefício a todas as trabalhadoras mães, independentemente do número de mulheres do estabelecimento.

Nos termos do art. 390, é proibido o trabalho da mulher em serviço que demande o emprego de força muscular superior a 20 quilos, para o trabalho contínuo, ou 25 quilos, para o trabalho ocasional, não estando incluída nesta vedação a remoção de material feita por impulsão ou tração de vagonetes sobre trilhos, de carros de mão ou quaisquer aparelhos mecânicos.

5.3 As Leis n. 9.029/95 e 9.799/99

Também as Leis n. 9.029/95 e 9.799/99 vieram acentuar o combate às práticas discriminatórias contra a mulher trabalhadora.

Diz a Lei n. 9.029/95 no art. 1º que “Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade...”.

Analisando-se o texto da lei, cumpre-nos averiguar a importância da expressão “qualquer prática discriminatória” utilizada pelo legislador, donde se extrai a intenção de abarcar o maior número possível de formas de discriminações.

E não só é vedada a discriminação, como também o será a limitação, esclarecendo que o primeiro pressupõe situação de desvantagem de um trabalhador em relação a outro, já o segundo considera o obreiro individualmente. É de se entender que as práticas discriminatórias já contêm as limitativas, dado que o que discrimina está, na verdade, impondo certa limitação ao discriminado.

Mas isso é de somenos importância. O fato é que a lei pretendeu ser clara e evidente, patenteando pela norma proibitiva todos os meios que a mente criadora humana conseguir inventar com o fito de estabelecer desigualdade ou restringir o acesso à relação de emprego ou sua “manutenção”.

É nesta última expressão que se verifica que a Lei buscou rechaçar a discriminação em qualquer tempo em que ela se consuma, seja no momento de admissão à empresa, seja durante a vigência do contrato.

Mas, é no art. 2º que a Lei n. 9.029/95 se curva exclusivamente ao mercado de trabalho da mulher, conferindo-lhe proteções ao constituir como crimes, sujeitos à pena de detenção de um a dois anos e multa, entre outras práticas discriminatórias, a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez, bem como a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem indução ou instigamento à esterilização genética⁷; promoção do controle da natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde - SUS.

⁷ A Lei n. 9.263/96, nos arts. 17 e 18, derogou esses incisos no pertinente à exigência de teste de esterilização e à indução ou instigamento à esterilização, atribuindo-lhes pena mais grave - reclusão, de um a dois anos, em vez de detenção.

A Lei n. 9.799/99, por sua vez, inseriu na CLT importante regra sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho, atendendo ao mesmo tempo o disposto nos incisos XX e XXX do art. 7º da CR/88.

É que, incluindo na CLT o art. 373-A, tornou explícito os parâmetros antidiscriminatórios proibindo-se (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) publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou à situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir; recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, 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 oportunidades de ascensão profissional; exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou 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; proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

Note-se que a referida Lei trouxe para a CLT a proibição de exigência de atestado ou exame de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego, o que, como visto anteriormente, com a edição da Lei n. 9.029/95, já é definido como crime, considerando a atitude ainda mais grave.

Mas nem por isso o dispositivo inserido na CLT é desnecessário, uma vez que acrescenta outras vedações, como tal a de publicação de anúncio de emprego fazendo referência ao sexo do empregado. Percebe-se, com isso, que a norma impõe limites ao poder diretivo do empregador antes da formalização do contrato de trabalho.

Outro acréscimo de grande importância é a proibição de revistas íntimas nas empregadas, merecendo tecer-se alguns comentários sobre o tema.

Há a percepção de que a norma contida no inciso VI do art. 373-A em comento estabelece uma distinção entre a simples inspeção pessoal e a revista íntima.

É que não há na legislação brasileira nenhum dispositivo legal proibindo expressamente a inspeção pessoal do empregado. O art. 373-A da CLT, inserido no capítulo do trabalho da mulher, na verdade, permite a revista desde que não seja vexatória. Valendo esclarecer, o dispositivo veda a revista íntima, assim entendida a humilhante ou que traduza violação ao direito à intimidade.

Não há como negar reconhecimento ao poder diretivo do empregador, o seu indiscutível direito de fiscalizar seus empregados e o patrimônio da empresa, máxime na hipótese da própria atividade empresarial justificar um controle mais rigoroso, caso em que se admite a revista de forma moderada, assim mesmo como último recurso, à falta de outras medidas preventivas de salvaguarda da propriedade privada.

Mas, o fato é que a vedação à revista íntima veio impor limite ao poder diretivo do empregador, visando, por sua vez, à proteção de outros valores consagrados pela Carta Magna, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e a inviolabilidade do direito à intimidade (art. 5º, X).

Nesse sentido tem se posicionado a jurisprudência, conforme ilustram os seguintes julgados concedendo indenização por danos morais decorrentes de sujeição a revista íntima:

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. REVISTA. O fato de a empregadora possuir como atividade-fim o transporte e a guarda de dinheiro, bem suscetível de subtração e ocultação, justifica uma fiscalização mais rigorosa, inclusive a revista, como meio de proteger o patrimônio do empregador, mesmo porque não há na legislação brasileira nenhum dispositivo legal proibindo expressamente a inspeção e perquirição pessoal, como ocorre na legislação italiana. Aliás, o art. 373-A da CLT, inserido no capítulo do trabalho da mulher, até permite a revista, desde que não seja vexatória. Saliente-se, entretanto, que, se a efetivação do controle é feita por meio da revista, ela deve ser admitida como último recurso para defender o patrimônio empresarial e salvaguardar a segurança interna da empresa, à falta de outras medidas preventivas. Mesmo quando indispensável a revista, o intérprete deverá ater-se ao modo pelo qual ela foi levada a efeito pela empregadora; se ela era desrespeitosa e humilhante, traduzindo atentado ao pudor natural dos empregados e ao seu direito à intimidade, há que ser deferida a indenização por dano moral pleiteada. Aplicação analógica do art. 373-A da CLT, autorizada pelo art. 5º, I, da Constituição da República de 1988.

(TRT-3ª Região - 13305/01 - 2ª Turma - Rel. Alice Monteiro de Barros - DJMG 14.11.01)

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REVISTA ÍNTIMA. FUNCIONÁRIA. VEDAÇÃO LEGAL. AFRONTA AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E DA DIGNIDADE HUMANA. CONVENÇÃO 111 DA OIT. QUANTIFICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO. PARÂMETROS. A CLT dispõe ser vedado ao empregador proceder à revista íntima nas funcionárias (artigo 373-A, inciso VI). *In casu*, é fato incontroverso que a reclamante foi submetida à revista íntima, não permitindo a norma este tipo de procedimento, ainda que haja suspeita de que a funcionária tenha cometido ato de improbidade. Aliado à legislação laboral, integra-se o entendimento de que ao empregador cabe assumir os riscos da atividade econômica (princípio da alteridade), assim como cabe ao empregado prestar seus serviços, pautando-se na boa-fé e urbanidade. Como meio de inibir condutas inadequadas de seus empregados, o empregador pode, e deve, exercer o chamado poder diretivo em prol da organização do trabalho, visando o bem-estar do meio empresarial e social que abrange. No entanto, não se deve confundir poder diretivo com sujeição hierárquica. O que se estabelece entre empregado e empregador é uma relação jurídica, e não submissão pessoal do empregado *versus* supremacia empresária. Existem limites para o poder diretivo, e estes começam pelo respeito à dignidade humana do trabalhador. O empregado é pessoa, não coisa. A este cabe pensar, sentir e colaborar com o empregador, e não dispor de sua força de trabalho como se mercadoria fosse, por isso deve ser respeitado. Submeter a reclamante à revista íntima, baseando-se em “suspeita infundada”, porquanto não provada, de prática de ato de improbidade, atentatório contra o patrimônio do patrão, é, no mínimo, imoral,

agressivo e contrário aos princípios do direito à dignidade humana, afrontando-se o direito à intimidade, de forma discriminatória. É garantia constitucional a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, à honra e imagem das pessoas. Tal poder deve ser exercido de forma responsável, coerente e dentro dos limites da razoabilidade. Neste sentido, o novo Código Civil veio regular a ocorrência de tais situações, dando-se destaque aos “Direitos da Personalidade” e sua proteção. A CONVENÇÃO 111 DA OIT, que trata da Discriminação no Emprego e Profissão, ratificada pelo Brasil, reconhece o limite ao poder do empregador, na medida em que este ofende a liberdade do empregado (como ser humano), em situações de desrespeito à dignidade humana, como no caso de prática de vistoria pessoal/corporal/aviltante e humilhante. Por tais razões, configuradas as hipóteses de abuso de direito e de prática vedada em lei, condena-se a empresa a indenizar a autora por danos morais, cuja quantificação deve-se pautar por parâmetros envolvendo a gravidade da falta, os efeitos danosos perpetrados em desfavor da obreira, o potencial econômico da empresa-infratora e, notadamente, o caráter pedagógico da indenização. Recurso parcialmente provido. (TRT-3ª Região - 00771-2003-011-03-00-5 - 5ª Turma - Rel. Maria Cristina Diniz Caixeta - DJMG 22.11.03)

Note-se, ainda, conforme elucida a decisão supra que a norma disposta no inciso VI do art. 373-A da CLT obsta o procedimento de revista íntima de modo objetivo, não permitindo a prática dessa medida em qualquer circunstância. Vale dizer, mesmo diante de suspeita de que a funcionária tenha cometido ato de improbidade, não poderá o empregador proceder à sua revista íntima.

Por fim, mostra-se oportuno trazer à baila a fundamentação contida em aresto do TST sobre a matéria em comento, julgando-se procedente pedido de indenização por danos morais:

[...] Está evidenciado, pois, que havia revista íntima. E esta, dúvida não há, ainda que venha sendo utilizada como medida de segurança é considerada lesiva à integridade e intimidade do trabalhador, sendo, portanto, vedada. Não é demais lembrar que, mesmo considerando a necessidade de salvaguarda do patrimônio do empregador e seu indiscutível direito de fiscalização, o controle deve ser realizado de forma respeitosa e sempre moderado. E, como os novos meios tecnológicos, tais como etiquetas magnéticas em roupas, livros e remédios, senhas, controle de entrada e saída de estoque e de produção, detector de metais, constituem recursos seguros de observar e controlar os estoques e os estornos de mercadorias, não é possível vislumbrar qualquer hipótese em que haja a necessidade de o trabalhador ser submetido a exame detalhado e minucioso na presença de outras pessoas, [...]

Assim, considerando indiscutível a garantia legal de o empregador poder fiscalizar seus empregados (CF/88, art. 170, *caput*, incisos II e IV) na hora de saída do trabalho e, considerando, ainda, que a fiscalização deve dar-se mediante métodos razoáveis, de modo a não expor a pessoa a uma situação vexatória e humilhante, não submetendo o trabalhador à violação de sua intimidade (CF/88, art. 5º, X), tem-se que colisão de princípios constitucionais

em que de um lado encontra-se a livre iniciativa (CF/88, art. 170) e de outro a tutela aos direitos fundamentais do cidadão (CF/88, art. 5º, X) obriga o juiz do trabalho a sopesar os valores e interesses em jogo para fazer prevalecer o respeito à dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, são os seguintes julgados desta Colenda Corte Superior: DANOS MORAIS. REVISTA ÍNTIMA. INDENIZAÇÃO. A revista íntima de empregada revela-se como conduta que caracteriza malferimento do direito à intimidade e à honra ante a vedação contida no inciso VI do artigo 373-A da CLT, justificando a condenação do empregador por danos morais. Precedentes: ERR-641.571/2000, Rel. Min. Maria Cristina Peduzzi, DJ 13.08.04, decisão unânime; RR-2195/99-009-05-00-6, 1ª Turma, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJ 09.07.04, decisão unânime; RR-360.902/97, 2ª Turma, Rel. Min. Vantuil Abdala, DJ 08.06.01, decisão unânime; RR-533.779/99, 2ª Turma, Juiz Convocado Samuel Corrêa Leite, DJ 06.02.04, decisão unânime; RR-512.905/98, 2ª Turma, Juiz Convocado José Pedro de Camargo, DJ 07.02.03, decisão unânime; e RR-426.712/98, 5ª Turma, Rel. Juiz Convocado Walmir Oliveira da Costa, DJ 21.11.2003. TST-RR-726.906/2001.4, Ac. 4ª Turma, Rel. Juiz Convocado Luiz Antonio Lazarim, DJ de 03.02.2006)

DANO MORAL. PRESENÇA DE SUPERVISOR NOS VESTIÁRIOS DA EMPRESA PARA ACOMPANHAMENTO DA TROCA DE ROUPAS DOS EMPREGADOS. REVISTA VISUAL. 1. Equivale à revista pessoal de controle e, portanto, ofende o direito à intimidade do empregado a conduta do empregador que, excedendo os limites do poder diretivo e fiscalizador, impõe a presença de supervisor, ainda que do mesmo sexo, para acompanhar a troca de roupa dos empregados no vestiário. 2. O poder de direção patronal está sujeito a limites inderrogáveis, como o respeito à dignidade do empregado e à liberdade que lhe é reconhecida no plano constitucional. 3. Irrelevante a circunstância de a supervisão ser empreendida por pessoa do mesmo sexo, uma vez que o constrangimento persiste, ainda que em menor grau. A mera exposição, quer parcial, quer total, do corpo do empregado caracteriza grave invasão à sua intimidade, traduzindo incursão em domínio para o qual a lei franqueia o acesso somente em raríssimos casos e com severas restrições, tal como se verifica até mesmo no âmbito do direito penal (art. 5º, XI e XII, da CF). 4. Despiciendo, igualmente, o fato de inexistir contato físico entre o supervisor e os empregados, pois a simples visualização de partes do corpo humano, pela supervisora, evidencia a agressão à intimidade da empregada. 5. Tese que se impõe à luz dos princípios consagrados na Constituição da República, sobretudo os da dignidade da pessoa, erigida como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III), da proibição de tratamento desumano e degradante (art. 5º, inciso III) e da inviolabilidade da intimidade e da honra (art. 5º, inciso X). 6. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento para julgar procedente o pedido de indenização por dano moral. (TST-RR-2195/1999-009-05-00-6, Ac. 1ª Turma, Rel. Ministro João Oreste Dalazen, DJ de 09.07.2004).

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso para julgar procedente o pedido de indenização por dano moral.

(TST-RR-30748/2002-900-12-00.5 - 4ª Turma - Rel. Juíza Convocada Maria Doralice Novaes - DJ 26.05.06)

Percebe-se aqui que não há dificuldade em se atribuir o caráter vexatório e humilhante à revista íntima. Sendo íntima, a inspeção é abusiva, portanto, vedada.

A proteção ao campo de trabalho feminino aí se concretiza pela imposição de limites aos poderes potestativo e diretivo do empregador, o primeiro verificado na proibição de motivar-se a admissão ou a dispensa do empregado em razão do sexo; o segundo, durante o período do contrato, na fiscalização dos trabalhadores, coibindo-se a revista íntima.

6 PROTEÇÕES À TRABALHADORA GESTANTE

Vem sendo notado que a doutrina assinala uma tendência de superação da normativa de proteção mediante o simples cotejo homem e mulher encaminhando-se para uma “normativa unissex”⁸, constituída por normas de igualdade e aplicação geral dos preceitos trabalhistas, vale dizer, sem normas especiais, à exceção das disposições referentes ao amparo da maternidade, considerada, porém, como um fato social tal qual a enfermidade que exige um afastamento do trabalho por tempo necessário à aquisição de condições de reintegrar-se à ocupação, ou, na mesma linha em que se dá a suspensão do contrato de trabalho pelo serviço militar para o homem, que não acarreta encargos econômicos aos empregadores, uma vez que a remuneração é devida pela previdência social.

Os direitos da trabalhadora gestante permitem sua análise sob dois enfoques: de um lado, as normas que têm por objetivo preservar a saúde da mulher e da criança durante a gravidez, por meio de direitos que visam garantir condições de trabalho compatíveis com a gestação e propiciar seu acompanhamento e desenvolvimento satisfatório; e de outro, regras que procuram descaracterizar a gravidez como impeditivo para a contratação ou manutenção do emprego da trabalhadora.

Os primeiros têm com matriz os preceitos constitucionais de valorização e proteção à vida, à saúde, à família e à infância.

Os segundos têm em vista a proteção ao mercado de trabalho da mulher, insculpida no art. 7º, XX, já analisado em tópico anterior.

Observa-se com isso que a situação maternidade permite tratamento diferenciado não só em decorrência do princípio de proteção do mercado de trabalho da mulher, mas também, e principalmente, em virtude de outras proteções jurídicas consagradas na Carta Magna, como a saúde e a família.

Nesse sentido, pontua Mauricio Godinho Delgado:

⁸ CASTRO, Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de, citando *Vivot*, in A concretização da proteção da maternidade no direito do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, n. 08, agosto, 2005, p. 945.

É evidente que a Constituição não inviabiliza tratamento diferenciado à mulher enquanto mãe. A maternidade recebe normatização especial e privilegiada pela Carta de 1988, autorizando condutas e vantagens superiores ao padrão deferido ao homem - e mesmo à mulher que não esteja vivenciando a situação de gestação e recém-parto. É o que resulta da leitura combinada de diversos dispositivos, como o art. 7º, XVIII (licença à gestante de 120 dias), art. 226 (preceito valorizador da família) e das inúmeras normas que buscam assegurar um padrão moral e educacional minimamente razoável ao menor (contidos no art. 227, CF/88, por exemplo). De par com isso, qualquer situação que envolva efetivas considerações e medidas de saúde pública (e o período de gestação e recém-parto assim se caracterizam) permite tratamento normativo diferenciado, à luz de critério jurídico valorizado pela própria Constituição da República (ilustrativamente, o art. 196 que firma ser a saúde “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos...”; ou o art. 197, que qualifica como de “relevância pública as ações e serviços de saúde...”, além de outros dispositivos, como artigos 194, 200, I e 7º, XXII, CF/88) (DELGADO, 2000, p. 103).

Diante dessas considerações, vislumbramos que as proteções à trabalhadora em gestação podem ser classificadas em duas ordens: as relativas ao seu mercado de trabalho (como exemplos, a estabilidade à gestante e a vedação à exigência de atestado médico de gravidez); e as referentes às condições de trabalho (licença-maternidade, direito à transferência de função, intervalo para amamentação, dentre outros).

A estabilidade à gestante e a licença-maternidade são as garantias mais importantes de proteção à maternidade, uma vez que têm estatura constitucional, mas deve ser ressaltado que, conforme ressalta Alice Monteiro de Barros, todas as normas de proteção à maternidade são imperativas, insuscetíveis de disponibilidade.

7 PROIBIÇÃO DE DIFERENÇA DE SALÁRIO, DE EXERCÍCIO DE FUNÇÃO E DE CRITÉRIOS DE ADMISSÃO POR MOTIVO DE SEXO

A norma inserta no inciso XXX do art. 7º da Constituição da República consagra o maior corolário de isonomia no âmbito trabalhista, traduzindo-se em relevante medida de proteção contra a discriminação no labor feminino.

Estabelece o dispositivo a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo.

Refletindo o comando constitucional antidiscriminatório, a Lei n. 9.799/99 acrescentou à CLT o art. 373-A, proibindo-se considerar, dentre outros critérios, o sexo como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional (inciso III).

É bem verdade que a regra configura mais um reforço da vedação de distinção salarial para o mesmo trabalho, uma vez que a legislação trabalhista já dispunha de norma proibitiva nesse mesmo sentido.

Com efeito, o art. 461 da CLT assegura que “Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade”.

Nota-se aqui a pretensão do legislador em conferir relevância a tal medida antidiscriminatória, uma vez que, inserindo-a no capítulo da CLT que trata da proteção do trabalho da mulher, sujeita o infrator desse dispositivo ao pagamento de multa de 2 a 20 valores de referência (art. 401 da CLT) - penalidade maior do que aquela imposta à transgressão do art. 461, que é de 10 vezes o valor de referência (art. 510).

Entretanto, a par de todas as tentativas no sentido de igualar salários por trabalho de igual valor e de conferir-se à mulher as mesmas oportunidades de inserção no mercado de trabalho, as estatísticas revelam que há pouca correspondência entre o progresso da legislação e o seu reflexo na realidade.

7.1 A realidade do mercado de trabalho da mulher

Em estudo e pesquisa divulgados pelo DIEESE, sobre trabalho e renda da mulher na família, na comparação de dados referentes ao período de 1998 a 2004, a instituição evidencia as principais características da inserção feminina no mercado de trabalho brasileiro.

Os dados revelam a forma como evoluiu a entrada da mulher no mercado de trabalho, as dificuldades enfrentadas e as desigualdades de inserção, sendo oportuno trazê-las à baila, após toda a evolução da legislação no combate à discriminação no labor feminino.

Analisando-se a taxa de participação (População Economicamente Ativa/População em Idade Ativa - PEA/PIA) - indicador que reflete a parcela da população com 10 anos ou mais que está trabalhando ou procurando emprego - verifica-se que a masculina, embora predominante em todas as regiões examinadas, manteve-se estável ou apresentou-se de forma decrescente.

Com relação à taxa de participação feminina, ao contrário, os dados indicam, em 2004, crescimento significativo em relação a 1998 (com destaque para Belo Horizonte, com taxa de 13,4%), enquanto a participação masculina registrou retração de -0,7% (Tabela 1).

TABELA 1
Taxa de participação segundo sexo
Regiões metropolitanas e Distrito Federal - 1998 e 2004

(em %)

Regiões metropolitanas	1998		2004		Var. 2004/1998	
	Mulher	Homem	Mulher	Homem	Mulher	Homem
Belo Horizonte	47,7	68,6	54,1	68,1	13,4	-0,7
Distrito Federal	54,2	70,8	58,6	71,4	8,1	0,8
Porto Alegre	46,1	68,4	49,8	66,8	8,0	-2,3
Recife	43,6	65,8	43,2	62,5	-0,9	-5,0
Salvador	52,5	68,7	55,5	69,3	5,7	0,9
São Paulo	50,8	73,3	55,5	73,0	9,3	-0,4

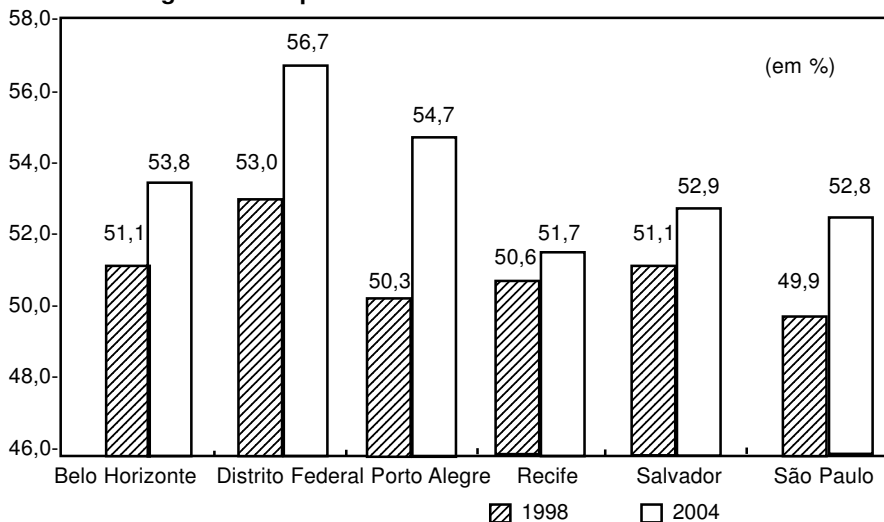
Fonte: Convênio DIEESE/Seade/MTE-FAT e convênios regionais. PED-Pesquisa de Emprego e Desemprego

Elaboração: DIEESE

Entretanto, a maior presença no mercado de trabalho não lhes garante igualdade de inserção e qualidade de trabalho, uma vez que as taxas de desemprego feminino apresentaram-se superiores às masculinas.

Em 1998, a mulher já representava mais da metade do total de desempregados das regiões examinadas (Gráfico 1).

GRÁFICO 1
Proporção de mulheres no total de desempregados
Regiões metropolitanas e Distrito Federal - 1998 a 2004



Fonte: Convênio DIEESE/Seade/MTE-FAT e convênios regionais. PED-Pesquisa de Emprego e Desemprego

Elaboração: DIEESE

Essa dificuldade de inserção acaba por determinar a sujeição das mulheres a funções vulneráveis, além de lhes reservar salários inferiores aos pagos aos homens para uma mesma atividade. Por inserção vulnerável entendam-se postos de trabalho sem carteira assinada, trabalho doméstico e autônomo, sabidamente sem proteção e direitos trabalhistas.

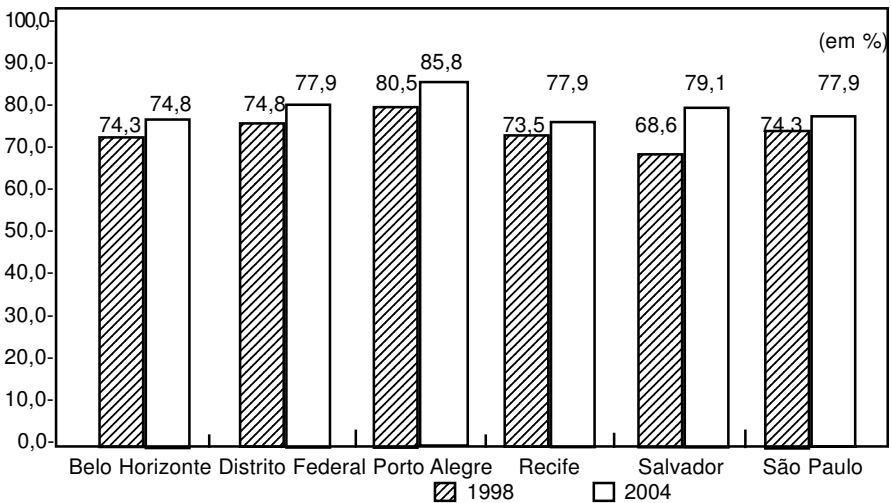
Esclarece a pesquisa do DIEESE que essa maior vulnerabilidade do trabalho feminino explica-se, em parte, pela presença da mulher no emprego doméstico, superior a 15% em todas as regiões.

Na análise dos rendimentos, verificou-se que, quando ocupada, a mulher enfrenta outra dificuldade, que é a desigualdade de remuneração em relação ao homem, tomando-se como indicador o valor da hora trabalhada, considerando-se que a jornada feminina tende a ser sistematicamente inferior à masculina.

No conjunto de regiões, a proporção do rendimento feminino variou entre 85,8%, em Porto Alegre, e 74,8%, em Belo Horizonte, sendo que em São Paulo, no Distrito Federal e no Recife as mulheres recebiam, em média, 77,9% do que ganham os homens em 2004.

É bem verdade que se evidenciou no período uma redução da desigualdade entre rendimentos de homens e mulheres. Mas, esclarece a pesquisa que esse fator não decorreu de um virtuosismo do mercado de trabalho brasileiro, sendo consequência da acentuada retração dos rendimentos masculinos, significativamente maior que a observada nos rendimentos das mulheres durante o período, o que revela um empobrecimento generalizado, tanto dos trabalhadores homens quanto das trabalhadoras mulheres (Gráfico 2).

GRÁFICO 2
Proporção do rendimento médio hora feminino em relação ao masculino
Regiões metropolitanas e Distrito Federal - 1998 e 2004



Fonte: Convênio DIEESE/Seade/MTE-FAT e convênios regionais. PED-Pesquisa de Emprego e Desemprego
Elaboração: DIEESE

Sabe-se que o nível de instrução costuma ser, no mercado de trabalho, fator de diferenciação salarial, de forma que aquele que mais estuda recebe salário maior.

Em geral, as pesquisas apontam a maior escolaridade feminina. Todavia, quando se compara o nível de instrução e rendimentos, melhor sorte não assiste às mulheres. Independentemente da escolaridade, o rendimento por hora das assalariadas é menor do que o dos homens, em todas as regiões metropolitanas.

Os dados da PNAD (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio) estimam que, em 2001, as mulheres tinham, em média, 7,7 anos de estudo e os homens, 6,7. Entre as mulheres ocupadas, 35% possuíam onze ou mais anos de estudo, enquanto entre os homens este percentual era de 25%.

Os dados da PED (Pesquisa de Emprego e Desemprego) revelam a desigualdade de remuneração entre homens e mulheres com a mesma escolaridade. Em São Paulo, os salários das mulheres que cursaram o nível superior equivalem a cerca de 67% da remuneração dos homens com ensino superior, diminuindo essa diferença para os níveis

de instrução menores. No total, os rendimentos das mulheres correspondem a 90% dos dos homens. No Distrito Federal, por sua vez, as maiores diferenças de salários por sexo acontecem entre aqueles que possuem ensino médio completo e incompleto, pois as mulheres recebem 68% do salário dos homens. (Tabela 2)

TABELA 2
Rendimento médio real por hora dos assalariados
segundo nível de instrução, por sexo
Regiões Metropolitanas – 2002

(em Reais de janeiro de 2003)

Regiões metropolitanas	Total	Analfabeto	Ensino fundamental incompleto (1)	Ensino fundamental completo	Ensino médio incompleto	Ensino médio completo	Ensino Superior (2)
Belo Horizonte	4,18	1,78	2,24	2,80	2,67	4,02	10,96
Homens	4,33	(3)	2,39	3,01	2,91	4,79	13,24
Mulheres	3,99	(3)	1,87	2,29	2,17	3,24	9,18
Distrito Federal	7,22	2,20	2,53	3,47	3,26	5,83	15,29
Homens	7,46	2,20	2,65	3,80	3,70	6,94	17,47
Mulheres	6,89	(3)	2,23	2,78	2,54	4,73	13,25
Porto Alegre	4,73	(3)	2,76	3,16	3,04	4,55	10,45
Homens	4,87	(3)	3,00	3,45	3,28	5,21	12,13
Mulheres	4,42	(3)	2,18	2,52	2,63	3,74	8,95
Recife	3,65	1,44	1,83	2,32	2,32	3,39	10,51
Homens	3,65	1,48	1,90	2,54	2,58	4,02	12,87
Mulheres	3,67	1,21	1,54	1,73	1,81	2,68	8,50
Salvador	4,06	1,49	1,89	2,28	2,25	3,85	10,72
Homens	4,09	1,54	2,00	2,45	2,47	4,62	12,87
Mulheres	4,03	(3)	1,50	1,76	1,81	3,05	9,11
São Paulo	5,72	2,60	3,19	3,90	3,37	5,13	14,30
Homens	5,95	2,69	3,42	4,19	3,65	5,85	17,40
Mulheres	5,36	(3)	2,54	3,19	2,90	4,34	11,44

Fonte: Convênio DIEESE/SEADE, MTE/FAT e convênios regionais. PED – Pesquisa de Emprego e Desemprego

Elaboração: DIEESE

Obs:

- Inflator utilizado: IPCA/BH/Ipead; até maio de 2001 – IPCR-SDE/GDF e desde junho de 2001, INPC/DF – IBGE; IPC-iepe/RS; IPC-Descon/Fundaj/PE; IPC-SEI/BA; ICV-DIEESE/SP
- Exclui os assalariados e os empregados domésticos mensalistas que não tiveram remuneração no mês, os trabalhadores familiares sem remuneração salarial e os empregados que receberam exclusivamente em espécie ou benefício

Em outra pesquisa - A Situação das Mulheres em mercados de trabalho metropolitanos -, divulgada no Boletim DIEESE Edição Especial, em 2002, a entidade evidencia as desigualdades nas ocupações exercidas por ambos os sexos.

Informa o DIEESE que cerca de metade dos assalariados, independentemente do sexo, ocupam funções de execução, representadas por atividades-fim do setor econômico a que pertencem.

Em torno de 55% dos homens estão envolvidos neste tipo de função, enquanto entre as mulheres o percentual fica em, aproximadamente, 40%.

Percentuais próximos a 30% dos assalariados encontram-se em tarefas de apoio, ou seja, exercem funções complementares àquelas que caracterizam a atividade principal do local onde trabalham.

Entre os homens, este tipo de função é desempenhado por menos de 30% deles (com exceção do Distrito Federal), enquanto entre as mulheres os percentuais situam-se, em geral, acima de 35% (só em Porto Alegre o percentual é menor, 32,2%).

Uma parcela menor - próxima a 10% - ocupa postos de direção e planejamento, exercendo funções, com freqüência, colocadas no topo da hierarquia funcional.

Há proporcionalmente mais mulheres em atividades de apoio e de direção e planejamento, enquanto os homens estão mais presentes em postos de trabalho de execução.

Entre as funções de direção e planejamento cabem, preferencialmente, às mulheres as tarefas de planejamento e organização, ocupações especializadas, mas não de comando.

Entre 72% e 80% das mulheres que, nas diferentes regiões, desenvolvem atividades de direção e planejamento, encontram-se tarefas de planejamento e organização.

No caso dos homens, de 63% a 69% exercem esse mesmo tipo de função. Os demais trabalhadores do sexo masculino, ou seja, sempre mais de 30% daqueles que trabalham em direção e planejamento, estão nas atividades de comando e do topo da hierarquia funcional.

Dentre as tarefas de execução, as mulheres estão, proporcionalmente, mais presentes que os homens em tarefas mais qualificadas, que requerem especialização e experiência. Dentre as mulheres que atuam em funções de execução, mais de 30% delas (menos em São Paulo, com 28%, e Porto Alegre, com 24%) encontram-se em postos de trabalho qualificados.

Entre os homens, no máximo 20% dos que atuam em funções de execução encontram-se entre os qualificados. Sua presença é maior entre os semiquilificados, exercendo tarefas mais repetitivas e com menor complexidade.

Nas tarefas de apoio, as mulheres estão mais presentes que os homens, sendo ampla maioria entre os trabalhadores que exercem serviços de escritório.

Em torno de 40% das mulheres - portanto a maior parcela dentre as que trabalham nas tarefas de apoio - desempenham atividades de escritório.

Apenas em São Paulo, a parcela daquelas que realizam tarefas não operacionais (atividades administrativas em geral) é superior a das que atuam em serviços de escritório.

Conclui a pesquisa que esse perfil diferenciado por gênero indica que, se

por um lado as mulheres têm tido acesso a postos de trabalho mais qualificados, tanto na execução como no planejamento, reflexo em certa medida de seu melhor nível de instrução, elas ainda têm menores possibilidades que os homens de ocupar posições hierarquicamente superiores (direção e gerência).

Como se vê, a par do crescimento da participação feminina no mercado de trabalho, muitas dificuldades permanecem no que se refere a salários, à discriminação na contratação e na ascensão profissional.

Os rendimentos da mulher no mercado de trabalho são sempre inferiores aos dos homens, mesmo quando exercem a mesma função e têm a mesma forma de inserção. Nem mesmo a maior escolaridade média feminina elimina esta diferenciação, indicando uma clara discriminação em relação ao seu trabalho.

Na há dúvida de que a desigualdade das mulheres no mercado de trabalho ainda é evidente, demonstrando que, apesar dos avanços já obtidos, há um longo caminho a se trilhar para que os indicadores possam revelar condições de total igualdade entre os sexos no mercado de trabalho.

8 NEGOCIAÇÕES COLETIVAS SOBRE O TRABALHO DA MULHER

Em pesquisa divulgada pelo DIEESE - Negociação Coletiva e Eqüidade de Gênero no Brasil: cláusulas relativas ao trabalho da mulher 1996-2000 - evidencia-se a importância da organização sindical e da negociação coletiva como instrumentos de promoção da igualdade de oportunidades entre homens e mulheres.

O objetivo do estudo foi o de sistematizar e analisar as cláusulas das negociações coletivas que abordam o trabalho da mulher e as relações de gênero no trabalho, entre 1996 e 2000, captando o estágio das negociações de questões relacionadas à participação da mulher no mercado de trabalho e, a partir da análise, indicar possíveis evoluções, retrocessos ou estagnação desse processo.

A pesquisa tomou por base o SACC-DIEESE - Sistema de Acompanhamento das Contratações Coletivas - que tem cadastro de documentos resultante das negociações entre empregados e empregadores ou de decisões da Justiça do Trabalho, incluindo, portanto, acordos coletivos, convenções coletivas e sentenças normativas.

Desde 1993, foram coletados pelo sistema 94 documentos ao ano, abrangendo, aproximadamente, trinta categorias profissionais, pertencentes aos setores industrial, comercial e de serviços, de 14 unidades da Federação das diferentes regiões geográficas do país.

O estudo revela que, para cada contrato coletivo cadastrado, foram registrados, em média, cinco cláusulas que tratam das garantias referentes ao trabalho da mulher. Em parte das categorias profissionais não consta uma única cláusula sobre o tema, mas em algumas delas chegaram a ser encontradas até dez em cada um dos anos.

A grande maioria das garantias está relacionada à gestação, maternidade e responsabilidades familiares, representando cerca de 85% do total. Os outros 20% estão distribuídos entre os temas condições de trabalho (com 8%), exercício do trabalho (menos de 2%), saúde (em torno de 5%) e eqüidade de gênero (próximo a 4%).

As garantias mais disseminadas nos contratos coletivos são as

regulamentadas por lei e, embora o processo de negociação coletiva tenha assegurado a conquista de diversas cláusulas, estas estão restritas a poucas categorias profissionais.

No grupo de cláusulas relativas à gestação, a mais freqüente é a que se refere à estabilidade da gestante, negociada por 85% das categorias profissionais pesquisadas. E embora a maioria reafirme as disposições legais, observou-se em boa parte delas ampliação do prazo da estabilidade prevista em lei.

Observa-se, ainda, conquista relevante do ponto de vista do acompanhamento e resguardo da gravidez, como a liberação da gestante antes do término da jornada, que não tem como referência a legislação brasileira, constituindo, portanto, uma inovação resultante do processo de negociação coletiva.

As garantias asseguradas por lei, como creche, acordada por 60% das categorias profissionais; licença-paternidade, por 35%; licença-maternidade, por 22%; auxílio-educação, por 23% e intervalos para amamentação, por 15%, são as mais difundidas nos diversos contratos coletivos.

O conteúdo dos textos referentes à maternidade/paternidade segue a tendência geral da sociedade em atribuir às mulheres a responsabilidade pelos cuidados com as crianças: são poucos os contratos que têm a preocupação de assegurar a todos os trabalhadores garantias para que seja possível a conciliação entre trabalho e filhos.

Nesse grupo de cláusulas, duas das novidades introduzidas pelo processo de negociação são bastante disseminadas entre as categorias profissionais examinadas. É o caso das garantias relativas à adoção e aos abonos de faltas para acompanhamento dos filhos. Das oitenta categorias profissionais que incluem cláusulas de estabilidade à gestante em seus contratos coletivos, cinco conquistam garantia temporária no emprego para as mães adotantes.

Sobre as cláusulas relativas às condições de trabalho das mulheres, no estabelecimento de regras para o processo de revista de pessoal, negociado por 15% das categorias profissionais, não se questiona a legitimidade desse procedimento em relação aos trabalhadores.

O assédio sexual por parte das chefias, um dos maiores problemas enfrentados pelas trabalhadoras, é mencionado por apenas uma entre 94 categorias.

Quando se trata da questão da jornada, destacam-se duas categorias profissionais que ressaltam a necessidade de se considerar a situação das empregadas mães, no caso de flexibilização de trabalho, introduzidas em 1998.

As garantias sobre qualificação profissional da mulher, de grande importância para o mercado de trabalho atual, estão praticamente inexistentes no material examinado.

As cláusulas referentes à equidade de gênero limitam-se a transcrever os dispositivos legais que proíbem a discriminação, sem apresentar formas de controle ou punição para atitudes ou ações deste tipo. Tampouco estabelecem formas positivas de ação para a reversão das desigualdades.

Tais garantias contra a discriminação foram localizadas em apenas dezesseis categorias profissionais (17% do total). Nove delas referem-se à igualdade de remuneração entre todos os trabalhadores e duas explicitam as diferenças salariais que serão aceitas. Outra assegura que haverá igualdade de oportunidade à mulher

para concorrer a cargo de chefia e outra, ainda, igualdade de condições de trabalho, salário e progressão funcional. Duas categorias afirmam que não haverá distinção de qualquer natureza.

No período 1996 a 2000, quatro categorias profissionais passam a incluir cláusulas desse tipo em seus contratos, o que indica uma evolução desse tema no processo de negociação coletiva.

Por fim, a pesquisa conclama a importância da negociação coletiva na regulamentação das relações de trabalho, tanto no que se refere à introdução de garantias ausentes da legislação quanto à ampliação de direitos já previstos, uma vez que foi nesse processo que se asseguraram conquistas como estabilidade ao pai, liberação para o acompanhamento de filhos, extensão dos prazos legais de estabilidade da gestante e de utilização de creches, abrindo espaço para a negociação de questões de gênero e do trabalho das mulheres, possibilitando sua intensificação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROS, Alice Monteiro de. *A mulher e o direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995, p. 478.
- _____. Discriminação no emprego por motivo de sexo. In: VIANA, Márcio Túlio e RENAULT, Luiz Otávio Linhares (coord.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000, p. 36-76.
- DELGADO, Mauricio Godinho. Proteções contra discriminação na relação de emprego. In: VIANA, Márcio Túlio e RENAULT, Luiz Otávio Linhares (coord.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000, p. 97-108.
- FURTADO, Emmanuel Teófilo. Isonomia à luz da Constituição e das Leis e o trabalho da mulher. *Revista LTr*, São Paulo, n. 10, p. 1181-1194, outubro, 2004.
- GUNTHER, Luiz Eduardo e ZORNIG, Cristina Maria Navarro. O trabalho da mulher e os artigos 376, 383 e 384 da CLT. *Revista LTr*, São Paulo, n. 01, p. 50-55, janeiro, 2002.
- LIMA FILHO, Francisco das C. A discriminação do trabalhador no contrato de trabalho e o princípio constitucional da igualdade. *Revista LTr*, São Paulo, n. 10, p. 1199-1208, outubro, 2001.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Práticas discriminatórias contra a mulher e outros estudos*. São Paulo: LTr, 1996, 264 p.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr.
- _____. O direito do trabalho analisado sob a perspectiva do princípio da igualdade. *Revista LTr*, São Paulo, n. 7, p. 781, julho, 2004.
- SENA, Adriana Goulart de. Trabalho da mulher. In: BARROS, Alice Monteiro de (coord.). *Curso de direito do trabalho. Estudos em memória de Célio Goyatá*. V. I. 3. ed. São Paulo: LTr, 1997, p. 582-610.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, 818 p.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998.