LUIZ HENRIQUE SORMANI BARBUGIANI

**IGUALDADE DE GÊNERO: O REDIMENSIONAMENTO DA
CONCEPÇÃO DA IGUALDADE MATERIAL NO ÂMBITO
LABORAL**

DISSERTAÇÃO - MESTRADO

ORIENTADOR: PROF. ASSOCIADO ENOQUE RIBEIRO DOS SANTOS

FACULDADE DE DIREITO DA USP

SÃO PAULO

2012

LUIZ HENRIQUE SORMANI BARBUGIANI

**IGUALDADE DE GÊNERO: O REDIMENSIONAMENTO DA
CONCEPÇÃO DA IGUALDADE MATERIAL NO ÂMBITO
LABORAL**

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Professor Associado Enoque Ribeiro dos Santos

**FACULDADE DE DIREITO DA USP
SÃO PAULO
2012**

Dedicatória

Ao meu amado pai que nos deixou antes do término dessa pesquisa, à minha mãe, aos meus irmãos e à minha querida esposa, eterna companheira, presente em todos os momentos dessa vida.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador Professor Doutor Enoque Ribeiro dos Santos, pela confiança, amizade, pelos ensinamentos e conselhos durante toda a pós-graduação.

A todos que, direta e indiretamente, colaboraram na execução deste trabalho, em especial ao Professor Doutor Ronaldo Lima dos Santos pelo apoio e incentivo, ao meu amigo Joel Samways Neto e à estimada Marli Inocencia de Moraes que contribuíram para a conclusão do trabalho.

RESUMO

Igualdade de gênero: o redimensionamento da concepção da igualdade material no âmbito laboral

A pesquisa analisa a igualdade de gênero, tendo por objeto nuclear a situação do sexo feminino no mercado de trabalho e a verificação da necessidade de um redimensionamento do princípio da igualdade material, a fim de preservar o conteúdo axiológico do preceito vigente em nossa sociedade. Os valores sociais e culturais permeados no meio econômico e social delimitam a igualdade enquanto princípio, sendo de importância transcendental para a visualização da condição da mulher no Brasil e no Exterior. Da mesma forma, tais valores são relevantes para a avaliação das respectivas normas de tutela e seus efeitos reflexos, sem descuidar da função social do contrato e da própria lei na regulação do trabalho.

Palavras-chaves: Igualdade de gênero - discriminação - redimensionamento - mercado de trabalho

ABSTRACT

Gender equality: resizing the concept of material equality in the workplace

The research analyzes gender equality, relating to the situation of women in the labor market and the need to check a resizing of the material equality principle, in order to preserve the axiological contents of the prevailing precept in our society. The social and cultural values permeated into social and economic delimit equality as a principle, being exceedingly important for viewing the status of women in Brazil and abroad. Likewise, such values are relevant to the assessment of the respective norms of protection and their reflex effects, without neglecting the social function of the contract and the law in the regulation of labor.

Keywords: gender equality - discrimination - resizing - labor market

RIASSUNTO

Occupazione femminile pari opportunità: riorganizzazione del concetto di uguaglianza materiale nell'ambito del lavoro

Lo studio analizza l'uguaglianza del genere, avendo come obiettivo principale la situazione del sesso femminile nell'occupazione lavorativa e la verifica della necessità di una riorganizzazione del principio di uguaglianza materiale col fine di proteggere il contenuto assiologico del precetto vigente nella nostra società. I valori sociali e culturali inseriti nell'attività economica e sociale limitano l'uguaglianza in quanto principio, essendo di importanza trascendentale vedere la condizione della donna in Brasile ed all'estero. Della stessa forma, tali valori sono rilevanti per l'esame delle rispettive norme di tutela e suoi effetti conseguenti, senza omettere la funzione sociale del contratto e della propria legge nella regolazione del lavoro.

Parole chiavi: pari opportunità - discriminazione - riorganizzazione - occupazione lavorativa.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. Justificativa	9
2. Delimitação do tema	10
3. Métodos e técnicas de pesquisa.....	14
 1. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE.....	15
1.1. Conceito e função dos princípios	15
1.2. Noção de igualdade e sua origem jurídica	19
1.2.1. Igualdade formal e igualdade material.....	23
1.2.1.1. Evolução da concepção de igualdade.....	23
1.2.1.2. Igualdade perante a lei, na lei e por intermédio da lei.....	28
1.2.2. Igualdade e discriminação.....	31
1.2.2.1. Desigualdades naturais e sociais	31
1.2.2.2. Discriminação negativa e discriminação positiva ou ação afirmativa	35
1.2.2.3. Discriminação direta, indireta e outras classificações.....	44
 2. A DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO NO DIREITO DO TRABALHO E A SITUAÇÃO DA MULHER NAS RELAÇÕES LABORAIS NO BRASIL	52
2.1. Fator discriminem sexo	52
2.2. A situação da mulher nas relações laborais no Brasil	57
2.2.1. Normas nacionais de proteção da mulher	62
2.3. Jurisprudência dos tribunais brasileiros sobre a discriminação de gênero.....	79
2.3.1. Decisões do Supremo Tribunal Federal	79
2.3.2. Decisões do Superior Tribunal de Justiça	82
2.3.3. Decisões do Tribunal Superior do Trabalho.....	83
2.3.4. Decisões do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região	84
2.3.5. Decisões do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região	85
 3. A MULHER NAS RELAÇÕES LABORAIS NO ÂMBITO INTERNACIONAL	88
3.1. Visão global da situação das mulheres em alguns países	88
3.2. A situação das mulheres em Portugal e algumas normas pertinentes da União Europeia	99
3.3. As principais disposições internacionais relacionadas à igualdade de gênero.....	113
 4. O REDIMENSIONAMENTO DA CONCEPÇÃO DA IGUALDADE MATERIAL EM RELAÇÃO AO GÊNERO	127
4.1. Concepção geral.....	127
4.2. Função social do contrato de trabalho.....	130
4.2.1. Autonomia da vontade, ordem pública e bons costumes	130

4.2.2. Função social dos contratos e da empresa	133
4.2.3. A boa-fé objetiva e o princípio da justiça contratual	139
4.3. Função social da lei na regulação do trabalho	142
4.3.1. Alteração dos valores axiológicos fundantes da norma legal relacionados ao gênero feminino.....	142
4.3.2. Função social da lei na igualdade de gênero.....	143
4.3.2.1. Integração.....	146
4.3.2.2. Analogia, princípios gerais de direito e equidade	147
4.3.2.3. Interpretação.....	149
4.3.2.4. Teorias subjetiva e objetiva da interpretação da norma	151
4.3.2.5. O Artigo 5º da Lei de Introdução às normas do direito brasileiro e a função criativa e conformativa do juiz	152
4.3.2.6. A interpretação extensiva e a analogia como instrumentos do Poder Judiciário no redimensionamento da igualdade.....	156
4.4. O Senso comum e a modificação do paradigma de proteção para a promoção da igualdade de tratamento no trabalho de ambos os sexos	159
CONCLUSÃO	168
REFERÊNCIAS	176

INTRODUÇÃO

1. Justificativa

O presente estudo pretende discorrer sobre a igualdade de gênero com destaque à situação vivenciada pelas mulheres no mercado de trabalho na era contemporânea e a verificação da necessidade, ou não, de um redimensionamento do princípio da igualdade material, a fim de preservar o conteúdo axiológico vigente em nossa sociedade.

A concepção da igualdade permeia a história promovendo discussões e conflitos que se iniciaram na mais longínqua idade e se perpetuam até os dias atuais.

O conceito de igualdade, entretanto, é instável, variando conforme a época e geralmente segundo os valores fundantes da sociedade num determinado momento cultural.

Com a evolução da sociedade, os parâmetros utilizados pelo legislador para aferir e implementar a igualdade como elemento de nivelamento dos direitos, atingindo, por conseguinte, todos os cidadãos, foi transformando-se gradativamente, passando de uma igualdade meramente formal para o que os estudiosos conceberam como uma igualdade material.

O tema é de relevante importância para o estudo não só do direito do trabalho como de outros ramos jurídicos, dada a natureza social e humanitária que vigora no ordenamento do Brasil e de diversos países, onde as mulheres devem ser tratadas em igualdade de condições com os homens em prol do contínuo desenvolvimento da sociedade.

Essa relevância também é intuída das diversas normas de índole internacional e supranacional provenientes de entidades como a Organização das Nações Unidas e a União Europeia, que regulam a igualização de direitos entre os sexos, estipulando as exceções reputadas legítimas e, na maioria das vezes, de caráter circunstancial.

Ocorre que os dados disponíveis demonstram que a inserção laboral e econômica do sexo feminino nas mais diversas sociedades, mesmo naquelas em que os graus de civilidade e democracia são altíssimos, encontram-se incipientes se comparados ao do sexo masculino, motivo pelo qual se torna necessária a averiguação do funcionamento do caráter tutelar da legislação em vigor e ponderações sobre a sua manutenção ou reformulação.

Ao estabelecer benefícios específicos em virtude da condição especial em que se encontram, como na hipótese da licença maternidade em decorrência da gravidez, o legislador objetivou assegurar a igualdade material aplicando um tratamento diferenciado e adequado à peculiaridade da condição das mulheres.

Todavia, essa medida de igualdade, ao invés de proteger e preservar os direitos das mulheres, gerou efeitos maléficos, que atingiram a contratação delas e sua absorção pelo mercado de trabalho, fruto de um preconceito incoerente e desregrado que o poder público, a princípio, não consegue impedir, uma vez que não se apresenta explícito e declarado.

A liberdade de escolha na contratação pelo empregador prejudica a livre disputa das mulheres no mercado de trabalho. Dessa forma, a igualdade material pode, no fim, acabar prejudicando os direitos dos trabalhadores antes mesmo de surgir o vínculo laboral ou ainda impedir a devida celebração contratual.

Nesse contexto, surge a relevância desta pesquisa que visa estudar o redimensionamento da igualdade, que verificará se as disposições baseadas na igualdade material, a pretexto de proteger os hipossuficientes, acaba por prejudicar o direito dos trabalhadores, podendo tal situação, uma vez identificada, autorizar a edição de normas ou mesmo a interpretação construtiva tendente a elastecer o rol desses direitos a outras pessoas que não estariam originalmente previstas e, com isso, obstar a discriminação de empregadores que perderiam a certeza e a fácil identificação dos beneficiários em potencial.

Daí o título “Igualdade de gênero: o redimensionamento da concepção da igualdade material no âmbito laboral” e a viabilidade do desenvolvimento desta pesquisa, sendo crucial para esta abordagem a divisão do estudo em quatro capítulos, delimitando os aspectos que serão apresentados ao longo do trabalho.

2. Delimitação do tema

No primeiro capítulo será abordado o princípio da igualdade, especificando o conceito de “princípio” e sua função no ordenamento jurídico, para, depois de uma incursão sobre a noção de igualdade e sua origem, traçar a evolução da concepção de igualdade formal e material e das diversas classificações acadêmicas, tais como igualdade perante a lei, na lei e por intermédio da lei, segundo a doutrina, demonstrando as diferenças e as intercomunicações delas para um melhor entendimento da igualdade como um todo.

No mesmo capítulo, dada a interdependência dos termos igualdade e discriminação será necessária a análise das desigualdades naturais e sociais e das tentativas de nivelamento ou atenuação das discrepâncias, por meio das noções de discriminação negativa e positiva (ação afirmativa) e outras classificações, como a discriminação direta, indireta e oculta, entre outras, com base em elementos extraídos da doutrina, que permitirão o estabelecimento de conceitos, verdadeiras vigas para o desenvolvimento dos próximos capítulos.

No segundo capítulo, a fim de preparar a inteligência da existência ou não de uma discriminação no direito do trabalho, será de suma importância a averiguação da legitimidade, ou não, do fator discriminação de sexo como elemento de diferenciação do tratamento dispensado às pessoas, lastreado eminentemente no posicionamento doutrinário.

Após essa abordagem da discriminação sexual, passar-se-á a uma análise detida da situação da mulher nas relações laborais no Brasil desde o Código Civil de 1916, pontuando algumas alterações legislativas até a Constituição Federal de 1988, em que a igualdade vigora como preceito basilar.

Nessa etapa, após o ano de 1988, será importante destacar algumas pesquisas e relatórios elaborados e referenciados pela doutrina ou mesmo constantes do sítio oficial do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas, em que se analisa a população feminina em termos percentuais em relação aos homens, seja sob o aspecto remuneratório, seja na inserção no meio laboral e em atividades segmentadas.

Dentro da concepção traçada no segundo capítulo, ainda, será relevante observar algumas normas tutelares do sexo feminino dispostas especialmente na Constituição Federal de 1988 e na Consolidação das Leis do Trabalho, extraídas por amostragem e, portanto, sem a pretensão de esgotar a matéria.

Essa observação dar-se-á no exclusivo intuito de se verificar se, na atualidade, as normas asseguram uma melhor participação das mulheres no mercado de trabalho, com uma eficiente proteção a esse nicho social e, em caso negativo, qual seria uma forma mais adequada de formulação do conteúdo normativo, com base na doutrina nacional e ponderações igualitárias.

Antes de encerrar o segundo capítulo, restará perquirir o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Superior do Trabalho e de alguns Tribunais Regionais, a fim de verificar a evolução do tratamento dado à discriminação de gênero e à interpretação das disposições constitucionais e

infraconstitucionais ligadas ao gênero, momento em que a pesquisa será efetivada nos endereços eletrônicos oficiais dos respectivos tribunais, selecionando-se os julgados mais relevantes do ponto de vista da atenuação da discriminação sexual.

No terceiro capítulo será discutida a condição da mulher nas relações laborais no âmbito internacional, em que, de início, mapear-se-á a situação do sexo feminino em diversos países da Europa, Ásia, América e África, objetivando estabelecer, por meio de dados estatísticos fornecidos por pesquisas referenciadas pela doutrina e disponível em “sites” oficiais, a população economicamente ativa e a atividade das mulheres nos respectivos países na era contemporânea, independentemente da existência de normas tutelares relacionadas ao sexo.

Nesse tópico enunciar-se-á também a evolução da jurisprudência norte-americana nas questões de gênero compiladas pela doutrina, o que delineará a evolução do tratamento da matéria ao longo das décadas passadas com reflexo nos demais países.

Num segundo momento, diante da influência de Portugal em nosso país, será utilizado aquele Estado como modelo para verificar a condição das mulheres na Europa, com especial destaque para as normas supranacionais que regulam a discriminação de gênero e o mercado de trabalho das mulheres na União Europeia.

Esses dados foram obtidos pelas pesquisas referenciadas pela doutrina estrangeira e estatísticas disponíveis em sítios oficiais do Governo português, da União Europeia e do Brasil, com abordagem das leis portuguesas e sua adaptação às diretivas editadas pela comunidade, além dos diversos tratados e demais documentos, como o Pacto europeu para igualdade de gênero do Conselho Europeu (2006), a Estratégia para a igualdade entre homens e mulheres 2010-2015 da Comissão europeia, a Carta das Mulheres (2010), entre outros.

Da mesma forma, nesse tópico será providenciada uma incursão em julgados do Tribunal Europeu atinentes às relações de trabalho e demais aspectos relacionados ao gênero, possibilitando traçar um paralelo com o que aconteceu na comunidade nas últimas décadas e seus reflexos indiretos e diretos.

Após essa discussão no âmbito da comunidade europeia, num terceiro momento, enumerar-se-ão algumas das principais normas internacionais relacionadas à igualdade de gênero, reproduzindo-se certas disposições, a começar pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 e,

essencialmente, as convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho.

Essa narrativa, essencial para visualizar as tendências da regulação da matéria nos últimos anos no trato das questões laborais relacionadas ao sexo, será coletada em inúmeros “sites” disponíveis no Brasil e no exterior, buscando mencionar também as disposições não ratificadas pelo nosso país.

Após essa construção e balizamento dos paradigmas reinantes nas normas nacionais, internacionais e supranacionais de proteção do sexo feminino, ingressar-se-á na discussão, no quarto e último capítulo, tendente a averiguar a viabilidade do redimensionamento da concepção da igualdade material em relação ao gênero na era contemporânea, na ausência de alteração legislativa, lastreada na situação vivenciada pelas mulheres.

Nesse momento, será discutido se as disposições vigentes são suficientes, ou não, para uma melhor integração da mulher no mercado de trabalho, em igualdade de condições com os homens, ou se há necessidade de alteração do paradigma de proteção relacionado ao sexo para outro aspecto próprio do ser humano, independentemente de seu gênero.

A questão não se restringe a saber se há ou não necessidade de alteração do fator eleito para diferenciação de tratamento, mas, principalmente, ponderar se há medidas que poderiam ser tomadas no intuito de atenuar as normas editadas, por meio de disposições presentes na própria legislação civil e constitucional, para viabilizar, de maneira transitória até eventual alteração legislativa, a interpretação das disposições tutelares do sexo feminino sem causar maiores prejuízos para as mulheres e, conseqüentemente, por via reflexa, para toda a sociedade.

Para isso será relevante a análise da função social do contrato e da própria lei na regulação do trabalho, verificando o senso comum e a modificação do paradigma de proteção para a promoção da igualdade de tratamento no trabalho de ambos os sexos, a ser exercitada pelo Estado e pelos juristas na interpretação, integração e aplicação da norma que detém no Poder Judiciário um de seus essenciais baluartes e no Direito Civil diversos instrumentos adequados visando a implementação de uma reformulação dos atos jurídicos, adequando-os à realidade social vigente.

3. Métodos e técnicas de pesquisa

O método principal utilizado nesta dissertação será o indutivo, para inferir os valores sociais e culturais permeados no meio econômico e social que nos circundam, bem como a necessidade ou não de remodelação do conteúdo do princípio da igualdade em sua vertente material, apesar da importância de utilização de diversos outros métodos para a construção da pesquisa que ora se propõe.

Utilizar-se-á também do método analítico, por meio da verificação de documentos dos mais diversos, incluindo normas, acórdãos e decisões de índole nacional, internacional e supranacional, e de textos jurídicos e sociais decorrentes de pesquisa bibliográfica provenientes de autores nacionais e estrangeiros, a fim de alcançar conclusões abalizadas sobre a situação da mulher na era contemporânea.

No tocante às técnicas de pesquisa, serão observadas as fontes primárias (leis nacionais e estrangeiras, Declarações, Tratados, Pactos, Diretivas, Convenções, recomendações etc., de caráter nacional, internacional e supranacional) e secundárias (doutrina), além dos dados extraídos diretamente do sítio do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística acerca da população feminina no Brasil e em outros países.

1. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

1.1. Conceito e função dos princípios

Dada a magnitude do princípio da igualdade e sua relevância para esta pesquisa, torna-se de suma importância, antes de analisar o substrato desse preceito, traçar breves comentários acerca do que viria a ser um princípio e suas funções no ordenamento jurídico.

Celso Antônio Bandeira de Mello, em clássica lição, especifica que o princípio seria:

“(...) mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.”¹

Os princípios, portanto, figuram como um verdadeiro sustentáculo do ordenamento jurídico, muitas vezes apresentando não só um caráter fundante ou auxiliar na interpretação e entendimento do sistema legal ou constitucional, mas também de cunho nitidamente normativo,² tendo em vista a sua aplicabilidade imediata na solução de situações submetidas ao Poder Judiciário na atualidade.³

Amauri Mascaro Nascimento indica que os princípios apresentam uma função tripartida, promovendo a inspiração da criação e edição de normas, facilitando a interpretação das vigentes⁴ e servindo como instrumento de aplicação para a solução de uma demanda, não se confundindo com um preceito legal visto serem de índole superior, por se constituírem em “valores que retificam os desvios do direito positivo, caso em que se sobrepõem às leis”.⁵

¹MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2007. p. 922-923.

²LIMA, Ana Lúcia Coelho de. *Dispensa discriminatória na perspectiva dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2009. p. 37.

³NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Compreensão dos princípios do direito do trabalho na época contemporânea. In: FRANCO FILHO, Georgeton de Souza (Coord.). *Trabalho da mulher*. São Paulo: LTr, 2009. p. 105.

⁴LIMA, Ana Lúcia Coelho de. op. cit., p. 37.

⁵NASCIMENTO, Amauri Mascaro. op. cit., p. 106.

O Professor da Universidade da Costa Rica, Gustavo González Solano, ao tratar dos princípios gerais de direito, da mesma forma, consagra a tripla função destes preceitos:

“Los principios generales del Derechos son directrices básicas utilizadas para la creación o interpretación de las normas jurídicas y la resolución de casos jurídicos. Como principios que son ellos indican la forma como debe ser regulada una situación X para alcanzar la realización de “Y” fines (la resolución de casos o conflictos de acuerdo a ciertos valores o hechos determinados)”.⁶

Na mesma linha de raciocínio, Arnaldo Sussekind ressalta que apesar das normas existentes em nosso ordenamento preverem apenas a função integrativa dos princípios a ser exercitada diante de uma lacuna, as outras duas são inerentes ao seu conceito de “enunciados genéricos, explicitados ou deduzido do ordenamento jurídico pertinente”.⁷

Alguns autores como Fernando Rodrigues Martins reconhecem quatro funções: integração, interpretação, limitação e direção das normas.⁸

Do pensamento de Gustavo González Solano se infere que

*“el principio es lo que su nombre indica, una autoridad que fundamenta una norma o un conjunto de ellas, regulando a su vez la forma de interpretar esa norma o conjunto y la forma de solucionar la situación fáctica concreta.”*⁹

Dada a sua carga axiológica exacerbada, Celso Antônio Bandeira de Mello externa que “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer”, tendo em vista a afronta a toda uma estrutura fundante do ordenamento jurídico e de seus sistemas ou subsistemas, sendo que em suas palavras “a desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos.”¹⁰

No direito, costuma-se diferenciar princípios de “standards”, sendo que Canotilho considera que “os princípios não contêm em si medidas de comportamento concretamente operacionalizáveis”, enquanto “os *standards* remetem *in vivo* para valores, deveres e critérios de cuidado e de responsabilidade cuja concretização podia e devia ser feita pelos

⁶GONZÁLEZ SOLANO, Gustavo. El principio "para igual trabajo igual salario". *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José, n. 97, p. 13, ene./abr. 2002.

⁷SÜSSEKIND, Arnaldo. Os princípios do direito material do trabalho. In: BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalanti; PEREIRA, José Luciano de Castilho; FAVA, Marcos Neves (Coords.). *O direito material e processual do trabalho nos tempos modernos*. São Paulo: LTr, 2009. p. 78.

⁸MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 249.

⁹GONZÁLEZ SOLANO, Gustavo. op. cit., p. 17.

¹⁰MELLO, Celso Antônio Bandeira de. op. cit., p. 923.

órgãos de concretização judicial”, apesar do conteúdo nitidamente genérico e abstrato ser da essência de ambos.¹¹

Os “standards” são compostos, no que pertine aos direitos humanos, de disposições imperativas, muitas vezes de conotação programática, ou seja, delineando os objetivos principais que devem ser atingidos por uma instrumentalização complementar ou ainda por preceitos de cunho moral e ético desprovidos de imposição cogente.¹²

Os preceitos e disposições genéricas de caráter abstrato, sejam “standards”, sejam princípios, facilitam a criação e a interpretação de normas, bem como a integração do ordenamento na existência de uma lacuna legal.

Ocorre que, apesar das funções acima descritas, das disposições abstratas, principalmente dos princípios de direito, verifica-se que, segundo o entendimento de Canotilho, a melhor forma de implementar a consolidação dos direitos humanos seria um misto do que ele denomina de “regras” e “princípios”, com uma maior preponderância das primeiras objetivando uma maior “aplicação-concretização” das normas e, por consequência, dos direitos sociais.¹³

No caso específico do princípio da igualdade, além das funções acima descritas verifica-se, como bem observou Lutiana Nacur Lorentz, que o preceito em relação ao ordenamento jurídico deve “normatizá-lo supletivamente e de forma concorrente com outras regras existentes, porém, com prevalência sobre estas, já que detém um *status* de *norma normarum*”, tendo em vista sua previsão constitucional.¹⁴

Isso se deve ao fato de o preceito ser uma verdadeira norma-princípio em nosso ordenamento jurídico, influenciando os demais direitos fundamentais como bem delinea José Souto Maior Borges.¹⁵

Karina Meneghetti Brendler, dentro dessa mesma linha de raciocínio, preconiza que “o princípio pode bastar em si mesmo para fundamentar a decisão judicial ou administrativa produzida para a situação jurídica individual”, funcionando quando previsto

¹¹“(…). No que respeita a *principles* e *standards* estes têm de comum o possuírem um grande nível de abstracção. No entanto, enquanto os princípios não contêm em si medidas de comportamento concretamente operacionalizáveis, os *standards* remetem *in vivo* para valores, deveres e critérios de cuidado e de responsabilidade cuja concretização podia e devia ser feita pelos órgãos de concretização judicial. (...)”(CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Métodos de protecção de direitos, liberdades e garantias. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra, n. esp., p. 811, 2003).

¹²CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit., p. 811.

¹³Id. Ibid., p. 814.

¹⁴LORENTZ, Lutiana Nacur. Igualdade e diferença como direitos fundamentais. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, v. 14, n. 27, p. 90-91, mar. 2004.

¹⁵BORGES, José Souto Maior. Significado do princípio da isonomia na Constituição de 1988. *Revista da Esmape*, Recife, v. 2, n. 3, p. 313, jan./mar. 1997.

no texto constitucional, como espécies de “normas constitucionais hierarquicamente privilegiadas”, com força normativa singular.¹⁶

Ao se ponderar acerca do princípio da igualdade e sua força vinculante no trato das relações humanas, torna-se fundamental a constatação de que a evolução das relações sociais promove adequações na interpretação e aplicação do preceito, gerando na contemporaneidade um espécie de redimensionamento do conteúdo ou substrato axiológico do que viria a ser “igualdade material”, situação que será melhor avaliada no transcorrer dessa pesquisa, focada com maior atenção na igualdade de gênero.

Obviamente que os princípios, dentre os quais se posiciona a igualdade, poderão situar-se, num determinado caso concreto, em conflito aparente, decorrente de inúmeros fatores que interferem nas relações humanas consideradas por natureza multifacetárias, com variações e consequências previamente idealizadas e esperadas, ou, ainda, impensadas e decorrentes de elementos que refogem ao arbítrio humano.

Na hipótese de um aparente conflito entre princípios, a doutrina procura aplicar a denominada “teoria da ponderação”, de Alexy, em que será necessário avaliar o princípio mais adequado para o caso sob análise, ao mesmo tempo que se torna relevante o conteúdo jurídico e os limites preestabelecidos pelo ordenamento em relação a ambos os princípios, sendo certo que eles se mantêm vigorosos, sem perder sua eficácia, apenas um deles é temporariamente afastado ou limitado na solução de uma determinada situação submetida ao crivo judicial.¹⁷

Na ausência de disposição legal acerca do assunto, grande valor apresentam os princípios, sendo perfeitamente aplicável à questão o entendimento de Jose Bidart Hernandez, ao externar, no tocante ao princípio da igualdade e da não-discriminação, que a omissão ou indefinição da norma não pode ser utilizada como pretexto para “*legitimar una diferenciación arbitraria*”, nessas hipóteses o aplicador da norma detém o “*deber de tomar en consideración las situaciones particulares que pudieren afectarse por la diferenciación arbitraria*”,¹⁸ de certa forma corroborando e complementando o acima exposto, quando inexistente norma específica para regular a matéria.

¹⁶BRENDLER, Karina Meneghetti. A criatura e as rédeas de sua evolução: um estudo sobre o risco da discriminação genética frente ao princípio constitucional da igualdade. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, n. 18, p. 126, jul./dez. 2002.

¹⁷LORENTZ, Lutiana Nacur. op. cit., p. 90.

¹⁸BIDART HERNANDEZ, Jose. La tutela no discriminatoria en la Constitución de 1980. *Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción*, Concepción, v. 64, n. 200, p. 56, jul./dic. 1996.

Além disso, Maria Cristina de Souza Alvim considera os princípios “autônomos e valorativos”,¹⁹ podendo ser “explícitos ou implícitos”,²⁰ sendo certo que o princípio da igualdade é expresso em nosso ordenamento jurídico com uma carga axiológica fundante ou de aprimoração de outros princípios, dada sua magnitude imbuída em padrões de conformação e desenvolvimento social.

De tudo o que foi exposto, percebe-se que a análise da dimensão de um princípio é algo de ampla magnitude em nosso ordenamento jurídico indicando balizas para a criação de normas, a integração de preceitos nas hipóteses de lacunas legais e, ainda, auxiliando na interpretação das disposições vigentes.

Essa constatação permite visualizar a utilidade do princípio como meio de remodelação da concepção da igualdade ligada ao gênero na era contemporânea, não só no cuidado com a gênese das disposições normativas ou no preenchimento das lacunas existentes, mas essencialmente na interpretação das normas editadas há muitos anos e que merecem reformulação nos dias atuais.

Após essas considerações preliminares sobre o que viria a ser o conceito do termo princípio, é recomendável analisar com maior atenção o conteúdo do princípio da igualdade.

1.2. Noção de igualdade e sua origem jurídica

A igualdade é um termo de acepção multifacetário, variando não só de acordo com um determinando aspecto formal ou material, levado em maior consideração pelo legislador ao editar as normas, mas, principalmente, de acordo com variações espaço-temporais em que certos países ou nações se identificam com valores específicos atinentes ao preceito, sendo esse um dos principais motivos de sua reformulação ao longo dos anos,²¹ não se podendo discordar de Claudio Petrin Belmonte ao asseverar que “o princípio da igualdade tem seu sentido e alcance relacionado com o respectivo contexto histórico”.²²

¹⁹ALVIM, Maria Cristina de Souza. Os direitos da mulher e a cidadania na Constituição brasileira de 1988. In: BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan (Coords.). *Mulher, sociedade e direitos humanos*. São Paulo: Rideel, 2010. p. 65.

²⁰Id. Ibid., p. 66.

²¹BIANCHINI, Alice. A igualdade formal e material. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 5, n. 17, p. 202, out./dez. 1996.

²²BELMONTE, Claudio Petrini. O sentido e o alcance do princípio da igualdade como meio de controle da constitucionalidade das normas jurídicas na Jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal e do Supremo Tribunal Federal do Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 144, p. 159, out./dez. 1999.

Além disso, a definição da isonomia é muito mais complicada do que aparenta ser, diante da complexidade da natureza humana e suas variantes, sendo pouco provável que, em algum dia, chegue-se à plena igualdade de todos, mas isso continua sendo um anseio pois essa pretensão é “um dos poucos aspectos da vida onde o Direito pretende conformar a realidade, e não esta àquele consoante normalmente se dá.”²³

Em sua origem, na Grécia, a igualdade era um conceito restrito, pois só atingia “os homens nascidos livres, o que excluía as mulheres e os escravos, deixando a grande maioria da sociedade à margem da vida política”.²⁴

Alice Bianchini descreve que o desenvolvimento do conteúdo do princípio da igualdade se divide em três fases históricas: a primeira, que começa ao final do século XVIII e termina no início do século XIX (nessa etapa se observa a aniquilação dos privilégios pessoais antigamente em vigor e a vedação da instituição de novos, consagrando o preceito de “igualdade perante a lei” decorrente do liberalismo); a segunda, que inicia em meados do século XIX (nessa fase o princípio atinge ao Poder Judiciário e ao Executivo como órgãos aplicadores da lei); e a terceira, que se apresenta à partir do século XX (nessa etapa o princípio da igualdade ganha uma conotação material ligada aos ideais democráticos vinculados à justiça e não meramente formal).²⁵

Observa-se que a igualdade de todos os homens surgiu, segundo parte da doutrina, de maneira mais consolidada em 1776, por meio do “Virgínia Bill of Rights”, ainda que de forma bem restrita, visto não englobar toda a população,^{26 27} atrelada ao ideal de justiça, passando, após longo desenvolvimento e reestruturação do preceito, a um verdadeiro princípio embasador do ordenamento jurídico²⁸ nacional e até mesmo internacional, sendo certo que uma de suas mais remotas consagrações em nível jurídico propriamente dito decorre do ano de 1789, com a edição da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, baseada em visão preconceituosa com a eleição apenas do homem e não da mulher enquanto cidadão,²⁹ com posterior reflexo na Constituição Francesa de

²³LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Isonomia entre os sexos no sistema jurídico nacional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993. p. 13.

²⁴BOM JÚNIOR, Mauro Roberto; SANTOS, Mirian Rosa; WICKBOLDT, Rosane Regina Kabke; PEREIRA, Vanessa dos Passos. *O princípio da igualdade e o sistema de cotas no Brasil*. Pelotas: Educat, 2006. p. 14-15.

²⁵BIANCHINI, Alice. op. cit., p. 207.

²⁶BELMONTE, Claudio Petrini. op. cit., p. 158-159.

²⁷TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções. *Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, v. 30, n. 80, p. 109, set./dez. 1997.

²⁸BELMONTE, Claudio Petrini. op. cit., p. 158.

²⁹KYRIAKIS, Norma; GRAGNANI, Adriana. Igualdade. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 41, p. 314, jun. 1994.

1791,³⁰ apesar de tal constatação não ser pacífica entre os estudiosos da matéria ao discutirem sobre a gênese dos direitos fundamentais,³¹ entretanto, seus ideais repercutem até os dias de hoje, em decorrência das conquistas de seus defensores e da proporção que adquiriram ao longo dos anos.³²

Apesar da confusão que pode existir entre igualdade e identidade, as duas apresentam conceitos diferenciados, pois, a primeira pressupõe uma comparação entre duas coisas no mínimo,³³ enquanto a segunda enseja a análise de um único objeto.³⁴

Nesse sentido, Fabio Konder Comparato afirma que “igualdade é uma medida de comparação”, considerando que um único cidadão não pode ser igual a ele mesmo, sendo este o principal motivo pelo qual o legislador não pode criar uma norma para poucos, “equiparando situações desiguais, ou discriminando arbitrariamente entre situações equivalentes.”³⁵

Dentro desse contexto, surge o primeiro problema do conceito de igualdade que é determinar qual o parâmetro a ser adotado para a igualdade, ou seja, melhor explicando, será concebido como padrão os “pontos de partida” ou “de chegada”, as “igualdades de oportunidades” ou “de resultado”, além de implicar numa ponderação acerca do que é, ou não, relevante para ser reputado como simbologia da igualdade, não sendo esta uma tarefa fácil, mas que a doutrina e o Poder Judiciário podem auxiliar em sua compreensão, ao menos na contemporaneidade.³⁶

Outro ponto de intersecção conceitual encontra-se entre a igualdade e a equidade, como se depreende da visão de Maria Cristina de Souza Alvim, ao dispor que a compreensão da primeira seria “etimologicamente, da origem do latim *aequalitate*”, intuindo a ideia de “equidade, justiça, qualidade ou estado de igual ou paridade”,³⁷ podendo englobar a concepção de “distribuição equitativa” ou “proporcionalidade”, ou ainda “paridade absoluta.”³⁸

³⁰BIANCHINI, Alice. op. cit., p. 208.

³¹“Séria discussão é travada quando se aborda o tema referente ao documento que teria dado ensejo à criação dos direitos fundamentais. Alguns apontam a Declaração de Virgínia (1776), por ter sido o primeiro desta espécie. Outros, a Declaração Francesa (1779), (...)”(Id. Ibid., p. 208).

³²Id. Ibid., p. 218.

³³BELMONTE, Claudio Petrini. op. cit., p. 159.

³⁴Id., loc. cit.

³⁵COMPARATO, Fabio Konder. Precisoões sobre os conceitos de lei e igualdade jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, n. 750, p. 18, abr. 1998.

³⁶COSTA, Sandra Morais de Brito. *Dignidade humana e pessoa com deficiência: aspectos legais e trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2008. p. 46.

³⁷ALVIM, Maria Cristina de Souza. op. cit., p. 64.

³⁸Id., loc. cit.

A equidade indica uma “correção da justiça legal”, graduando-se conforme a amplitude e relacionando-se com uma “suprema regra de justiça” derivada de um “princípio universal”, uma “justiça absoluta” decorrente do “direito natural” ou dos “princípios de direito” ou, ainda, na conhecida frase “justiça no caso concreto.”³⁹

Outro conceito assemelhado à igualdade é a paridade, sendo que, na concepção de Jose Bidart Hernandez, ao analisar as disposições normativas chilenas, a “*paridad de trato*” relaciona-se com a discriminação, que deriva da igualdade, “*evitando o suprimiendo ciertas diferencias inaceptables para el ordenamiento constitucional y legal chileno*”, entretanto, o estudioso diferencia igualdade que “*desea eliminar la arbitrariedad, pero no impone la paridad*”, de “*ausencia de discriminación*” que, por sua vez, “*implica eliminar los márgenes de diferenciación improcedentes y, por lo tanto, no requiere sólo un tratamiento proporcional o razonable, sino que anhela una uniformidad de trato.*”⁴⁰

Alguns estudiosos chegam a confundir o princípio da isonomia ou igualdade com o da não discriminação, entretanto, há diferenças entre os institutos, sendo este último de cunho protetivo e de caráter defensivo, enquanto o primeiro apresenta uma conotação mais ampla e global atrelada ao nivelamento de direitos e obrigações.⁴¹

Na realidade, o substrato do princípio da igualdade, dado seu grau exacerbado de valores que sedimentam os conceitos ou as definições atribuídas a esse preceito pelos pesquisadores, acaba interferindo e interpenetrando outros conceitos e definições de inúmeros institutos aproximados, como a equidade, a paridade, a não discriminação etc, situação insolúvel do ponto de vista científico, pois dificilmente se estabelecerá limites precisos entre os diversos institutos aproximados, contudo, o que mais importa não é a promoção de uma adequada diferenciação entre eles, mas sim o alcance de atitudes ou práticas próximas ao ideal de igualdade de uma maneira proporcional e razoável.

³⁹NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado: e legislação extravagante*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 527.

⁴⁰BIDART HERNANDEZ, Jose. op. cit., p. 53.

⁴¹DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 773-774.

1.2.1. Igualdade formal e igualdade material

1.2.1.1. Evolução da concepção de igualdade

A igualdade formal, fruto das revoluções burguesas e liberais partia do pressuposto de que todas as pessoas deveriam ser tratadas da mesma forma pela lei, situação que se mostrou impraticável com a constatação de que os indivíduos apesar de serem iguais ou semelhantes em sua essência, apresentam condições diferenciadas, imediatamente atreladas a circunstâncias de índole cultural, social, política ou econômica vigentes na época, refletindo-se nas normas constitucionais de cada país,⁴² derivando na igualdade material defendida pela revolução socialista.⁴³

Essa primeira visão da igualdade decorreu da necessidade de combate ao Estado Absolutista, que foi substituído pelo Liberal, limitando os poderes estatais para que a classe burguesa⁴⁴ pudesse gozar de maior liberdade na sociedade⁴⁵, tendo a garantia que o Estado atuasse conforme a lei, sem favores aos nobres e ao clero, na França e, em oposição à Metrópole Inglaterra, nos EUA,⁴⁶ situação nem um pouco parecida com as noções atuais de igualdade substantiva ou material.⁴⁷

Como bem pondera Norberto Bobbio, os direitos de liberdade (1ª dimensão) decorrentes do pensamento iluminista pressupunham uma igualdade em que se reputava os homens serem “iguais no gozo de liberdade, no sentido de que nenhum indivíduo pode ter mais liberdade do que outro”, bem como os postulados de que “os homens têm igual direito à liberdade” e “os homens têm direito a uma igual liberdade”, sendo certo que nos direitos

⁴²MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros Ed., 2009. p. 9.

⁴³TABORDA, Maren Guimarães. op. cit., p. 123.

⁴⁴“(…) Destituído de razões válidas para se justificar e de forças suficientes para se defender; esmagando facilmente um particular, mas esmagado ele mesmo por tropas de bandidos; só contra todos, e não podendo, por causa das rivalidades mutuas, unir-se com seus iguais contra inimigos unidos pela esperança comum da pilhagem, o rico, premiado pela necessidade, concebeu enfim, o projeto mais refletido que jamais entrara no espírito humano: o de empregar em seu favor as próprias forças daqueles que o atacavam, de tornar seus defensores os seus adversários, de lhes inspirar outras máximas e de lhes dar outras instituições que lhe fossem tão favoráveis quanto contrario lhe era o direito natural.” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 72-73).

⁴⁵RONCONI, Diego Richard. O princípio constitucional da igualdade e a desigualdade (i)legal deste princípio na legislação brasileira. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 6, n. 12, p. 72, abr. 2001.

⁴⁶BARROSO, Luís Roberto. Igualdade perante a lei. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 19, n. 78, p. 67, abr./jun. 1986.

⁴⁷PIOVESAN, Flávia Cristina; PIOVESAN, Luciana; SATO, Priscila Kei. Implementação do direito à igualdade. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 7, n. 28, p. 82-83, jul./set. 1999.

sociais essa concepção sequer pode ser cogitada, pelo fato de que os “indivíduos são iguais só genericamente, mas não especificamente”.⁴⁸

Na teoria, a igualdade absoluta era adequada e justa, entretanto, sua aplicabilidade foi sendo dilacerada pelos acontecimentos históricos posteriores à revolução francesa, em que se desconsiderou, na realidade fática, o princípio igualitário quando o objeto envolvia o elemento raça ou gênero,⁴⁹ neste último caso, destacaram-se a morte de *Olympe de Gouges*, em 1793, na França, e de 129 mulheres, em 1856, nos EUA⁵⁰, deslegitimando os ideais defendidos até então pelos partidários do liberalismo.

Como o princípio da igualdade formal ou processual apresentava sérias limitações, tornou-se necessário cunhar as noções de igualdade substancial ou material que, por sua vez, ensejam três concepções diversas, mas de certa forma coincidentes: igualdade de resultados, igualdade de oportunidades e igual dignidade humana.⁵¹

Na multicitada obra “Oração aos Moços”, Rui Barbosa já preceituava que o princípio da igualdade enseja o tratamento isonômico entre iguais e o desequiparado em relação aos desiguais, a fim de evitar a violação ao princípio da igualdade em sua essência.⁵²

Celso Antônio Bandeira de Mello, da mesma forma, defende que não se deve tratar de formar desigual pessoas que realmente não sejam desiguais.⁵³ Esse tratamento desigual a quem não é igual e igual a quem o é reflete o que se costumou denominar de igualdade material ou substancial.

O princípio da igualdade não só impede um tratamento diferenciado, mas muitas vezes o pressupõe,⁵⁴ ao se conceber que além do pressuposto de que “todos são iguais perante a lei”, típico da igualdade formal, surgiu uma acepção “equiparando a todos perante os bens da vida”, relacionada ao entendimento de “uma igualdade material.”⁵⁵

⁴⁸BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 85.

⁴⁹CAPLAN, Luciana. O direito humano à igualdade, o direito do trabalho e o princípio da igualdade. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, n. 27, p. 133, jul./dez. 2005.

⁵⁰PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. A mulher e o trabalho no mundo contemporâneo a feminização no poder judiciário. In: FRANCO FILHO, Georgeton de Souza (Coord.). *Trabalho da mulher*, cit., p. 238.

⁵¹HEPPLE, Bob. Igualdad, representación y participación para un trabajo decente. *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, v. 120, n. 1, p. 7-12, 2001.

⁵²BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 39.

⁵³MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 2. ed. 5. tir. São Paulo: Malheiros Ed., 1998. p. 35.

⁵⁴BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 68.

⁵⁵Id. Ibid., p. 66.

Daí surge novamente o problema de se estipular o que seria um tratamento igualitário e quem deve ser ou não reputado igual para usufruir do mesmo tratamento ou de um outro diferenciado e adequado para a sua situação,⁵⁶ sem mencionar a grande dificuldade de especificar os limites que separam os iguais dos desiguais, que beira a um subjetivismo exacerbado que pode variar de país e continente, dificultando a elaboração de um conceito preciso e objetivo para a igualdade que se almeja.⁵⁷

Não diverge desse entendimento Luis Roberto Barroso, que reconhece a dificuldade de se estabelecer de maneira objetiva o conteúdo do princípio da igualdade, entretanto, considera de maneira adequada que tal preceito deve ser salvaguardado pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.⁵⁸

Os agentes privados, da mesma forma, devem se submeter a esse princípio, conforme dispõe Emmanuel Téofilo Furtado que assevera a necessidade da observância também nas funções atípicas dos poderes da república, ao citar o exemplo do Executivo, ao editar medidas provisórias, admitindo-se desigualdade de regulação quando fundamentada em “uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim buscado”, ou seja, desde que conforme com os mandamentos constitucionais.⁵⁹

Realmente, convém salientar que, se a vinculação ao tratamento isonômico fosse restrita aos órgãos, entidades e poderes públicos, o princípio restaria totalmente esvaziado, tendo em vista que a sociedade não é composta de entes estatais, mas sim de seres humanos que convivem e, em decorrência das relações sociais, podem, com maior potencialidade, promover discriminações desarrazoadas e ilegítimas que devem ser desincentivadas e reprimidas pelo poder público, que, além do exemplo em não praticá-las em seu meio, obrigatoriamente deverá reprimi-las quando ocorrerem no meio social.

No mesmo sentido, é a posição de Norberto Bobbio, ao externar que “uma coisa é afirmar quem são os iguais, outra é afirmar em relação a quê são iguais”, demonstrando a dificuldade de se estabelecer esses conceitos e ponderando que, por exemplo, o gênero masculino e feminino são diversos em vários sentidos, não se modificando a sua essência em si, mas sim a percepção da desimportância desse diferencial para determinadas situações, ressaltando que algumas peculiaridades jamais serão suprimidas por completo, tais como “a idade ou a inteligência ou a habilidade no próprio trabalho, que constituem

⁵⁶BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcante. *Discriminação por sobrequalificação*. São Paulo: LTr, 2009. p. 53.

⁵⁷BELMONTE, Claudio Petrini. op. cit., p. 159.

⁵⁸BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 67-68.

⁵⁹FURTADO, Emmanuel Téofilo. Direito à proteção e intimidade da mulher. In: FRANCO FILHO, Georgeton de Souza (Coord.). *Trabalho da mulher*, cit., p. 133-134.

razões suficientes para um tratamento diferenciado em situações específicas”, sendo certo que “com relação às próprias discriminações abolidas, como a discriminação do sexo, pode haver razões suficientes para a sua manutenção em situações em que o tratamento igual resultaria em uma desvantagem de fato”, não bastando afirmar-se a igualdade entre homens e mulheres para que isso ocorra em relação a qualquer circunstância.⁶⁰

Nesse mesmo raciocínio, porém mais relacionado à igualdade no trabalho, Manuela Tomei dispõe que primeiramente é necessário constatar o que deve ser extirpado e a forma de implementar a alteração, partindo da concepção de igualdade, especificando o que deve se reputar igual e para quem é destinada a igualdade.⁶¹

Assim, a lei deixa de ser meramente genérica, a fim de, em certas hipóteses, tornar-se específica para alcançar maior justiça, contudo, sem arbitrariedades, dada a necessidade de obediência aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade em atenção a uma concepção material da igualdade.⁶²

Por esses motivos que se conclui que a igualdade não é um conceito ou um estado absoluto, pois tende mais ao relativismo, por implicar numa série de fatores que podem influenciar em sua concepção, sendo certo que a igualdade plena em todos os aspectos do ser humano é praticamente impossível.⁶³

Norberto Bobbio, ao tratar dos direitos humanos, apesar de reconhecer que a igualdade plena é inatingível, salienta que “foram percorridas várias etapas, das quais não se poderá facilmente voltar atrás”,⁶⁴ mas com certeza isso não impede o redimensionamento da igualdade de gênero, diante das inúmeras alterações promovidas no meio social ao longo dos anos.

Ainda que se considere relativo, o princípio da igualdade, dada a sua grande variação de concepção, percebe-se que existe uma aproximação natural dos ordenamentos jurídicos, como, por exemplo, constata-se no brasileiro e no português que estabelecem esse preceito, respectivamente, nos artigos 5º e 13 de suas Constituições, circunstância em que se observa que o princípio é de conotação ampla e embasadora dos demais direitos

⁶⁰BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Organizado por Michelangelo Bovero. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 317.

⁶¹TOMEI, Manuela. Análisis de los conceptos de discriminación y de igualdad en el trabajo. *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, v. 122, n. 4, p. 441, 2003.

⁶²ROMITA, Arion Sayão. O combate à discriminação da mulher no mundo do trabalho, à luz das fontes internacionais com reflexos no ordenamento interno. In: FRANCO FILHO, Georgenor de Souza (Coord.). *Trabalho da mulher*, cit., p. 122.

⁶³BELMONTE, Claudio Petrini. op. cit., p. 159.

⁶⁴BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, cit., p. 78.

fundamentais,⁶⁵ situação vivenciada em grande parte do mundo, em que se pressupunha a igualdade natural do ser humano, como nos relata Maren Guimarães Taborda, “consagrada em todas as Declarações de Direitos do Homem que se seguiram às Revoluções Liberais, até se converter num dogma jurídico-político nos Estados Modernos”.⁶⁶

Essa disseminação do princípio nos Estados e a sua relatividade do ponto de vista conceitual e substancial autorizam a constante averiguação da evolução ou transformação de seu conteúdo ao aplicá-lo na vida cotidiana a fim de que permaneça como preceito basilar de uma sociedade livre e justa.

Nesse diapasão, José Souto Maior Borges dispõe que “no contexto constitucional, o princípio da isonomia não corresponde a uma norma igual em eminência a outra qualquer, ou mesmo aos outros princípios constitucionais”, concebendo que “a análise do seu conteúdo revelará a sua insigne posição, que realça decisivamente o significado normativo, em comparação com os outros princípios e normas constitucionais.”⁶⁷

O estudioso considera que a disposição da igualdade no “caput”, do artigo 5º, da Constituição brasileira de 1988, demonstra sua eminência em relação aos demais princípios, sendo que, em sua apreciação, torna-se nítido que a consagração no inciso I, do dispositivo, de que há igualdade de gêneros na estipulação de direitos e obrigações, antes de ser reiteração ou repetição do “caput”, visa asseverar seu aspecto material e não singelamente formal.⁶⁸

Diante da relevância do princípio em comento, existem doutrinadores que defendem a sua aplicabilidade no ordenamento ainda que não houvesse uma previsão específica em preceitos legais ou constitucionais,⁶⁹ vigorando, no mínimo, três espécies de igualdade conforme o aspecto ou finalidade relacionado à norma legal, que se averiguará nas linhas abaixo.

⁶⁵BELMONTE, Claudio Petrini. op. cit., p. 159.

⁶⁶TABORDA, Maren Guimarães. op. cit., p. 116.

⁶⁷BORGES, José Souto Maior. Significado do princípio da isonomia na Constituição de 1988, cit., p. 311.

⁶⁸Id. Ibid., p. 314.

⁶⁹PITAS, José. Princípio da igualdade no direito. *IOB - Repertório de Jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, v. 2, n. 24, p. 717, dez. 2003.

1.2.1.2. Igualdade perante a lei, na lei e por intermédio da lei

A igualdade perante a lei é um dos brocardos mais citados na vida em sociedade, entretanto, o seu significado, como se manifestou Eros Roberto Grau, não apresenta concretude, pois “a lei é uma abstração, ao passo que as relações sociais são reais.”⁷⁰

A lei, ou mais precisamente o princípio da legalidade, encontra-se diretamente relacionado com a igualdade, visto que como adverte Celso Antônio Bandeira de Mello “impôs-se como característica do Estado de Direito sobretudo como meio especificamente apto para preservar *outro valor*; justamente aquele que se pretendia, acima de tudo, consagrar: o da *igualdade*.”⁷¹

Outro designativo da igualdade perante a lei é o de “igualdade diante da lei”, que José Souto Maior Borges considera como “a simples conformidade da conduta normada, (isto é, a conduta concretamente efetivada) à norma de conduta”, ou seja, não se faz juízo algum acerca do substrato da lei, restringindo-se a exigir que a norma se aplique a qualquer pessoa quando ocorram os pressupostos de sua incidência no mundo dos fatos, daí a sua equivalência à noção de igualdade formal e não substancial.⁷²

No mesmo sentido é o entendimento de Maren Guimarães Taborda, que, sob essa concepção de igualdade perante a lei, pondera que “o critério que iguala os homens é o momento de aplicação da lei, que vale para todos indistintamente e é aplicada uniformemente.”⁷³

Obviamente, as leis de cunho genérico e abstrato, ao não regular de maneira diferenciada pessoas em circunstâncias diversas, não proporcionam uma justiça efetiva.⁷⁴

O aspecto material ou substancial da igualdade é, por sua vez, aquele que expressa uma “igualdade na lei” ou “igualdade na formulação do direito”, como se expressa Maren Guimarães Taborda, que complementa seu raciocínio asseverando que caberá ao legislador editar a norma com um conteúdo apropriado à situação das pessoas, ou seja, tratando de maneira igual os semelhantes e desigual os dessemelhantes,⁷⁵ sendo que a primeira espécie de igualdade (perante a lei), já narrada, atingia os aplicadores da lei (Poder Executivo e Judiciário), não alcançando o Legislativo.⁷⁶

⁷⁰ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2005. p. 163.

⁷¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*, cit., p. 45.

⁷² BORGES, José Souto Maior. op. cit., p. 316-317.

⁷³ TABORDA, Maren Guimarães. op. cit., p. 121-122.

⁷⁴ COSTA, Sandra Moraes de Brito. op. cit., p. 132.

⁷⁵ TABORDA, Maren Guimarães. op. cit., p. 127.

⁷⁶ Id. Ibid., p. 122.

A igualdade na lei seria então uma regulação igualitária, prevista no substrato normativo da lei⁷⁷, ou, como disserta José Souto Maior Borges, “será a igualdade, em tais condições, “‘matéria’ do ato legislativo.”⁷⁸

O Poder Legislativo, segundo essa concepção, ao se pautar pela igualdade, não só deve se abster de discriminar quando indevido ou ilegítimo, como também o fazer quando essencial para assegurar a igualdade.⁷⁹

Assim, essa concepção de igualdade deslegitima as discriminações arbitrárias, sem respaldo constitucional, que consagram benefícios desarrazoados de uns em detrimento de outros,⁸⁰ por outro lado, a Constituição, no caso brasileiro, segundo Fabio Konder Comparato, impede que o legislador promova “tratamento desigual de situações consideradas equivalentes” e estimula a “equiparação de um regime jurídico entre situações assemelhadas”.⁸¹

Além disso, o mencionado doutrinador reconhece a vinculação dos três poderes ao princípio, asseverando que “ao lado, pois, de uma desigualdade *perante* a lei, pode haver uma desigualdade *da própria lei*, o que é muito mais grave”, podendo se dar de maneira absoluta (ao tratar de uma situação individual) ou relativa (regulação arbitrária estipulando diferenciações ou equalizações indevidas).⁸²

Boa parte da doutrina, apesar das diferenças acima narradas sobre a igualdade na lei e perante a lei, preconiza que essa diversidade típica do direito comparado não vingou no Brasil, que reputa a segunda com o mesmo conteúdo da primeira, ao ser consagrada em nosso texto constitucional,^{83 84} bem como que o respeito ao princípio não vincula apenas os magistrados, legisladores e administradores,⁸⁵ mas também os demais cidadãos que convivem em sociedade em suas relações intersubjetivas.⁸⁶

A vinculação apenas do poder público a esse princípio fragilizaria a aplicação e consagração da igualdade no meio social, na medida em que os seres humanos, enquanto elementos do tecido social em seu interrelacionamento, devem se pautar por uma conduta

⁷⁷LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. op. cit., p. 16.

⁷⁸BORGES, José Souto Maior. op. cit., p. 317.

⁷⁹BELMONTE, Claudio Petrini. op. cit., p. 161-162.

⁸⁰LORENTZ, Lutiana Nacur. Igualdade e diferença como direitos fundamentais, cit., p. 92.

⁸¹COMPARATO, Fabio Konder. op. cit., p. 19.

⁸²Id. Ibid., p. 17-18.

⁸³BOM JÚNIOR, Mauro Roberto; SANTOS, Mirian Rosa; WICKBOLDT, Rosane Regina Kabke; PEREIRA, Vanessa dos Passos. op. cit., p. 21.

⁸⁴TABORDA, Maren Guimarães. op. cit., p. 128.

⁸⁵LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. op. cit., p. 18.

⁸⁶BOM JÚNIOR, Mauro Roberto; SANTOS, Mirian Rosa; WICKBOLDT, Rosane Regina Kabke; PEREIRA, Vanessa dos Passos. op. cit., p. 21-22.

não discriminatória, que na hipótese de inobservância deverá ser sancionada pelo aparato estatal que, por sua vez, não deve se restringir a dar o exemplo no trato de seus servidores e administrados, mas, principalmente, coibir a prática de todos os componentes da sociedade, desde que o ato discriminatório em si seja ilegítimo e desproporcional.

Atualmente, a ideia de igualdade na lei, reflexo da igualdade material ou substancial, vem sendo interpretada como “igualdade através da lei”, como bem expõe Lutiana Nacur Lorentz, tendente a uma “igualdade real”, indo mais além, a pesquisadora, ao sugerir uma “igualdade através da lei legitimamente construída por seus destinatários”, com maior participação da sociedade na elaboração da norma, consagrando o ideal do Estado Democrático de Direito.⁸⁷

Isso, em tese, demonstra uma tendência na evolução das discussões acerca do redimensionamento da concepção de igualdade material, com o intuito de melhor adequá-la à realidade social que se vislumbra nos dias atuais.

Sem destoar muito desse entendimento, Luís Roberto Barroso expõe que as dificuldades do princípio da igualdade já são conhecidas, devendo-se aprimorar o preceito a fim de que se “trace a diretriz de redução progressiva acelerada das desigualdades sociais, assegurando uma partilha mais equânime dos frutos do progresso”, obviamente levando em consideração a igualdade na lei e perante a lei consolidadas no ordenamento, tomando, como exemplo, a Constituição espanhola que consagrou a igualdade material em seu texto, mas alertando que “uma interpretação extensiva ao campo econômico-social, transformando-o em um vetor normativo para a supressão de desigualdades materiais” não pode ser implementada de plano, uma vez ser necessário respeitar a vontade do povo ao discorrer que “é estéril qualquer lei que não seja legitimada pelo suporte político de um anseio social cristalizado.”⁸⁸

A vontade do povo, nesse caso, não pode se dissociar da consagração da dignidade da pessoa humana com igualdade de direitos e oportunidades entre homens e mulheres privilegiando a pacificação social e o desenvolvimento democrático da nação.

No âmbito laboral, a igualdade material com tratamento diferenciado e tutelar aos empregados hipossuficientes na relação contratual é considerado um verdadeiro princípio

⁸⁷LORENTZ, Lutiana Nacur. op. cit., p. 92.

⁸⁸BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 71.

norteador de todo o direito do trabalho,⁸⁹ sendo um dos maiores exemplos da promoção da igualdade por intermédio da lei.

Na contemporaneidade, a simples tutela de minorias ou grupos mais fragilizados, em especial nas hipóteses envolvendo questões de gênero, como, por exemplo, o tratamento despendido às mulheres no trabalho, começa também a gerar preocupações, na medida em que a proteção excessiva pode gerar acomodação, preconceito ou mesmo estereótipos que antes de privilegiar uma classe, podem ensejar uma discriminação consequencial, ou seja, em virtude dos benefícios ou privilégios legais, a sociedade, ao invés de coibir ou impedir eventual discriminação ilegítima, cria outra, que antecede o benefício intuído, ao impedir que o mais fragilizado (no caso a mulher) chegue na etapa ou fase que possa usufruir do privilégio, como será observado no decorrer dessa pesquisa, demonstrando a necessidade de redimensionamento da igualdade material para se adaptar à realidade que nos circunda, com a adoção de uma verdadeira “igualdade por intermédio da lei.”

Assim, mais uma vez, coloca-se a indagação acerca da remodelação ou redimensionamento do princípio da igualdade material, que, antes de ser estático, deve possuir dinamismo suficiente para aliar a concepção da igualdade de oportunidades com a de resultados, garantindo um mínimo existencial aos cidadãos, em especial, aos trabalhadores, independentemente de seu sexo (feminino ou masculino), sem desconsiderar completamente o critério do mérito, entretanto, não o utilizando como único meio de distribuição de bens ou nivelamento de direitos, pois algumas necessidades humanas independem do mérito, por serem exigência da dignidade inerente ao ser humano.

1.2.2. Igualdade e discriminação

1.2.2.1. Desigualdades naturais e sociais

A igualdade e seu princípio jurídico não se esgotam em si mesmos, pois implicam num preceito correlato, identificado com o determinativo da não discriminação ou mesmo da discriminação quando necessário para se atingir a igualdade.

Esse princípio da não discriminação correlato ao princípio da igualdade apresenta tamanha magnitude após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que nosso

⁸⁹CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. O princípio da igualdade como técnica de efetivação dos direitos sociais. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 28, n. 97, p. 145, maio 2008.

ordenamento jurídico repudia sejam quais forem, as diversas formas de discriminação negativa existentes, afetando as normas promulgadas, antes e depois da edição da Lei Fundamental, não divergindo se sua origem seja de índole processual ou material.⁹⁰

O preceito da não discriminação acabou se erigindo em verdadeiro princípio, segundo a concepção de Mauricio Godinho Delgado que o reconhece como “a diretriz geral vedatória de tratamento diferenciado à pessoa em virtude de fator injustamente desqualificante”,⁹¹ o que o autor considera ter sido plenamente absorvido pelo direito laboral de maneira mais clara do que propriamente o princípio da igualdade ou isonomia.⁹²

As práticas discriminatórias têm origem remota, na Idade Antiga com a consagração da escravidão dos povos derrotados nas guerras de conquista, atingindo um universo incomensurável de pessoas nos anos vindouros, ou seja, “indígenas, negros, judeus, cristãos novos e mouros”, dentre outros que são objeto de constante segregação até a era contemporânea.⁹³

O ser humano, longe de ser considerado igual em sua essência, era objeto de inúmeras diferenciações relacionadas com a sua estirpe (nobre ou plebeu) ou algo que deveria ser universal, como a liberdade (cidadãos e escravos), nessa última hipótese chegando a atingir um ponto drástico da “coisificação” de certa classe de indivíduos.⁹⁴

Na discriminação, um dos pontos essenciais que deve ser adotado a fim de se traçar um parâmetro necessário ao estabelecimento de soluções para as diferenças humanas, tendentes a atingir uma maior igualdade é estabelecer se, por acaso, a diversidade é um produto natural ou artificial decorrente da vida em sociedade.

Uma das ponderações mais cultuadas é a expressa por Jean-Jacques Rosseau, que concebe as diferenças como um subproduto do convívio em sociedade e, portanto, de cunho meramente artificial, em contraposição ao pensamento de Nietzsche, que a considera natural, sendo que para que se possa idealizar uma política igualitária, que desconstitua ou atenuar a desigualdade, deve-se partir do pressuposto de que Rosseau é quem melhor entendeu a questão, visto ser extremamente dificultoso eliminar

⁹⁰RONCONI, Diego Richard. op. cit., p. 81.

⁹¹DELGADO, Mauricio Godinho. op. cit., p. 773.

⁹²Id. Ibid., p. 775.

⁹³BRENDLER, Karina Meneghetti. op. cit., p. 131.

⁹⁴LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. op. cit., p. 14.

desigualdades naturais e intrínsecas ao ser humano enquanto as decorrentes da sociedade podem muito bem ser suprimidas, como se depreende da lição de Norberto Bobbio.⁹⁵

Jean-Jacques Rosseau não preconiza que todas as desigualdades decorrem da sociedade, visto que considera a existência de dois tipos de diferenças: a primeira natural, como o são a saúde, constituição física, data de nascimento, dentre tantas outras, e a segunda que designa de moral ou política acordada pelos seres humanos, ou seja, pela sociedade, tendo como exemplo os “diferentes privilégios de que gozam alguns com prejuízo dos outros, como ser mais rico, mais honrados, mais poderosos do que os outros, ou mesmo fazerem-se obedecer por eles”,⁹⁶ sendo importante a concepção de “estado da natureza” desenvolvida por outros filósofos.⁹⁷

Os seres humanos enquanto espécie são semelhantes, entretanto, sua compleição físico-psíquica e interferências sócio-culturais são elementos diferenciativos, condicionados pelo meio ambiente externo.⁹⁸

Na mesma linha de pensamento encontra-se Luciana Caplan ao questionar o que poderia ser entendido como igualdade, uma vez que, apesar das similitudes presentes nos seres humanos, não se identifica uma real igualdade, visto serem “tão díspares e construtores de identidades ímpares.”⁹⁹

Apesar de nem todas as diferenciações estarem diretamente atreladas à vida social, essas é que são as diferenças que trazem maior problema para a inclusão dos membros de uma sociedade, sendo certo que, muitas vezes, esse tratamento diferenciado socialmente busca justificativa em características peculiares de indivíduos ou grupos de índole natural, tais como a cor da pele, o sexo e alguma deficiência física ou apenas social, como as decorrentes da etnia e religião, só para citar algumas, constituindo a ação afirmativa um dos remédios sugeridos pela doutrina.¹⁰⁰

Norberto Bobbio, de maneira irretocável, narra as dificuldades de se identificar o que é ou não relevante para fundamentar uma discriminação, ponderando que se houve uma igualdade generalizada seria suficiente um tratamento meramente igualitário para resolver qualquer dificuldade, entretanto, assevera que “os homens não são iguais em tudo,

⁹⁵BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*, cit., p. 304-305.

⁹⁶ROUSSEAU, Jean-Jacques. op. cit., p. 31.

⁹⁷TABORDA, Maren Guimarães. op. cit., p. 105-137.

⁹⁸BRENDLER, Karina Meneghetti. op. cit., p. 129.

⁹⁹CAPLAN, Luciana. op. cit., p. 128.

¹⁰⁰SELL, Sandro Cesar. *Ação afirmativa e democracia racial: uma introdução ao debate no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. p. 15.

são iguais e desiguais, e nem todos são igualmente iguais ou igualmente desiguais com base em outro critério e vice-versa”, causando os conflitos sociais e as discussões acerca de qual o melhor critério de divisão dos bens da vida.¹⁰¹

As diversas espécies de discriminação são incogitáveis de enumeração, já que derivam do imaginário popular e podem se modificar ao longo das décadas, adquirindo um sistema muito parecido com o de um vírus, em que, por ser disseminado no tecido social, é extremamente mutante e resistente aos medicamentos, que ajudam a modificá-lo e torná-lo muitas vezes mais resistente ao tratamento originário.

Por esse motivo, Lisandra Silveira Bonachela preconiza que qualquer forma de discriminação ilegítima, ainda que não prevista em nosso texto constitucional, deve ser considerada afrontosa à Lei Fundamental, acrescentando que, ao se promover a discriminação com atribuição de privilégios a alguns, a correção judicial poderá, no máximo, ampliar o bônus conferido a todos que o pleitearem e não forem beneficiados, visto que a concessão da benesse em si não é ilegítima, mas sim sua concessão a poucos, enquanto a imposição de prejuízos e obrigações desmedidas podem ser atacadas não só pelo controle difuso, como também pelo concentrado, por intermédio da ação direta de inconstitucionalidade, afastando o ato discriminatório em relação a todos que se encontrem na mesma situação desprivilegiada.¹⁰²

Essa ponderação encontra-se de acordo com o princípio do não retrocesso social e facilita a defesa da manutenção dos benefícios e privilégios, com a consagração de todos os indivíduos, na hipótese de critério discriminatório de gênero a homens e mulheres, uma vez que retirá-los de um deles, promovendo um nivelamento por baixo dos direitos humanos essenciais afronta flagrantemente a dignidade do ser humano, que deve ser entendido como pessoa genérica em que o sexo é totalmente dispensável para a sua aceitação e inserção no meio social.

Por outro lado, ao se considerar a desigualdade natural, a dificuldade encontra-se na necessidade de se estabelecer um tipo básico que representaria o modelo a ser seguido, o que, de certa forma, inferioriza o grupo, equiparando-o em relação ao paradigma escolhido. Mas, se a desigualdade for produto do meio social e de suas relações, torna-se necessário nesse último caso, na hipótese da discriminação de gênero, ponderar que o movimento feminista pressupõe que “el estudio de la diferencia desde la perspectiva de las relaciones

¹⁰¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*, cit., p. 315-316.

¹⁰² BONACHELA, Lisandra Silveira. O princípio da igualdade na Constituição Federal. *Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos*, Bauru, n. 28, p. 68-69, abr./jul. 2000.

sirve para entender que no es la naturaleza, sino el orden social y jurídico establecido el que engendra y mantiene la subordinación de la mujer”¹⁰³

Curiosamente, percebe-se que a discriminação das mulheres foi maior no Direito Civil do que no Direito do Trabalho, tendo em vista que a norma laboral “considerou a mulher enquanto trabalhadora, despreocupando-se com a mulher dona de casa, mãe de família e esposa”, fruto do fato de homens e mulheres serem “titulares da força de trabalho”, ou seja, serem obreiros a serviço das engrenagens do sistema capitalista.¹⁰⁴

Assim, abre-se um ponto crucial, possibilitando a visualização de que a partir do momento em que homens e mulheres foram equiparados e se encontravam numa mesma situação (no caso o trabalho subordinado), a tendência foi de atenuarem-se os níveis de discriminação, em comparação com o que ocorreu no âmbito civil, em que a cultura e os parâmetros sociais a tratavam em constante desigualização de direitos e deveres, partindo-se do pressuposto de que vivenciavam situações diferenciadas (o homem como provedor e a mulher como responsável pelo cuidado dos filhos), o que será melhor analisado no transcorrer dessa pesquisa.

Essa constatação, entretanto, possibilita desde já intuir que quando se desloca a regulação estatal para uma situação vivenciada pelo ser humano e não simplesmente estabelece tratamento diferenciado para gêneros diversos, a igualdade e a isonomia são preservadas de maneira mais eficaz. Partindo-se desse pressuposto, infere-se que o direito civil foi muito mais discriminatório do que o direito laboral, mas isso não significa que no direito do trabalho não existam disposições de índole discriminadora, que antes de tutelar estigmatizam o sexo feminino e o afastam das zonas de trabalho.

Na sequência, é oportuna a análise das diversas classificações das discriminações admitidas e rechaçadas pelo ordenamento jurídico.

1.2.2.2. Discriminação negativa e discriminação positiva ou ação afirmativa

A doutrina apresenta dificuldade em estabelecer um conceito mais preciso de igualdade, dada a carga axiológica que acompanha o princípio, mas esta situação, antes de melhorar, complica-se ainda mais quando envolve a delimitação da concepção de discriminação, em especial no âmbito laboral, que se relaciona com a igualdade de oportunidades e de tratamento, muitas vezes apresentando-se de maneira descompassada

¹⁰³TOMEI, Manuela. op. cit., p. 444.

¹⁰⁴LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. op. cit., p. 171.

na política e na regulação legal,¹⁰⁵ o que além de impedir a definição exata do fenômeno, prejudica o seu combate de maneira mais efetiva.

O signo designativo “discriminação” envolve a ideia de diferenciação, distinção ou diversidade de tratamento, tendo sua gênese, segundo parte da doutrina, no sistema da “common law.”¹⁰⁶

Emmanuel Téofilo Furtado relata que o termo é derivado da língua latina, podendo também dar a ideia de separação, distinção, por decorrer de “discriminare”,¹⁰⁷ pensamento confirmado também por Sandra Morais de Brito Costa, que acrescenta ainda à sua noção “um tratamento ruim ou injusto dado a alguém por causa de características pessoais.”¹⁰⁸

Hugo Roberto Mansueti discorre que “*La acción y efecto de discriminar, es definida por el Diccionario de la Real Academia Española como de separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra*”, ou ainda “*dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc.*”¹⁰⁹

Barbara Harriss-White preceitua que “*discriminar es establecer una distinción entre las personas a partir de ciertos aspectos de su identidad y en una forma considerada injusta.*”¹¹⁰

Estêvão Mallet considera que a discriminação deriva de “desigualdade ilegítima”, segundo a ordem de valores imiscuídos na sociedade em determinado momento, concluindo que “por isso que, se a justiça se relaciona com a igualdade, e a igualdade repele à discriminação, a discriminação é também a negação da Justiça”¹¹¹

O termo discriminação, contudo, não deve ser relacionado, invariavelmente, a uma conotação ou ideia de injustiça.¹¹² A discriminação encontra-se atrelada, indubitavelmente, com o princípio da igualdade. Entretanto, o seu significado faz intuir, inicialmente, uma interpretação tendente a obstar práticas desarrazoadas de distinção entre os seres humanos, de conotação claramente inibitória,¹¹³ contudo, tal fato por si só não impede que sob seu

¹⁰⁵TOMEI, Manuela. op. cit., p. 457.

¹⁰⁶BRENDLER, Karina Meneghetti. op. cit., p. 131.

¹⁰⁷FURTADO, Emmanuel Téofilo. op. cit., p. 137.

¹⁰⁸COSTA, Sandra Morais de Brito. op. cit., p. 48-49.

¹⁰⁹MANSUETI, Hugo Roberto. Discriminación laboral e integración normativa. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 33, n. 125, p. 258, jan./mar. 2007.

¹¹⁰HARRISS-WHITE, Barbara. La desigualdad en el trabajo en la economía informal. Cuestiones esenciales y ejemplos. *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, v. 122, n. 4, p. 507, 2003.

¹¹¹MALLET, Estêvão. O princípio constitucional da igualdade e o trabalho da mulher. In: FRANCO FILHO, Georgeton de Souza (Coord.). *Trabalho da mulher*, cit., p. 145.

¹¹²LEITE, Eduardo de Oliveira. A igualdade de direitos entre homem e a mulher face a nova Constituição. *Ajuris: revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 21, n. 61, p. 20, jul. 1994.

¹¹³FERNANDES, Antonio Monteiro. Observações sobre o princípio da igualdade de tratamento no direito do trabalho. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. esp., estudos em homenagem a A. Ferrer-Correia, Coimbra, n. 3, p. 1013, 1991.

aspecto positivo surja a concepção de discriminação como atenuação de diferenças, com o objetivo de consagrar preceitos maiores defendidos pela Lei Fundamental.

A discriminação negativa é aquela que implica na prática de atos desarrazoados, atrelados à noção da concessão de privilégios para os beneficiários e discriminação para os desprivilegiados.¹¹⁴ Antes mesmo de se entender propriamente o que é discriminação de cunho negativo, é importante reconhecer que ela deriva de preconceitos¹¹⁵ ou outros desídios¹¹⁶ enraizados no íntimo das pessoas que detêm alguma espécie de dominação na relação social e, uma vez externados com reflexo numa conduta discriminatória, causam prejuízos aos discriminados, sendo certo que o preconceito é de índole individual, que pode gerar estereótipos¹¹⁷ de conotação coletiva e enraizados na sociedade.¹¹⁸

A discriminação pode ter origem em preconceito individual ou decorrente de estereótipos que influenciam no dito preconceito e implicam, por sua vez, em “pré-julgamento”, que, uma vez exteriorizado,¹¹⁹ tem potencial para atingir um número indeterminado de vítimas, promovendo uma segregação ilegítima.¹²⁰

O preconceito, apesar de repreensível moral ou éticamente, em certas circunstâncias não gera maiores danos se não se exterioriza em práticas discriminatórias, restringindo-se ao foro íntimo do ser humano, mas quando essa linha tênue é ultrapassada deixa de ser um mero exercício do intelecto introspectivo para se transformar num problema social crônico dadas as mazelas que ocasiona.¹²¹

Por outro lado, a discriminação positiva¹²² implicaria na aplicação de atos discriminatórios segundo as particularidades de cada um, para se chegar a uma igualdade

¹¹⁴LIMA, Ana Lúcia Coelho de. *Dispensa discriminatória na perspectiva dos direitos fundamentais*, cit., p. 68-69.

¹¹⁵DELGADO, Mauricio Godinho. op. cit., p. 772-773.

¹¹⁶LIMA, Ana Lúcia Coelho de. op. cit., p. 134.

¹¹⁷“O estereótipo representa um conjunto de idéias alimentadas pela falta de conhecimento real sobre o assunto em questão, ou seja, atua como convicção preconcebida sobre alguém ou algo, resultante de expectativa, hábitos de julgamento ou generalizações equivocadas em muitos aspectos.” (COSTA, Sandra Morais de Brito. op. cit., p. 50).

¹¹⁸“(…). Preconceito e estereotipo encontram-se, muitas vezes, no seio da discriminação direta. *Preconceito* é a forma de visão e interpretação sobre atos e fatos. *Estereotipo* é o artifício que distingue uma pessoa com caracteres particulares, aptidões especiais ou conjunto de qualidades, como “*virtudes*” por pertencer a grupo racial, sexual, religioso ou outro, relativamente aquele distinto e competente para o trabalho”. □ (HEMETÉRIO, Rilma Aparecida. Proibição da discriminação nas relações do trabalho. *IOB-Repertório de Jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, n. 23, p. 684, dez. 2004).

¹¹⁹BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; CARVALHO, Suzete. A segregação ocupacional da mulher: será a igualdade jurídica suficiente para superá-la? In: BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan (Coords.). *Mulher, sociedade e direitos humanos*, cit., p. 189.

¹²⁰Id. Ibid., p. 189-190.

¹²¹Id. Ibid., p. 189.

¹²²COSTA, Sandra Morais de Brito. op. cit., p. 49.

mais real, o que parte da doutrina denomina de “ação afirmativa”,¹²³ enquanto outros a designam de “acesso equitativo”, “participação equitativa” e “equidade no emprego”, quando relacionado ao direito do trabalho,¹²⁴ envolvendo a instituição de políticas públicas de inserção e justiça social,¹²⁵ sempre se recordando que o denominado “pleno emprego” é um dos objetivos principais dos grupos excluídos.¹²⁶

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio Mendes de Farias Mello ao analisar o artigo 3º da Constituição Federal, constata a mudança de paradigma do texto magno no sentido de conduzir a uma maior ação por parte do Estado para corrigir as distorções sociais, ao contrário de conceber uma política meramente principiológica de cunho estático,¹²⁷ demonstrando a plena vigência e aplicabilidade das ditas ações afirmativas em nosso país.

Não é sem razão que Jean-Jacques Rousseau especifica que “é manifestamente contra a lei de natureza” que se possa conceber “que um punhado de pessoas nade no supérfluo, enquanto à multidão esfomeada falta o necessário”,¹²⁸ intuindo-se dessas constatações que a previsão expressa de medidas de inclusão social e a necessidade de maior participação dos desfavorecidos não depende de norma expressa, mas sim do simples convívio em sociedade.

Quanto ao surgimento das denominadas ações afirmativas, também conhecidas no direito norte americano como “affirmative action”,¹²⁹ verdadeira forma de discriminação positiva, diverge a doutrina. Para alguns estudiosos, sua origem seria derivada de ato promovido pelo governo dos Estados Unidos, por volta de 1961, durante a Administração de John F. Kennedy, no sentido de proporcionar, no meio laboral, maior igualdade de oportunidade,¹³⁰ tendo a medida aprimorado-se, posteriormente, no governo de Lyndon B. Johnson.¹³¹ Esta concepção não é bem recepcionada por boa parte da doutrina, que vislumbra nas ordens executivas editadas pelos dois Presidentes supracitados nada de novo

¹²³LIMA, Ana Lúcia Coelho de. op. cit., p. 69.

¹²⁴HEPPLE, Bob. op. cit., p. 9.

¹²⁵LIMA, Ana Lúcia Coelho de. op. cit., p. 135.

¹²⁶ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. *O direito do trabalho como dimensão dos direitos humanos*. São Paulo: LTr, 2009. p. 46.

¹²⁷MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Óptica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, v. 5, n. 15, p. 16, jan./mar. 2002.

¹²⁸ROUSSEAU, Jean-Jacques. op. cit., p. 87-88.

¹²⁹COSTA, Sandra Morais de Brito. op. cit., p. 119.

¹³⁰LIMA, Ana Lúcia Coelho de. op. cit., p. 69.

¹³¹MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 27.

em relação à concepção de promoção da igualdade defendida na Lei de Direitos Civis, de 1964, situação que viria a ser alterada com o plano Filadélfia, em 1969, no governo de Richard Nixon, momento em que as ações afirmativas absorveriam a concepção de discriminação reversa.¹³²

Apesar da abalizada corrente que defende o surgimento da ação afirmativa nos Estados Unidos da América, percebe-se que a razão encontra-se com pesquisadores que a identificam na Índia, por volta de 1948, momento em que a Constituição do país passou a prever um tratamento especial para os intocáveis e os grupos tribais.¹³³

As ações afirmativas, obviamente, não se restringem a esses países, nem mesmo a denominação supramencionada, sendo certo que se alteram conforme a região, apesar de manterem sua concepção na consagração de um núcleo de privilégios para os expressamente eleitos para o benefício.¹³⁴

Na contemporaneidade, a ação afirmativa está umbilicalmente ligada à noção de promoção de maior inclusão social das minorias, a fim de que também possam usufruir dos benefícios inerentes à vida em sociedade, envolvendo medidas evidentemente temporárias (incluindo a atuação do poder público e da iniciativa privada) e apenas necessárias até que os beneficiados se integrem de modo efetivo à comunidade de um país ou região, livrando-os da discriminação negativa e consagrando uma sociedade lastreada numa democracia embasada no respeito às diferenças dos mais variados tipos,¹³⁵ com o objetivo de “equalização de direitos”.¹³⁶ Esta equalização ou igualização, fruto da discriminação positiva, pode ser alcançada por intermédio da educação das minorias socialmente fragilizadas (incluindo as mulheres), de maneira associada ao ingresso no âmbito laboral e à isonomia salarial,¹³⁷ atuando no presente para impedir efeitos nefastos num futuro próximo ou para reequilibrar os desníveis reflexos de um passado imbuído em desigualdades.

¹³²MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. São Paulo: Contexto, 2009. p. 85-86.

¹³³CARVALHO, José Jorge de. *Inclusão étnica e racial no Brasil: a questão das cotas no ensino superior*. 2. ed. São Paulo: Attar Editorial, 2006. p. 184.

¹³⁴SOWELL, Thomas. *Ação afirmativa ao redor do mundo: estudo empírico*. Tradução de Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: Universidade Ed., 2004. p. 2.

¹³⁵KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídica-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2007. p. 220.

¹³⁶COSTA, Sandra Moraes de Brito. op. cit., p. 120.

¹³⁷CORRÊA, Lélío Bentes. Discriminação no trabalho e ação afirmativa no Brasil. *Boletim Científico*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 88, jan./mar. 2002.

Não existe, como antes, espaço para a manutenção da desigualdade social, sendo oportuna a opinião de Estêvão Mallet, ao externar que “a evolução da humanidade se processa no sentido de redução das desigualdades entre as pessoas”, concluindo que isso se dará de maneira escalonada, muitas vezes com regressões, mas sempre tendente a esse objetivo.¹³⁸

A participação equitativa não só nas relações laborais como também em diversos outros âmbitos, como “*la educación, la formación e otros servicios y facilidades*”¹³⁹ é um dos anseios das denominadas ações afirmativas.

A noção de minoria não significa que esses grupos são em números absolutos inferiores à maioria da população, visto que não se correlacionam com qualquer concepção quantitativa, mas sim com o nivelamento de direitos com outros representantes do nicho social em relação aos quais são depreciados ou não valorizados, com a concessão de benefícios dos mais variados tipos.¹⁴⁰

Diante desse conceito de minoria, as mulheres podem ser classificadas dentro desse grupo, uma vez que o fato de se constituírem na maioria da população de inúmeros países não impede a sua situação de fragilidade social, entretanto, a discriminação positiva deve ser temporária e não eterna, sendo evidente que nos últimos anos os benefícios legais estão sendo concebidos como privilégios que acabam influenciando o empregador no ato de contratar tendente a evitar maiores custos na manutenção de sua atividade empresarial.

Isso implica na valorização do sexo feminino e do masculino enquanto seres diversos, pois em inúmeras características são seres realmente diferentes,¹⁴¹ entretanto, ao vivenciarem situações semelhantes (trabalho) devem ser tratados com igualdade e não com práticas discriminatórias imbuídas em preconceitos e estereótipos, admitindo-se a discriminação legítima somente nas hipóteses de cunho afirmativo e temporário para corrigir distorções.

A igualdade, na contemporaneidade, tende a confundir-se, portanto, com o respeito à diversidade, reputando, por exemplo, as diferenças de raça e gênero como características de valor equivalente para a sociedade, devendo ser respeitadas e estimuladas e não abolidas ou oprimidas, ou como externou Manuela Tomei, sua finalidade “*no es suprimir la diferencia mediante la asimilación de lo diverso en la cultura y los comportamientos*

¹³⁸MALLET, Estêvão. op. cit., p. 145.

¹³⁹HEPPLE, Bob. op. cit., p. 8.

¹⁴⁰COSTA, Sandra Moraes de Brito. op. cit., p. 50.

¹⁴¹LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. op. cit., p. 30.

mayoritarios”, visto se pautar em “*reconocer la diversidad en tanto que activo personal y social y alcanzar la integración sin asimilación.*”¹⁴²

Não é demais salientar, como já se pronunciou Norberto Bobbio, que “igualdade e diferença têm uma relevância diversa conforme estejam em questão direitos de liberdade ou direitos sociais”, sendo bem claro ao pesquisador que no caso do direito ao trabalho e dos demais direitos sociais de 2ª dimensão, ao contrário dos direitos de 1ª dimensão, constata-se que é impossível “deixar de levar em conta as diferenças específicas”, visto que “certas condições pessoais ou sociais são relevantes precisamente na atribuição desses direitos.”¹⁴³

Como justificativa para a instituição dessas medidas, a doutrina separa os defensores de uma “compensação histórica” pelas discriminações sofridas dos denominados “consequencialistas”, que objetivam as correções das distorções direcionadas a um futuro e não uma simples compensação do passado.¹⁴⁴

Dentre os problemas mais comentados relacionados à teoria compensatória, estudiosos como Thomas Sowell indicam a criação de outros conflitos ou mesmo malefícios, muitas vezes gerando violência generalizada ao invés da fraternidade ou solidariedade social que, em tese, almejava-se em diversos países, concebendo que “todo mal perpetrado em gerações passadas e há séculos permanecerá sendo um mal indelével e irrevogável, o que quer que possamos agora fazer”, asseverando que “atos de expiação simbólica entre os vivos apenas criam novos males.”¹⁴⁵

No caso das mulheres a tutela exacerbada da legislação laboral acabou por criar um preconceito que se transformou em estereótipo no sentido de que o trabalho feminino é mais oneroso ao empregador.

Pondere-se, também, que ao se atribuir privilégios ou uma proteção especial a determinado grupo de pessoas, “o legislador deixa de contemplar outros que se encontram nas mesmas condições”, acarretando a “quebra da igualdade na perspectiva omissiva”, como se pronuncia Marcus Orione Gonçalves Correia.¹⁴⁶

¹⁴²TOMEI, Manuela. op. cit., p. 455.

¹⁴³BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, cit., p. 87.

¹⁴⁴SELL, Sandro Cesar. op. cit., p. 19.

¹⁴⁵SOWELL, Thomas. op. cit., p. 167.

¹⁴⁶CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. op. cit., p. 148.

A concepção da ação afirmativa é eminentemente ampla e expansiva, no intuito de extirpar as desigualdades por intermédio dos mais diversos instrumentos,¹⁴⁷ sendo que “normalmente apresenta-se como um terceiro estágio – depois da isonomia e da criminalização de práticas discriminatórias – na correção de distorções sociais.”¹⁴⁸

Diante desse contexto, constata-se que a discriminação positiva encontra-se atrelada com a igualdade material, entrelaçando-se nos conceitos apresentados até o momento nesse estudo.

Outro elemento extraído da exposição da doutrina sobre as políticas de ação afirmativa é a constatação de que o princípio da igualdade vem sendo objeto de redimensionamento ao longo das décadas, evoluindo da não discriminação para uma discriminação reputada positiva, o que, na atualidade e para algumas circunstâncias da vida em sociedade, não dispensa o tratamento igualitário para pessoas em situações equivalentes, independentemente de seu gênero.

No Brasil, existem vários exemplos das ações afirmativas, também denominadas de discriminação positiva, tais como o Estatuto do Idoso, as cotas de mulheres nas candidaturas a cargos eletivos e para a admissão a portadores de deficiência, bem como outras medidas de inserção e proteção de trabalhadoras no mercado de trabalho,¹⁴⁹ sendo muito conhecida, ainda, a atividade implementada, na década de 80, na Europa, por intermédio da Comissão Europeia, tendente a inserir as mulheres no âmbito laboral dos países membros da União Europeia.¹⁵⁰

Essa política de utilização de instrumentos discriminatórios para atingir um nivelamento social e corrigir distorções somente se legitima se atender os limites traçados pelo princípio da proporcionalidade, sem o qual derivaria em mero arbítrio e privilégio.¹⁵¹

Com a evolução da sociedade, talvez seja o momento de se repensar o sexo como elemento discriminatório positivo ou negativo, passando a analisar-se a situação em si vivenciada pelos seres humanos de todos os gêneros. Por exemplo, a angústia e sofrimento ao não se ter o que comer, por não se possuir um emprego, atinge da mesma forma o homem e a mulher desempregados, nada influenciando o elemento sexo nessa equação.

¹⁴⁷MENEZES, Paulo Lucena de. op. cit., p. 27.

¹⁴⁸Id. Ibid., p. 29.

¹⁴⁹LIMA, Ana Lúcia Coelho de. op. cit., p. 73.

¹⁵⁰SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Ações afirmativas no direito coletivo do trabalho. In: _____ (Coord.). *Direito coletivo moderno: da LACP e do CDC ao direito de negociação coletiva no setor público*. São Paulo: LTr, 2006. p. 14.

¹⁵¹KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. op. cit., p. 268-269.

As cotas são usuais para a determinação de contratação de pessoas com algum tipo de deficiência pelas empresas, situação que a doutrina tem reputado como adequada ao postulado de atendimento da função social do contrato¹⁵² e das empresas enquanto instituições de propriedade do empregador¹⁵³. Entretanto, tal conduta em prol das mulheres é envolta numa controvérsia mais acirrada do que a questão dos deficientes, uma vez que, nesse último caso, a percentagem é estipulada pela lei ordinária, sem maiores oposições da sociedade, tendo em vista a circunstância de total inviabilidade de inserção desses indivíduos no meio laboral sem a estipulação de qualquer incentivo de cunho público.

Além disso, os deficientes compõem uma parcela diminuta em comparação com as mulheres, que englobam, na atualidade, a maioria da população brasileira, o que na estipulação de cotas de emprego pode gerar restrição de mercado e não sua absorção adequada pelas empresas, que estariam obrigadas apenas a ocupar determinados postos em sua empresa, que, uma vez atingidos, autorizariam uma posterior discriminação, o que deve ser evitado por uma efetiva política de inserção social.

Convém, ainda, ressaltar que mesmo o sistema de cotas para deficientes não é aceito muito bem por todos na sociedade,¹⁵⁴ demonstrando a instabilidade desse instrumento em relação a outros que combatam eventuais discriminações em sua origem e não apenas a consequência reflexa do preconceito, criando, às vezes, problemas complexos até mesmo para o respeito dos percentuais estabelecidos pela lei diante de algumas funções que não poderiam ser exercidas ou do cálculo se dar sobre o volume genérico de empregados e não restringir-se as atividades que efetivamente possam desempenhar,¹⁵⁵ ou, ainda, discussões de cunho jurídico e econômico.¹⁵⁶

Apesar da amplitude desse instituto, verifica-se ser inerente à sua conceituação a característica de temporariedade¹⁵⁷, sendo certo que, se fosse perene e eterna, tal prática acabaria por gerar uma permanente e artificial vantagem, que, ao invés de promover a evolução dos beneficiados, geraria uma acomodação impeditiva do progresso social desses segmentos, sendo recomendável, no mínimo, de tempos em tempos, a reavaliação da

¹⁵²SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Repercussões da função social do contrato e do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações de trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 29, n. 111, p. 36, jul./set. 2003.

¹⁵³LORENTZ, Lutiana Nacur. A luta do direito contra discriminação no trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, ano 65, n. 5, p. 529, maio 2001.

¹⁵⁴COSTA, Sandra Moraes de Brito. op. cit., p. 123.

¹⁵⁵Id. Ibid., p. 117.

¹⁵⁶Id. Ibid., p. 107-108.

¹⁵⁷MENEZES, Paulo Lucena de. op. cit., p. 36.

política e práticas implementadas, o que evidencia a legitimidade em se discutir o redimensionamento do próprio princípio da igualdade ao longo dos anos.

Assim, os benefícios devem perdurar até que se atinja o equilíbrio social e, imediatamente após tal fato, deve-se promover sua suspensão ou remodelação, no intuito de se evitarem efeitos colaterais relacionados a uma discriminação em relação aos não beneficiados pela política, na medida em que os motivos e fundamentos do tratamento diferencial teriam se esvaído.

Dessa forma, é chegada a ora de se ponderar se os benefícios estabelecidos pela legislação tutelar trabalhista exclusivamente para as mulheres devem ser mantidas, situação que perdura em nosso país desde o século passado, período externamente longo e incompatível com o próprio conceito de ação afirmativa.

Antes disso, deve-se apreciar as principais formas de discriminação que podem atingir um ser humano, principalmente quando atua no meio laboral no exercício ou mesmo na procura de um posto de trabalho.

1.2.2.3. Discriminação direta, indireta e outras classificações

A discriminação apresenta algumas conotações que refogem à classificação de positiva e negativa, para alcançar outras, como direta, indireta,¹⁵⁸ oculta, subjetiva, estrutural etc, variando a definição conforme a posição doutrinária adotada. Certo é que além de serem sentidas na sociedade em inúmeras relações humanas, ganham especial interesse no âmbito trabalhista (antes, durante, no esgotamento e depois do término do contrato),¹⁵⁹ na medida em que a todo ser humano é concedido o direito de viver dignamente, considerando-se que sem o meio trabalho não terá condições de manter a si mesmo e a sua família em padrões mínimos de existência.

Como exemplos de discriminação relacionados ao sexo feminino, pode-se citar a não admissão de mulheres, com a predileção por homens, a atribuição de remuneração inferior ou o preterimento na promoção delas em relação ao sexo masculino, ou, ainda, a dispensa das trabalhadoras, mantendo o emprego de homens. Todavia, as circunstâncias de cada evento é que irá demonstrar se ocorreu ou não discriminação no ato implementado.¹⁶⁰

¹⁵⁸HEMETÉRIO, Rilma Aparecida. op. cit., p. 684.

¹⁵⁹LIMA, Ana Lúcia Coelho de. op. cit., p. 134.

¹⁶⁰COSTA, Sandra Moraes de Brito. op. cit., p. 51.

Quando os salários variam segundo a produtividade do trabalhador, a doutrina tende a não identificar práticas discriminatórias.¹⁶¹ Porém, nem sempre isso é verdade, visto que pode haver tratamento desigual na origem, como, por exemplo, na disponibilidade de instrumentos inadequados para o trabalho em função do preconceito, o que demonstra a variabilidade de formas de discriminação ilegítima.

A discriminação direta é a mais explícita das formas delineadas pela doutrina, também conhecida como intencional, tendo em vista que ocorre de maneira clara, com práticas discriminatórias fundadas em circunstâncias não autorizadas pelo ordenamento jurídico e, portanto, sem justificação plausível ou legítima,¹⁶² mais facilmente identificável pelo seu substrato.¹⁶³

Essa espécie de discriminação possui dois elementos, o primeiro objetivo, que Amauri Mascaro Nascimento reputa como “a preferência efetiva por alguém em detrimento de outro sem causa justificada, em especial por motivo evidenciado revelando uma escolha de preconceito em razão do sexo”, e o segundo subjetivo, em que se destaca “a intenção de discriminar”, por essa característica a finalidade da atividade exercida pelo empregador é crucial para a identificação da existência ou não da discriminação.¹⁶⁴

No direito do trabalho ocorre, geralmente, com a publicação de convocação para preenchimento de vagas de emprego, restringindo a competição de indivíduos, segundo critérios arbitrários, como, por exemplo, sexo, raça, etnia, idade ou outros critérios desarrazoadamente discriminatórios, ou, ainda, em disposições expressas em normas ou regulamentos de empresa.¹⁶⁵

Manuela Tomei a reconhece nas “*normas y prácticas que, de manera expresa, excluyen o dan preferencia a determinadas personas sólo porque pertenecen a tal o cual colectivo*”, indicando, da mesma forma, que se verifica, muitas vezes, na publicação de propostas de emprego para indivíduos com características pessoais não diretamente relacionadas com a ocupação a ser exercida, mas do agrado e da vontade do contratante apresentando-se como uma forma ilegítima de discriminação.¹⁶⁶ Percebe-se, portanto, que

¹⁶¹FRANCO NETO, Georgenor de Souza. Identificação dos direitos fundamentais da mulher trabalhadora no ordenamento jurídico brasileiro. In: FRANCO FILHO, Georgenor de Souza (Coord.). *Trabalho da mulher*, cit., p. 197.

¹⁶²LIMA, Ana Lúcia Coelho de. op. cit., p. 134-135.

¹⁶³COSTA, Sandra Moraes de Brito. op. cit., p. 49.

¹⁶⁴NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Proibição de discriminar o emprego. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, São Bernardo do Campo, v. 6, n. 8, p. 52, 2002.

¹⁶⁵HEMETÉRIO, Rilma Aparecida. op. cit., p. 684.

¹⁶⁶TOMEI, Manuela. op. cit., p. 442.

a discriminação não se restringe a condutas ou atividades, podendo surgir, da mesma forma, no conteúdo da norma legal.¹⁶⁷

Cassio de Mesquita Barros Junior, após indicar que a discriminação direta ocorre em menor incidência do que a indireta, cita, como exemplo da primeira modalidade de discriminação, o caso de uma mulher irlandesa que foi dispensada de seu emprego sob o argumento de que o seu esposo era quem sustentava a família, salientando que os motivos da mencionada discriminação relacionam-se, invariavelmente, com os maiores custos, o preconceito e o “conservadorismo” que persegue a admissão das mulheres nas empresas.¹⁶⁸

Outra espécie de discriminação é a indireta,¹⁶⁹ em que não há uma manifestação expressa da vontade do indivíduo, mas é intuída das consequências de sua conduta que, apesar de ser inofensiva numa primeira vista, gera discrepâncias de tratamento e de resultados em decorrência de atos ou leis¹⁷⁰ e, por conseguinte, em flagrante diferenciação ilegítima, sendo considerado, como exemplo, segundo Ana Lúcia Coelho de Lima, a política de certas empresas de instituírem benefícios, tais como uma gratificação, adicional ou prêmio para o exercício de uma atividade ou função específica, sendo que, na prática, somente se destine tal função aos homens, promovendo uma discriminação indireta das mulheres, dificultando sua constatação e impedindo uma repressão adequada por parte do poder público, com nítida similitude com a nominada “disparate impact doctrine”, comum nos EUA.¹⁷¹

No mesmo diapasão, posiciona-se Roland Hasson, ao determiná-la como uma “discriminação disfarçada, ou discriminação não-confessada”, constatando que “é insidiosa porque parte de um tratamento formalmente igualitário, mas que sabidamente produzirá efeitos diversos sobre determinados grupos.”¹⁷²

Acrescenta a esses exemplos Maria Aparecida Gugel a hipótese de um “processo de seleção para empregos baseados no desempenho do candidato em uma entrevista”, quando “uma candidata pode ser eliminada em vista de ser mulher e grávida”, mesmo que ela não venha a constatar a discriminação perpetrada.¹⁷³

¹⁶⁷FURTADO, Emmanuel Téofilo. op. cit., p. 130.

¹⁶⁸BARROS JUNIOR, Cassio de Mesquita. Paridade e não-discriminação entre homens e mulheres. *Trabalho e Doutrina*: processo jurisprudência, São Paulo, n. 16, p. 70, mar. 1998.

¹⁶⁹LIMA, Ana Lúcia Coelho de. op. cit., p. 135.

¹⁷⁰COSTA, Sandra Moraes de Brito. op. cit., p. 49.

¹⁷¹LIMA, Ana Lúcia Coelho de. op. cit., p. 67.

¹⁷²HASSON, Roland. *Desemprego & desproteção*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 72.

¹⁷³GUGEL, Maria Aparecida. Discriminação positiva. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, v. 10, n. 19, p. 25, mar. 2000.

Um exemplo dessa forma de discriminação teria ocorrido no Reino Unido, onde se estipulou como idade máxima para o ingresso num cargo público 26 anos, prejudicando, assim, as mulheres que, nessa época estariam umbilicalmente ligadas à educação e gestação de sua prole. Outro que se poderia citar seria uma demissão de empregada para viabilizar redução de custos na empresa, estando ela já trabalhando em jornada parcial.¹⁷⁴

Os trabalhadores podem sofrer esse tipo de discriminação quando se exige uma língua estrangeira¹⁷⁵ (por exemplo, o inglês), sob o argumento de que o conhecimento desse idioma é essencial na contemporaneidade, para o preenchimento de todos os cargos de uma empresa brasileira, inclusive para funções que não tratam, nem mesmo indiretamente, com qualquer contato externo ao país, ainda que não haja uma intenção, explícita ou implícita, de discriminação.

Essa discriminação, apesar do caráter subliminar ou não ostensivo, na maioria das vezes, nem mesmo desejado conscientemente pelo empregador, por isso que se caracteriza como indireta, surge da “adoção de exigências desnecessárias para o desenvolvimento de uma atividade” de maneira superficialmente imparcial, ocasionando “consequências negativas sobre um número de pessoas de grupos específicos.”¹⁷⁶

Bob Hepple a entende como “*una práctica o regla aparentemente neutral que tiene consecuencias adversas injustificables para el colectivo al que pertenece una persona*”, exemplificando com “*los criterios de selección para la contratación, el ascenso o el despido que resultan mucho más difíciles de alcanzar a los miembros de un grupo en situación desventajosa*”, definição cunhada pela jurisprudência americana, diante da interpretação da lei de direitos civis da década de 60, como reflexo também da Convenção nº 111/58 da OIT muito anterior a essa norma, sendo que, em sua concepção, não se efetiva quando “*no se infringe la norma si no existe una práctica o un criterio de exclusión, o si no se demuestra una consecuencia distinta importante, o también, si hay una justificación económica o administrativa objetiva para la práctica en cuestión.*”¹⁷⁷

Esse tipo de discriminação é um dos mais complexos de impedir e combater,¹⁷⁸ visto que pode ser praticado não só por agentes privados, mas também pelos públicos, em que a administração de uma empresa ou entidade pública pode ocasionar discrepâncias e

¹⁷⁴BARROS JUNIOR, Cassio de Mesquita. op. cit., p. 70.

¹⁷⁵HEMETÉRIO, Rilma Aparecida. op. cit., p. 684.

¹⁷⁶Id., loc. cit.

¹⁷⁷HEPPLE, Bob. op. cit., p. 8.

¹⁷⁸“*Es mucho más fácil detectar la discriminación directa que la indirecta, la cual consiste en normas, procedimientos y prácticas que son a primera vista neutrales, pero cuya aplicación afecta de manera desproporcionada a los miembros de determinados colectivos. (...)*”(TOMEI, Manuela. op. cit., p. 443).

segregação, mesmo sem um objetivo expresso nesse sentido, por se tratarem de condutas intuitivamente neutras,¹⁷⁹ sendo necessária a instituição de uma averiguação periódica dos resultados sociais no âmbito da empresa, como, por exemplo, um controle posterior muito mais rígido do que um prévio e anterior, já que se ataca o resultado e não propriamente a conduta implementada.

Manuela Tomei ainda encontra discriminação indireta na edição de norma tutelar em benefício apenas de um segmento de trabalhadores, como tem ocorrido em relação ao trabalho doméstico, em que ao se considerar seu maior exercício por mulheres, associado a ausência de proteção desses obreiros seria um clássico exemplo de discriminação sexual de origem indireta, sendo que, da mesma forma, pode-se considerar tal diferenciação em relação aos imigrantes e demais minorias que se submetem a esse tipo de atividade.¹⁸⁰

Assim, como observa Ingebord Heide, esse tipo de discriminação pode surgir também em normas provenientes de leis em sentido estrito ou, até mesmo, de convenções coletivas, quando os resultados de sua aplicação não sejam de conteúdo igualitário, exemplificando quando *“las estadísticas muestran que más trabajadoras que trabajadores están excluidas de determinados pagos, puestos de trabajo o prestaciones.”*¹⁸¹

A discriminação oculta, da mesma forma que a indireta, não se apresenta de forma expressa, contudo, ao contrário dessa, é desejada e objetivada de maneira dissimulada para não chocar ou ensejar reprimendas, por intermédio de uma maquiagem de conduta legítima e imparcial tendente à neutralidade,¹⁸² sendo que a doutrina a reputa como originária da França¹⁸³ e, aparentemente, essa derivação da discriminação indireta é com ela confundida por muitos doutrinadores.

As dificuldades em se identificar a discriminação indireta ou oculta agravam-se quando a exclusão do mercado de trabalho não é integral ou absoluta, mas sim com representação desproporcional de ocupação e acesso, como ocorre com as mulheres.¹⁸⁴

O estudo da discriminação indireta implica na análise do efeito nefasto da mera aplicação da igualdade formal, ao não levar em consideração as condições pessoais e as

¹⁷⁹NUNES, Maria Terezinha. A efetividade do princípio da igualdade no Estado democrático de direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 44, n. 173, p. 236, jan./mar. 2007.

¹⁸⁰TOMEI, Manuela. op. cit., p. 443.

¹⁸¹HEIDE, Ingeborg. Medidas supranacionales contra la discriminación sexual: igualdad salarial y de trato en la Union Europea. *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, v. 118, n. 4, p. 443, 1999.

¹⁸²LIMA, Ana Lúcia Coelho de. op. cit., p. 67.

¹⁸³COSTA, Sandra Morais de Brito. op. cit., 49.

¹⁸⁴TOMEI, Manuela. op. cit., p. 443.

desigualdades dos grupos que podem agravar as diferenças ou mantê-las, sem qualquer diminuição de eventuais prejuízos.¹⁸⁵

Regina Maria Vasconcelos Dubugras, com base na doutrina dos EUA, diferencia as modalidades de discriminação em individual, sistemática e reflexiva. A discriminação individual direciona-se aos obreiros perfeitamente identificáveis individualmente, ainda que pertencentes a um grupo, submetidos de maneira direta a uma conduta do empregador ou de seus prepostos com intuito discriminatório. A discriminação sistemática seria caracterizada quando um grupo é atingido por medidas discriminatórias, em virtude de “políticas empresarias ou decorrentes de normas coletivas”, de maneira explícita (plenamente expressa) ou implícita (extraída de sua atividade deliberada), neste último caso, cita, como exemplo, a simples existência de mulheres em cargos com menor remuneração do que a percebida pelos homens, em comparação com funções similares na mesma empresa exercidas por mulheres. A discriminação reflexiva, por sua vez, atinge também um grupo, mas a conduta do empregador, mesmo sem a deliberada intenção de discriminar acaba por ocasionar prejuízos às minorias sem uma justificação plausível, sendo recomendável, nesse caso, a verificação não só da atividade do empregador, mas também de seus antecedentes e os números estatísticos relativos à contratação de membros das várias minorias existentes para se constatar a sua ocorrência.¹⁸⁶

A discriminação subjetiva concebida por alguns estudiosos difere da estrutural, sendo que o conceito da primeira confunde-se com o já narrado acerca da discriminação direta, e, o da segunda, aproxima-se muito da indireta, principal objeto das ações afirmativas, salientando que é decorrente de “padrões sociais e econômicos arraigados na sociedade” e causada pelas “injustiças praticadas durante gerações, de baixas expectativas, de educação deficiente e de preconceitos instintivos, que influenciam as perspectivas de vida das pessoas.”¹⁸⁷

No âmbito laboral propriamente dito Jorge Luiz Souto Maior ao verificar a atuação do princípio da discriminação, sob os aspectos positivo e negativo, constata que atinge empregadores e empregados, relatando que os primeiros devem estar sujeitos aos mesmos encargos trabalhistas, o que impede a concorrência abusiva, reduzindo o preço de seus produtos no mercado (negativo) e à tributação específica, conforme o porte econômico da

¹⁸⁵TOMEI, Manuela. op. cit., p. 443-444.

¹⁸⁶DUBUGRAS, Regina Maria Vasconcelos. Discriminação no emprego: formas, defesa e remédios jurídicos. *Revista LTr*, São Paulo, ano 66, n. 11, p. 1334-1335, nov. 2002.

¹⁸⁷MENEZES, Paulo Lucena de. op. cit., p. 39.

empresa (positivo). Os segundos, por sua vez, devem possuir liberdade de acesso ao emprego (negativo) e, quando possuam alguma característica que os impeçam ou reduzam oportunidades, há necessidade de medidas de inclusão (positivo).¹⁸⁸

Nesse caso é cristalino que a discriminação pode atingir não só os empregados mas também os empregadores e quanto a estes se há um fechamento da empresa ou necessidade de redução de custos em virtude da concorrência desleal sem a adequada fiscalização do Estado, em último grau quem irá sofrer será o trabalhador e sua família e na maioria das vezes as mulheres empregadas diante do estereótipo de que a manutenção de seu contrato é mais onerosa para as empresas.

A discriminação, portanto, repercute em todas as esferas de condução do mercado, especialmente em áreas em que o poder estatal não estabelece normas de regulação de cunho cogente, absorvendo “*los empleados de la economía informal y la abrumadora mayoría de los trabajadores independientes, sino también, al menos en algunos aspectos, los empleadores do sector informal*”, nesta última circunstância, se a entidade não estiver regularmente constituída, não poderá usufruir de eventuais benefícios ou empréstimos públicos, como nos informa Barbara Harriss-White.¹⁸⁹

Um problema das variantes da discriminação e de sua multiplicidade sistêmica é indicado por Karina Meneghetti Brendler ao reputar que empregadores poderão se utilizar de conhecimentos tecnológicos da engenharia genética para selecionar trabalhadores menos propícios a causar prejuízos à empresa, tais como àqueles que não apresentem propensão a determinados agravos à saúde,¹⁹⁰ demonstrando que o universo discriminizador é vasto e incomensurável, podendo ocasionar incontáveis prejuízos à sociedade.

A impossibilidade de pressuposição das diversas formas de discriminação impede um combate mais preciso, tendente à igualização dos direitos dos trabalhadores, em especial quando envolve a discriminação sexual não externada de maneira explícita, mas encoberta sobre o manto de uma aparente licitude ou mesmo amparada pelas brechas permitidas pela lei tutelar do trabalho.

Após a constatação preliminar das mazelas relacionadas à discriminação e seus variados tipos é essencial averiguar, de maneira mais especificada, uma das formas de

¹⁸⁸SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O direito do trabalho e as diversas formas de discriminação. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 68, n. 2, p. 98-100, 2002.

¹⁸⁹HARRISS-WHITE, Barbara. op. cit., p. 507-508.

¹⁹⁰BRENDLER, Karina Meneghetti. op. cit., p. 138.

preconceito e diferenciação reputada como das mais cruéis já vistas, a denominada discriminação de gênero, a se efetivar no segundo capítulo a seguir disposto, incluindo a situação das mulheres nas relações laborais no Brasil para na sequência verificar a condição do sexo feminino em alguns países no terceiro capítulo, dando uma visão mais global ao problema enfrentado por elas.

2. A DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO NO DIREITO DO TRABALHO E A SITUAÇÃO DA MULHER NAS RELAÇÕES LABORAIS NO BRASIL

2.1. Fator discriminen sexo

A discriminação de gênero, ou seja, a de cunho sexual, em que as mulheres invariavelmente são preteridas na admissão ao emprego ou numa promoção inferior a um cargo de maior nível na empresa, não é prática incomum na sociedade contemporânea, apesar das incontáveis evoluções sociais alcançadas ao longo de décadas e séculos de conflitos e reivindicações.

A discriminação de gênero, seja direta, seja indireta, pode surgir na relação trabalhista em sua origem, no encerramento e durante a vigência do contrato,¹⁹¹ como já salientado, no capítulo anterior, o que demonstra a multiplicidade de situações que podem atingir o sexo feminino.

No mundo do direito do trabalho, a discriminação apresenta-se sob a roupagem de uma segregação horizontal ou vertical, relacionado ao fator sexo, a primeira pressupondo atividades diversas, enquanto a segunda surge dentro do escalonamento de uma mesma profissão.¹⁹²

Richard Anker estipula que a mencionada segregação horizontal “*es la que produce en el reparto de hombres y mujeres entre distintas ocupaciones, por ejemplo cuando las mujeres trabajan como sirvientas y secretarias y los hombres como camioneros y médicos*”, enquanto a vertical “*es la que se produce en el reparto de hombres e mujeres dentro de una misma ocupación, cuando uno de los dos sexos tiende a situarse en grados o niveles superiores*”, ou, melhor dizendo, enquanto as mulheres assumem posições inferiores na escala hierárquica, os homens preenchem os cargos de maior poder de comando nas instituições.¹⁹³

¹⁹¹SANTIAGO REDONDO, Koldo Mikel. Otra manifestación de la discriminación por razón de género: retribución desigual e igual valor dos trabajos. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, v. 11, n. 2, p. 71, set. 2001.

¹⁹²MELKAS, Helina; ANKER, Richard. La segregacion profesional entre hombre y mujeres: investigacion empirica sobre los paises nordicos. *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, v. 116, n. 3, p. 372-373, 1997.

¹⁹³ANKER, Richard. La segregacion profesional entre hombres y mujeres: repaso de las teorías. *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, v. 116, n. 3, p. 365-366, 1997.

Os efeitos dessa discriminação, ainda que num primeiro momento, velada e sub-reptícia, induzem, até mesmo, a opção educacional de homens e mulheres, como por exemplo, a escolha do curso a ser prestado no vestibular ou, quando isso é permitido, pela legislação do país, a opção por um dos membros do casal em licenciar-se para realizar os trabalhos domésticos relacionados aos cuidados com os descendentes, muitas vezes encerrando o trajeto profissional do optante e perenizando o preconceito na sociedade.¹⁹⁴

Antes de discutir propriamente as mazelas da discriminação sofrida pelas mulheres, no Brasil e no exterior, torna-se relevante analisar se o fator *discrímen* relacionado ao gênero é admitido ou não, por nosso ordenamento jurídico, para melhor entender os fragelos dessa prática.

Num primeiro momento, percebe-se, de pronto, que nem todas as características dos seres humanos podem ser utilizadas como critério de tratamento diferenciado, em especial o sexo, dentro de circunstâncias em que homens e mulheres encontram-se na mesma situação fática, sob pena de violação ao princípio da igualdade insculpido não só em nossa Constituição, mas também em diversas disposições normativas de cunho internacional.

Essa conduta discriminatória para ser repudiada pela sociedade e pelo ordenamento jurídico, em tese, nem necessitaria de uma previsão expressa em norma legal ou constitucional, uma vez que a previsão expressa apenas serve para ressaltar que determinadas características não devem ser eleitas para promover tratamento diferenciado, ou, melhor explicando, a inserção da proibição em nossa Constituição “nada mais faz que colocar em evidência certos traços que não podem, por razões preconceituosas mais comuns em certa época ou meio, ser tomados gratuitamente como *ratio* fundamentadora de *discrímen*”, como, de maneira profícua, ponderou Celso Antônio Bandeira de Mello.¹⁹⁵

Não existem dúvidas de que a isonomia não será maculada se a conduta diversa for baseada numa condição inerente ao indivíduo e não atribuída por terceiros a ele, mas decorrente de uma circunstância ou situação peculiar, podendo também ser fruto de uma previsão legal legitimada pelo sistema jurídico constitucional.¹⁹⁶

Além de não ser possível estipular como critério diferenciador algo não presente e atrelado à pessoa, concomitantemente é vedado que a medida seja cunhada para beneficiar um único indivíduo, tamanha sua pormenorização de caracteres de identificação,¹⁹⁷ ou “se

¹⁹⁴MELKAS, Helina; ANKER, Richard. op. cit., p. 373.

¹⁹⁵MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, cit., p. 17-18.

¹⁹⁶PITAS, José. Princípio da igualdade no direito, cit., p. 717.

¹⁹⁷MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, cit., p. 23.

a norma singularizadora figurar situação atual irreproduzível por força da própria abrangência racional do enunciado”¹⁹⁸

O ponto crucial, portanto, que deve permear eventual verificação da legitimidade de um tratamento diferenciado é a finalidade de tal atividade, que não pode ser separada ou desmembrada do elemento utilizado como fator discriminatório.¹⁹⁹

Essa corrente doutrinária é capitaneada por Celso Antônio Bandeira de Mello que discorre que “quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida”, é a hipótese que se pode considerar que houve obediência ao princípio da igualdade, obviamente “desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição.”²⁰⁰

O mencionado autor, ainda, informa que a racionalidade do embasamento do tratamento diferenciado também deve ser levada em consideração em relação ao critério utilizado, a fim de constatar sua conformidade com os preceitos constitucionais.²⁰¹

Diante dessas considerações, pergunta-se: o fator gênero, em especial o feminino, pode ser validamente utilizado como critério de discriminação?

Inicialmente, percebe-se que a discriminação negativa, como, por exemplo, não admitir ou promover uma pessoa pelo simples fato de ser mulher, sem qualquer justificativa plausível, ao trazer malefícios ao sexo feminino, que seria prejudicado por medidas preconceituosas e ilegítimas, deve ser de plano afastada, por não consagrar a equidade e igualdade, não havendo correlação lógica entre o critério de discriminação (sexo) e o tratamento que se pretende dar, nem qualquer indício de razoabilidade e proporcionalidade na conduta que se almeja implementar.

Diferente seria a situação se houvesse um concurso para polícia feminina, em que só se admitiriam mulheres²⁰² ou mesmo a contratação apenas de mulheres para servirem de enfermeiras às cidadãs idosas, que necessitassem de cuidados pessoais, em sua residência, envolvendo sua higiene pessoal e que, por esse motivo, ficariam menos constrangidas na presença de uma mulher do que na de uma pessoa do sexo masculino, sendo o exemplo válido também ao inverso se o enfermo, por acaso, fosse um homem.

¹⁹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, cit., p. 25.

¹⁹⁹ TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções, cit., p. 129.

²⁰⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, cit., p. 17.

²⁰¹ Id. Ibid., p. 22.

²⁰² Id. Ibid., p. 17.

Neste último caso, vislumbra-se facilmente uma correlação lógica entre o elemento discriminador e a conduta adotada, bem como proporcionalidade, razoabilidade e uma finalidade legítima.

O importante nesses casos e em outros, por exemplo, em que se enseje a contratação de uma pessoa detentora de determinado sexo de maneira preferencial, como na hipótese de uma maior “intimidade física”, Manuela Tomei discorre que essas “*excepciones a la regla general deban apicarse dentro de ciertos limites, fundándose en pruebas irrefutables de que el trato especial es indispensable para el trabajo correspondiente*”, além disso complementa que essas práticas “*no deben servir de base para justificar una exclusión sistemática de algunos candidatos.*”²⁰³

Se a proibição de discriminação negativa é facilmente identificável, o mesmo não ocorre em relação à discriminação positiva, com a criação de benefícios a um ser humano tão-somente em função de seu gênero, especialmente se tais privilégios são consagrados em normas legais de proteção, o que dependerá da análise da situação pessoal de cada indivíduo beneficiado.

Celso Antônio Bandeira de Mello elenca um conjunto de quesitos que devem ser constatados para justificar uma discriminação promovida por intermédio da lei, sendo oportuna a transcrição de suas palavras:

“Para que um *discrímen* legal seja convivente com a isonomia, consoante visto até agora, impende que concorram quatro elementos:

- a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo;
- b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados;
- c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;
- d) que, in concreto, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa - ao lume do texto constitucional - para o bem público.”²⁰⁴

A política de proteção às mulheres atinge todas as cidadãs e não apenas um indivíduo²⁰⁵, assim, em tese, estariam autorizadas medidas de diferenciação e privilégios,

²⁰³TOMEI, Manuela. op. cit., p. 446.

²⁰⁴MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, cit., p. 41.

²⁰⁵Id. Ibid., p. 25.

atendendo ao primeiro elemento.

Por outro lado, o sexo não é uma circunstância de livre escolha do recém-nascido, acompanhando-o por toda a vida, sendo certo que tal condição feminina é inerente à pessoa,²⁰⁶ diferenciando-as dos homens, preenchendo o segundo quesito.

A questão complica-se na verificação da presença dos dois últimos, em que a discriminação prevista na lei tem que ser adequada logicamente²⁰⁷ às diferenças existentes na população feminina²⁰⁸ e que consagre e salvguarde os valores protegidos constitucionalmente de maneira razoável.

Esses são exatamente os dois elementos mais complexos para análise e, nos dias atuais, constata-se que nem todas as normas tutelares do trabalho feminino permanecem justificáveis por terem perdido a correlação lógica entre o tratamento e o fator discriminen, na medida em que as mulheres foram se inserindo no mercado de trabalho, ocasionando, ao invés de uma salvaguarda, uma discriminação de tratamento na admissão ou promoção desse grupo numa escala hierárquica dentro de uma empresa, tendo em vista a imagem de fragilidade e de maiores custos na manutenção de seus contratos, reforçada dia a dia pelo mesmo ordenamento jurídico que pretende promover a sua proteção.

Qual seria o sentido de uma remuneração desigual baseada singelamente no sexo do trabalhador?

Vários são os motivos de uma maior média remuneratória concedida aos homens, tendo em vista a possibilidade de trabalharem em um número maior de horas por semana e o adicional de horas extras se distribuir na média salário-hora, ainda que as mulheres recebam o mesmo valor básico de remuneração da hora trabalhada, fato agravado pela jornada feminina em tempo parcial.²⁰⁹

A igualdade de salário para trabalho igual ou semelhante, denominado de “valor equivalente” possibilita evitar a discriminação de gênero, atingindo as atividades em que as mulheres se encontram em franca maioria em relação aos homens, entretanto, essa medida não impede, pela circunstância de restringir-se à mesma empresa, que outras, em virtude

²⁰⁶MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, cit., p. 29-30.

²⁰⁷Id. Ibid., p. 37.

²⁰⁸Id. Ibid., p. 39.

²⁰⁹ROBINSON, Derek. Diferencias de remuneracion entre los sexos segun la profesion. *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, v. 117, n. 1, p. 5, 1998.

das mais diversas situações, paguem valores diferenciados aos seus trabalhadores, desde que internamente não discriminem homens e mulheres.²¹⁰

Uma das justificativas para a diferença salarial seria que as empresas maiores remuneram melhor trabalhadores que são mais qualificados, em grande parte, contratando homens em detrimento das mulheres, sendo que essas empresas representam em países, como o Japão, mais de 30% dos postos de trabalho ativos, retribuindo aos seus empregados com acréscimos relacionados a sua antiguidade na instituição e, logicamente, interferindo nas diferenças salariais entre os gêneros.²¹¹

Além desses motivos, pode-se citar os elementos não discriminatórios relacionados à melhor remuneração em decorrência de maiores desempenhos na produtividade do trabalho, na capacidade laboral desenvolvida, na efetivação de horas extras ou de uma jornada de trabalho mais elastecida, no exercício de atividades mais penosas, insalubres e perigosas, nas diferenças salariais decorrentes das convenções coletivas de cada categoria e os já mencionados diferentes portes das empresas, em que interferem a sua localização e a atividade desenvolvida.²¹²

De qualquer forma, percebe-se que a discriminação de gênero perpetua-se no meio laboral, podendo ser observada tanto no aspecto positivo quanto no negativo, sendo curioso que ambos podem interferir na média remuneratória das mulheres.

De posse desses dados, torna-se recomendável uma incursão na situação das mulheres no Brasil e, posteriormente, no capítulo seguinte em alguns países, a título exemplificativo, com a menção de disposições vigentes que tratam da tutela da mulher e do combate à discriminação de gênero, propiciando uma mais acurada apreciação da questão.

2.2. A situação da mulher nas relações laborais no Brasil

O estudo da situação das mulheres nas relações trabalhistas tem importância crucial para a sua inserção na sociedade, visto que o usufruto da maioria dos bens da vida passa necessariamente pelo exercício de um emprego ou atividade econômica, possibilitando a existência digna e o pleno desenvolvimento humano, umbilicalmente relacionado ao

²¹⁰ROBINSON, Derek. op. cit., p. 7-8.

²¹¹ANKER, Richard. op. cit., p. 365.

²¹²PEINADO, Maria Amalia. Analisis de las diferencias salariales por sexo. *Revista de Economia y Sociologia del Trabajo*, Madrid, n. 13/14, p. 104, sept./dic. 1991.

aprimoramento e expansão do bem-estar de todos que compõem um determinado país ou nação, sem se descuidar da conotação participativa de uma democracia efetiva.²¹³

A mulher, no Brasil, assim como em outros países, é objeto de inúmeras formas de discriminação, apresentando-se como um dos grupos mais fragilizados nas sociedades contemporâneas, fruto de preconceitos e estereótipos agregados à cultura,²¹⁴ que coloca o homem num estado de superioridade dentro do ambiente familiar e laboral, como reflexo de ideais machistas ainda presentes e perenizados nas relações sociais e humanas.

O trabalho da mulher, desde sua origem, estava relacionado às atividades de índole agrícola e doméstica, de maneira preponderantemente familiar, com posterior alteração em decorrência de sua maior inserção no mercado de trabalho após as Guerras Mundiais e a mecanização decorrente da revolução industrial.²¹⁵

Em nosso país, o Código Civil, de 1916, reputava o sexo feminino como relativamente incapaz, o que, de certa forma, justificava a tutela do ordenamento jurídico²¹⁶ na época, mas em 1932, com a edição do Código Eleitoral, a situação começou a se alterar, pois a mulher passou a exercer o direito de voto, posteriormente, consagrado na Constituição Federal, de 1934, sendo que, na época, apenas uma única mulher foi eleita para a Assembleia Constituinte responsável por esta Carta Política.²¹⁷

A situação da mulher, no âmbito das relações civis e laborais, teve um considerável desenvolvimento, em 1962, com o Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121/1962), que dispensava a outorga marital para o exercício de uma atividade remunerada, bem como dispunha sobre o compartilhamento de despesas da casa, culminando, em 2002, com a promulgação do Novo Código Civil,²¹⁸ que afastou de maneira formal grande parte das discriminações ilegítimas já inviabilizadas após a publicação da Constituição Federal de 1988, que, evidentemente, foi um marco no combate a qualquer forma de discriminação ilegítima, em especial no meio laboral.²¹⁹

²¹³ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. op. cit., p. 63.

²¹⁴CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O princípio da isonomia a igualdade da mulher no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 172.

²¹⁵SILVA, Alessandro da; KROST, Oscar. Comentários sobre a licença-maternidade e as inovações da Lei nº 11.770/08. *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, v. 25, n. 299, p. 19, nov. 2008.

²¹⁶ROMITA, Arion Sayão. O combate à discriminação da mulher no mundo do trabalho, à luz das fontes internacionais com reflexos no ordenamento interno, cit., p. 118.

²¹⁷PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. A mulher e o trabalho no mundo contemporâneo a feminização no poder judiciário, cit., p. 239.

²¹⁸Id. loc. cit.

²¹⁹DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*, cit., p. 777.

Dentre os fatores que interferem na discriminação da remuneração percebida pelas mulheres, a doutrina indica: a ideia de que seus salários são para complementar a renda da família, situação associada à noção incutida na sociedade de que elas são responsáveis pelas atividades do lar e, portanto, não apresentam dedicação exclusiva ao trabalho fora de casa e, por esse motivo, sua oferta de emprego é restringida; a dinâmica social tende a manter inalterado esses estereótipos, diferenciando a remuneração não só das mesmas atividades, como também atribuindo um menor valor às atividades tipicamente femininas, como o são as ligadas à assistência, ao mesmo tempo, que se promove uma segregação ocupacional; e a deficiência na participação das mulheres nos órgãos e entidades de representação coletiva de empregadores e empregados.²²⁰

Nas décadas próximas, houve um aumento generalizado das atividades na “economia informal”, em virtude dos custos elevados dos encargos sociais relacionados ao registro de um empregado de maneira correta e ao galopante desemprego que vem atingindo a população brasileira.

Em nosso país, as mulheres têm ocupado grande parte dos postos de trabalho disponibilizados na informalidade, que causam malefícios diretos e indiretos, tais como o fato de não serem seguradas da Previdência Social, não contando tempo de contribuição para a aposentadoria e não se beneficiando do sistema de seguridade social atrelado ao sistema contributivo, tendo, como exemplo, o auxílio doença, o auxílio-acidente, dentre tantos outros, que, em caso de enfermidade, agravam ainda mais situações já complexas de debilidade sócio-econômica.

Em relatório elaborado no segundo governo de Fernando Henrique Cardoso, constatou-se que apesar de todo o arcabouço legislativo criado a pretexto de proteger as mulheres, a situação delas ainda continuava precária em relação aos homens, como, por exemplo, a violência física que as assola, prejudicando até o PIB do país, sendo levantado que recebiam, aproximadamente, 61% dos salários pagos ao sexo masculino, mesmo sustentando cerca de 26% das famílias brasileiras na época, ocupando, em sua maioria, trabalho informal ou funções de segunda categoria, em grande parte como empregada doméstica, destas só 12% percebiam dois ou mais salários mínimos e apenas 24% possuíam registro nos termos da lei, bem como que, entre os anos de 1985 e 2002, os homens incrementaram sua participação no mercado de trabalho pouco mais de 73%,

²²⁰ RODGERS, Janine; RUBERY, Jill. El salario mínimo como instrumento para luchar contra la discriminación y promover la igualdad. *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, v. 122, n. 4, p. 602-603, 2003.

enquanto elas superaram, tão-somente, os 47%, representando, aproximadamente, 40% da população ativa e 44% dos postos de trabalho abertos pela União.²²¹

Essa situação vem se alterando ao longo dos anos, visto que, em 2010, as mulheres no Brasil alcaçaram mais de 97,3 milhões da população, enquanto os homens atingiram apenas 93,4 milhões aproximadamente,²²² sendo que se depreende dos dados à disposição que a população economicamente ativa, no ano de 2009, com idade igual ou superior a 15 anos supera os 70% da população, com as mulheres atingindo pouco mais de 60%, quando analisadas no seu seguimento.²²³

Curiosamente, como no serviço público a remuneração dos cargos são estipuladas por lei, verifica-se que os valores pagos a ambos os sexos são idênticos,²²⁴ a princípio. Contudo, na evolução da carreira pública, em que inteferem alguns critérios subjetivos, elas perdem essa equiparação, não assumindo muitos postos de elevada hierarquia, situação que se reflete na percepção salarial.²²⁵

A situação depreciativa do sexo feminino, que faz com que as mulheres recebam remuneração inferior pelo mesmo trabalho realizado pelos homens, ainda que se observe uma maior ou semelhante qualificação delas em relação aos varões, decorre de “idéias ainda arraigadas na cultura empresarial brasileira, tais como o custo diferenciado da mão-de-obra feminina (devido, principalmente, a circunstâncias relacionadas com a maternidade – absenteísmo, licença-maternidade, etc)”, fato associado ao preconceito e à discriminação que “resiste ao reconhecimento da igualdade de responsabilidade de homens e mulheres ao sustento da família”.²²⁶

Em pesquisa realizada, no ano de 2009, verificou-se que no cômputo de todos os Estados e de Brasília (capital da República), do total de 528 cargos de secretários estaduais apenas 87 eram mulheres, o que representa pouco mais de 16%, sendo que, dentre os cargos destinados ao sexo feminino, a grande maioria (mais de 73%) das secretarias eram relacionadas com questões sociais.²²⁷

²²¹FURTADO, Emmanuel Téofilo. Direito à proteção e intimidade da mulher, cit., p. 141-142.

²²²INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Países*. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/paisesat/main.php>>. Acesso em: 22 ago. 2011.

²²³Id. Ibid.

²²⁴ROMITA, Arion Sayão. op. cit., p. 120.

²²⁵BLAY, Eva Alterman. Um caminho ainda em construção: a igualdade de oportunidades para as mulheres. *Revista USP*, São Paulo, n. 49, p. 85, mar./maio 2001.

²²⁶CORRÊA, Lélío Bentes. Discriminação no trabalho e ação afirmativa no Brasil, cit., p. 85.

²²⁷NASCIMENTO, Sonia A.C. Mascaro. O direito do trabalho da mulher. In: BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan (Coords.). *Mulher, sociedade e direitos humanos*. São Paulo: Rideel, 2010. p. 126.

Observa-se, em geral, um acréscimo da participação das mulheres nas três esferas de poderes estatais (Legislativo, Executivo e Judiciário), nos cargos e funções atreladas ao mérito.²²⁸ Outro levantamento realizado, em 2008, em algumas regiões metropolitanas, observou-se que o IBGE delimitou que as mulheres recebiam bem menos do que os homens a título de salários, sendo, em média, 71% do valor percebido por eles.²²⁹

Percebe-se que, no caso das mulheres, elas acabam por suportar outras formas de discriminação, que não se restringe meramente ao seu sexo, agravando-se na medida que apresentam outras condições potencialmente ensejadoras de segregação, como, por exemplo, condição econômica inferiorizada, raça e opção sexual, dentre tantas outras.²³⁰

Em um estudo datado de 2007, denominado de “Perfil Social, Racial e de Gênero das 500 maiores Empresas do Brasil e suas Ações Afirmativas”, constatou-se que, apesar de todos os esforços empreendidos, os homens ainda detêm os cargos de maior envergadura nas instituições pesquisadas, com pouco mais de 11% dentre os executivos, com 35% dos postos de supervisão e de, aproximadamente, 25% dos de gerência destinado às mulheres.²³¹

No Brasil, o IBGE, em pesquisa realizada, em 2007, averiguou que houve um aumento da participação dos homens nos trabalhos domésticos, atingindo o índice de cerca de 50% com pouco mais de 10 horas, enquanto as mulheres detinham, aproximadamente, 88%, atingindo quase 27 horas por semana de atividades destinadas ao âmbito familiar, sendo que, apesar dos problemas ainda existentes, vislumbra-se uma vertente de transformação da concepção inicial de que as mulheres apenas trabalham fora para complementar a renda da família, propiciando uma maior distribuição dos afazeres domésticos e das atividades laborais de maneira mais equânime e adequada ao princípio da igualdade, em relação ao mercado de trabalho,²³² fato assegurado, de certa forma, pela ocupação das mulheres nos postos de trabalho no sistema de tempo parcial ou a título precário, em decorrência da redução da natalidade e da maior qualificação delas para o exercício das funções na economia de mercado.²³³

Outra constatação ocorre no tocante à ocupação pelas mulheres de empregos em atividades tercerizadas, destinadas a empresas menores que atendem as maiores, que, por

²²⁸ PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. op. cit., p. 242-243.

²²⁹ NASCIMENTO, Sonia A.C. Mascaro. op. cit., p. 137-138.

²³⁰ TOMEI, Manuela. op. cit., p. 449.

²³¹ BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; CARVALHO, Suzete. A segregação ocupacional da mulher: será a igualdade jurídica suficiente para superá-la?, cit., p. 193.

²³² Id. Ibid., p. 201-202.

²³³ Id. Ibid., p. 202-203.

sua vez, pretendem reduzir custos que implicam, logicamente, no pagamento de salários reduzidos, em funções e atividades precárias, com reflexos em sua saúde e bem-estar, não só físico,²³⁴ como também econômico e social,²³⁵ gerando, invariavelmente, um círculo vicioso em que “o marido culpa-se por não ser mais o grande provedor, culpa a esposa por dedicar-se à carreira, em detrimento do lar; enfim, culpa-se por culpá-la”, como nos relatam Patrícia Tuma Martins Bertolin e Suzete Carvalho.²³⁶

A questão não é fácil nem na área pública, que, apesar do tratamento mais igualitário, ainda é atingido pela desigualdade dos serviços domésticos, que continuam atrelados às mulheres, afetando até mesmo sua saúde, ensejando uma necessária busca por uma melhor distribuição desses afazeres dentro da família de maneira geral.²³⁷

Esses elementos ora apresentados indicam que, em nosso país, as discrepâncias persistem causando prejuízos ao desenvolvimento sócio-econômico do sexo feminino, entretanto, essa constatação ocasiona outra indagação, que consiste em identificar se a desigualização, ainda presente no meio laboral, autoriza a manutenção da legislação trabalhista de caráter tutelar ou se essa normatização gera maiores discriminações em face das mulheres.

Após essas considerações sobre a situação da mulher no Brasil, é recomendável, portanto, a fim de responder a pergunta formulada acima, uma análise de alguns preceitos legais e constitucionais em vigor no país, verificando seu auxílio ou empecilho para a consagração da igualdade de gênero no meio trabalhista.

2.2.1. Normas nacionais de proteção da mulher

A Constituição Federal de 1988, em seu preâmbulo, denota os anseios do povo, por intermédio de seus representantes, na efetiva defesa e consagração dos direitos individuais e sociais, sem preconceitos de qualquer tipo (dentre as quais se inclui a discriminação de sexo), buscando uma vida harmoniosa em sociedade, em que “a liberdade, a segurança, o

²³⁴BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; CARVALHO, Suzete. A segregação ocupacional da mulher: será a igualdade jurídica suficiente para superá-la?, cit., p. 199-200.

²³⁵“O fato é que, historicamente, as atividades econômicas têm sido reconhecidas como “produtivas” e dotadas de prestígio social, enquanto as tarefas domésticas têm sido vistas como “reprodutivas”, isto é, destituídas de qualquer reconhecimento social. Assim, conforme “dita” a tradição, as primeiras tem sido destinadas, como regra, aos homens e as segundas, às mulheres.”(Id. Ibid., p. 195).

²³⁶Id. Ibid., p. 200-201.

²³⁷PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. op. cit., p. 248.

bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça” são reputadas como “valores supremos” de salvaguarda à solidariedade e à diversidade da população brasileira.²³⁸

Os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, da mesma forma, consagram, nos incisos do artigo 3º, da Lei Maior, a vedação à discriminação da mulher, ressaltando a finalidade de implementação da liberdade, da justiça, da solidariedade, do desenvolvimento nacional, da redução das desigualdades sociais e da promoção do bem-estar geral.²³⁹

Por outro lado, vigora no inciso II, do artigo 4º, do texto constitucional, que a República Federativa do Brasil, nas relações internacionais, deve se pautar por diversos princípios, dentre os quais, a “prevalência dos direitos humanos”,²⁴⁰ que combate qualquer tipo de discriminação, em especial em relação ao sexo feminino.

O artigo 5º, da Constituição Federal, no “caput” e no inciso I, da mesma forma, denota a salvaguarda da proteção e promoção da igualdade de gêneros,²⁴¹ sendo que se entende que o dispositivo apresenta conotação exemplificativa,²⁴² enquanto o artigo 6º reputa “a proteção à maternidade” como direito social.²⁴³

O artigo 7º do texto constitucional, nos incisos XVIII, XXX e XX, estabelece, respectivamente, entre os direitos dos trabalhadores: a “licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias”, sendo que o termo “salário”, atualmente, é controvertido;²⁴⁴ a “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo;” e a “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”,²⁴⁵ demonstrando uma preocupação especial com a situação da mulher trabalhadora e seu tratamento no ambiente laboral, sendo a última determinação encarada no sentido negativo e positivo.

Na Constituição de 1988, a disposição de proteção ao mercado de trabalho da mulher, por exemplo, reconhece que há desigualdade de competição na busca de postos de trabalho, incluindo sua manutenção, pressupondo que ela é “carente de proteção num mercado de trabalho marcadamente machista”, bem como que as disposições tutelares, em

²³⁸BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 abr. 2011.

²³⁹Id. Ibid.

²⁴⁰Id. Ibid.

²⁴¹Id. Ibid.

²⁴²BONACHELA, Lisandra Silveira. O princípio da igualdade na Constituição Federal, cit., p. 60.

²⁴³BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, cit.

²⁴⁴PINTO, José Augusto Rodrigues. Proteção à maternidade. In: FRANCO FILHO, Georzenor de Souza (Coord.). *Trabalho da mulher*. São Paulo: LTr, 2009. p. 226.

²⁴⁵BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, cit.

especial, relativas à maternidade, na hipótese dos períodos de licença-maternidade e da liberação da trabalhadora para alimentar e cuidar de seus filhos, têm como consequência a indução da conclusão generalizada de ser “desinteressante a contratação de mulheres” no meio social.²⁴⁶

O inciso XXV, do artigo 7º, da Carta Política especifica que a “assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas”, apesar de se tratar de uma norma aparentemente destinada à tutela das crianças, na realidade garante a liberdade dos pais (homem e mulher) para se dedicarem ao trabalho, consubstanciando-se, portanto, num direito trabalhista de grande importância.²⁴⁷

Apesar disso, em nossa sociedade, ainda, vigoram circunstâncias em que as mulheres, mais do que os homens, acabam se responsabilizando pelos afazeres domésticos, o que prejudica a sua dedicação ao trabalho,²⁴⁸ sendo, por esse motivo, essencial para o sexo feminino, sem se desprezar a função de formação educacional das crianças que adquire contornos de uma responsabilidade estatal eminente e iminente para a valorização de um país e a consagração de uma sociedade mais livre e justa.²⁴⁹

No artigo 40, §1º, III, da Constituição Federal, que regula a aposentadoria voluntária dos servidores públicos, constata-se que, dentre as condições presentes na alínea “a”, concede-se o direito às mulheres cinco anos a menos do que para os homens (“cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher”), sendo da mesma forma quando a aposentadoria se dá por proventos proporcionais, conforme consta na alínea “b” (“sessenta anos de idade, se mulher”).²⁵⁰

Quanto às diferenças de idade para homens e mulheres se aposentarem, com nítido privilégio para o sexo feminino, constata-se que não existe um critério físico ou psíquico que justifique a diferenciação, uma vez que, em relação ao gênero masculino, “as estatísticas todas o apontam como de menor longevidade.”²⁵¹

Nesse caso, o fundamento utilizado, geralmente, é o social, restrito à “dupla jornada” decorrente dos trabalhos caseiros relacionados aos cuidados com a família e com a prole,

²⁴⁶ LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Isonomia entre os sexos no sistema jurídico nacional*, cit., p. 28.

²⁴⁷ CARDONE, Marly Antonieta. Trabalho da mulher, licença-paternidade, trabalho do menor. *Revista LTr*: legislação do trabalho e previdência social, São Paulo, v. 52, n. 11, p. 1346-1347, nov. 1988.

²⁴⁸ BARROS JUNIOR, Cassio de Mesquita. op. cit., p. 77-78.

²⁴⁹ FRANCO NETO, Georgeton de Souza. Identificação dos direitos fundamentais da mulher trabalhadora no ordenamento jurídico brasileiro, cit., p. 199.

²⁵⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, cit.

²⁵¹ LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. op. cit., p. 28.

com conotações e implicações culturais, as quais se livram apenas com “a morte ou doença grave, com exceção das pertencentes às classes mais altas que contam com serviços.”²⁵²

Na Alemanha, em que também existiam diferenças de idade entre as aposentadorias de homens e mulheres, há uma tendência de nivelamento de direitos, incluindo a correção das desigualdades utilizadas como fundamento do privilégio concedido ao sexo feminino,²⁵³ reduzindo-se, ao longo dos anos, com pretensão de uma igualização,²⁵⁴ entretanto, o perigo é a equiparação por baixo e não por cima dos direitos humanos consagrados.²⁵⁵

Essa proteção não foi concedida à mulher por ocasião da aposentadoria compulsória (artigo 40, §1º, II, da CF) aos setenta anos de idade para ambos os sexos,²⁵⁶ sendo que, de certa forma, contraria a lógica da defesa da maior fragilidade da mulher e da justificativa utilizada por parte da doutrina para sua aposentadoria cinco anos mais cedo do que o homem.

No artigo 201, §7º, da Constituição Federal que trata da aposentadoria no setor privado, percebe-se que as mesmas considerações externadas em relação ao artigo 40 do texto constitucional se aplicam.

Ocorre que a certeza de que a trabalhadora poderá se ausentar para gozar de aposentadoria cinco anos antes do homem pode causar preconceitos na sua admissão e em eventual promoção na empresa.

No âmbito constitucional, ainda, apresenta-se, de forma consagradora da igualdade de gêneros, o disposto no artigo 226, que trata da proteção especial do Estado à família, que se consubstancia na base fundamental da sociedade, reconhecendo “a união estável entre o homem e a mulher” (§ 3º) e “a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (§ 4º) como entidade familiar; sendo uma das principais reformulações a determinação de que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (§ 5º), sem desmerecimento do § 7º, que trata do planejamento familiar e do § 8º, que discrimina a coibição da violência no âmbito familiar, que atinge com maior intensidade as mulheres.²⁵⁷

²⁵²LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. op. cit., p. 29.

²⁵³SCHULTE, Bernd. Direitos fundamentais, segurança social e proibição de retrocesso. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 32, n. 99, p. 266-267, set. 2005.

²⁵⁴Id. Ibid., p. 267-268.

²⁵⁵HEPPLE, Bob. Igualdad, representación y participación para un trabajo decente, cit., p. 6-7.

²⁵⁶BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, cit.

²⁵⁷Id. Ibid.

No artigo 10, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, também se vislumbram disposições de índole protetiva às mulheres, tanto na estipulação da estabilidade para a gestante “desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto”, no inciso II, “b”, quanto na previsão do § 1º, de que “até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias”,²⁵⁸ uma vez que este último benefício, apesar de referir-se, a princípio, ao homem, objetiva uma melhor distribuição das responsabilidades familiares também nos cuidados com a criança recém-nascida.²⁵⁹

A licença-paternidade, no entendimento de Guilherme José Purvin de Figueiredo, “é mais um passo rumo à efetiva igualdade social entre homem e mulher, entre adulto e criança”, apesar do grande debate e das acusações de juristas e economistas, com estes últimos reputando o benefício como danoso às atividades econômicas, sendo conhecida no direito comparado como “Child Care Leave” ou, em nossa língua, “licença para cuidar da criança”.²⁶⁰

Pondera-se que, quanto mais se aproximar a ausência dos homens e das mulheres, em decorrência das licenças maternidade e paternidade, atenuar-se-ia um dos fatores de discriminação e preconceito no ato de contratação e manutenção do sexo feminino nos postos de trabalho, merecendo estudos mais apurados acerca desse tema.

A Consolidação das Leis do Trabalho também prevê uma série de dispositivos diferenciados acerca do tratamento a ser dispensado à trabalhadora em comparação com o empregado do sexo masculino, no capítulo III, mas existem, em outras partes do diploma, outros preceitos de índole equivalente, como, por exemplo, o disposto no artigo 5º, que estipula que “A todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo.”²⁶¹

Dada a grande quantidade de disposições da CLT e demais normas infraconstitucionais, nessa pesquisa somente será abordado alguns preceitos para balizar o raciocínio desenvolvido na dissertação, sem esgotar completamente a matéria.

²⁵⁸BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, cit.

²⁵⁹“A licença-paternidade tem, porém, por objetivo que o empregado possa manter contato com seu filho e ajudar sua esposa nos primeiros dias de vida da criança, ou seja, tem a finalidade de fazer com que o marido faça companhia à esposa nos dias subseqüentes ao parto, para ajudar a cuidar da criança, e, também, do convívio com esta. A ideia do constituinte foi fazer com que os cuidados com o filho não fossem apenas da mulher e, até, de certa forma, de preservar o mercado de trabalho da mulher, pois o homem também se afastará do emprego para ajudar a cuidar de seu filho. É, também, uma forma de se interpretar a paternidade responsável a que se refere o § 7º do art. 226 da Constituição. Trata-se, portanto, de objetivo social. (...)” (MARTINS, Sergio Pinto. *Licença-paternidade do pai adotante. IOB - Repertório de Jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, v. 2, n. 4, p. 132, 2010).

²⁶⁰FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Licença-paternidade e o princípio da paternidade responsável no Brasil e no direito comparado. Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, v. 27, n. 70, p. 6-7, maio/ago. 1994.

²⁶¹BRASIL. Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em: 14 fev. 2012.

O artigo 373-A, inserido na CLT pela Lei nº 9.799/99, por exemplo, regula uma série de práticas proibidas ao empregador de caráter discriminatório ou ofensivo aos direitos humanos trabalhistas, sendo que, em seu “caput”, consta que “ressalvadas 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, é vedado”,²⁶² dispondo no parágrafo único, após vários incisos, do dispositivo que:

“O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher.”²⁶³

Esse artigo, apesar das boas intenções que ensejaram a sua aprovação, é incoerente ao afirmar, no “caput”, que se ressalva a adoção de medidas tendentes a promover o acesso da mulher ao mercado de trabalho, como se fosse possível a prática que ele veda expressamente em relação a qualquer pessoa.

Na realidade, a disposição não trata de proibições restritas ao gênero feminino, mas, obviamente, adaptadas também ao sexo masculino.

A ressalva deveria ser genérica, no sentido da possibilidade de tratamento diferenciado, desde que amparado por uma política fundamentada na Constituição Federal, pretendendo a inclusão social de determinados grupos, entretanto, sem ultrapassar os limites previamente traçados pelo ordenamento jurídico e pelas normas de direitos humanos, sendo pouco provável que se admitam revistas íntimas no homem a pretexto de salvaguardar o mercado de trabalho da mulher.

No mesmo sentido, encontra-se o pensamento de Silvana Souza Netto Mandalozzo e Lucia Cortes da Costa:

“Tanto a mulher quanto o homem possuem dignidade, sendo que a intimidade de ambos não pode ser violada. O ser humano em geral, detém um mesmo sentimento em relação ao seu corpo.

Logo, o inciso mencionado da CLT está deslocado e deveria estar em outro local, pois a revista íntima não pode ser admitida também em empregados ou funcionários. O operador jurídico jamais aplicará a norma em comento somente às mulheres.”²⁶⁴

²⁶²BRASIL. Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. *Consolidação das Leis do Trabalho*, cit.

²⁶³Id. Ibid.

²⁶⁴MANDALOZZO, Silvana Souza Netto; COSTA, Lucia Cortes da. Considerações de algumas (des)igualdades entre empregados de sexo opostos. *Revista LTr*, São Paulo, ano 74, n. 1, p. 101, jan. 2010.

Em nossa concepção, a opção e interpretação mais razoável é resguardar a intimidade de homens e mulheres, impedindo afrontas ilegítimas independentemente do sexo, mas pelo simples fato de serem seres humanos.

O preconizado pelo artigo 384,²⁶⁵ da CLT, no sentido de conceder a obreira o descanso de quinze minutos, antes que ela possa trabalhar em horas extraordinárias, é um dos assuntos mais discutidos atualmente, na doutrina e na jurisprudência.

A princípio, após o início de uma jornada de trabalho normal, pelo simples fato do organismo, seja de um homem, seja de uma mulher, estar mais debilitado, seria necessário para ambos uma pausa de quinze minutos, não havendo motivos para diferenciação, em confronto com o disposto no inciso I, do artigo 5º, da Constituição Federal.

Quanto a esse dispositivo, existem duas correntes: a que não admite sua compatibilidade, ante o disposto no artigo 5º, I, e artigo 7º, XXX, da Carta Política de 1988,²⁶⁶ e a favorável à permanência desse dispositivo, que parte do pressuposto de que o princípio da igualdade não é estabelecido em grau absoluto, devendo ser temperado pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.²⁶⁷

Não é demais recordar que o princípio da igualdade é expresso pelo inciso I, do artigo 5º, enquanto o inciso XXX, do artigo 7º, representa o princípio da não discriminação, ambos preconizando um tratamento igualitário em sentido positivo ou negativo, sendo o último decorrência do primeiro.²⁶⁸

No sentido de interpretação ampliativa do artigo 384 da CLT, posicionam-se Luiz Eduardo Gunther e Cristina Maria Navarro Zornig, protegendo o “bem-estar físico e psíquico do empregado”,²⁶⁹ e Francisco José Monteiro Júnior, defendendo a extensão de seu alcance “com vistas ao bem estar físico e psíquico do empregado, sem exigir-lhe trabalho contínuo além de suas forças.”²⁷⁰

²⁶⁵BRASIL. Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. *Consolidação das Leis do Trabalho*, cit.

²⁶⁶MONTEIRO JÚNIOR, Francisco José. Trabalho da mulher: o art. 384 da CLT e a lei maria da penha e seus aspectos trabalhistas. In: FRANCO FILHO, Georgeton de Souza (Coord.). *Trabalho da mulher*. São Paulo: LTr, 2009. p. 162.

²⁶⁷Id. Ibid., p. 164.

²⁶⁸FRANCO NETO, Georgeton de Souza. op. cit., p. 196.

²⁶⁹GUNTHER, Luiz Eduardo; ZORNIG, Cristina Maria Navarro. O trabalho da mulher e os artigos 376, 383 e 384 da CLT. *LTr*: revista legislação do trabalho, São Paulo, v. 66, n. 1, p. 53, jan. 2002.

²⁷⁰MONTEIRO JÚNIOR, Francisco José. op. cit., p. 162.

Defendendo a supressão de disposições como essa encontra-se o pensamento de Silvana Souza Netto Mandalozzo, Lucia Cortes da Costa²⁷¹ e de Mauricio Godinho Delgado.²⁷²

Francisco José Monteiro Júnior pondera, ainda, que o aumento das horas trabalhadas causa males não só para as mulheres, mas, da mesma forma, para os homens, devendo ser aplicada a ambos, em virtude: da consagração da tutela do obreiro; da aplicação principiológica da norma mais benéfica; do fato de não ter sido revogado por norma expressa; e por representar uma melhoria das condições laborais e auxiliar na redução dos riscos do meio ambiente do trabalho,²⁷³ motivo pelo qual deve se amoldar aos ditames constitucionais da proteção da dignidade e da isonomia dos seres humanos, priorizando uma interpretação mais conforme e efetiva do texto constitucional.²⁷⁴

Acrescente-se que a estipulação de descanso de 15 minutos para as mulheres, além de parecer discriminação desnecessária, incentiva, por outro lado, a não eleição delas para a prestação de horas extras, diante dos maiores custos operacionais, atingindo de maneira reflexa a sua remuneração e, com isso, perpetuando as diferenças de poderio econômico repercutindo no meio social num verdadeiro efeito cascata.

O artigo 386,²⁷⁵ da CLT, prevê um tratamento preferencial à mulher, no sentido de que deveria ser concedido o descanso no domingo obedecendo uma escala quinzenal, enquanto o parágrafo único, do artigo 67, estipula meramente uma escala mensal ao empregado. Esse benefício para as mulheres se encontra conforme o inciso XV, do artigo 7º, da Constituição Federal,²⁷⁶ entretanto, não se adequa ao inciso I, do artigo 5º do mesmo diploma, que preconiza a isonomia.

Silvana Souza Netto Mandalozzo e Lucia Cortes da Costa, apesar do acima disposto, ainda ponderam que essa escala reduzida é necessária, a fim de manter a mãe mais próxima de seus filhos aos domingos, considerando a exclusão da disposição quando as responsabilidades familiares forem de maneira geral divididas entre homens e mulheres,²⁷⁷ entretanto, a aplicação em caráter geral e genérico desse artigo prejudica todo os pais solteiros, viúvos e adotantes, que não estão incluídos na disposição, motivo suficiente para, ao invés de suprimi-lo, elastecê-lo a todos os gêneros.

²⁷¹MANDALOZZO, Silvana Souza Netto; COSTA, Lucia Cortes da. op. cit., p. 103.

²⁷²DELGADO, Mauricio Godinho. op. cit., p. 780-781.

²⁷³MONTEIRO JÚNIOR, Francisco José. op. cit., p. 166.

²⁷⁴Id. Ibid., p. 176.

²⁷⁵BRASIL. Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. *Consolidação das Leis do Trabalho*, cit.

²⁷⁶Id. *Constituição da República Federativa do Brasil*, cit.

²⁷⁷MANDALOZZO, Silvana Souza Netto; COSTA, Lucia Cortes da. op. cit., p. 102.

As vedações de atividades, por outro lado, encaradas como benefícios, funcionam como verdadeiros malefícios ao partir do pressuposto de maior debilidade das mulheres, causando um efeito vedado pelo disposto no inciso XX, do artigo 7º, da Constituição Federal, que exige políticas de “proteção do mercado de trabalho da mulher”, com incentivos a sua contratação e, por conseguinte, em sentido oposto à restrição dos postos de trabalho promovida pelo dispositivo.²⁷⁸

O artigo 389,²⁷⁹ da CLT, torna obrigatório às empresas uma série de medidas que não devem se restringir às mulheres, sendo perfeitamente exigível os incisos I, II e IV (medidas de higiene sanitária e laboral) à qualquer pessoa, inclusive homens e, mesmo na hipótese do inciso III, que, aparentemente, vincularia tão-somente as mulheres, percebe-se que vestiários e armários individualizados, da mesma forma, devem ser exigidos para os homens.

O que seria possível estabelecer como critério de diferenciação poderia consistir no fato de não se misturar homens e mulheres no mesmo vestiário, especialmente, se não for instituído com cabines individualizadas para a troca de roupa.

No § 1º, do artigo 389, da CLT, estipula-se que o estabelecimento em que, ao menos, trinta mulheres, com idade superior a dezesseis anos, efetivamente trabalhem, deve possuir local adequado para possibilitar “às empregadas guardar sob vigilância e assistência os seus filhos no período da amamentação”.

A redação do dispositivo teria sido melhor empregada se não discriminasse e exigisse a medida para a presença de mais de trinta trabalhadores, beneficiando os pais viúvos, os solteiros ou adotantes de ambos os sexos que tivessem a guarda das crianças até os seis meses de idade, além de repartir a responsabilidade pela criança de uma maneira mais adequada entre os membros de uma família, não gerando uma restrição na contratação de mulheres com o intuito de não atingir o número de trinta previsto na lei.

Outra disposição polêmica é a do artigo 390,²⁸⁰ da CLT, que estipula que “ao empregador é vedado empregar a mulher em serviço que demande o emprego de força muscular superior a 20 (vinte) quilos para o trabalho contínuo, ou 25 (vinte e cinco) quilos para o trabalho ocasional”, afastando tal exigência na “remoção de material feita por impulsão ou tração de vagonetes sobre trilhos, de carros de mão ou quaisquer aparelhos mecânicos”, conforme previsto no parágrafo único do mencionado dispositivo.

²⁷⁸LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. op. cit., p. 173.

²⁷⁹BRASIL. Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. *Consolidação das Leis do Trabalho*, cit.

²⁸⁰Id. Ibid.

A previsão deve ser analisada conjuntamente com o “caput”, do artigo 198,²⁸¹ do diploma trabalhista, no qual consta que “é de 60 kg (sessenta quilogramas) o peso máximo que um empregado pode remover individualmente, ressalvadas as disposições especiais relativas ao trabalho do menor e da mulher.”

Apesar do tratamento especial ao menor ser plenamente benéfico e legítimo, ante a pouca idade e a pequena capacidade de esforço físico, tal privilégio em relação à mulher não se apresenta, na atual conjuntura da contemporaneidade, como salutar, na medida em que cria uma resistência na contratação de pessoas do sexo feminino.

Estêvão Mallet não acha razoável a manutenção desse dispositivo, discutindo inclusive a real existência de uma “maior fragilidade física da mulher”, que, por sua vez, se houvesse, não implicaria numa “menor capacidade de resistência ao trabalho contínuo”, ponderando que a abstração do dispositivo é intensa, na medida em que os graus de força ou capacidade de levantamento de peso devem ser individualizados, pois variam conforme diversos fatores, que não se confundem com o sexo do trabalhador, exemplificando a situação com o desempenho de “Tang Gonghong” (representante da China), na Olimpíada de Atenas, que suportou 182 quilos, na denominada “competição de arranque”, e com “Jang Mi-Ran” (representante da Coreia), na Olimpíada de Pequim, que alcançou os 140 quilos.²⁸²

O parágrafo único do dispositivo em comento, de certa forma, tempera as restrições diante dos instrumentos tecnológicos que podem ser utilizados e venham a atenuar a necessidade de capacidade de esforço físico, mas não é suficiente.

Nesse caso, a melhor forma de tratar o problema é estipular, por exemplo, o limite de 20 quilos para todos os sexos e autorizar o aumento dessa capacidade conforme a apreciação de médico do trabalho caso a caso, desligando a imagem da mulher da ideia de fragilidade e de “meia-força”, que ainda vigora na sociedade e impede seu acesso aos mais variados postos de trabalho.

O artigo 391,²⁸³ da CLT, preconiza que tanto o casamento, quanto a gravidez não podem ser utilizados como justificativa para extinção do contrato de trabalho ou restrição de tratamento da mulher, disposição dispensável diante das normas consagradas na Constituição Federal.

²⁸¹BRASIL. Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. *Consolidação das Leis do Trabalho*, cit.

²⁸²MALLET, Estêvão. O princípio constitucional da igualdade e o trabalho da mulher, cit., p. 157.

²⁸³BRASIL. Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. *Consolidação das Leis do Trabalho*, cit.

A redação seria mais adequada à era contemporânea se previsse que tal fato é repudiado em relação ao tratamento dispensado ao homem ou à mulher, tendo em vista as já mencionadas hipóteses de pais viúvos, solteiros e adotantes de ambos os sexos e a ponderação de que a licença-paternidade também implica na ausência do pai ao trabalho, apesar de em período menor do que a licença-maternidade autoriza.

Assim, a tendência não é a interpretação restritiva, mas sim a ampliativa, transformando o conceito de gravidez em maternidade e este, por sua vez, em um signo que liga os pais aos filhos independentemente de seu sexo.

Outra questão protetiva muito discutida, refere-se à licença-maternidade prevista no artigo 392,²⁸⁴ da CLT, que, originalmente, previa proibição de trabalho entre as seis semanas antes e depois do parto, posteriormente, foi estipulado entre as quatro semanas antes e oito depois do parto (Decreto-Lei nº 229/1967), para, finalmente, consagrar os cento e vinte dias previstos do inciso XVIII, do artigo 7º, da Constituição Federal.

O mais interessante no dispositivo, contudo, é o § 4º, que assegura à gestante durante a gravidez, por motivos de saúde dela e da criança, sem prejuízo de seu salário e eventuais direitos, tanto a transferência de sua função temporariamente até o devido retorno após o término da licença (inciso I), quanto à realização de, pelo menos, seis consultas médicas e demais exames necessários (inciso II).

Apesar da norma ser protetiva e legitimada pelas disposições constitucionais anteriormente analisadas, verifica-se que todos os parágrafos decorrem da situação fragilizada da mulher no estado de gravidez, mas não socorre homens e mulheres em situação de saúde precária, que tenham que se ausentar por motivos de saúde, seja para sua recomposição, seja para auxiliar seus filhos eventualmente doentes.

Dentro dessa concepção, talvez seria mais eficaz a reformulação do dispositivo, utilizando a situação da gravidez como um exemplo de situação dentro de uma disposição mais genérica, aplicável a todos os empregados que poderiam ausentar-se do serviço, sem prejuízo do salário para consultas e auxílio a seus dependentes, desde que a situação seja relacionada com a saúde deles.

Silvana Souza Netto Mandalozzo e Lucia Cortes da Costa, nesse sentido, assim dispõem:

²⁸⁴BRASIL. Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. *Consolidação das Leis do Trabalho*, cit.

“Na CLT, já se encontra um dispositivo que permite à mulher a falta ao serviço, por ocasião da gravidez, para consultas médicas e exames complementares, segundo dispõe o art. 392, § 4º, II, da CLT. Uma sistemática similar, possibilitando ao pai ou a mãe o acompanhamento de filho(a) ao médico poderia ser adotada, mencionando-se um número razoável de ausências. Esta determinação estaria amparada no Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069/70 -, em um de seus dispositivos, quando prevê a proteção e socorro na convivência familiar: (...)”²⁸⁵

Por esta ótica, a doutrina já vislumbra que a licença-maternidade, apesar de atingir diretamente a empregada, visa objetivamente ao bem-estar da criança, assegurando o convívio familiar,²⁸⁶ protegendo ambos antes e depois do término da gravidez²⁸⁷ e, por conseguinte, efetivamente, a situação da mãe adotante, ao menos, nesse prisma, em nada difere da mãe biológica.²⁸⁸

Na realidade, a concepção da licença-maternidade como direito da criança permite ilações que autorizam o desenvolvimento do instituto para atingir pais solteiros ou viúvos e casais em união homoafetiva, como se verá no decorrer dessa pesquisa, atenuando os preconceitos ilegítimos exclusivamente direcionados à contratação de mulheres.

Por outro lado, partindo do pressuposto de que a finalidade principal da licença-maternidade ou mesmo da paternidade é o bem-estar da criança e da “estrutura familiar”,²⁸⁹ fato associado à preservação do princípio da igualdade, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho, há alguns anos, já teria concedido a mencionada licença-maternidade a um pai solteiro, servidor da Justiça do Trabalho, posteriormente, elastecido a todos os funcionários dessa justiça especializada.²⁹⁰

Essa constatação inviabiliza a defesa de parte da doutrina²⁹¹ no sentido de que o período de licença para a mãe (maternidade) deve ser superior ao do pai (paternidade), que não sofre diretamente as consequências da gravidez e cuja criança não seria diretamente dependente, sendo cada vez mais frequente as hipóteses em que o único guardião da criança é efetivamente o pai.

²⁸⁵MANDALLOZZO, Silvana Souza Netto; COSTA, Lucia Cortes da. op. cit., p. 103.

²⁸⁶GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Licença-maternidade da mãe adotiva: a lei nº 10.421/2002. *LTr*: legislação do trabalho. Suplemento trabalhista, São Paulo, v. 38, n. 72, p. 320, 2002.

²⁸⁷PINTO, José Augusto Rodrigues. op. cit., p. 227.

²⁸⁸RENAULT, Maria Luiza Drummond. Desbiologização da maternidade e a proteção constitucional. *Revista de Previdência Social*, São Paulo, v. 15, n. 122, p. 12, jan. 1991.

²⁸⁹PINTO, José Augusto Rodrigues. op. cit., p. 233.

²⁹⁰MANDALLOZZO, Silvana Souza Netto; COSTA, Lucia Cortes da. op. cit., p. 98-99.

²⁹¹FURTADO, Emmanuel Téofilo. op. cit., p. 135.

Maria Luiza Drummond Renault, ao tratar dos reais fins do artigo 392, da CLT, demonstra que a maior preocupação é com a condição da criança, ou seja, seu desenvolvimento físico e psíquico, tendo em vista que, numa análise sistemática, com o disposto no artigo 395, do diploma laboral, infere-se que não haveria outra razão para consagrar um prazo muito superior para recuperação da mulher que não sofreu aborto e teve um parto normal.²⁹²

Não resta dúvida que a mãe, após o nascimento de seu filho, necessita se recuperar física e psicologicamente,²⁹³ mas esse período mais elástico em relação ao efetivamente necessário para sua recomposição estrutural é destinado ao bem-estar de sua prole, abrindo caminho para a concessão da licença-maternidade não apenas para as adotantes, como também para os pais solteiros, viúvos e divorciados que detenham a guarda de seus filhos naturais e adotados sem uma esposa ou companheira para dividir as tarefas domésticas e de educação e cuidado dos descendentes.

Assim, as disposições protetoras da maternidade, inclusive a atinente à estabilidade, num primeiro momento, resguardam a criança, depois a mãe e, por último, toda a sociedade,²⁹⁴ buscando tutelar a comentada “maternidade”,²⁹⁵ evoluindo para uma concepção que, antes de repelir, absorve também o homem em condições similares à mãe adotante.

Depois de muita discussão acerca da ilegitimidade da discriminação de prazos diferenciados prevista no artigo 392-A, da CLT, a edição da Lei nº 12.010/2009 revogou os parágrafos, mantendo o “caput”, o que implica em considerar a licença da adotante em qualquer circunstância de cento e vinte dias e, até mesmo, sem limite de idade, ou, ao menos, até os doze anos de idade incompletos, conforme o conceito de criança expresso no artigo 2º,²⁹⁶ do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A razão parece estar também com os defensores da extensão da licença-maternidade a um dos adotantes do sexo masculino, ao pai solteiro ou ao viúvo, em privilégio ao princípio da igualdade, da não discriminação e da proteção da criança e da família, pois a “integração da criança ao novo lar pode ser mais difícil do que a situação decorrente do

²⁹²RENAULT, Maria Luiza Drummond. op. cit., p. 12-13.

²⁹³FRANCO NETO, Georgeton de Souza. op. cit., p. 197-198.

²⁹⁴RENAULT, Maria Luiza Drummond. op. cit., p. 13-14.

²⁹⁵PINTO, José Augusto Rodrigues. op. cit., p. 222.

²⁹⁶BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 15 fev. 2012.

parto, principalmente quando concedida a alguém do sexo masculino que não viva com esposa ou companheira”.²⁹⁷

Como visto nas linhas acima, na Justiça do Trabalho, ao menos para seus servidores, foi elastecida a licença-maternidade ao pai solteiro, sendo certo que, recentemente, da mesma forma, em decisão visionária, de caráter liminar, uma juíza federal, em Brasília, determinou que o pai viúvo, policial federal, em decorrência de complicações no parto da esposa teria direito a licença pelo prazo de seis meses.²⁹⁸

Antonio Borges de Figueiredo concebe que no casamento e união estável entre pessoas de sexos diferentes, ao menos a mulher, na adoção, terá a licença-maternidade, enquanto se for uma união homoafetiva do sexo feminino qualquer uma delas poderia usufruir do benefício,²⁹⁹ acrescenta-se, entretanto, a essa visão que o gozo não pode ser ao mesmo tempo, pois, apesar do caráter social, geraria um foco ainda maior de discriminação das mulheres na busca pelo pleno emprego, nada impedindo, a nosso ver, que uma usufrua da licença-maternidade e a outra da licença- paternidade.

O maior problema ocorre quando o adotante é pai solteiro, viúvo ou a união estável é entre dois homens que, em tese, não poderiam usufruir da licença-maternidade por não serem mulheres e nenhum deles poderia gozar da licença-paternidade por ausência de disposição legal autorizativa.

Além disso, dentro da acepção de divisão das responsabilidades familiares entre ambos os sexos, torna-se interessante a ampliação da licença-maternidade, autorizando sua concessão também aos pais, especialmente quando a esposa ou companheira vier a óbito em decorrência do parto, fato associado à valorização da licença-paternidade, que, inclusive, ensejou Doroti de Almeida Fadlalla a defender, no Estado de São Paulo, que:

“(…), a inserção, no contexto do regime jurídico único dos servidores civis, em fase de elaboração, de licença-paternidade, por prazo a ser fixado pela Comissão Técnica, pelo nascimento em circunstâncias normais, e por cento e vinte dias, a servidor cuja esposa parturiente vier a falecer.”³⁰⁰

²⁹⁷FIGUEIREDO, Antonio Borges de. Benefício na adoção masculina e inclusão social: uma proposta. *Revista de Previdência Social*, São Paulo, v. 32, n. 329, p. 295, abr. 2008.

²⁹⁸PORFÍRIO, Fernando. Viúvo ganha na Justiça direito a licença-maternidade de seis meses para cuidar do filho. *UOL Notícias*, 13 fev. 2012. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2012/02/13/viuvo-ganha-na-justica-direito-a-licenca-maternidade-de-seis-meses-para-cuidar-do-filho.htm>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

²⁹⁹FIGUEIREDO, Antonio Borges de. op. cit., p. 295.

³⁰⁰FADLALLA, Doroti de Almeida. Licença-paternidade: sugestão de previsão legal de concessão a servidor cuja esposa parturiente vier a falecer. *Estudos e Pareceres Jurídicos*, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 81, jan./jun. 1991.

A melhor solução, como se depreende das discussões apresentadas, seria o nivelamento dos direitos à licença, até mesmo modificando seu nome para licença parental ao invés de sua associação ao termo maternidade, conforme é defendido por parte da doutrina.³⁰¹

Apesar da inexistência de uma padronização, nos países que adotam esse tipo de licença, que pode se confundir, às vezes, com a licença-maternidade ou com um prolongamento dela, percebe-se que já surgiram algumas linhas mestras traçadas, principalmente pela OIT, que, na Recomendação nº 165, de 1991, estabeleceu que homens ou mulheres deveriam ter direito a uma licença, sem prejuízo de seu trabalho e dos direitos inerentes a ele, após o gozo da licença-maternidade.³⁰²

Percebe-se que, no âmbito da Organização, a tendência é reputar a licença parental como um “plus”, que não se confundiria com a maternidade, ao menos, no que se relaciona com a saúde da mulher ou com a necessidade de amamentação dos filhos, nem com a licença-paternidade ou para assuntos familiares, sendo que esta última poderá ter como objeto o cuidado a qualquer membro de uma família (ascendente, descendente e cônjuges).³⁰³

A regulação da licença parental pode variar, conforme a intenção dos Estados, por exemplo, em incentivar a criação de novos postos de trabalho, o aumento da taxa de natalidade ou, ainda, o que mais de perto nos interessa, uma maior igualdade de tratamento para os gêneros, sem distinção do homem e da mulher na distribuição das responsabilidades familiares.³⁰⁴

Diante de todos esses problemas que acompanham a interpretação da legislação em vigor e a experiência do direito estrangeiro, Silvana Souza Netto Mandalozzo e Lucia Cortes da Costa recomendam que o artigo 392, da CLT, viesse a apresentar a seguinte redação: “A empregada gestante ou a(o) empregada(o) que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança tem direito à licença de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário.”³⁰⁵

As mesmas doutrinadoras anteveem que também se poderia acrescentar a possibilidade de opção por um dos adotantes, caso a adoção se dê por mais de uma

³⁰¹MANDALOZZO, Silvana Souza Netto; COSTA, Lucia Cortes da. op. cit., p. 99.

³⁰²LA LICENCIA para el cuidado de los hijos. *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, v. 116, n. 1, p. 126-127, 1997.

³⁰³Id., loc. cit.

³⁰⁴Id. Ibid., p. 128.

³⁰⁵MANDALOZZO, Silvana Souza Netto; COSTA, Lucia Cortes da. op. cit., p. 99.

pessoa,³⁰⁶ o que, a nosso ver, resolveria em grande parte o problema da discriminação da mulher no meio laboral.

O artigo 396, da CLT,³⁰⁷ concede um lapso temporal de trinta minutos, duas vezes ao dia, para amamentação da criança até que venha a atingir seis meses de idade ou mais, neste último caso, dependerá do “critério da autoridade competente”, e do estado de saúde do infante, portanto, sua finalidade é legítima na medida em que almeja o bem-estar do recém-nascido com a sua devida alimentação.

Ocorre que o dispositivo causa maiores problemas do que traz soluções, visto que as mães que não trabalham nas proximidades de sua residência dificilmente poderiam, em trinta minutos, duas vezes ao dia, amamentar seus filhos.³⁰⁸

Além disso, seria injusto impelir a trabalhadora a procurar um emprego próximo de sua residência, na medida em que esses períodos não conseguem viabilizar grandes deslocamentos.

Nesse contexto, esse dispositivo deveria ser reformulado, a fim de, em conjunto com o disposto no artigo 389, §1º, da CLT, determinar a todas as empresas que contratarem empregados de ambos os sexos, assim como há necessidade flagrante de manter banheiros, também a obrigatoriedade da existência de local adequado para propiciar a amamentação de recém-nascidos até, no mínimo, os seis meses de idade, pela mãe, de maneira natural, ou, ainda, por qualquer dos pais, por intermédio de mamadeiras ou meios similares, com o leite materno ou um substitutivo adequado.

As facilidades com a alimentação das crianças por meio de substitutos do leite materno ou, ainda, por intermédio de mamadeiras, contendo o próprio leite da mãe ou produto assemelhado, devidamente acondicionado, possibilita que a dispensa pelo período determinado na CLT seja usufruído também pelos homens em certas circunstâncias,³⁰⁹ uma vez que nem mesmo a condição de amamentação exigida pode se circunscrever ao leite proveniente exclusivamente do seio materno.³¹⁰

Em hipótese contrária, ou seja, se isso fosse faticamente impossível, a criança ficaria sem qualquer tipo de providência tendente ao seu fortalecimento bio-físico, não se concedendo tempo algum para os cuidados do infante por quaisquer dos pais.

³⁰⁶MANDALLOZZO, Silvana Souza Netto; COSTA, Lucia Cortes da. op. cit., p. 99.

³⁰⁷BRASIL. Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. *Consolidação das Leis do Trabalho*, cit.

³⁰⁸MANDALLOZZO, Silvana Souza Netto; COSTA, Lucia Cortes da. op. cit., p. 100.

³⁰⁹Id., loc. cit.

³¹⁰PINTO, José Augusto Rodrigues. op. cit., p. 233.

O artigo 396, da CLT, portanto, poderia ser modificado, a fim de não só autorizar o pai que adota criança ou que perdeu a esposa ou companheira durante o parto, mas dentro da concepção de divisão das responsabilidades familiares a qualquer um que se prontifique a realizar essa tarefa (homem, mulher, pai ou mãe), independentemente de seu sexo e dos preconceitos que circundam a questão, mas sempre no resguardo das necessidades do menor.³¹¹

Na Lei nº 8.213/91, que trata dos planos de benefícios da previdência social regula-se os direitos já consagrados na Constituição Federal, promovendo várias diferenciações entre o sexo feminino e masculino, entretanto, ao se especificar, no artigo 57, que a aposentadoria especial decorre do trabalho “sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei”,³¹² não prevê nenhum tratamento diferenciado para as mulheres acerca do tempo de exposição às condições insalubres.

Essa ausência de diferenciação na aposentadoria especial, associada à situação da aposentadoria compulsória no serviço público, demonstra, de certa forma, o enfraquecimento da defesa exacerbada por parte da doutrina acerca da necessidade de tratamento diferenciado às mulheres, ante sua maior fragilidade em relação aos homens.

Para Marly Cardone, as disposições acerca das licenças maternidade e paternidade deveriam constar de um capítulo denominado “Da proteção à família do trabalhador”, declarando que “a salvaguarda do direito da mãe e do pai de estarem com o filho gerado por eles e parido por ela (ou adotado) tem a ver não só com aspectos sanitários da parturiente e da criança”, atingindo “os laços afetivos entre todos, indispensáveis para a saúde psicológica do indivíduo e da sociedade.”³¹³

Dentro dessa visão, deve ser analisada a condição que a legislação nacional efetivamente proporciona de proteção às mulheres, bastando as normas ora analisadas para se constatar que a previsão de disposições que asseguram milhares de direitos não significa a garantia de usufruto dos benefícios que, muitas vezes, não se consubstanciam faticamente, visto serem utilizados como motivos não declarados para impedir a contratação de trabalhadoras, em virtude dos custos da relação de emprego.

³¹¹MANDALOZZO, Silvana Souza Netto; COSTA, Lucia Cortes da. op. cit., p. 100.

³¹²BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. *Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 15 fev. 2012.

³¹³CARDONE, Marly Antonieta. op. cit., p. 1343.

Assim, traçadas essas considerações, seria conveniente analisar a posição dos tribunais brasileiros sobre questões que envolvem o gênero direta ou indiretamente na contemporaneidade.

2.3. Jurisprudência dos tribunais brasileiros sobre a discriminação de gênero

2.3.1. Decisões do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal apenas se manifesta em questões específicas envolvendo discussão de matéria constitucional ou em hipóteses expressamente previstas na Constituição Federal, funcionando como guardião e uniformizador da interpretação dos preceitos constitucionais.

Diante da competência especial da Corte Constitucional, ela acaba pronunciando-se em pouquíssimos casos, visto que a grande maioria dos recursos interpostos são recusados por aventarem reexame de normas municipais, estaduais e federais, além de outros preceitos que não se caracterizam como violação direta, mas meramente reflexa do texto constitucional.

Apesar da análise do mérito de recursos em quantitativos menores que outros tribunais, as poucas manifestações do Supremo Tribunal Federal repercutem no meio jurídico, influenciando a aplicação e a interpretação das disposições constitucionais pelos demais tribunais e órgãos julgadores.

Em recentes decisões proferidas pelo Pretório Excelso, verifica-se que há uma alteração do paradigma acerca da estigmatização no tratamento diferenciado para as questões de gênero, ou seja, desnivelamento de direitos e obrigações para homens e mulheres.

Os julgados tendem a proporcionar uma maior igualização de direitos, afastando o sexo como diferencial significativo no tratamento do ser humano, evoluindo para defender que a desigualização deve considerar uma situação fática em que as pessoas se encontram, ou melhor dizendo, as disposições devem consagrar a regulação das circunstâncias fáticas vivenciadas pelo ser humano e não a condição de um determinado sexo em caráter geral.

Essa tendência é aferida das manifestações atuais, envolvendo o que se convencionou a denominar de união homoafetiva, em que o sexo do ser humano em si não é levado em consideração, mas sim como opção sexual do indivíduo, dando interpretação

ampla as disposições constitucionais quando se menciona o termo “família.”

Dentro dessa visão contemporânea dos valores sociais, o Supremo aplica de maneira coordenada diversos princípios, dentre os quais, a igualdade, a não discriminação, a proibição do preconceito, o constitucionalismo fraternal, a dignidade humana, a busca da felicidade, o pluralismo, autorizando, por exemplo, o deferimento de pensão por morte de um parceiro ou convivente ao sobrevivente, seja a união entre pessoas do sexo masculino ou do feminino, bem como implementando a interpretação conforme o texto constitucional de disposições infraconstitucionais.

Nesse sentido, são vários os precedentes, citando-se a título de exemplo o RE 477554 AgR, tendo como relator o Ministro Celso de Mello, segunda turma, julgado em 16/08/2011, DJe-164, divulg. 25-08-2011, public. 26-08-2011, ement. vol-02574-02 pp-00287.³¹⁴

Na mesma linha, encontram-se a ADPF 132, relator o Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198, divulg. 13-10-2011, public. 14-10-2011 ement. vol-02607-01, pp-00001³¹⁵ e ADI 4277, relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198, divulg. 13-10-2011, public. 14-10-2011 ement. vol-02607-03, pp-00341.³¹⁶

Em outras oportunidades, o Supremo Tribunal Federal não vislumbra afronta ao princípio da igualdade se a discriminação decorre da “natureza das atribuições e funções exercidas em razão do sexo”, apenas se o critério adotado, por exemplo, na admissão no concurso público é ilegítimo por refletir um cunho meramente discriminatório.

Nesse diapasão, encontram-se AI 440905 ED, relator Ministro Gilmar Mendes, segunda turma, julgado em 23/10/2007, DJe-152 divulg. 29-11-2007, public. 30-11-2007 dj 30-11-2007, pp-00125, ement vol-02301-05, pp-00892, RTJ vol-00210-02, pp-00742,³¹⁷ RE 225721, Relator Ministro Ilmar Galvão, primeira turma, julgado em 22/02/2000, dj 28-04-2000, pp-00096, ement vol-01988-06, pp-01114³¹⁸ e RE 120305, Relator Ministro Marco Aurélio, segunda turma, julgado em 08/09/1994, dj 09-06-1995, pp-17236 ement

³¹⁴SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Acórdãos. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=discrimina%E7%E3o+e+sexo&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 07 jan. 2012.

³¹⁵Id. Ibid.

³¹⁶Id. Ibid.

³¹⁷Id. Ibid.

³¹⁸Id. Ibid.

vol-01790-04, pp-00708.³¹⁹

No âmbito do direito previdenciário e do direito do trabalho, verifica-se que as discussões na Corte Constitucional foram mais numerosas, principalmente quando o assunto é a licença-maternidade.

Em determinado momento, em virtude da reforma previdenciária tendente a reduzir os encargos sociais, a emenda constitucional nº 20/98 pretendeu estabelecer um teto ao benefício, no valor de R\$ 1.200,00, deixando, no caso da licença-maternidade, o restante da remuneração que é assegurada pelo artigo 7º, XVIII, da Constituição Federal, na exclusiva responsabilidade dos empregadores.

Isso foi considerado pelo Supremo como inconstitucional, diante dos efeitos discriminatórios que geraria a medida na admissão do sexo feminino, como consequência lógica dos maiores custos na contratação de mulheres, as únicas que, em tese, poderiam usufruir da licença, dando, portanto, interpretação conforme ao artigo 14 da mencionada emenda.

Nesse sentido, encontra-se a ADI 1946, Relator Ministro Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em 03/04/2003, dj 16-05-2003, pp-00090, ement vol-02110-01, pp-00123.³²⁰

Um exemplo da alteração de paradigma seria a concessão de benefícios previdenciários aos conviventes em união homoafetiva relatados anteriormente, em que se vislumbra, nos julgados, o fato deles não se apegarem na ausência de legislação infraconstitucional autorizativa e partirem da interpretação conforme os preceitos da Constituição Federal em vigor.

A questão da igualdade de gênero e o redimensionamento do princípio da igualdade e de seu conteúdo substancial ganhou relevância recentemente, mais precisamente em março de 2012, com o reconhecimento pela Corte Constitucional de repercussão geral da questão que, por sua vez, propicia o sobrestamento e conhecimento de todos os recursos extraordinários atinentes a verificação da constitucionalidade ou não do descanso de 15 minutos, previsto no artigo 384 da CLT para as mulheres, no RE 658312 RG, relator

³¹⁹SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Acórdãos. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=discrimina%E7%E3o+e+sexo&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 22 out. 2012.

³²⁰Id. Ibid.

Ministro Dias Toffoli, julgado em 08/03/2012, acórdão eletrônico, DJe-083, divulg. 27-04-2012, public. 30-04-2012.³²¹

Essa discussão abre a possibilidade da definição pelo Supremo Tribunal Federal de um entendimento uniforme a ser aplicado para todos os outros dispositivos que estabelecem benefícios apenas para as mulheres, sendo certo que a nossa esperança é da determinação de que as melhores condições apliquem-se a todos os seres humanos e não simplesmente sejam abolidas de nosso ordenamento jurídico, mas, de qualquer forma, poderá ser um grande passo na estipulação de que as situações vivenciadas pelas pessoas é que devem ser reguladas e não seu gênero.

2.3.2. Decisões do Superior Tribunal de Justiça

O Tribunal da Cidadania, apesar de ser conhecido como a Corte de uniformização da interpretação da legislação federal, indicando a correta aplicação da norma, vem dispondo de preceitos de índole constitucional de maneira exemplar, amoldando a letra da lei aos anseios e valores imiscuídos na Constituição Federal de 1988, em especial ao consagrar os princípios da igualdade e da não discriminação.

Da mesma forma que o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça apresenta ponderação visionária quanto à questão dos benefícios previdenciários aos conviventes em união homoafetiva, aplicando, em determinadas oportunidades, a analogia na ausência de previsão expressa da lei e demais princípios gerais, dentre os quais a isonomia, utilizando-se, para tanto, dos preceitos da união estável.

Encontram-se decisões que fundadas na concepção ampla de família e em decorrência dos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução às normas do direito brasileiro, determinam o reconhecimento da união homoafetiva, incluindo partilha de bens decorrente do óbito de um deles ou dissolução da união com a atribuição de alimentos.

Nesse diapasão, vislumbram-se o REsp 827.962/RS, Relator Ministro João Otávio de Noronha, quarta turma, julgado em 21/06/2011, DJe 08/08/2011³²² e o REsp 1085646/RS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, segunda seção, julgado em

³²¹SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Repercussão geral. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28trabalho+%29&base=baseRepercussao>>. Acesso em: 25 jul. 2012.

³²²SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=igualdade+e+sexo&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2#>>. Acesso em: 07 jan. 2012.

11/05/2011, DJe 26/09/2011.³²³

A discussão da igualização ou nivelamento de direitos independentemente do sexo do ser humano chega a níveis altíssimos nas decisões do Superior Tribunal de Justiça, demonstrando o adequado entendimento de que o foco será a situação vivenciada pelo indivíduo ou pessoa, pois, nunca se deve atrelar um dever ou direito ao sexo, uma vez que, na atualidade, é reconhecido o direito do próprio homem vir a transforma-se em mulher e vice-versa por meio de cirurgias que propiciam até a modificação do registro civil, sendo incoerente, portanto, recusar qualquer direito a ambos os sexos.

Nesse sentido, visualiza-se o REsp 678.933/RS, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, terceira turma, julgado em 22/03/2007, DJ 21/05/2007, p. 571.³²⁴

A Corte Federal, em certa situação, envolvendo a discussão da ilegalidade da concessão de um “auxílio maternidade”, por intermédio da Caixa de Assistência dos Advogados de uma Seccional da OAB, apenas ao sexo feminino, acabou reconhecendo que o benefício restrito era legal, pois “o desgaste físico, a necessidade de amamentação, cuidados pessoais inerentes ao parto e com o recém-nascido” não demonstravam discriminação sexual, entretanto, como, nesses casos, ainda que de ajuda financeira, o maior beneficiado é a criança, o ideal seria que o auxílio fosse concedido a ambos os sexos, promovendo uma maior igualização de direitos e deveres.

Essas foram as considerações do REsp 1109252/PR, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, quarta turma, julgado em 25/10/2011, DJe 29/11/2011.³²⁵

Os inúmeros julgados demonstram a evolução do tratamento igualitário ao ser humano, independentemente de seu sexo, partindo da correta premissa de que praticamente não existe atividades ou situações que ambos (homem e mulher) não possam vivenciar.

2.3.3. Decisões do Tribunal Superior do Trabalho

O Tribunal Superior do Trabalho é a Corte nacional responsável pela uniformização das normas federais de cunho trabalhista em nosso país e, durante os últimos anos, verifica-se uma posição conservadora da instituição, que, recentemente, declarou a constitucionalidade do artigo 384, da CLT, por decisão de seu órgão pleno, em incidente de inconstitucionalidade.

³²³SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=igualdade+e+sexo&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2#>>. Acesso em: 07 jan. 2012.

³²⁴Id. Ibid.

³²⁵Id. Ibid.

A jurisprudência consolidada acabou por ponderar ser adequada a diferenciação presente na disposição legal concedendo os 15 minutos de descanso antes do início do período extraordinário de trabalho apenas às mulheres e rechaçando esse benefício aos homens, o que acabou, de certa forma, vinculando as decisões dos órgãos fragmentários do Tribunal.

Essa tendência se percebe das seguintes decisões: RR - 1237300-21.2000.5.09.0001, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, data de julgamento: 20/06/2012, 4ª Turma, data de publicação: 29/06/2012, RR - 160400-63.2009.5.02.0463, relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, data de julgamento: 06/06/2012, sétima turma, data de publicação: 15/06/2012, RR - 160400-63.2009.5.02.0463, relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, data de julgamento: 06/06/2012, sétima turma, data de publicação: 15/06/2012 e AIRR - 423-31.2011.5.03.0077, relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, data de julgamento: 11/04/2012, terceira turma, Data de Publicação: 13/04/2012.

Quanto à isonomia sexual implicar em equiparação salarial na Administração Pública, o Tribunal Superior desconsiderou essa possibilidade, demonstrando, mais uma vez, o conservadorismo que tem permeado suas decisões no ED-RR - 107140-57.2000.5.15.0097, relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, data de julgamento: 02/06/2009, sétima turma, data de publicação: 05/06/2009.

Assim, constata-se que as decisões mais visionárias têm sido identificadas nos Tribunais regionais, sendo relevante a análise das Cortes da 2ª e 15ª região nas linhas seguintes.

2.3.4. Decisões do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região

O Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, em alguns julgados, apresenta um raciocínio jurídico mais próximo do defendido nesse estudo, no sentido de elastecer o benefício constante no artigo 384, da CLT, também, para usufruto dos homens, em atenção à consagração do princípio da isonomia, como, por exemplo, no RO - processo nº: 00070008820085020002 (00070200800202005), relator Desembargador Ivani Contini Bramante, data de julgamento: 22/02/2011, quarta turma, data de publicação: 04/03/2011.

Em decisão exemplar do ponto de vista da isonomia, o Tribunal paulista, em dissídio coletivo, formatou diversas cláusulas que, além de proteger a mulher de discriminação no exercício do trabalho, com igualdade de remuneração, prevenção e repressão ao assédio sexual e moral, asseguram a estabilidade no emprego da mulher vítima de violência

doméstica e familiar, e, o mais importante em nossa concepção, consagram a estabilidade do homem enquanto pai, traçando um paralelo com a estabilidade da mãe adotante e gestante em virtude da maternidade em salvaguarda ao princípio da igualdade.

O Dissídio Coletivo em comento é o processo nº: 10479002720105020000 (20167201000002006), relator Desembargador Francisco Ferreira Jorge Neto, data de julgamento: 19/10/2011, SDC, data de publicação: 24/11/2011.

Essas decisões, de maneira essencial, demonstram que a defesa do Tribunal Regional é mais aguerrida em prol da igualização de direitos entre homens e mulheres do que o próprio Tribunal Superior do Trabalho, situação que pode ser explicada pela dificuldade do órgão maior da Justiça laboral reexaminar fatos e provas em sede de recurso de revista, circunstância plenamente admitida nos recursos ordinários.

2.3.5. Decisões do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região

O Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região segue a mesma linha de raciocínio defendida por nossa pesquisa na aplicação do direito, no sentido de evitar discriminação potencial por benefícios estipulados apenas para as mulheres, julgando, em determinados casos, os privilégios previstos na lei como inconstitucionais, como na decisão a seguir reproduzida:

PROCESSO TRT 15ª REGIÃO N.º 01952-07.2007.5.15.0082
 RECURSO ORDINÁRIO - RITO ORDINÁRIO - 6ª TURMA - 12ª
 CÂMARA
 1º RECORRENTE: DENIZE APARECIDA NICÉSIO BORTOLOZO
 2ª RECORRENTE: BRINK'S – SEGURANÇA E TRANSPORTE DE
 VALORES LTDA.
 ORIGEM: 3ª VARA DO TRABALHO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO
 (Juíza Sentenciante: Sandra Maria Zironi)

INTERVALO PARA DESCANSO, DE 15 MINUTOS, EM CASO DE PRORROGAÇÃO DO HORÁRIO NORMAL, PREVISTO NO ART. 384 DA CLT. PROTEÇÃO À MULHER. DISTINÇÃO DE CONDIÇÕES DE TRABALHO ENTRE HOMENS E MULHERES. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE INSCULPIDO NO ART. 5º, I, DA CF. Preceitua o art. 5º, I, da CF, que “Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”. Já o art. 7º, XXX, da Constituição Federal, no capítulo que trata dos direitos sociais ao trabalhador, proíbe expressamente “diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”. Obviamente, tratar a mulher com distinção de condições de trabalho, concedendo privilégios, desestimulando o tratamento igualitário entre homens e mulheres, fará o empregador preterir o sexo feminino,

prestigiando a contratação dos homens, permitindo ainda mais a ocorrência de discriminação no mercado de trabalho. Interpretação diversa incorrerá em violação ao aludido art. 7º, inciso XXX, da Constituição Federal. Presente uma nova ordem constitucional, insculpida pela já vintenária Constituição Cidadã, há que se consagrar o princípio da igualdade, em detrimento a qualquer tipo desarrazoado de proteção, até mesmo de dispositivos que supõem um escopo protetivo, porém detêm, no fundo, um ranço de segregação da mulher, empedernido no seio de nossa sociedade há séculos, mas que, com as conquistas das liberdades, fazem com que, ao passar dos anos, se esvaíam pelas mãos dos agressores, trazendo à lume uma nova ordem social, visando equalizar, com o amadurecimento social, as condições dos aparentemente desiguais. (Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região)³²⁶.

A única diferença, em nossa concepção, é que a melhor maneira para igualizar direitos é elastecê-los e não meramente suprimí-los, como já salientado nas linhas acima.

Em outra oportunidade, o Tribunal reprimiu o assédio moral perpetrado por empresa em face de transexual, arbitrando indenização em virtude da violação da dignidade da pessoa humana e dos preceitos constitucionais de vedação a práticas discriminatórias, o que, antes de repelir, confirma a igualdade de gênero e a defesa da opção sexual dos indivíduos:

5ª CÂMARA (TERCEIRA TURMA)
0078000-40.2008.5.15.0018 RO - RECURSO ORDINÁRIO
VARA DO TRABALHO DE ITU
RECORRENTE: NILSON PEREIRA DA SILVA
RECORRIDO: MUNICÍPIO DE ITU
JUIZ SENTENCIANTE LUIS MARTINS JUNIOR

DANO MORAL. TRABALHADOR QUE ASSUME SUA TRANSEXUALIDADE. DISCRIMINAÇÃO VELADA. TRABALHADOR MANTIDO EM OCIOSIDADE. ASSÉDIO MORAL CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. A discriminação é a negação do princípio da igualdade, eis que discriminar é fazer distinção. Em matéria trabalhista, discriminação, segundo a Convenção 111 da OIT, é toda distinção, exclusão ou preferência que tenha por fim alterar a igualdade de oportunidade ou tratamento em matéria de emprego ou profissão. Em nosso ordenamento jurídico a proibição da discriminação tem base constitucional, eis que, em seu art. 3º, foi estabelecido como um dos objetivos da República Federativa do Brasil, "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação", e, em seu art. 5º, foi assegurado que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à

³²⁶ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. 15ª Região. Disponível em: <<http://consulta.trt15.jus.br/consulta/owa/wPesquisaJurisprudencia>>. Acesso em: 07 jan. 2012.

propriedade...". E, para o caso específico da discriminação no ambiente de trabalho aplica-se também o disposto no art. 1º da Lei 9.029/95. Ocorre que a discriminação do trabalhador é externada muitas vezes através de comportamentos que se configuram como assédio moral. No presente caso, a prova oral demonstrou que o trabalhador, após assumir sua transexualidade, foi afastado do trabalho pelo seu superior hierárquico, sem que houvesse justificativa convincente para isso, eis que a própria testemunha patronal admitiu que no setor de ambulâncias não faltava serviços e que existem uma ou duas ambulâncias reservas. Ora, o fato do empregador deixar o empregado na ociosidade, sem qualquer função, marginalizando-o no ambiente de trabalho, constitui inequivocamente assédio moral. E, na hipótese, o assédio moral é decorrente da discriminação de que o autor foi vítima, discriminação essa que sequer foi declarada, mas, sim, velada, que é aquela que é mais difícil de ser comprovada, porque não se caracteriza por comportamento visível a todos. Neste contexto, a conduta do superior hierárquico violou o princípio da dignidade como pessoa humana, adotado como fundamento de nossa república (art. 1º, III e IV, da CF), sendo devida ao obreiro a reparação civil pelo dano moral sofrido mediante a condenação do reclamado ao pagamento de indenização. Recurso ordinário provido. (Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região)³²⁷

Após a análise das decisões supracitadas, percebe-se uma evolução no entendimento dos Tribunais, apesar do conservadorismo reinante no Tribunal Superior do Trabalho, demonstrando que estudos acerca da igualdade de gênero, em todos os sentidos são bem vindos no meio jurídico, sendo salutar também uma breve exposição sobre a situação do sexo feminino no universo de outros países e acerca das normas internacionais então vigentes para uma melhor compreensão de sua condição real na era contemporânea.

³²⁷ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. 15ª Região. Disponível em: <<http://consulta.trt15.jus.br/consulta/owa/wPesquisaJurisprudencia>>. Acesso em: 07 jan. 2012.

3. A MULHER NAS RELAÇÕES LABORAIS NO ÂMBITO INTERNACIONAL

3.1. Visão global da situação das mulheres em alguns países

A mulher, antes dependente do homem até mesmo para celebrar um contrato de trabalho em diversos países, teve essa condição gradualmente modificada, com a revogação das legislações limitativas de sua autonomia da vontade, impulsionadas, em 1939, com a conclusão da “Resolução sobre o Direito das Mulheres Casadas”, na Conferência de Havana, em que se vedou a extinção do contrato laboral em decorrência do matrimônio.³²⁸

O sexo feminino, após seu ingresso nas atividades econômicas, em especial depois das duas Grandes Guerras, em substituição à mão-de-obra masculina, que compunha as forças militares, transformou-se em um verdadeiro fator econômico, impulsionado pela revolução industrial e pela redução das exigências musculares no exercício do trabalho derivada da implantação da mecanização.³²⁹

Ocorreu uma considerável retração do mercado após o término do conflito³³⁰ e subsequente recuperação nas décadas de 50 e 60,³³¹ sendo que, na atualidade, segundo pesquisas, atinge, na China, mais de 75% da população economicamente ativa, mais de 45% na Europa Central e nos países nórdicos, no Canadá e nos EUA, aproximadamente, 50%, o que corresponde a 31% da mão de obra dos países em desenvolvimento e 40% dos desenvolvidos, aumentando, no Brasil, nas últimas décadas, ocupando os lugares de chefes de família e, muitas vezes, efetivando trabalhos em casa nos países menos desenvolvidos.³³²

Nos EUA, a evolução da posição da Corte Suprema demonstra o preconceito enraizado na sociedade em face do sexo feminino, externando que, desde a origem do país, até a década de 70 do século passado, referendava-se toda e qualquer forma de tratamento

³²⁸ BARROS JUNIOR, Cassio de Mesquita. Paridade e não-discriminação entre homens e mulheres, cit., p. 69.

³²⁹ NOGUEIRA, Claudia Mazzei. *A feminização no mundo do trabalho*. Campinas: Autores Associados, 2004. p. 85-86.

³³⁰ BARROS JUNIOR, Cassio de Mesquita. op. cit., p. 68.

³³¹ Id., loc. cit.

³³² Id. Ibid., p. 77.

diferenciado atinente ao gênero, alterando, posteriormente, seu entendimento apenas, em 1971, no caso *Reed vs. Reed*.³³³

Algumas decisões merecem menção, dada sua importância para a compreensão da questão no primeiro ciclo: em 1873, no caso *Bradwell vs. State*, a Suprema Corte declarou constitucional norma estadual que vedava a função de advogado para as mulheres; em 1875, referendou a aplicação de outra norma estadual que negava o direito de voto ao sexo feminino; em 1908, no caso *Muller vs. Oregon*, manteve a norma estadual que proibia o trabalho feminino por período superior a 10 horas diárias em lavanderias ou indústrias; em 1923, no caso *Adkins vs. Children's Hospital*, afastou, por inconstitucionalidade, norma de Colúmbia, que criava salário mínimo para o sexo feminino, sob o pretexto de assegurar a “liberdade de contratar”; em 1924, no caso *Radice vs. New York*, declarou a constitucionalidade de norma estadual que obstava o trabalho das mulheres entre as 22 horas e 6 horas em restaurantes; em 1937, no caso *West Coast Hotel CO. vs. Parrish*, afastou a decisão, de 1923, passando a considerar constitucional a instituição de salário mínimo para as mulheres por lei; em 1948, no caso *Goesaert vs. Cleary*, manteve a vedação legal da assunção pelas mulheres de atividades em bares ou estabelecimentos destinados a venda de bebidas alcoólicas, salvo na hipótese de serem cônjuges ou descendentes do proprietário; em 1961, no caso *Hoyt vs. Florida*, sabatinou norma estadual que, ao contrário do preconizado em relação aos homens, excluía as mulheres da lista de jurados, excepcionando apenas a hipótese de expressa solicitação delas serem incluídas.³³⁴

O segundo ciclo de decisões da Suprema Corte, demonstrando a alteração do posicionamento do Tribunal, também merece a menção de algumas decisões emblemáticas: em 1971, no caso *Reed vs. Reed*, houve declaração de inconstitucionalidade de lei estadual que dava preferência ao homem em assumir a gestão dos bens deixados em virtude do falecimento de descendente; em 1972, no caso *Stanley vs. Illinois*, rechaçou norma estadual que obstava o pátrio poder de pai solteiro, declarando que tal condição deveria ser concedida, em atenção a isonomia, a ambos os sexos que poderiam, a qualquer momento, disputá-lo; em 1973, no caso *Frontiero vs. Richardson*, afastou norma federal que atribuía pensão à viúva de marido integrante do oficialato militar e excluía o viúvo da esposa ocupante da mesma posição, salvo se demonstrasse que necessitava da remuneração da esposa para as despesas familiares, no mínimo, em 50%; em 1974, no caso *Cleveland*

³³³ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O princípio da isonomia a igualdade da mulher no direito constitucional*, cit., p. 249.

³³⁴ Id. Ibid., p. 253-259.

Board of Education vs. La Fleur, declarou inconstitucional “regulamento escolar” que obrigava professoras a se afastarem do trabalho, sem percepção de remuneração, muitos meses antes do parto; em 1975, no caso Taylor vs. Louisiana, reformulou o entendimento do caso Hoyt vs. Florida, declarando inconstitucional a prévia exclusão do sexo feminino da lista de jurados, salvo solicitação expressa; no mesmo ano, no caso Weinberg vs. Wiesenfeld, foi fulminada norma previdenciária que concedia pensão à viúva e aos descendentes menores de idade no falecimento do homem, pois, na hipótese do óbito ser da mulher, a pensão era concedida apenas aos descendentes; ainda no mesmo ano, no caso Stanton vs. Stanton, foi declarada inconstitucional norma estadual que previa idades distintas entre homens (21 anos) e mulheres (18 anos) para a maioridade civil; em 1976, no caso Craig vs. Boren, norma estadual foi afastada do sistema normativo, pois, sem justificativa plausível, vedava-se a venda de cerveja para homens menores de 21 anos e para mulheres menores de 18 anos; em 1977, no caso Califano vs. Goldfarb, mais uma vez, rechaçou-se norma federal que estipulava diferenças na concessão de benefício previdenciário aos viúvos, mediante prova de dependência econômica de, ao menos, metade da remuneração da esposa.³³⁵

Algumas decisões proferidas referendaram, ainda, a discriminação legal, em atenção a condições peculiares do sexo feminino, sendo oportuna a indicação das seguintes proferidas pela Suprema Corte: em 1974, no caso Geduldig vs. Aiello, manteve norma estadual que excluía de benefício previdenciário (auxílio-invalidez) algumas inabilitações para o serviço, dentre as quais as derivadas do parto normal e da gravidez; no mesmo ano, no caso Kahn vs. Shevin, foi referendada a isenção parcial de imposto predial atribuível apenas as mulheres, no Estado da Flórida; em 1975, afastou-se a inconstitucionalidade de norma federal que excluía dos quadros do serviço militar homens que fossem preteridos por três vezes em promoção do posto, em que se encontravam, enquanto para as mulheres estabelecia-se um tempo máximo de 13 anos sem promoção para a mesma exclusão; em 1977, no caso Vorchheimer vs. School District, declarou constitucional a manutenção de escolas secundárias distintas para homens e mulheres, com semelhantes níveis de ensino; no mesmo ano, no caso, Califano vs. Webster, manteve lei federal que proporcionava um maior benefício na concessão dos valores a serem percebidos na aposentadoria por idade das mulheres.³³⁶

³³⁵CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. op. cit., p. 261-271.

³³⁶Id. Ibid., p. 272-279.

Dentro da concepção dessas decisões relacionadas ao gênero, relevante, ainda, indicar o caso *Price Waterhouse vs. Hopkins*, de 1989, em que a Suprema Corte rechaçou a decisão da empresa de afastar a candidata do sexo feminino por alguns elementos considerados não discriminatórios, entretanto, como um dos elementos utilizados na contratação estava relacionado ao gênero, aplicou a “teoria dos motivos mistos.”³³⁷

Ann McLaughlin consigna que, nos EUA, vigora o princípio de “igual paga por igual trabajo”, não se adotando o preceito de trabalho de igual valor que denomina de “valor comparable”, salvo em negociação coletiva, salientando que este instituto traz problemas de conceituação e implementação, diante de sua imprecisão.³³⁸

O Canadá,³³⁹ por sua vez, por intermédio de sua comissão de direitos humanos, acabou por promover em relação às mulheres reformulações remuneratórias em setores em que as atividades não são semelhantes, enquanto a Austrália se afasta desse processo, concluindo que, mesmo com a Convenção nº 100 da OIT defendendo o trabalho de igual valor, esse princípio não se apresenta disseminado pelos países que aderiram ao tratado.³⁴⁰

Curiosamente, empresas americanas de grande porte adotaram políticas afirmativas, modificando seu sistema de seleção e categorização das funções e atividades laborais, a fim de afastar critérios discriminatórios e adaptar os requisitos de admissão às transformações da ciência que desconectam a atividade de eventual concepção física, atingindo os objetivos almejados.³⁴¹

Nos EUA,³⁴² a população feminina, conforme dados de 2010, superava a masculina, pois representava mais de 160 milhões de um total de quase 318 milhões de habitantes.³⁴³

Da mesma forma, a população feminina economicamente ativa de idade superior ou equivalente a 15 anos, em 2009, nos EUA, superou os 58%, enquanto o total dessa população atingiu cerca de 65% quando agregados homens e mulheres na informação,³⁴⁴ sendo que, em 1992, elas representavam 99% das funções de secretário, 94,3% de enfermeiro, 87,4% de costureiro, 97,3% de recepcionista, 87,1% de babás, 74,8% de

³³⁷ LIMA, Firmino Alves. *Teoria da discriminação nas relações de trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 184.

³³⁸ MCLAUGHLIN, Ann. Igualdad de remuneracion: disminuye la diferencia entre hombres y mujeres. *Boletín de Actualidad Sociolaboral*, Madrid, n. 2, p. 224, 1988.

³³⁹ No Canadá vigora o “Canadian Human Rights Act” de 1977 com as subseqüentes alterações aplicável à discriminação de gênero dentre outras formas de discriminação (LIMA, Firmino Alves. op. cit., p. 165).

³⁴⁰ MCLAUGHLIN, Ann. op. cit., p. 224.

³⁴¹ Id. Ibid., p. 225.

³⁴² Nos EUA vigora o “Civil Rights Act” dispondo sobre discriminação no trabalho, dentre as quais a de gênero, instituído em 1964 e com as subseqüentes alterações. (LIMA, Firmino Alves. op. cit., p. 166).

³⁴³ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Países*. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/paisesat/main.php>>. Acesso em: 25 ago. 2011.

³⁴⁴ Id. Ibid.

professor de nível fundamental e médio, 10,8% de policial e 21,4% de advogado e magistrado.³⁴⁵

Os índices de desemprego das mulheres são inferiores aos dos homens nos países nórdicos, situação diversa da vivenciada na maioria dos países da Europa,³⁴⁶ demonstrando, no mínimo, um diferencial importante da política social adotada na Noruega, Finlândia, e Suécia.

Na Noruega, a população feminina era de 2,44 milhões e a masculina de 2,41 milhões, em 2010,³⁴⁷ sendo que, em 2009, a população economicamente ativa com idade igual ou superior a 15 anos era de 66,35%, com as mulheres apresentando o índice de 62,42%.³⁴⁸

A Suécia detinha, dentre seus habitantes, cerca de 4,67 milhões de mulheres e 4,61 milhões de homens em 2010,³⁴⁹ enquanto isso a população economicamente ativa total, em 2009, a partir dos 15 anos de idade era de 64,68% e dentre as mulheres de 60,75%.³⁵⁰

Já na Finlândia, em 2010, a população feminina alcançou 2,72 milhões e os homens 2,62 milhões,³⁵¹ mas no segmento da população economicamente ativa em 2009, percebe-se, da mesma forma, que o sexo feminino apresentava-se com 57,51% no computo das mulheres com idade igual ou superior a 15 anos, enquanto a totalidade da população economicamente ativa chegava a 61,22%.³⁵²

Esses altos índices de participação na atividade econômica por parte das mulheres deve-se, em parte, ao elevado grau de educação que alcançam nesses países, contudo, mesmo assim, percebe-se uma segmentação nas profissões seguidas pelo sexo masculino (por exemplo, engenharia, matemática e informática) e pelo feminino (por exemplo, magistério e medicina), o que pode influenciar na distribuição da remuneração percebida por eles.³⁵³

Os Estados nórdicos apresentam níveis bem próximos de igualdade de participação de homens e mulheres no mercado de trabalho, desde a década de 90,³⁵⁴ fruto de uma política

³⁴⁵NASCIMENTO, Sonia A.C. Mascaro. O direito do trabalho da mulher, cit., p. 198-199.

³⁴⁶MELKAS, Helina; ANKER, Richard. op. cit., p. 376.

³⁴⁷INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Países*. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/paisesat/main.php>>. Acesso em: 25 ago. 2011.

³⁴⁸Id. Ibid.

³⁴⁹Id. Ibid.

³⁵⁰Id. Ibid.

³⁵¹Id. Ibid.

³⁵²Id. Ibid.

³⁵³MELKAS, Helina; ANKER, Richard. op. cit., p. 377.

³⁵⁴Id. Ibid., p. 375.

própria de fomento da igualdade de gênero reconhecida pela ONU,³⁵⁵ fato influenciado também pelos estereótipos sociais e culturais em vigor nos mencionados países.³⁵⁶

Sara Elder e Lawrence Jeffrey Johnson consideram que esse desempenho decorre do maior índice educacional das mulheres nesses países e da política de disponibilização de locais para guarda e cuidado das crianças, reduzindo as barreiras para o exercício do trabalho feminino e outras medidas em prol da família.³⁵⁷

Nos países escandinavos, ainda assim, dentre as profissões com maior incidência de mulheres, encontram-se as empregadas domésticas, governantas, babás, secretárias, enfermeiras, funcionárias de escolas infantis, estenógrafas etc.³⁵⁸

O que se verifica é que, apesar da aparente igualdade de representação, a desigualdade continua implícita no sistema interno desses países, com pequena inserção do sexo feminino no setor privado, que remunera melhor do que no público, em que acabam integrando com maior facilidade,³⁵⁹ bem como com uma maior incidência nas atividades ou ocupações que pagam salários menores, em virtude da função exercida ou do tempo da jornada de trabalho destinado em decorrência das responsabilidades domésticas.³⁶⁰

Isso demonstra que enquanto não se estabelecerem formas de redução dessa desigualdade, redistribuindo os trabalhos domésticos não remunerados entre ambos os sexos, por intermédio de uma política específica, deixando de lado a concepção retrógrada de que essa questão é de responsabilidade e de interesse meramente particular dos casais e não de amplitude pública, esse problema estará longe de ser solucionado.³⁶¹

Nos países da América do Sul e Latina percebe-se que, em grande parte há uma predominância da população feminina sobre a masculina em números absolutos, com exceção de alguns países, como, por exemplo, a Costa Rica, Cuba, Peru, República Dominicana, Paraguai, Venezuela, Belize, Equador, Suriname e o Panamá.³⁶²

Nesse momento, torna-se interessante indicar um breve apanhado sobre a participação das mulheres com idade igual ou superior a 15 anos na economia e a

³⁵⁵MELKAS, Helina; ANKER, Richard. op. cit., p. 371.

³⁵⁶Id. Ibid., p. 391-392.

³⁵⁷ELDER, Sara; JOHNSON, Lawrence Jeffrey. Los indicadores laborales por sexo revelan la situación de la mujer. *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, v. 118, n. 4, p. 504, 1999.

³⁵⁸MELKAS, Helina; ANKER, Richard. op. cit., p. 386.

³⁵⁹Id. Ibid., p. 375.

³⁶⁰Id. Ibid., p. 371.

³⁶¹PLATENGA, Janneke; HANSEN, Johan. Balance de la igualdad de oportunidades en la Unión Europea. *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, v. 118, n. 4, p. 422, 1999.

³⁶²INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Países*. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/paisesat/main.php>>. Acesso em: 25 ago. 2011.

integralidade da percentagem ativa da população em alguns Estados a título exemplificativo, baseado em dados coletados durante o ano de 2009.³⁶³

Consta que na América Latina e nos países menos desenvolvidos, as normas de cunho tutelar, que restringem as atividades das mulheres, são mais comuns do que nos países desenvolvidos, enquanto a incidência nestes de mulheres que abandonam seus empregos para cuidar da prole é bem menor do que naqueles,³⁶⁴ demonstrando claramente que a existência de um arcabouço legal de caráter protetivo não se relaciona com a manutenção de empregos do sexo feminino.

A ineficiência, portanto, das políticas igualitárias não ocorre por ausência de legislação tutelar da igualdade de tratamento, visto que, na maioria dos países, ela existe e é vigorosa.

Na Constituição do Chile, de 1980, existem diversos dispositivos tutelares dos trabalhadores, sendo de fundamental importância as atinentes à liberdade de trabalho e seu acesso sem discriminação, que apenas “*pueden basarse en la capacidad o idoneidad personal, salvo que la ley exija la nacionalidad chilena o límites de edad para ciertos casos.*”³⁶⁵

No ordenamento jurídico francês, a isonomia de remuneração entres os sexos surgiu com a Lei nº 72-1.143, situação referendada pelo Código do Trabalho, ao assegurar um mesmo salário para um trabalho idêntico ou de igual valor, envolvendo na igualdade de remuneração tudo que for pago em função do trabalho, ainda que não seja em dinheiro ou mesmo de maneira indireta.³⁶⁶

Na França, o salário de maior valor pago fará com que se eleve o de menor numerário se a atividade for idêntica ou de “igual valor”, sendo ônus do empregador comprovar motivos legítimos de diferenciação remuneratória, prevalecendo na hipótese de imprecisão uma interpretação tendente a privilegiar a mulher,³⁶⁷ associado a isso, o sistema legal estabelece pena de multa, divulgação da condenação e até de prisão se não for respeitada a isonomia salarial para ambos os gêneros.³⁶⁸

³⁶³INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Países*. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/paisesat/main.php>>. Acesso em: 25 ago. 2011.

³⁶⁴BARROS JUNIOR, Cassio de Mesquita. op. cit., p. 77.

³⁶⁵BIDART HERNANDEZ, Jose. La tutela no discriminatoria en la Constitución de 1980, cit., p. 53-54.

³⁶⁶NASCIMENTO, Sonia A.C. Mascaro. op. cit., p. 139.

³⁶⁷Id. Ibid., p. 139-140.

³⁶⁸Id. Ibid., p. 140.

Nesse país, apesar do arcabouço legislativo em vigor, tendente a evitar um tratamento discriminatório em relação às mulheres, constata-se que, em 2010, ele detinha cerca de 30,46 milhões de homens e de 32,17 milhões de mulheres,³⁶⁹ sendo que, em 2009, as mulheres economicamente ativas com 15 anos ou mais representavam 49,87%, quando o percentual total da população economicamente ativa é de 55,33%.³⁷⁰

Um dos grandes problemas da discriminação salarial consiste no fato de que ela somente é mais facilmente perceptível se trabalhadores de ambos os sexos trabalham na mesma empresa e exercem as mesmas funções, sendo sensível, no mundo globalizado, que, em média, as mulheres percebem menores remunerações do que os homens em virtude de ocuparem profissões que, em si, são mal pagas pelos empregadores, não necessariamente em função de um preconceito sexista, mas decorrente de ordem cultural e social, visto que muitos homens que executam essas atividades também são mal remunerados.³⁷¹

A situação agrava-se na medida em que a segregação ocupacional ou profissional afasta um dos sexos da atividade, dificultando a verificação acerca da existência ou não de igualdade salarial,³⁷² contudo, a discriminação salarial e segregacional se aproximam e se auto induzem, gerando um verdadeiro círculo vicioso.³⁷³

Outro ponto percebido em pesquisas é que quanto maior o exercício de determinadas profissões pelo sexo feminino, constata-se que o valor retribuído pelo trabalho é reduzido se em comparação com outras, em que os homens são a maioria, entretanto, esses numerários são destinados aos trabalhadores independentemente do sexo daqueles que executam a atividade.³⁷⁴

De outro lado, mesmo no exercício de uma mesma função, numa mesma empresa, não é possível garantir que seja percebida idêntica remuneração por homens e mulheres, visto que, além de eventuais práticas discriminatórias, pode suceder que, ao se cumprir a legislação em vigor, ainda assim, haja discrepâncias salariais derivadas de fatores diversos, tais como maior antiguidade na empresa, que beneficiaria os homens que laboram livremente no mercado há mais tempo,³⁷⁵ situação também vivenciada no setor público em

³⁶⁹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Países*. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/paisesat/main.php>>. Acesso em: 25 ago. 2011.

³⁷⁰ Id. Ibid.

³⁷¹ ROBINSON, Derek. Diferencias de remuneracion entre los sexos segun la profesion, cit., p. 3-4.

³⁷² BLACKETT, Adelle; SHEPPARD, Colleen. Conjugar la negociación colectiva y el fomento de la igualdad. *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, v. 122, n. 4, p. 495, 2003.

³⁷³ PEINADO, Maria Amalia. Analisis de las diferencias salariales por sexo, cit., p. 105.

³⁷⁴ ROBINSON, Derek. op. cit., p. 8.

³⁷⁵ Id. Ibid., p. 4.

que os níveis de igualdade são maiores, mas não impede a incidência do fator tempo de serviço em seus vencimentos.³⁷⁶

Isso também pode se verificar na iniciativa privada, em que a política da empresa ou mesmo as disposições da legislação autorizam uma maior remuneração para os trabalhadores, segundo sua antiguidade na instituição, num quadro específico de evolução da carreira, sendo, nesse caso, as diferenças de idades para aposentadoria, que são defendidas por vários estudiosos, a principal causa da menor remuneração média das mulheres ou mesmo as suas responsabilidades familiares e domésticas, incluindo a maternidade, que podem influir em sua antiguidade,³⁷⁷ o que merece a devida revisão.

Outro fator de discrepâncias dos níveis médios salariais dentro de uma empresa, no direito internacional, pode ser atribuído às diferenças de qualificação profissionais, como a condição de deter o diploma de mestre ou doutor no exercício de uma mesma atividade, uma maior produtividade que influa na remuneração ou, ainda, quando se estudam empresas diversas, a distribuição de homens e mulheres se mostra não equânime entre as instituições que melhor remuneram os empregados, sem mencionar o fato do exercício de funções se dar em localidades em que os salários mínimos são diferenciados, podendo contribuir para a menor média do sexo feminino se as mulheres exercerem suas ocupações nas piores regiões ou entidades.³⁷⁸

O que se deve evitar não é a implementação de um prêmio como incentivo a uma maior produtividade ou a uma melhor qualificação profissional, mas sim que tais práticas representem preconceitos e sirvam para legitimar situações que, em sua essência, são ilegítimas, como seria a hipótese de utilização da qualificação profissional como desculpa aparente para se preterir as mulheres na admissão ao emprego.³⁷⁹

Percebe-se que as normas igualitárias, por si sós, não são suficientes para impedir discriminação no emprego baseada no sexo, tendo em vista que, mesmo com a existência de leis igualitárias, as discrepâncias salariais e de admissão ainda persistem em diversos países, encoberta por critérios como o mérito na seleção e promoção de trabalhadores, ensejando o aprimoramento dos métodos de análise de modo a melhor constatarem os reais motivos das diferenças de tratamento.³⁸⁰

³⁷⁶ROBINSON, Derek. op. cit., p. 32.

³⁷⁷Id. Ibid., p. 12-13.

³⁷⁸Id. Ibid., p. 33.

³⁷⁹DUBUGRAS, Regina Maria Vasconcelos. Discriminação no emprego: formas, defesa e remédios jurídicos, cit., p. 1335.

³⁸⁰PEINADO, Maria Amalia. op. cit., p. 108.

Um dos poucos lugares no mundo em que a população masculina supera a feminina é na China, em que, em 2010, existiam 702,84 milhões de homens e 651,30 milhões de mulheres,³⁸¹ situação muito curiosa e complementada pelo informe de que a população economicamente ativa era de 74,83%, com a indicação que, dentre as mulheres, o percentual é de 70,27% segundo os dados de 2009, com idade semelhante ou superior aos 15 anos,³⁸² nem por isso a situação das mulheres é muito melhor do que a vivenciada no resto do mundo.

Essa percentagem superior de homens na sociedade deve-se à política chinesa de restrição da natalidade, sendo notoriamente propagada a preferência das famílias por conceber um menino, que possa proporcionar maior sustentabilidade ao núcleo familiar em virtude dos estereótipos que ainda vigoram naquele país.

Além disso, percebe-se que as mulheres alcançam uma grande inserção na população economicamente ativa, se comparados com outros países, entretanto, isso não significa melhores condições de vida, diante do sistema semi-escravo de trabalho que vigora naquele país.

A Índia, de outro lado, representa outro país com população de homens superior a de mulheres (627,19 milhões contra 587,26 milhões),³⁸³ contudo a participação do sexo feminino nas atividades econômicas é insignificante em comparação com a China, ao apontar que as mulheres economicamente ativas com idade a partir de 15 anos era de apenas 34,28%, enquanto o total da população da nação alcança 58,45%, no ano de 2009, nessa mesma faixa etária.³⁸⁴

Em algumas nações em que a religião preponderante é a muçulmana proporcionam-se formas de discriminação laboral acintosas, praticamente extirpando as mulheres de determinadas profissões que exigem o contato com homens, impedindo, por exemplo, o seu ingresso em indústrias e estabelecimentos que não admitam em seus quadros apenas as mulheres.³⁸⁵

No Marrocos e na Arabia Saudita, países de influência islâmica, verifica-se que a participação das mulheres na economia é bem reduzida, sendo que neste último, em 2009, só 19,66% das mulheres com idade a partir de 15 anos eram ativas, com a percentagem de

³⁸¹INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Países*. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/paisesat/main.php>>. Acesso em: 25 ago. 2011.

³⁸²Id. Ibid.

³⁸³Id. Ibid.

³⁸⁴Id. Ibid.

³⁸⁵ANKER, Richard. op. cit., p. 360.

54,01% da população total reputada economicamente ativa,³⁸⁶ num universo populacional de 14,35 milhões de homens e de 11,89 milhões de mulheres que habitavam o mencionado país em 2010.³⁸⁷

O Marrocos, por sua vez, em 2009, apresentava 24,64% das mulheres na faixa de 15 anos ou mais ativas, num total de 51,54% da população economicamente ativa,³⁸⁸ sendo que os habitantes desse país eram 15,89 milhões de homens e 16,48 milhões de mulheres, em 2010.³⁸⁹

Isso demonstra que o fator religioso, muitas vezes, é decisivo na participação da mulher na economia, restringindo não só sua admissão no emprego como também as atividades que poderá exercer profissionalmente, sendo certo que a origem e desenvolvimento dos elementos discriminatórios é multifacetário, envolvendo, em alguns países, não só o ordenamento jurídico vigente como também a religião, dependendo direta e indiretamente dos preceitos axiológicos imiscuídos na sociedade em determinado período histórico.³⁹⁰

Derek Robinson prenuncia que *“Hay indicios de que se há producido un progreso moderado y una disminución de la desventaja femenina”*, contudo acaba por concluir que *“pero en la mayoría de los países quedan diferencias grandes e importantes entre la remuneración media de los hombres y la de las mujeres en determinadas ocupaciones.”*³⁹¹

Após esse panorama geral da situação da mulher em diversos países, de maneira associada à análise de alguns preceitos legais do direito vigente naquelas nações, dada a proximidade de Portugal com o Brasil e a circunstância da ex-colônia efetivamente ser influenciada cultural e socialmente pela ex-metrópole, no mínimo, evidencia-se a relevância de uma breve abordagem da situação lusitana.

Assim, por consequência, também será oportuna a análise de algumas normas supranacionais da União Europeia, na qual se insere a sociedade portuguesa e demais países, possibilitando futuras ponderações acerca do redimensionamento do princípio da igualdade material.

³⁸⁶INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Países*. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/paisesat/main.php>>. Acesso em: 25 ago. 2011.

³⁸⁷Id. Ibid.

³⁸⁸Id. Ibid.

³⁸⁹Id. Ibid.

³⁹⁰DUBUGRAS, Regina Maria Vasconcelos. op. cit., p. 1334.

³⁹¹ROBINSON, Derek. op. cit., p. 34.

3.2. A situação das mulheres em Portugal e algumas normas pertinentes da União Europeia

O estudo da situação das mulheres em Portugal é relevante para nossa pesquisa, tendo em vista a situação de colônia em que o Brasil permaneceu durante considerável lapso de tempo, recebendo influências desse país mesmo após sua independência.

O Estado português, em 2010, apresentava uma população feminina de 5,53 milhões, com os homens bem próximos dessa cifra em números quantitativos com 5,19 milhões de habitantes.³⁹² Apesar da população economicamente ativa total com idade a partir dos 15 anos ser de 62,77%, as mulheres ativas representavam 56,40% do seu segmento em 2009.³⁹³

Em Portugal, o artigo 13 da Constituição dispõe sobre a igualdade de caráter geral e amplo no nº 1 do mencionado dispositivo, enquanto a de gênero é prevista no nº 2.³⁹⁴

Maria do Rosário Palma Ramalho dispõe que o princípio da igualdade, presente no artigo 13 da Constituição Portuguesa, apresenta “eficácia imediata e vincula de forma directa as entidades públicas e privadas” e acrescenta que ele “não pode ser objecto de restrições legais, excepto nos casos previstos na Constituição”, concluindo que, mesmo nesses casos, é obrigatório e circunscrito tão-somente a “medida estritamente necessária para assegurar o respeito por outros direitos fundamentais”,³⁹⁵ hipótese que pode ser considerada assemelhada a vivenciada por nosso texto constitucional.

A estudiosa após identificar o princípio da igualdade como preceito fundamental presente na Constituição portuguesa, em sua conotação genérica, infere que, no âmbito do trabalho, ele aparece de maneira especializada como o princípio da “igualdade e tratamento” identificado, num primeiro momento, com o livre acesso à educação profissional, ao emprego e à evolução da carreira profissional associados com uma “igualdade de oportunidades”; surgindo, num segundo momento, com o nivelamento dos direitos, envolvendo a concepção de iguais condições de trabalho e de direitos instituídos que obviamente açambarcam a não discriminação de gênero.³⁹⁶

³⁹²INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Países*. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/paisesat/main.php>>. Acesso em: 25 ago. 2011.

³⁹³Id. Ibid.

³⁹⁴RAMALHO, Maria do Rosario Palma. Igualdade de tratamento entre trabalhadores e trabalhadoras em matéria remuneratória: a aplicação da directiva 75/117/CE em Portugal. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, v. 57, n. 1, p. 161, jan. 1997.

³⁹⁵Id. Ibid., p. 163.

³⁹⁶Id. Ibid., p. 162.

O Estado português, por outro lado, faz parte do que hoje se denomina de União Europeia que, por sua vez, implica numa série de normas supranacionais, que devem ser observadas pelo país, muitas vezes com necessidade de acomodação de sua legislação interna.

A União Europeia surgiu com o intuito de assegurar a prosperidade da Europa como um todo, promovendo a paz e a estabilidade entre os povos, sendo que os artigos 2º, 3º e 8º do Tratado da União Europeia deixam bem claro que a igualdade e a não discriminação entre homens e mulheres são princípios axiológicos que regem a comunidade europeia, que deverá combater as desigualdades sociais assegurando a mencionada igualdade.³⁹⁷

Essa circunstância é referendada pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em que se percebe que a igualdade é reconhecida como verdadeiro direito fundamental a ser defendido por todos os Estados-membros.³⁹⁸

Na mencionada Carta, a igualdade surge, inicialmente, em seu preâmbulo e esclarece que seu intuito é dar mais visibilidade aos princípios que devem ser partilhados pelos membros da comunidade, por intermédio de um reforço em sua defesa, harmonizando a convivência pacífica e consolidando os valores comuns vigentes na comunidade europeia.³⁹⁹

No artigo 15, do diploma mencionado, estabelece-se a liberdade profissional e o direito de trabalhar,⁴⁰⁰ no artigo 20, que “todas as pessoas são iguais perante a lei”,⁴⁰¹ no 21, a proibição de discriminação, o que coíbe o elemento sexo como fator de diferenciação,⁴⁰² sendo que a igualdade de gênero é mais especificamente consagrada no artigo 23, ao alardear que deve ser defendida em todas as áreas, em especial quando se

³⁹⁷ COMISSÃO EUROPEIA. Bruxelas, 18.12.2009. COM(2009)694 final. Relatório da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões. *Igualdade entre Homens e Mulheres 2010*. Disponível em: <<http://www.igualdade.gov.pt/index.php/pt/area-internacional/ue>>. Acesso em: 26 ago. 2011.

³⁹⁸ Id. Ibid.

³⁹⁹ UNIÃO EUROPEIA. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. (2010/C 83/02). *Jornal Oficial da União Europeia*, 30.3.2010. Disponível em: <http://www.igualdade.gov.pt/images/stories/Area_Internacional/UE/CartaDtosFundamentais.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2011.

⁴⁰⁰ Id. Ibid.

⁴⁰¹ Id. Ibid.

⁴⁰² “Artigo 21.º

Não discriminação

1. É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual.

2. No âmbito de aplicação dos Tratados e sem prejuízo das suas disposições específicas, é proibida toda a discriminação em razão da nacionalidade.” UNIÃO EUROPEIA. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. (2010/C 83/02). *Jornal Oficial da União Europeia*, 30.3.2010, cit.

tratar de “emprego, trabalho e remuneração”, excepcionando situações de representação minoritária de um determinado sexo.⁴⁰³

A redação desse último preceito merece os mais sinceros elogios, visto que não restringe a possibilidade de inserção de políticas afirmativas em prol apenas do sexo feminino, assegurando o direito, também, ao masculino, dependendo das circunstâncias vivenciadas.

Em 2006, em Bruxelas, a Comissão das Comunidades Europeias publicou a Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões, documento denominado de Roteiro para a igualdade entre homens e mulheres 2006-2010, em que, no primeiro parágrafo de sua introdução, demonstra cabalmente o intuito de se promover adequadamente a promoção da igualdade de gênero no âmbito europeu, situação que depende, também, da vontade dos países membros da União Europeia, com a edição de normas e políticas internas.⁴⁰⁴

Esse Roteiro esclarece que a comunidade não pode dispensar a inserção das mulheres no mercado de trabalho se deseja manter-se no mercado mundial, tendo em vista as baixas taxas de natalidade dos países europeus, com a consequente restrição de mão-de-obra.⁴⁰⁵

O Pacto Europeu para Igualdade de Gênero, aprovado pelo Conselho Europeu, em 2006, parte do pressuposto de que a inserção das mulheres no mercado de trabalho passa necessariamente, dentre outras coisas, pela eliminação das disparidades sócio-econômicas, no geral, entre os sexos, pela reestruturação e por um maior equilíbrio da vida familiar com

⁴⁰³Artigo 23.º

Igualdade entre homens e mulheres

Deve ser garantida a igualdade entre homens e mulheres em todos os domínios, incluindo em matéria de emprego, trabalho e remuneração.

O princípio da igualdade não obsta a que se mantenham ou adoptem medidas que prevejam regalias específicas a favor do sexo sub-representado. UNIÃO EUROPEIA. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. (2010/C 83/02). *Jornal Oficial da União Europeia*, 30.3.2010, cit.

⁴⁰⁴“O roteiro aqui apresentado define seis áreas de intervenção prioritárias da UE em matéria de igualdade entre homens e mulheres para o período 2006-2010: independência económica; conciliação da vida profissional e familiar; representação equitativa na tomada de decisões; erradicação de todas as formas de violência em razão do sexo; eliminação dos estereótipos de gênero; e promoção da igualdade entre homens e mulheres nas políticas externa e de desenvolvimento. Para cada uma das áreas, identificam-se objectivos e acções prioritários. A Comissão, por si só, não pode concretizar estes objectivos, dado que muitas áreas são da competência dos Estados-Membros. Por conseguinte, o roteiro representa o compromisso da Comissão no sentido de avançar com a agenda da igualdade entre homens e mulheres, reforçando a parceria com os Estados-Membros e outros intervenientes.” (COMISSÃO EUROPEIA. Bruxelas, 18.12.2009. COM(2009)694 final. Relatório da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões. *Igualdade entre Homens e Mulheres 2010*, cit.).

⁴⁰⁵Id. Ibid.

as atividades profissionais, investindo na instituição de creches, que viabilizem a disponibilidade da mão-de-obra feminina e masculina.⁴⁰⁶

O mencionado Pacto engloba mais precisamente três espécies de medidas a serem implementadas pela União Europeia e seus membros: 1) “medidas destinadas a por termo as disparidades entre homens e mulheres e a combater os estereótipos sexistas no mercado de trabalho”, implicando no repúdio a todas as formas de discriminação, no decréscimo das desigualdades, no pleno emprego para as mulheres independentemente de sua idade, na defesa do “salário igual para trabalho igual”, no repúdio ao preconceito e aos estereótipos de conotação sexual no ensino e na atividade laboral, na reformulação dos sistemas de segurança social, a fim de não impedir o acesso do sexo feminino ao emprego, no incentivo ao engrandecimento econômico (incluindo sua inserção no meio empresarial) e político das mulheres, na promoção da indução no âmbito dos serviços públicos e privados de programas acerca do nivelamento de ambos os sexos no meio laboral em que executam suas atividades; 2) “medidas destinadas a promover um maior equilíbrio entre vida profissional e familiar para todos”, intuindo a criação de creches e locais adequados para o cuidado e guarda dos filhos e demais pessoas necessitadas de assistência, bem como a instituição de licença parental independentemente do sexo do trabalhador; 3) “medidas destinadas a reforçar a governação através da integração da dimensão da igualdade entre os sexos e de um acompanhamento mais eficaz”, tendente a garantir que a implementação de políticas no âmbito europeu levem em consideração eventual impacto na igualdade de gênero, aprimorar os dados estatísticos e os indicadores para visualizar mais corretamente a condição da igualdade, asseverando a obrigatoriedade de “utilizar plenamente as oportunidades proporcionadas pela criação do Instituto Europeu para a Igualdade entre Homens e Mulheres”.⁴⁰⁷

Em 2010, a Estratégia para a igualdade entre homens e mulheres 2010-2015, editada pela Comissão Europeia segue a mesma linha dos documentos anteriores, objetivando a

⁴⁰⁶“40. Reconhecendo que as políticas no domínio da igualdade entre os sexos são vitais para o crescimento económico, a prosperidade e a competitividade, o Conselho Europeu sublinha que chegou o momento de assumir a nível europeu um firme compromisso no sentido de implementar políticas destinadas a promover o emprego das mulheres e garantir um maior equilíbrio entre vida profissional e familiar. Para o efeito, o Conselho Europeu aprova o Pacto Europeu para a Igualdade entre os Sexos (cf. Anexo II) e acorda em que deve ser reforçada a disponibilidade de estruturas de qualidade para a guarda de crianças, em consonância com os objectivos nacionais de cada Estado-Membro.” (CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Bruxelas, 18 de Maio de 2006 (29.05). Conselho Europeu de Bruxelas 23/24 de março de 2006. Conclusões da Presidência. Anexo II. Pacto Europeu para a Igualdade de Gênero. Disponível em: <http://www.igualdade.gov.pt/images/stories/Area_Internacional/UE/PactoIG.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2011).

⁴⁰⁷CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Bruxelas, 18 de Maio de 2006 (29.05). Conselho Europeu de Bruxelas 23/24 de março de 2006. Conclusões da Presidência. Anexo II. Pacto Europeu para Igualdade de Gênero, cit.

redução dos desníveis que separam os gêneros, atacando o problema em várias frentes, incluindo as questões horizontais (discussão da “rigidez da repartição de papéis entre homens e mulheres” como empecilho para o pleno aperfeiçoamento do indivíduo), informando, oportunamente, que, na década passada, o nível de empregabilidade das mulheres subiu para 62,5%, com a assunção de 9,8 milhões dos 12,5 milhões novos empregos criados na comunidade europeia.⁴⁰⁸

Isso demonstra que sempre será possível uma melhora nas condições quando a política implementada vem sendo adequadamente acompanhada e continuamente aprimorada pelos órgãos detentores do poder de deliberação e execução das medidas idealizadas.

A Carta das Mulheres, publicada em 2010, dá as diretrizes da União Europeia que serão seguidas, inclusive, pela estratégia acima descrita, elencando cinco áreas em que a igualdade deve ser buscada na comunidade, quais sejam, “igual independência econômica” (atinge a distribuição das tarefas no lar e na atividade profissional), “igual remuneração por trabalho igual e por trabalho de igual valor” (as mulheres ainda percebem remuneração inferior aos homens, o que deve ser combatido), “igualdade na tomada de decisões” (maior participação das mulheres nos setores responsáveis pelas decisões políticas e econômicas no âmbito público e privado), “dignidade, integridade e fim da violência com base da identidade sexual” (preservação de sua independência e autonomia, bem como o adequado respeito à condição humana e seu pleno desenvolvimento, com a implementação de uma política adequada de prevenção e repressão e com a aplicação inclusive de sanções penais coibidoras de tal prática), “igualdade entre mulheres e homens fora da União” (a política de promoção de igualdade de gênero não se restringe à Europa mas, envolve a relação da União com outros países que com ela se relacionem, inclusive com a atuação concertada com outros organismos internacionais, regionais e nacionais de caráter público ou privado).⁴⁰⁹

⁴⁰⁸ COMISSÃO EUROPÉIA. Bruxelas, 21.9.2010. COM(2010) 491 final. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões. *Estratégia para a igualdade entre homens e mulheres*. Disponível em: <http://www.igualdade.gov.pt/images/stories/Area_Internacional/UE/Estrategia2010_2015.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2011.

⁴⁰⁹ COMISSÃO EUROPÉIA. Bruxelas, 5.3.2010. COM(2010)78 final. Comunicação da Comissão. *Empenhamento reforçado na Igualdade entre Mulheres e Homens: uma Carta das Mulheres*. Declaração da Comissão Europeia por ocasião da celebração do Dia Internacional da Mulher 2010 em comemoração do 15.º aniversário da adopção de uma Declaração e Plataforma de Acção na Conferência Mundial sobre a Mulher da ONU, em Pequim, e do 30.º aniversário da Convenção da ONU sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres. Disponível em: <http://www.igualdade.gov.pt/images/stories/Area_Internacional/UE/ComIgualdMH.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2011.

Dentre inúmeros outros órgãos de defesa e promoção dos direitos das mulheres podemos citar a Comissão dos Direitos da Mulher e Igualdade de Gênero junto ao Parlamento Europeu, a Direção Geral de Emprego, Assuntos Sociais e Igualdade de Oportunidades junto à Comissão Europeia, esta responsável pela indicação dos progressos na área da igualdade de gênero, num relatório publicado a cada ano.⁴¹⁰

No relatório de 2010,⁴¹¹ dentre as conclusões, destaca-se “melhorar as medidas de conciliação para homens e mulheres, incluindo regimes de licenças relacionadas com a família, serviços de cuidados e disposições laborais flexíveis”, bem como “encorajar a partilha equitativa das responsabilidades privadas e familiares para facilitar o emprego a tempo inteiro de uns e outras”.⁴¹²

Além disso especifica a manutenção das políticas já indicadas nas linhas acima que são reiteradas especialmente após a recente crise econômica, numa tentativa de que isso não venha a gerar um retrocesso na busca da igualdade de gênero, aliada a um crescimento sustentável e inclusivo, com a adequada capacitação da mão-de-obra em prol do crescimento econômico europeu.⁴¹³

A Diretiva nº 2004/113/CE do Conselho, de 13.12.2004, dispõe sobre a aplicação do princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento, enquanto a Diretiva nº 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 05.07.2006, trata da aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à atividade profissional, sendo que Portugal adotou ambas as diretivas por intermédio de seu direito interno.⁴¹⁴

A Diretiva nº 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 05.07.2006, coíbe qualquer forma de discriminação sexual no meio laboral, seja direta, seja indireta, sendo relevante para nosso estudo.⁴¹⁵

⁴¹⁰COMISSÃO EUROPÉIA. Bruxelas, 18.12.2009. COM(2009)694 final. Relatório da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões. *Igualdade entre Homens e Mulheres 2010*, cit.

⁴¹¹Id. Ibid.

⁴¹²Id. Ibid.

⁴¹³Id. Ibid.

⁴¹⁴COMISSÃO EUROPÉIA. Directiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 5 de Julho de 2006. *Relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à actividade profissional (reformulação)*. Disponível em: <<http://www.igualdade.gov.pt/index.php/pt/area-internacional/ue>>. Acesso em: 29 ago. 2011.

⁴¹⁵Id. Ibid.

Essa diretiva aplica-se à formação profissional, admissão e promoção no trabalho, à remuneração e demais condições de trabalho, bem como em relação aos sistemas de segurança social, sendo certo que se apresenta como disposição mínima, que não impede as mais favoráveis eventualmente estipuladas pelos Estados-membros.⁴¹⁶

Após a crise econômica e financeira vivenciada em nível global, fruto da recessão da economia norte-americana e do efeito cascata proporcionado pela interligação dos mercados dos países que integram a economia mundial, incluindo os Estados-membros da União Europeia, a Comissão Européia propôs uma comunicação denominada EUROPA 2020, publicada no ano de 2010.⁴¹⁷

Nesse documento propõem-se diretrizes e objetivos a serem seguidos no âmbito da União Europeia, no intuito de superar a presente crise e consolidar o desenvolvimento econômico e social do bloco europeu, com o aumento dos postos de trabalho, da produtividade e da inserção social, gerando o que apresentam como uma “economia inteligente, sustentável e inclusiva.”⁴¹⁸

A política europeia tem sido direcionada para o incremento da participação das mulheres no meio laboral, como uma das formas de garantir a “*prosperidad de los Estados miembros de la Unión*”, com reflexos nos níveis de emprego e na economia do bloco econômico.⁴¹⁹

No Tratado de Lisboa, por sua vez, promove-se a inserção no Tratado da União Europeia do artigo 1º-A, especificando que:

“A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de Direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres.”⁴²⁰

⁴¹⁶ COMISSÃO EUROPÉIA. Directiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 5 de Julho de 2006. *Relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à actividade profissional (reformulação)*. Disponível em: <<http://www.igualdade.gov.pt/index.php/pt/area-internacional/ue>>. Acesso em: 29 ago. 2011.

⁴¹⁷ COMISSÃO EUROPÉIA. Bruxelas, 3.3.2010. COM(2010) 2020 final. Comunicação da Comissão. EUROPA 2020. *Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo*. Disponível em: <http://www.igualdade.gov.pt/IMAGES/STORIES/AREA_INTERNACIONAL/UE/EEE2020.PDF>. Acesso em 27 ago. 2011.

⁴¹⁸ Id. Ibid.

⁴¹⁹ PLATENGA, Janneke; HANSEN, Johan. op. cit., p. 393.

⁴²⁰ EUR-Lex. *Alterações Introduzidas no Tratado da União Europeia e no Tratado que Institui a Comunidade Europeia*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/12007L/htm/C2007306PT.01001001.htm>>. Acesso em: 30 set. 2011.

Da mesma forma, o artigo 10-A, também inserido com a edição do mencionado tratado, dispõe, entre outras coisas, que:

“A acção da União na cena internacional assenta nos princípios que presidiram à sua criação, desenvolvimento e alargamento, e que é seu objectivo promover em todo o mundo: democracia, Estado de Direito, universalidade e indivisibilidade dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, respeito pela dignidade humana, princípios da igualdade e solidariedade e respeito pelos princípios da Carta das Nações Unidas e do direito internacional”.⁴²¹

O artigo 2º, alterado, destaca que “a União combate a exclusão social e as discriminações e promove a justiça e a protecção sociais, a igualdade entre homens e mulheres, a solidariedade entre as gerações e a protecção dos direitos da criança.”⁴²²

Por outro lado, o artigo 8º, modificado, expressa que:

“Em todas as suas actividades, a União respeita o princípio da igualdade dos seus cidadãos, que beneficiam de igual atenção por parte das suas instituições, órgãos e organismos. É cidadão da União qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um Estado-Membro. A cidadania da União acresce à cidadania nacional, não a substituindo.”⁴²³

Assim, infere-se, sem esgotar a matéria, diante das disposições acima reproduzidas, dada as inúmeras alterações promovidas ao longo dos anos no tratado da União Europeia e levando em consideração, ainda, a edição das demais normas supranacionais, uma grande preocupação da entidade com a igualdade e com a não discriminação.

Curiosamente, entretanto, a maioria, senão a totalidade, das medidas instituidoras ou promovedoras da igualização dos direitos de ambos os sexos estão corporificadas em diretivas, que não apresentam aplicação imediata, como os regulamentos da União Europeia,⁴²⁴ pois dependem de atos internos de cada um dos países, que ficam atrelados apenas ao objetivo estipulado e não aos instrumentos utilizados para atingi-lo.

Giselda Hildegard Kern concebe como relevantes, no Direito Europeu, as normas que tratam de regimes igualitários contrários à discriminação constantes na Diretiva nº 2000/43/CE (discorre sobre “o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem

⁴²¹EUR-Lex. *Alterações Introduzidas no Tratado da União Europeia e no Tratado que Institui a Comunidade Europeia*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/12007L/htm/C2007306PT.01001001.htm>>. Acesso em: 30 set. 2011.

⁴²²Id. Ibid.

⁴²³Id. Ibid.

⁴²⁴BARROS JUNIOR, Cassio de Mesquita. Paridade e não-discriminação entre homens e mulheres, cit., p. 75.

distinção de origem racial ou étnica”)⁴²⁵, de maneira associada à Diretiva nº 2000/78/CE (“estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional”)⁴²⁶ e à Diretiva nº 2002/73/CE (“altera a Directiva 76/207/CEE do Conselho relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho”).^{427 428}

A última norma alterou a Diretiva 76/207/CEE (“relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho”),⁴²⁹ todas elas tendentes a promover a aplicação do artigo 13 do TCE.⁴³⁰

Existem outras disposições, como a Diretiva nº 2004/113/CE, a Diretiva nº 2006/54/CE e a Recomendação nº 84/635/CEE, todas relacionadas com a igualdade de gênero, sendo esta última, segundo Laura López De La Cruz, diploma em que se “*reconocía la insuficiencia de las normas sobre igualdad de hombres y mujeres en el ámbito laboral, e instaba a los Estados a adoptar medidas de acción positiva al objeto de eliminar las desigualdades que en la realidad de los hechos afectan a las mujeres*”, circunstância que se alterou, em 1999, com o Tratado de Amsterdam, que impulsionou as ações positivas de índole estatal e comunitárias.⁴³¹

⁴²⁵EUR-Lex. *Directiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de Junho de 2000, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0043:pt:HTML>>. Acesso em: 22 abr. 2011.

⁴²⁶EUR-Lex. *Directiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de Novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional*. Disponível em: <<http://vlex.pt/vid/igualdade-emprego-actividade-profissional-36386071>>. Acesso em: 22 abr. 2011.

⁴²⁷EUR-Lex. *Directiva 2002/73/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de Setembro de 2002 que altera a Directiva 76/207/CEE do Conselho relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:269:0015:0020:PT:PDF>>. Acesso em: 22 abr. 2011.

⁴²⁸KERN, Gisela Hildegard. As directivas 2000/78/CE e 2000/43/CE e a sua transposição no direito privado português: a aplicação do princípio da igualdade no direito privado. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 80, p. 767-770, 2004.

⁴²⁹EUR-Lex. *Directiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31976L0207:PT:HTML>>. Acesso em: 22 abr. 2011.

⁴³⁰KERN, Gisela Hildegard. op. cit., p. 767-770.

⁴³¹LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura. La incidencia del principio de igualdad en la distribución de las responsabilidades domésticas y familiares (La nueva redacción del art. 68 del CC tras la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio). *Revista de Derecho Privado*, Madrid, p. 12-14, mar./abr. 2007.

A diretiva nº 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho revogou expressamente as diretivas nºs 75/117/CEE, 76/207/CEE, 86/378/CEE, 96/97/CE, 97/80/CE, 98/52/CE e 2002/73CE.⁴³²

Essas diretivas influenciaram a legislação nacional de diversos países europeus e no Estado português incentivou a criação, em 1973, da Comissão da Mulher, em 1980, da Comissão para a Igualdade de Tratamento no Emprego e a edição do Decreto-Lei n. 392/1979, enquanto, na Itália, surgiu a Lei n. 903/1977.⁴³³

Uma interessante disposição supranacional da União Europeia era a Diretiva nº 75/117/CE, que se referia “à aproximação das legislações dos Estados-Membros no que se refere à aplicação do princípio da igualdade de remuneração entre os trabalhadores masculinos e femininos”,⁴³⁴ dando aplicabilidade ao disposto no artigo 119 do Tratado de Roma.⁴³⁵

O artigo 119 do Tratado da Comunidade Européia⁴³⁶, antes da Diretiva 75/117/CEE, não tratava de remuneração equivalente por trabalho de igual valor, restringindo-se aos trabalhos idênticos, posteriormente, com o Tratado de Amsterdam, alterou-se a disposição referente ao anterior artigo 119, que passou a ser o artigo 141, englobando o já mencionado trabalho de igual valor.⁴³⁷

Dessa forma foi possibilitada a sua aplicação pelo Tribunal Europeu de maneira imediata, o que não seria possível com o teor da diretiva, sendo que essa igualdade de remuneração não se relaciona tão-somente ao salário, mas a qualquer percepção em virtude do contrato de trabalho, seja de que natureza for e ainda que de maneira indireta, não restringindo nem mesmo às indenizações em virtude da demissão do empregado.⁴³⁸

Apesar da discriminação na admissão ao emprego ser mais difícil de se comprovar e ocasionar problemas que ensejam debates infundáveis, como acerca dos limites da autonomia da vontade contratual e sua função social, gerando a necessidade de viabilizar a

⁴³² COMISSÃO EUROPÉIA. Directiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 5 de Julho de 2006. *Relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à actividade profissional (reformulação)*, cit.

⁴³³ BARROS JUNIOR, Cassio de Mesquita. op. cit., p. 76.

⁴³⁴ COMISSÃO PARA A IGUALDADE NO TRABALHO E NO EMPREGO. Directiva 75/117/CEE do Conselho, de 10-02-75. *Relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros no que se refere à aplicação do princípio da igualdade de remuneração entre os trabalhadores masculinos e femininos*. Disponível em: <<http://www.cite.gov.pt/pt/acite/legislacao/comu02.html>>. Acesso em: 22 abr. 2011.

⁴³⁵ RAMALHO, Maria do Rosario Palma. op. cit., p. 159.

⁴³⁶ Também conhecido como Tratado de Roma de 25.03. 1957, sendo que o artigo 119 decorreu de influência da França em sua redação. (LIMA, Firmino Alves. *Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2006. p. 211-212).

⁴³⁷ HEIDE, Ingeborg. Medidas supranacionales contra la discriminación sexual: igualdad salarial y de trato en la Union Europea, cit., p. 437-440.

⁴³⁸ Id. loc. cit.

comprovação de fatos por presunções ou indícios, percebe-se que não se torna menos dificultoso o combate à discriminação remuneratória.

A diferença de tratamento remuneratório pode, muitas vezes, ser maquiada com a decomposição do valor pago ao trabalhador em diversas parcelas, com designações diferenciadas, como, por exemplo, gratificação, adicional, prêmio, abono, participação nos lucros, ajuda de custo, dentre tantas outras que são pagas em virtude do exercício do trabalho e se agregam à remuneração do obreiro, com o intuito de prejudicar a identificação do pagamento de um valor menor a determinadas categorias ou pessoas, fruto de discriminação salarial.

Nas leis portuguesas (nº 18/2004 e nº 134/99), assim como nas Diretiva nº 2000/43/CE e nº 2000/78/CE, não se exige a intenção de discriminar nas discriminações consideradas indiretas.⁴³⁹

A Lei nº 18/2004 autoriza a produção da prova de fatos demonstrativos da “presunção da discriminação”, que na concepção de Gisela Hildegard Kern demonstra-se adequado às determinações europeias “desde que a vítima não tenha o ônus da prova em relação a todos os factos que integram a discriminação”, apesar de, em Portugal, não existir disposição semelhante à europeia, exigindo que o acusado tenha que demonstrar que não teria praticado o ato discriminatório.⁴⁴⁰

Em Portugal, o Código do Trabalho, proveniente da Lei nº 99/2003, especifica, no artigo 22, n. 1, que “todos os trabalhadores têm direito à igualdade” e nos artigos 22, n. 2 e 23, n. 1, veda-se expressamente a discriminação sexual, salvo quando houver fundamento na atividade a ser exercida, entretanto, como é regulador das relações de emprego, não atinge os objetivos da Diretiva nº 2000/78/CE, que almeja a proteção, inclusive, do nominado “trabalho independente.”⁴⁴¹

O artigo 22, n. 2, obsta “qualquer diferenciação relativa aos direitos e obrigações no Direito do Trabalho”, enquanto o artigo 23, n. 1, veda a discriminação de empregados pelo empregador, seja direta, seja indireta.⁴⁴²

O artigo 25 autoriza o tratamento diferenciado, em especial, por gênero, de caráter temporário até se promover o adequado nivelamento nos estritos termos da lei, situação complementada pela Lei nº 35/2004, que legitima as discriminações indiretas adotadas

⁴³⁹KERN, Gisela Hildegard. op. cit., p. 767-779-780.

⁴⁴⁰Id. Ibid., p. 767-785.

⁴⁴¹Id. Ibid., p. 787-788.

⁴⁴²Id. Ibid., p. 767-788-789.

para atingir um objetivo maior, desde que necessários e adequados sejam os instrumentos utilizados.⁴⁴³

O artigo 23, n. 3, exige que o discriminado fundamente o ato de discriminação, apontando os empregados com benefícios que serão utilizados por método comparativo para comprovar a discriminação, contudo, tal prática demonstra problemas de interpretação e de omissão, uma vez que ao empregador será possível comprovar que as condições de trabalho não são discriminatórias, mas deixa em aberto a questão quando não se discuta exatamente as mencionadas condições de trabalho,⁴⁴⁴ sendo essa omissão prejudicial ao regime tutelar.

No combate à discriminação torna-se relevante a compreensão da população no tocante à importância da assunção de um emprego e a participação dos cidadãos na construção de uma sociedade mais justa e equânime, com o nivelamento das oportunidades de ocupação profissional.

Para se chegar a uma disputa salutar pelo emprego e reduzir a discriminação na contratação de mulheres para o exercício de atividades laborais, a experiência europeia nos traz uma série de estudos que merecem uma análise pormenorizada.

Segundo dados disponibilizados pela União Europeia, em publicação de 2009, consta que 91% dos homens com filhos, que necessitam de assistência, são economicamente ativos, enquanto o índice das mulheres é de 65%.⁴⁴⁵

Esse dado demonstra a necessidade de redistribuir as responsabilidades familiares, possibilitando o crescimento profissional do sexo feminino com medidas como a licença parental, regulação do trabalho em jornada reduzida, proteção da maternidade, instituição de creches, licenças remuneradas aos pais, independentemente do sexo do obreiro e jornada flexível, que viabilize a assistência do homem e da mulher a seus filhos e familiares que necessitem de cuidados.⁴⁴⁶

A União Europeia, ciente da necessidade de facilitar o exercício profissional por homens e mulheres, incentiva a criação de locais adequados para o cuidado dos filhos dos trabalhadores, tendo editado, em 1992, uma recomendação, que, por não conceber sanções,

⁴⁴³KERN, Gisela Hildegard. op. cit., p. 790.

⁴⁴⁴Id. Ibid., p. 790-791.

⁴⁴⁵COMISSÃO EUROPEIA. *Uma Europa para as mulheres*. (Manuscrito terminado em Março de 2009). Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2009. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/publications/booklets/others/80/pt.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2011.

⁴⁴⁶Id. Ibid.

não apresentou resultados muito efetivos.⁴⁴⁷

A diretiva europeia, editada em 1996, passou a tratar da licença parental, concedendo aos pais três meses para cuidar de seus filhos, com o objetivo de garantir um mínimo de direitos e, ao mesmo tempo, promover a divisão das responsabilidades entre o casal acerca das atividades domésticas e familiares, num universo de tamanha desigualdade, em que Estados como os Países Baixos concediam uma jornada parcial de até seis meses sem retribuição para esses fins, outros como a Áustria também autorizavam uma parcial jornada, mas o benefício era remunerado e de até dois anos.⁴⁴⁸

O acesso ao Poder Judiciário é uma garantia reconhecida no direito europeu, mas o Tribunal de Justiça Europeu apenas analisa diretamente eventual discriminação laboral cometida contra trabalhadores de seus órgãos ou entidades, visto que os cidadãos devem socorrer-se dos órgãos judiciais dos países que habitam, que aplicam tanto as normas internas quanto as comunitárias.⁴⁴⁹

No intuito de harmonizar a aplicação dessas últimas, os órgãos judiciais nacionais podem submeter as questões ao Tribunal Europeu facultativamente quando entender ser a interpretação prejudicial à análise do caso ou, obrigatoriamente, na hipótese de não existir recurso no âmbito interno dessa decisão, para, só depois de seu posicionamento, vir a decidir a questão.⁴⁵⁰

Na União Europeia, o Tribunal de Justiça reputou irregular por discriminação sexual a não atribuição de descontos nas passagens de trem de familiares de empregadas aposentadas, enquanto os dos empregados eram agraciados (*Garland versus British Rail*), entretanto, essas decisões não são totalmente uniformes, pois, em outra oportunidade, negou o direito de uma empregada em usufruir passagens gratuitas numa relação homoafetiva, enquanto eram concedidos numa relação envolvendo homem e mulher, sob o argumento de que não se tratava de diferenças de tratamento em virtude do sexo, mas sim de opção sexual (*Lisa Jacqueline Grant versus South-West Trains Ltd*).⁴⁵¹

Outro exemplo de discriminação identificado pelo Tribunal Europeu ocorreu com o não pagamento de salário integral a trabalhadoras que por complicações na gravidez, ausentaram-se do serviço antes de três meses da previsão do parto, enquanto, ao mesmo tempo, os homens que sofriam alguma complicação em sua saúde detinham esse direito

⁴⁴⁷ PLATENGA, Janneke; HANSEN, Johan. op. cit., p. 414.

⁴⁴⁸ Id. Ibid., p. 416.

⁴⁴⁹ HEIDE, Ingeborg. op. cit., p. 434-435.

⁴⁵⁰ Id. loc., cit.

⁴⁵¹ Id. Ibid., p. 440-441.

(Pedersen e outros *versus* Foellessforeningen for Danmarks Brugsforeninger e outros).⁴⁵²

O Tribunal de Justiça Europeu considerou discriminação indireta a prática de uma empresa que remunerava a hora de serviço dos trabalhadores em tempo parcial cerca de 10% a menos do que a hora dos que cumpriam jornada integral, partindo do pressuposto de que a maioria dos obreiros prejudicados eram mulheres, situação que, caso não tivesse atingido essa minoria, seria, a princípio, legítima em sua concepção (*Jenkins versus Kingsgate Ltd*).⁴⁵³

As mulheres sempre foram beneficiadas com idades mais reduzidas de aposentadoria, não só pelo setor público como também pelo privado, entretanto esse princípio quase irrefutável décadas atrás começou a ser questionado na União Europeia, com a demanda judicial entre Douglas Harvey Barber *versus* Grupo de Seguros Guardian Royal Exchange, em que se estabeleciam idades reduzidas não só para a aposentadoria das mulheres (57 anos) em relação aos homens (62 anos), como também para as prestações em caso de desemprego, estipulando para os trabalhadores a idade mínima de 55 anos, enquanto as trabalhadoras teriam direito a partir dos 50 anos de idade, sendo que o requerente, ao ser despedido, detinha 52 anos e logrou ganhar a causa com um nivelamento de seu direito ao das mulheres.⁴⁵⁴

A diretiva 76/207/CE era outro diploma de considerável importância na União Europeia, pois vedava a discriminação sexual, especialmente por questões familiares e referentes ao casamento, seja de maneira explícita, seja implícita, por intermédio de instrumentos indiretos, apresentando análises judiciais por seu Tribunal de grande relevância, rechaçando práticas de cunho discriminatório como a referente a não admissão de mulher pelo seu estado gravídico, ainda que se tenha contratado para a função outra mulher (*Elisabeth J. P. versus VJV- Centrum Plus*), bem como na demissão de obreira que engravidou, mesmo se o seu contrato fosse a tempo determinado e com a finalidade específica de suprir a ausência de outra trabalhadora em licença-maternidade.⁴⁵⁵

Um caso muito interessante analisado pelo Tribunal de Justiça Europeu aplicou a Diretiva 76/207/CE para deslegitimar a norma interna de um ente público que especificava ser obrigatória a promoção de uma mulher se na disputa, com igualdade de qualificações, viesse a empatar com um trabalhador, caso a representação do sexo feminino não fosse ao

⁴⁵²HEIDE, Ingeborg. op. cit., p. 442.

⁴⁵³Id. Ibid., p. 443.

⁴⁵⁴Id. Ibid., p. 447-448.

⁴⁵⁵Id. Ibid., p. 450-451.

menos 50% da categoria em disputa.⁴⁵⁶

Dentre as ponderações extrai-se que as medidas de conotação afirmativa deveriam ser interpretadas estritamente e sem exageros, sem promover discriminação direta do sexo masculino, sendo que, em outra oportunidade, o Tribunal ponderou que as mulheres podem ser beneficiadas em caráter temporário, com o intuito de manter a equidade e o nivelamento de oportunidades, observando critérios objetivos e somente enquanto estiverem pouco representadas em certas profissões e ocupações, sem desconsiderar o trabalhador desde o início do processo pelo único fato dele ser do sexo masculino.⁴⁵⁷

As informações acima dispostas acerca da experiência portuguesa e das inúmeras diretivas europeias, de maneira associada ao estudo de alguns julgados paradigmáticos e dos elementos extraídos de pesquisas realizadas na âmbito da União Europeia, demonstram a fragilidade da condição feminina, apesar das inovações e evoluções das normativas e do posicionamento jurisprudencial.

Assim, antes de finalizar o capítulo e averiguar propriamente a viabilidade de um redimensionamento da igualdade material na defesa dos direitos humanos trabalhistas especialmente nas questões de gênero, recomendável discorrer sobre o desenvolvimento das normas editadas pela Organização Internacional do Trabalho e demais organismos defensores dos direitos humanos, que podem nos indicar a tendência mundial acerca do combate à discriminação.

3.3. As principais disposições internacionais relacionadas à igualdade de gênero

A proteção das mulheres, assim como os direitos humanos em geral, passou ao longo dos anos a ser encarada como um problema ou fenômeno de interesse de todos os países e não apenas do Estado em que elas efetivamente habitam, situação decorrente da relativização da soberania estatal e da consagração do indivíduo como sujeito de direitos de cunho também internacional.⁴⁵⁸

O sistema de proteção das mulheres, que se insere no conceito de defesa dos direitos humanos, envolve a integração de vários níveis de tutela, quais sejam, o local acima já delineado no âmbito brasileiro, consistente nas normas do país em que elas vivem, o

⁴⁵⁶ HEIDE, Ingeborg. op. cit., p. 454-455.

⁴⁵⁷ Id. loc., cit.

⁴⁵⁸ PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 12.

regional, em que se estipulam disposições vigentes dentro de um número reduzido de países pertencentes a uma região ou continente e, por fim, o global, que vigora em diversos Estados de maneira indiscriminada, independentemente de sua localização.⁴⁵⁹

Nos dizeres de Flavia Piovesan, esses níveis funcionam segundo “o valor da primazia da pessoa humana”, concluindo que “tais sistemas se complementam, somando-se ao sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais.”⁴⁶⁰

As normas internacionais que dispõem sobre a defesa da igualdade de gênero e do princípio da não discriminação são variadas, não sendo possível nesse tópico abordar todos os preceitos vigentes, bastando a indicação pormenorizada de alguns dispositivos reputados principais, a título de exemplo da regulação global sobre o tema em debate.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴⁶¹, da Organização das Nações Unidas, de 1948, dentre os considerando do preâmbulo, estabelece primazia, dentre outras coisas, “na igualdade de direitos dos homens e das mulheres”, asseverando que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.”⁴⁶²

Existem vários preceitos que fazem menção direta ou indiretamente ao gênero, como o item 1, do artigo II, e o artigo VII da mencionada declaração.⁴⁶³ Essa disposição, obviamente, acompanha a evolução dos costumes e dos valores sociais, não apresentando uma conotação estática, mas sim dinâmica e suficientemente ampla para influenciar todos os países signatários.⁴⁶⁴

O artigo XXIII, por sua vez, trata especificamente das condições de trabalho em

⁴⁵⁹PIOVESAN, Flavia. op. cit., p. 14.

⁴⁶⁰Id. loc., cit.

⁴⁶¹“o feminismo provocou uma revisão na política do corpo, nas relações de gênero e na vida político-partidária. Nos últimos vinte anos evoluiu para uma nova crítica à desigualdade e à construção dos direitos igualitários e de igualdade de oportunidades. Reinventa-se a cidadania para incluir as mulheres: Declaração Universal dos Direitos do “Homem” passou a ser a Declaração Universal dos Direitos “Humanos” depois da conferência de Copenhague de 1993 para incluir as mulheres. A ruptura da antiga ordem hierárquica de dominação masculina é muitíssimo recente, como se vê.” (BLAY, Eva Alterman. Um caminho ainda em construção: a igualdade de oportunidades para as mulheres, cit., p. 95).

⁴⁶²NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 30 ago. 2011.

⁴⁶³Id. Ibid.

⁴⁶⁴PEREZ PERDOMO, Rogelio. La igualdad en la declaracion universal de los derechos humanos. *Revista de la Facultad de Ciencias Juridicas y Politicas*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, v. 36, n. 80, p. 244-245, 1991.

caráter geral, demonstrando que não pode haver discriminação indevida entre homens e mulheres, ao expressar que:

- “1.Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.
3. Toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.
4. Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses.”⁴⁶⁵

Essa norma internacional editada pela ONU demonstra que o combate à discriminação não se restringe ao âmbito de um único país, alcançando todas as nações, pessoas, entes ou entidades espalhadas pelo globo terrestre, no sentido de que se efetive por intermédio da educação “o direito de trabalhar e viver sem ser alvo de humilhações, violência, agressões, desrespeito, perseguições e discriminação”, como se depreende da doutrina de Maria Aparecida Gugel.⁴⁶⁶

A Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, também nomeada como Pacto de São José da Costa Rica, assevera, da mesma forma, em seu artigo 24, que “todas as pessoas são iguais perante a lei”, afirmando que “por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei”, esclarecendo no item 1, do artigo 1, que “os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma”, em especial em virtude do sexo do ser humano.⁴⁶⁷

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, já no preâmbulo, denota sua preocupação com o direito e a dignidade de todos independentemente de seu sexo.⁴⁶⁸ No item 2, do artigo 2º, do tratado obsta a discriminação, mas um dos principais dispositivos é o artigo 3º, que estabelece que “os Estados

⁴⁶⁵NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, cit.

⁴⁶⁶GUGEL, Maria Aparecida. *Discriminação positiva*, cit., p. 19.

⁴⁶⁷ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969)*. (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/conv_americana_dir_humanos.htm>. Acesso em: 30 ago. 2011.

⁴⁶⁸NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_economicos.htm> Acesso em: 30 ago. 2011.

partes do presente pacto comprometem-se a assegurar a homens e mulheres igualdade no gozo de todos os direitos econômicos, sociais e culturais enunciados no presente pacto.”⁴⁶⁹

Essa determinação é complementada pelos artigos 6º e 7º, que tratam de maneira específica do direito do trabalho em conotação ampla, ou seja, desde a formação profissional, abrangendo as condições de trabalho até alcançar a evolução na hierarquia de comando da empresa com as promoções, sem distinção de sexo.⁴⁷⁰

Com o surgimento da Organização Internacional do Trabalho, em 1919, após a 1ª Guerra Mundial, na tentativa de assegurar os direitos sociais mínimos dos trabalhadores⁴⁷¹, criaram-se várias Convenções e Recomendações, algumas de aplicação genérica a todos os obreiros e outras de cunho específico, restritas a determinados segmentos ou mesmo ao gênero feminino, tutelando as mulheres.⁴⁷²

A produção normativa dessa instituição, basicamente, divide-se em duas etapas, em que a linha temporal é o ano de 1950, ou seja, antes dessa data as disposições editadas priorizavam a tutela das mulheres com determinações restritivas do trabalho feminino baseadas na sua fragilidade física, em suas peculiaridades biológicas e no ideário de que são as responsáveis pelas obrigações domésticas no seio da família, após essa data, a finalidade da elaboração das normas foi o nivelamento dos direitos e das condições laborais de homens e mulheres, extirpando as restrições descabidas.^{473 474}

A Convenção nº 100/1951 dispõe sobre a igualdade de remuneração entre o sexo feminino e masculino, considerando que o designativo “remuneração” deve implicar no “vencimento ou salário normal, básico ou mínimo, e quaisquer vantagens adicionais pagas, direta ou indiretamente, pelo empregador ao trabalhador em espécie ou *in natura*, e resultantes do emprego”, bem como que se deve reputar que “igual remuneração de homens e mulheres trabalhadores por trabalho de igual valor” engloba “tabelas de remuneração estabelecidas sem discriminação baseada em sexo” (artigo 1º).⁴⁷⁵

⁴⁶⁹ NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_economicos.htm> Acesso em: 30 ago. 2011.

⁴⁷⁰ Id. Ibid.

⁴⁷¹ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. *O direito do trabalho como dimensão dos direitos humanos*, cit., p. 111.

⁴⁷² NASCIMENTO, Sonia A.C. Mascaro. *O direito do trabalho da mulher*, cit., p. 140.

⁴⁷³ Id. Ibid., p. 140-141.

⁴⁷⁴ BARROS JUNIOR, Cassio de Mesquita. op. cit., p. 73.

⁴⁷⁵ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção (100) sobre a Igualdade de Remuneração de Homens e Mulheres por Trabalho de Igual Valor*. Disponível em: <[http://www.oas.org/dil/port/1951%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20de%20Igualdade%20de%20Remunera%C3%A7%C3%A3o%20\(Conven%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%20100\).pdf](http://www.oas.org/dil/port/1951%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20de%20Igualdade%20de%20Remunera%C3%A7%C3%A3o%20(Conven%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%20100).pdf)>. Acesso em: 01 set. 2011.

A Recomendação nº 90/1951 regula a igualdade de remuneração, sugerindo a sua implementação independentemente do sexo nos setores públicos e privados, com medidas de pesquisa e educação da opinião pública, no sentido de valorizar o trabalho de igual valor prestado por homens e mulheres, aumentando, se for o caso, a remuneração das mulheres, de maneira conjugada com orientação, colocação e formação profissional, viabilizando o acesso a qualquer profissão ou ocupação, salvo situação de saúde e bem-estar feminino, com a instituição de serviços públicos ou privados que atendam as necessidades das trabalhadoras com responsabilidades familiares.⁴⁷⁶

A Convenção nº 103/1952 refere-se à proteção da maternidade, consagrando a licença-maternidade.⁴⁷⁷

A Convenção nº 111/1958 discorre sobre a discriminação no emprego e na ocupação e preconiza que a designação “discriminação” deve envolver:

“tôda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, côr, 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 emprêgo ou profissão”.⁴⁷⁸

Acrescenta, ainda, que “qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprêgo ou profissão”, também é englobada, ressaltando que ela “poderá ser especificada pelo Membro Interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados” (artigo 1º).⁴⁷⁹

No âmbito do combate à discriminação, estipula-se que, para aqueles que tenham aderido, há um dever de:

“formular e aplicar uma política nacional que tenha por fim promover, por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais, a igualdade de oportunidade e de tratamento em matéria

⁴⁷⁶ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. R090 - *Recomendación sobre la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor*. Ginebra, 34ª reunión CIT (29 junio 1951). Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?R090>>. Acesso em: 03 abr. 2010.

⁴⁷⁷ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção nº 103 – Convenção Relativa ao Amparo a Maternidade* (Revista em 1952). Disponível em: <http://www.mte.gov.br/rel_internacionais/conv_103.pdf>. Acesso em: 02 set. 2011.

⁴⁷⁸ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção nº 111 - Convenção concernente à discriminação em matéria de emprêgo e profissão*. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=92814>>. Acesso em: 02 set. 2011.

⁴⁷⁹Id. Ibid.

de emprêgo e profissão, com objetivo de eliminar tôda discriminação nessa matéria.” (artigo 2º)⁴⁸⁰

Bob Hepple, ao comentar o disposto no artigo 2º, da Convenção 111 da OIT, afirma que *“La palabra <<igualdad>> hubiera sido mejor que la expresión <<igualdad de oportunidades>>, que, como ya se ha explicado antes, es ambigua y solo reconoce uno de los sentidos en que debe entenderse la igualdad sustantiva. (...)”*⁴⁸¹

A Recomendação nº 111/1958 discorre, também, acerca da discriminação no emprego e na ocupação, estabelecendo algumas práticas a serem seguidas pelos Estados.⁴⁸²

A Declaração da OIT acerca dos Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho de 1998⁴⁸³ pondera que os países componentes da organização, ao ingressarem em seus quadros, adotaram os preceitos e princípios constantes em suas normas, em especial sua Constituição e a Declaração da Filadélfia, devendo buscar suas finalidades expressamente delineadas nos direitos e deveres externados nas convenções “reconhecidas como fundamentais dentro e fora da Organização.”⁴⁸⁴

Essa declaração assevera que todos os Estados componentes da Organização Internacional do Trabalho, ainda que não houvessem aderido aos atos editados,

“têm o dever, que resulta simplesmente de pertencerem à Organização, de respeitar, promover e realizar, de boa fé e de acordo com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objecto dessas convenções”, dentre os quais “a eliminação da discriminação em matéria de emprego e de profissão”⁴⁸⁵

A Convenção nº 117/1962, ao tratar dos objetivos e normas básicas da política social, defende como “um dos fins da política social” a eliminação da discriminação sexual entre trabalhadores, englobando o tratamento nas disposições legislativas, nos contratos e convenções coletivas, na admissão no posto de trabalho, na formação profissional, na seleção e na promoção de empregados, nas demais condições laborais que atingem até

⁴⁸⁰ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção nº 111 - Convenção concernente à discriminação em matéria de emprêgo e profissão*, cit.

⁴⁸¹ HEPPLÉ, Bob. *Igualdad, representación y participación para un trabajo decente*, cit., p. 14.

⁴⁸² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. R111 - *Recomendación sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación*. Ginebra, 42ª reunión CIT (25 junio 1958). Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?R111>>. Acesso em: 03 abr. 2011.

⁴⁸³ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Constituição da Organização Internacional do Trabalho. Declaração de Filadélfia*. Lisboa: Gabinete para a Cooperação do Ministério do Trabalho e da Solidariedade de Portugal. Escritório da OIT em Lisboa. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/constitucao.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2011.

⁴⁸⁴ Id. Ibid.

⁴⁸⁵ Id. Ibid.

mesmo a segurança, o bem-estar e a higiene no trabalho, na disciplina, no pagamento de salários em obediência ao “princípio de retribuição idêntica por trabalho idêntico” e a livre participação nas negociações coletivas (artigo XIV).⁴⁸⁶

A Convenção nº 168/1988 acerca do Fomento do Emprego e proteção contra o Desemprego, considera necessário um tratamento igualitário, sem discriminação sexual na busca do pleno emprego, contudo, não reputa vedado as diferenças de disposição quando “destinadas a satisfazer as necessidades específicas de categorias de pessoas que encontram problemas particulares no mercado de trabalho” (artigo 6º).⁴⁸⁷

Por outro lado, o pleno emprego a ser eleito como finalidade dos Estados deverá possibilitar o emprego produtivo, envolvendo a seguridade social, orientação profissional, formação e colocação sempre com a conotação de liberdade de escolha (artigo 7º).⁴⁸⁸

A norma dispõe, em caráter complementar, que “todo membro deverá se esforçar para adotar, com reserva da legislação e da prática nacionais, medidas especiais para fomentar possibilidades suplementares de emprego e a ajuda ao emprego”, acrescentando ainda a condição de “facilitar o emprego produtivo e livremente escolhido de determinadas categorias de pessoas desfavorecidas”, sendo que estas devem apresentar dificuldades para se manter no mercado de trabalho, indicando dentre esses grupos as mulheres (artigo 8º).⁴⁸⁹

As demais convenções ratificadas pelo Brasil, apesar de, em um caráter generalista, serem aproveitadas para o estudo da discriminação sexual no trabalho, não serão abordadas, ante os limites desse estudo acerca da igualdade de gênero, bastando as normas acima descritas e delineadas para promover uma noção dos instrumentos internacionais à nossa disposição na prevenção e repressão a qualquer prática discriminatória.

As Convenções nº 177/1996 (Trabalho em Domicílio), 175/1994 (trabalho em tempo parcial), 156/1981 (Trabalhadores com responsabilidades familiares)⁴⁹⁰ apresentam

⁴⁸⁶ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção nº. 117*. Aprovada na 46ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra - 1962), entrou em vigor no plano internacional em 25.4.64. Disponível em: <<http://areaseg.com/bib/03%20-%20CONVENCOES%20OIT/convencao-117.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2011.

⁴⁸⁷ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção 168 - Relativa à Promoção do Emprego e à Proteção contra o Desemprego*. (Genebra, em 1º de junho de 1988). Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=127858>>. Acesso em: 03 set. 2011.

⁴⁸⁸ Id. Ibid.

⁴⁸⁹ Id. Ibid.

⁴⁹⁰ “A Convenção nº 156 da OIT (não ratificada pelo Brasil) e a Recomendação nº 165 da mesma entidade estabelecem que as responsabilidades familiares devem ser divididas pelos cônjuges, de modo que nenhum deles sofra discriminação no trabalho.” (MARTINS, Sergio Pinto. *Licença-paternidade do pai adotante*, cit., p. 134).

disposições relevantes que não foram adotadas por nosso país,⁴⁹¹ mas, da mesma forma, mereceriam maiores estudos, ante sua contemporaneidade e de alguns elementos imprescindíveis para se evitar a proliferação da discriminação sexual no meio ambiente do trabalho, contudo, nesse momento, apenas será abordada a atinente as responsabilidades familiares que se apresenta como a mais relevante para nosso trabalho.

A Convenção nº 156/1981 trata dos trabalhadores com responsabilidades familiares objetivando uma igualdade de tratamento e oportunidades entre os trabalhadores de ambos os sexos, que estejam nessas condições, reputando tais trabalhadores, independentemente de serem homens ou mulheres, aqueles que possuem filhos e familiares, que necessitem de cuidado “*cuando tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella*” (artigo 1º).⁴⁹²

Aplicando-se a todas as atividades de cunho econômico e às categorias de trabalhadores e empregadores (artigo 2º), sendo certo que tal situação jamais poderá ser o motivo de uma extinção do contrato de trabalho (artigo 8º).⁴⁹³

A Convenção determina que os Estados deverão adotar, como uma das finalidades de sua política interna, que se possibilite, sem discriminação, a quem venha a se encontrar numa situação de ser responsável pelos filhos ou familiares, o alcance de um emprego ou ocupação e, sempre que possível, sem prejuízos ao trabalho e às atividades familiares (artigo 3º).⁴⁹⁴

Essa igualdade pretendida deve ser implementada de acordo com as condições de cada um dos Estados aderentes, no intuito de “*permitir a los trabajadores con responsabilidades familiares el ejercicio de su derecho a elegir libremente su empleo*” e “*tener en cuenta sus necesidades en lo que concierne a las condiciones de empleo y a la seguridad social*” (artigo 4º).⁴⁹⁵

Da mesma forma, deve-se adotar ações, segundo essas circunstâncias nacionais, visando:

⁴⁹¹ MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Relação das Convenções da Organização Internacional do Trabalho. Ratificadas pelo Brasil (Até 16 de junho de 2009). Disponível em: <http://www.mte.gov.br/rel_internacionais/Quadro_OIT_ratificadas_Brasil_junho_2009.pdf> Acesso em: 31 ago. 2011.

⁴⁹² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. C156 - *Convenio sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares* (Entrada en vigor: 11 agosto 1983) Ginebra, 67ª reunión CIT (23 junio 1981), cit.

⁴⁹³ Id. Ibid.

⁴⁹⁴ Id. Ibid.

⁴⁹⁵ Id. Ibid.

*“tener en cuenta las necesidades de los trabajadores con responsabilidades familiares en la planificación de las comunidades locales o regionales” e “desarrollar o promover servicios comunitarios, públicos o privados, tales como los servicios y medios de asistencia a la infancia y de asistencia familiar” (artigo 5º).*⁴⁹⁶

O combate à discriminação do trabalhador com responsabilidades familiares deve passar necessariamente pela educação e informação à população acerca da necessidade de coibir tal prática, ante as dificuldades que passam esses empregados e empregadas (artigo 6º), atingindo práticas de orientação profissional e educação qualificada, visando à integração no meio laboral e reinserção decorrente de eventual despedimento em virtude de sua condição familiar (artigo 7º).⁴⁹⁷

Essas medidas tendentes a promover à igualdade de tratamento e de oportunidades podem ser implementadas não só pela lei, mas também contratos coletivos, regulamentos de empresa, contratos de trabalho, decisões judiciais, dentre outras espécies isoladas ou cumulativamente (artigo 9º), reconhecendo-se a possibilidade das entidades representativas de empregados e de empregadores em auxiliar na criação e implementação das práticas tendentes a aplicar a convenção nº 156/1981 (artigo 11).⁴⁹⁸

A Recomendação nº 165/1981 dispõe da mesma matéria da Convenção nº 156/1981, ressaltando que:

*“en el marco de una política nacional con miras a la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores de uno y otro sexo deberían adoptarse y aplicarse medidas para prevenir la discriminación directa o indirecta basada en el estado matrimonial o las responsabilidades familiares” (item 7)*⁴⁹⁹

A mesma norma especifica que *“de conformidad con la política y la práctica nacionales, los trabajadores con responsabilidades familiares deberían tener a su alcance medios de formación profesional y, siempre que sea posible, sistemas de licencia pagada de estudios que permitan utilizar dichos medios”* (item 13)⁵⁰⁰, demonstrando a pluralidade de licenças remuneradas que devem ser disponibilizadas a ambos os sexos e não somente à mulher.

⁴⁹⁶ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. C156 - *Convenio sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares* (Entrada en vigor: 11 agosto 1983) Ginebra, 67ª reunión CIT (23 junio 1981), cit.

⁴⁹⁷Id. Ibid.

⁴⁹⁸Id. Ibid.

⁴⁹⁹Id. Ibid.

⁵⁰⁰Id. Ibid.

Dentre as medidas gerais que poderiam ser adotadas para melhor conciliar as atividades domésticas e familiares com o trabalho, a norma estipula a redução das horas extras e da jornada de trabalho, a maior flexibilidade no período da jornada, nos descansos e nas férias, além de levar em consideração as particularidades familiares dos trabalhadores para fixação do turno diurno e noturno, estabelecer a transferência de local de trabalho de acordo com a localidade em que o cônjuge trabalha, visando a mais adequada para promover a educação da prole (itens 17, 18, 19 e 20)⁵⁰¹

A Recomendação, ainda, expressa que sobre a necessidade de regulamentação do trabalho a tempo parcial, a domicílio e temporários, que apresentam, geralmente, alto índice de responsabilidade familiar, estabelecendo adequada proteção por intermédio da estipulação de condições de trabalho e da seguridade social idênticas ou proporcionais aos empregados por período integral, dependendo das circunstâncias vivenciadas, facilitando a possibilidade de assunção das funções por período integral e seu retorno ao período parcial quando necessário (item 21)⁵⁰²

Quanto às licenças, a recomendação 165 deixa claro que os países deverão, ainda que de forma gradual, criar uma licença parental em momento posterior à licença-maternidade concedida a homens ou mulheres, com a manutenção do emprego e seus direitos (item 22), além de outra licença para cuidado dos filhos ou parentes pelo qual sejam responsáveis em caso de doença (item 23), ambas podendo ficar a cargo da seguridade social (item 28).⁵⁰³

A norma recomenda a adoção de serviços de assistência à infância e de auxílio familiar, baseada em prévio estudo estatísticos da necessidade desses serviços (item 24), com estrutura pública ou privada disponibilizada de maneira gratuita ou a um valor adequado às condições econômicas dos trabalhadores (item 25), sob a fiscalização e supervisão do poder público, que atinge até a preparação dos profissionais que atuarão nessa área.⁵⁰⁴

De qualquer forma, a recomendação estabelece que *“ningún trabajador debería ser excluido de la protección de la seguridad social a causa de la actividad profesional de su cónyuge y de los derechos a prestaciones que emanan de esa actividad”* (item 29), sendo certo que, em hipóteses de desemprego, os serviços de assistência são essenciais e as ações

⁵⁰¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. C156 - *Convenio sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares* (Entrada en vigor: 11 agosto 1983) Ginebra, 67ª reunión CIT (23 junio 1981), cit.

⁵⁰² Id. Ibid.

⁵⁰³ Id. Ibid.

⁵⁰⁴ Id. Ibid.

que procuram melhorar a condição dos trabalhadores, em geral, também, refletem nos que possuem responsabilidades familiares indiretamente(item 34).⁵⁰⁵

Nessa ótica da igualdade de direitos, encontra-se também a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, datada de 1979, que criou o “Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher”, visando “examinar os progressos alcançados na aplicação desta Convenção” (artigo 17).⁵⁰⁶

O texto internacional considera discriminação “toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher”, reputando que essa situação deve perdurar “independentemente de seu estado civil”, fulcrado sempre “na igualdade do homem e da mulher”, lastreado nos “direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo” (artigo 1º).⁵⁰⁷

Dentre os direitos defendidos inclui-se também a saúde (artigo 12), a educação em todos os níveis com “a eliminação de todo conceito estereotipado dos papéis masculino e feminino em todos os níveis e em todas as formas de ensino”, por intermédio do “estímulo à educação mista e a outros tipos de educação que contribuam para alcançar este objetivo e, em particular, mediante a modificação dos livros e programas escolares e adaptação dos métodos de ensino” (artigo 10) englobando o meio urbano ou rural (artigo 14).⁵⁰⁸

Em matéria de emprego e ocupação, a convenção objetiva oportunidades idênticas, envolvendo a qualificação, a opção, a seleção, a promoção, demais condições laborais como a remuneração por igual trabalho ou de igual valor, a seguridade social, a saúde, considerando o trabalho como verdadeiro direito humano, autorizando revisões periódicas em virtude da evolução da tecnologia, seja com a supressão, seja com a ampliação ou

⁵⁰⁵ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. C156 - *Convenio sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares* (Entrada en vigor: 11 agosto 1983) Ginebra, 67ª reunión CIT (23 junio 1981), cit.

⁵⁰⁶ NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher* (1979). Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/11cndh/site/pndh/sis_int/onu/convencoes/Convencao%20sobre%20a%20Eliminacao%20de%20Todas%20as%20Formas%20de%20Discriminacao%20contra%20a%20Mulher.pdf>.

Acesso em: 04 set. 2011.

⁵⁰⁷ Id. Ibid.

⁵⁰⁸ Id. Ibid.

mesmo a singela remodelação, estipulando dentre as medidas a serem implementadas algumas obrigações (artigo 11).⁵⁰⁹

A Convenção da ONU preocupa-se, também, com a alteração dos “padrões sócio-culturais de conduta de homens e mulheres, com vistas a alcançar a eliminação dos preconceitos e práticas consuetudinárias e de qualquer outra índole”, desde que esses preceitos “estejam baseados na idéia da inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou em funções estereotipadas de homens e mulheres”.⁵¹⁰

Preconiza, da mesma forma, com a atenção dada a maternidade que deve ser entendida em sua “função social”, englobando “o reconhecimento da responsabilidade comum de homens e mulheres no que diz respeito à educação e ao desenvolvimento de seus filhos”, colocando os filhos como o elemento principal dessa política (artigo 5º) e os pais com idênticos direitos e deveres familiares (artigo 16).⁵¹¹

Por fim, a Convenção nº 183/2000 da OIT, uma das mais recentes e ainda não ratificada pelo Brasil, discorre sobre a proteção da maternidade e se destina às mulheres empregadas e as que, eventualmente, exerçam “formas atípicas de trabajo dependiente” (artigo 2º).⁵¹²

A Recomendação nº 191/2000, que discorre, também, sobre a proteção da maternidade ao tentar evitar discriminações de cunho sexual por parte do empregador, estabelece que o seguro e o imposto, eventualmente, criado para custear os afastamentos deveriam ser idealizados de acordo com o número total de empregados e não apenas das empregadas (item 4).⁵¹³

Essa norma da OIT dispõe sobre certas circunstâncias atreladas às licenças para cuidar dos filhos que atenuariam critérios discriminatórios, que poderiam recair sobre as mulheres, dentre os quais, o fato de conceder ao pai da criança o direito, se for empregado,

⁵⁰⁹NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher* (1979), cit.

⁵¹⁰Id. Ibid.

⁵¹¹Id. Ibid.

⁵¹²ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. C183 - *Convenio relativo a la revisión del Convenio sobre la protección de la maternidad* (revisado) 1952 (Entrada en vigor: 07 febrero 2002). Ginebra, 88ª reunión CIT (15 junio 2000). Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C183>>. Acesso em: 03 abr. 2011.

⁵¹³ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. R191 - *Recomendación relativa a la revisión de la Recomendación sobre la protección de la maternidad*, 1952. Ginebra, 88ª reunión CIT (15 junio 2000). Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?R191>>. Acesso em: 03 abr. 2011.

de usufruir a continuidade da licença-maternidade concedida após o parto, em caso de óbito, internação e doença da mãe, que impossibilite sua atenção ao recém-nascido.⁵¹⁴

Prevê, ainda, a concessão da licença parental imediatamente após o término da licença-maternidade ao pai ou mãe trabalhadores, sendo que o lapso temporal, o valor a ser percebido, o período concedido a cada um dos pais, o momento da licença, entre outros elementos, deverão ser delimitados pela legislação interna de cada país, ressalvando ainda que os pais adotivos, quando autorizado pela legislação do Estado também necessitam de proteção ao seu emprego com licenças, remuneração e demais garantias (item 10).⁵¹⁵

As disposições internacionais supracitadas, na busca pela prevenção e repressão da discriminação de gênero, de uma forma ou de outra, apresentam como uma constante a tentativa de minimizar as diferenças e barreiras que separam os sexos.

Essa postura vem se desenvolvendo ao longo dos anos e evoluindo da mera proteção tutelar para uma inserção social baseada na igualização de direitos e deveres, em que as responsabilidades domésticas e familiares das mulheres são realocadas, com uma melhor repartição dessas atividades entre elas e os homens, dentre outras medidas, que pretendem nivelar ao máximo possível a condição do gênero humano, colocando-os em pé de igualdade na competição pela assunção de uma vaga no mercado de trabalho, na sua manutenção e progressão nas funções exercidas na empresa.

Nesse contexto, as medidas visam retirar, de alguma forma, a concepção e pressuposição de maiores encargos relacionados com a contratação do sexo feminino para pulverizá-la entre todos os cidadãos que, independentemente de sua condição sexual, serão identificados pela situação que vivenciam sem preconceitos e estereótipos discriminatórios.

Após a apresentação dessas inúmeras normas internacionais, que cuidam direta e indiretamente da igualdade de gênero ou de medidas tendentes a essa aproximação de direitos entre ambos os sexos, demonstrando a evolução do critério meramente protecionista e proibitivo de certas atividades para um mais equânime na inserção das mulheres no mercado de trabalho, sem empecilhos desarrazoados em sua contratação pelo empregador, identifica-se a necessidade de abordar objetivamente os instrumentos viáveis a implementar o redimensionamento do princípio da igualdade pretendido por esta pesquisa.

⁵¹⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. R191 - *Recomendación relativa a la revisión de la Recomendación sobre la protección de la maternidad, 1952*. Ginebra, 88ª reunión CIT (15 junio 2000), cit.

⁵¹⁵ Id. Ibid.

O redimensionamento da concepção da igualdade pressupõe não só a alteração da legislação para excluir o gênero e incluir a situação fática vivenciada como critério de discriminação, aproximando-se das normas internacionais e supranacionais, mas envolve a educação e a conscientização social de que o sexo não pode ser utilizado como elemento de discriminação entre os seres humanos, afastando estereótipos e preconceitos.

Essa transformação social será assegurada também pela percepção do Poder Judiciário e sua atuação construtiva e conformativa da realidade, identificando as alterações sociais e por meio de métodos de interpretação, aplicação e integração do direito que revigorem o ordenamento jurídico poderão manter o fundamento das normas adequando-as aos valores da contemporaneidade, enquanto outras normas não sejam editadas, o que será objeto de análise no último capítulo desta pesquisa.

4. O REDIMENSIONAMENTO DA CONCEPÇÃO DA IGUALDADE MATERIAL EM RELAÇÃO AO GÊNERO

4.1. Concepção Geral

O primeiro problema relacionado com o redimensionamento do conceito de igualdade material aparece justamente num elemento que nosso estudo pretende afastar, que é o próprio preconceito enraizado nessa designação quando relacionado ao sexo dos indivíduos.

O sucesso dessa empreitada será mais facilmente alcançado se as pessoas conseguirem ampliar o entendimento consagrado de que a igualdade formal implica a ideia de que todos seriam iguais perante a lei, para transformar-se num preceito de tratamento igual para situações fáticas semelhantes em função da igualdade material, tendo em vista que a igualdade absoluta é impossível entre dois seres humanos, porém os eventos e intercorrências que sucedem, no mundo civilizado, tendem a ser assemelhados independentemente do sexo de seus habitantes.

A designação igualdade material não deve ser, em princípio, descartada, contudo, seu conteúdo merece aprimoramento, conforme se pode extrair do pensamento de Carlos Maximiliano, ao expressar que “ao invés de abandonar um vocábulo clássico e preciso, é preferível esclarecer-lhe a significação, variável com a marcha evolutiva do Direito.”⁵¹⁶

Esse empecilho não é tão fácil de transpor, uma vez que, como bem ressaltado por Paulo Bonavides, a imparcialidade é dificultada pelas “inclinações emocionais passageiras ou de juízos preformados na mente do observador”, que interferem na sua avaliação dos eventos da natureza, sendo certo que “não chegará ele nunca a captar o fenômeno social imparcialmente, emancipado do círculo vicioso ou da camada densa de preconceitos que o rodeiam.”⁵¹⁷

Apesar das dificuldades inerentes à transposição de preconceitos e estereótipos na análise de preceitos jurídicos como a igualdade formal e material, em certas circunstâncias, surgem outros problemas, um exemplo seria a aplicação do paradigma da desigualdade de gênero a um caso concreto fático idêntico, a pretexto de atender a igualdade material, pois, em certas hipóteses, essa prática, pode produzir injustiças, como as que teriam ocorrido em épocas passadas, quando se cunharam os conceitos em comento para combatê-las.

⁵¹⁶MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 2.

⁵¹⁷BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. São Paulo: Malheiros Ed., 2008. p. 39.

Pondera-se, ainda, que os valores sociais e a condição humana sofriam uma dinâmica social diversa, ou seja, na atualidade, com grande probabilidade, podem causar maiores mazelas às diferenças legais de tratamento, ocasionando uma segregação do sexo feminino, que seria taxado de mais fragilizado em relação aos homens, ou mesmo um prejuízo ao sexo masculino quando, em virtude de inúmeras intercorrências, vem assumindo afazeres, ocupações e trabalhos anteriormente destinados às mulheres, como é o cuidado dos filhos menores de maneira exclusiva ou compartilhada.

A igualdade, por esses motivos, não deve ser reputada apenas em relação ao gênero, masculino e feminino, mas sim discutida em face de todos os seres humanos, principalmente após o ingresso das mulheres no mercado de trabalho, fato reconhecido pelo ordenamento jurídico de diversos países, apesar de, na prática, não ocorrer ainda de maneira efetiva no exercício e gozo dos direitos por todos.⁵¹⁸

É nesse contexto que o pensamento de Thomas Sowell ganha crucial importância quando estipula que “qualquer avaliação das políticas preferenciais tem que levar em conta a tendência pré-existente, em vez de supor um mundo estático com ‘alteração’ adicionada.”⁵¹⁹

Além disso, preferências na contratação de mulheres, a estipulação de cotas ou direitos específicos que não se atrelem a uma situação vivenciada exclusivamente por elas podem gerar resistências no meio laboral à sua inserção natural no mercado de trabalho, gerando nas palavras de Thomas Sowell “desincentivo” e “ressentimento intergrupos.”⁵²⁰

Assim, constata-se que a desigualização implica em privilégios para algumas pessoas ou grupos, ensejando, no íntimo dos que não gozam desses benefícios, independentemente da diferenciação ser legítima ou não, um desconforto social, implicando em desconfiança e revoltas que devem ser coibidas e reprimidas pelo Estado e, na medida do possível, atenuadas, a fim de se evitar convulsões sociais em prejuízo da comunidade.

A desigualização entre empregador e empregado envolve, no mínimo, duas pessoas em posições jurídicas diversas e, portanto, em situações fáticas diferenciadas o que justifica a tutela legal do último, hipótese que não ocorre quando homem e mulher, seres humanos em essência, exercitam as mesmas funções e atividades e, conseqüentemente, encontram-se na mesma situação fática, salvo raríssimas exceções.

⁵¹⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. A igualdade de direitos entre o homem e a mulher face a nova Constituição, cit., p. 19.

⁵¹⁹ SOWELL, Thomas. *Ação afirmativa ao redor do mundo: estudo empírico*, cit., p. 21-22.

⁵²⁰ Id. Ibid., p. 16.

A questão do gênero feminino e masculino deve ser encarada de maneira positiva, sem preconceitos e diferenciações sem sentido, ainda mais na contemporaneidade, em que, a cada dia, fica mais claro que eles “devem ser estudados não em suas semelhanças ou diferenças biológicas, psicológicas ou temperamentais, mas de acordo com sua situação jurídica.”⁵²¹

José Souto Maior Borges, ao vislumbrar a igualdade como um preceito superior aos demais princípios, delimitante do substrato de um direito aplicável sem necessidade de complementação, assevera que consiste num “instrumento constitucional de preservação de si própria”, ao intuir que “constitucionalmente a igualdade garante a igualdade” ou mais precisamente “a igualdade formal garante a igualdade material”, assim, ambas devem caminhar juntas na medida em que, além do conteúdo da norma ser adequado, ela deve ser potencialmente aplicável a todos.⁵²²

Além disso, é mais facilmente aceito pelo meio social o tratamento isonômico, sendo certo que a tutela de situações como, por exemplo, a licença para cuidado dos filhos em geral poderá beneficiar as mulheres, na medida em que ainda são as que se destinam em sua grande maioria a essa atividade, sem gerar o desconforto e a completa desconsideração dos homens na comunidade, com a inserção de normas ligadas ao gênero feminino, em caráter exclusivo, desconsiderando a circunstância deles acabarem por exercer essas funções antes restritas às mulheres.

Essa igualdade, por ser reputada como preceito superior ou princípio constitucional, acaba por adquirir maior magnitude em nosso ordenamento jurídico, implicando, da mesma forma, num valor reflexivo incorporando as modificações ocorridas no cerne da sociedade e com isso facilitando as reformulações interpretativas das normas em vigor, melhor atendendo o anseio de justiça.⁵²³

Nesse contexto, gerar-se-ia um redimensionamento do princípio da igualdade que passaria a atender o princípio da função social inerente aos contratos trabalhistas e à própria essência da lei que induz a não discriminação quando os indivíduos encontram-se em situações fáticas assemelhadas.

Nos dias atuais, percebe-se, ainda, que o direito civil, que possui, em sua origem, uma pressuposição de uma igualdade instrínseca ao ser humano, que não poderia ser reputado desigual por se encontrar em posição equivalente numa relação jurídica,

⁵²¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. op. cit., p. 20.

⁵²² BORGES, José Souto Maior. Significado do princípio da isonomia na Constituição de 1988, cit., p. 320-321.

⁵²³ LORENTZ, Lutiana Nacur. Igualdade e diferença como direitos fundamentais, cit., p. 88.

desenvolveu-se a ponto de apresentar vários instrumentos que denotam maior proteção aos hipossuficientes (independentemente de serem homens ou mulheres) do que os estipulados nos ditos direitos sociais.

Nesse caso, será possível a utilização desses meios para defesa dos trabalhadores sem desconsiderar que o direito laboral continua com sua importância na defesa dos direitos humanos trabalhistas, que não deve ser arrefecida,⁵²⁴ em especial por intermédio do uso do parágrafo único, do artigo 8º, da CLT.⁵²⁵

Esse desenvolvimento do direito civil partiu do pressuposto de que a “situação fática” vivenciada pelos seres humanos é que deverá pautar a regulação⁵²⁶ e a tutela atribuída pelo direito, aprimorando a concepção do que viria a ser tratamento igualitário e, necessariamente, influenciando os demais ramos jurídicos, em especial o Direito do Trabalho.

Assim, o ramo laboral do direito deverá usufruir dos mecanismos civilistas que surgiram com o Código Civil, de 2002, e podem rejuvenescer a nossa CLT, editada no século passado, assegurando a proteção do trabalhador independentemente de seu sexo, o que implica na remodelação do conteúdo da igualdade, como se verificará nas linhas seguintes.

4.2. Função social do contrato de trabalho

4.2.1. Autonomia da vontade, ordem pública e bons costumes

A autonomia da vontade gera o conflito à pretensa liberdade do empregador de escolher quem irá admitir e o direito do indivíduo, independentemente do seu sexo, de não ser discriminado,⁵²⁷ sendo certo que a liberdade é limitada pelos preceitos constitucionais tendentes a assegurar a “livre iniciativa”, desde que atendidos “a igualdade de

⁵²⁴CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. O princípio da igualdade como técnica de efetivação dos direitos sociais, cit., p. 142.

⁵²⁵SOUZA, Rodrigo Trindade de. *Função social do contrato de emprego*. São Paulo: LTr, 2008. p. 143.

⁵²⁶Há uma nítida diferença entre os termos regulação e regulamentação, pois a primeira pressupõe um sentido expansivo englobando regras e princípios ao dispor sobre o conteúdo substancial e formal da matéria, enquanto a segunda se restringe apenas ao aspecto formal e a disposições suplementares para a fiel aplicação da regulação e por isso não pode a ela se opor. (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Proscila Pereira Vasques Gomes. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 1186).

Em outra acepção segundo De Plácido e Silva:

“*Regular* é estabelecer a regra geral, a norma jurídica fundamental. É instituir o princípio geral ou dispor a respeito dos direitos fundamentais.

Regulamentar é prescrever a forma por que se cumpre a execução das regras jurídicas fundamentais ou das disposições legais, sem ofensa aos preceitos, que tenham implantado. (...)” (Id. Ibid., p. 1187).

⁵²⁷NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Proibição de discriminar o emprego, cit., p. 49.

oportunidades e de tratamento no emprego” em todos os seus aspectos, ou seja, antes, durante e depois do ingresso no posto de trabalho, continuando ao longo do desenvolvimento do contrato e, até mesmo, após a eventual dispensa ou término da relação laboral.⁵²⁸

Os dois preceitos atenuadores da mencionada autonomia, quais sejam, a ordem pública e os bons costumes,⁵²⁹ sempre culminaram com a declaração de nulidade do contrato, total ou parcialmente, por incompatibilidade com os valores em vigor num determinado sistema jurídico.⁵³⁰

No âmbito laboral, devido ao arcabouço legal em vigor, de índole nitidamente protetiva, com normas reputadas cogentes, ou seja, inafastáveis pela vontade das partes, a autonomia da vontade, por natureza, já é restringida, contudo, ainda podem existir brechas ou interpretações que viabilizem a precarização dos direitos dos trabalhadores.

Nessas brechas presentes no ordenamento jurídico, as condutas, aparentemente, legítimas, típicas da discriminação indireta ou oculta podem atuar, entretanto, nesse caso, como o fim social limitador da vontade das partes não foi observado, é possível readequar a vontade dos contratantes aos valores axiológicos imiscuídos na sociedade.

Um bom exemplo para se visualizar os limites da autonomia da vontade pode estar na estipulação de que o contratado, se for do sexo masculino, somente poderá se reportar na empresa aos funcionários do mesmo sexo, ou, se for do feminino, não poderá se dirigir aos homens, mas apenas às mulheres.

Pelos fundamentos da autonomia da vontade seria possível defender a legitimidade dessa cláusula até porque na CLT não existe nenhuma disposição que expressamente vede esse tipo de conduta.

Entretanto, ela não sobrevive às disposições constitucionais relativas à igualdade de tratamento, não discriminação, solidariedade e, principalmente, ao princípio da função social pois, até o contrato, deverá se pautar por esse fim, na medida em que as pessoas devem, na relação contratual, não apenas salvaguardar seus interesses econômicos, mas, principalmente, atender a interesses sociais, sendo evidente que ao segregar a relação no âmbito empresarial entre os gêneros, antes de preservar o princípio, o macula em seu cerne.

Além da vida harmônica em sociedade ser a regra que deve ser seguida num Estado Democrático de Direito, ainda que se justifique a segregação acima mencionada, com o

⁵²⁸NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Proibição de discriminar o emprego, cit., p. 49-50.

⁵²⁹SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. *Cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 8.

⁵³⁰Id. loc., cit.

objetivo de evitar o assédio sexual ou moral, nada autoriza a separação dos sexos nas relações internas da instituição empresarial, pois, antes de prevenir essa conduta, cria maiores conflitos, sem mencionar o sentimento de diferenciação entre homens e mulheres, que devem ser aproximados e não distanciados pelo empregador.

Nesse contexto, é relevante também o papel dos bons costumes e da própria ordem pública na contenção de eventuais abusos, não só no exercício da autonomia da vontade, como também na interpretação, integração e aplicação das disposições legais e contratuais vigentes, auxiliando no redimensionamento do princípio da igualdade.

A ordem pública e os bons costumes são institutos que foram inseridos em nosso sistema jurídico com o intuito de estabilizar as normas, corrigindo desvios na aplicabilidade, interpretação e integração, além de, especialmente, negar validade a atos provenientes do estrangeiro, que não correspondessem aos valores jurídico-axiológicos consagrados em nosso ordenamento jurídico.

O conceito de ordem pública é mutável no tempo e espaço, tendo em vista sua necessidade de readequação para regular as relações sociais, autorizando seu desenvolvimento harmônico, confundindo-se, sob certa perspectiva, com a ordem social ao refletir o “interesse geral da sociedade, regido por normas jurídicas, tradições, concepções morais e religiosas, ideologias políticas e econômicas etc”, englobando, em sua acepção mais ampla, a própria definição de bons costumes.⁵³¹

Diante da complexidade do termo, caberá ao magistrado, ao apreciar o caso concreto e as normas de regência de uma determinada situação, um trabalho hermenêutico construtivo, a fim de chegar a um conceito ou definição apropriado para o momento do julgamento.⁵³²

Os bons costumes “são preceitos de ordem moral, ligados à honestidade familiar, ao recato do indivíduo e à dignidade social”, relacionados, portanto, com a moral que permeia o meio social, independentemente de pensamentos e doutrinas filosóficas ou religiosas, ligados à noção de honestidade, visando ao convívio harmonioso e pacífico entre os seres humanos,⁵³³ imbuído de valores éticos que interferem na concepção de boa-fé e ordem pública.⁵³⁴

⁵³¹DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. 2. ed. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 355.

⁵³²DINIZ, Maria Helena. op. cit., p. 356.

⁵³³Id. Ibid., p. 361.

⁵³⁴Id. loc., cit.

Esses valores são aferíveis segundo “o grau médio de moralidade do povo, o de civilização e o desenvolvimento da legislação”,⁵³⁵ obviamente “limitados em seu conteúdo e extensão temporal”⁵³⁶

A ordem pública e os bons costumes intuem “interesses próprios da organização política da forma Estado”, enquanto a função social decorre do Estado Social que não se restringe a defender interesses específicos da máquina estatal, mas sim das pessoas enquanto integrantes da sociedade.⁵³⁷

Dessa forma, como tanto os interesses imanescentes do Estado como os da sociedade são em prol da pacificação social, com a eliminação ou, ao menos, a atenuação das práticas discriminatórias, esses elementos podem ser utilizados no redimensionamento da substância do princípio da igualdade, na era contemporânea, em que o gênero não pode ser o parâmetro para tratamento desigualitário, mas sim a real situação fática vivenciada pelos seres humanos na vida civil.

4.2.2. Função social dos contratos e da empresa

Os contratos sempre foram utilizados no meio social como instrumento de circulação de bens, produtos e serviços, passando com a evolução de sua função social a se constituir num fator de “distribuição de justiça social”, utilizando-se da justiça distributiva e corretiva,⁵³⁸ sendo fundamental a previsão do artigo 3, III, da Constituição Federal,⁵³⁹ bem como a constatação de que o contrato não é mais neutro ao regular as relações entre particulares, mas sim mais um elemento em prol da igualdade.⁵⁴⁰

A função social dos contratos encontra-se prevista no artigo 421, do Código Civil de 2002, ao externar que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”,⁵⁴¹ sendo tal preceito aproveitável por todo o ordenamento jurídico, diante do conteúdo axiológico alinhado ao disposto em vários preceitos

⁵³⁵DINIZ, Maria Helena. op. cit., p. 361.

⁵³⁶SOUZA, Rodrigo Trindade de. op. cit., p. 129.

⁵³⁷Id. loc., cit., p. 129.

⁵³⁸SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. op. cit., p. 236.

⁵³⁹Id. Ibid., p. 227.

⁵⁴⁰SOUZA, Rodrigo Trindade de. op. cit., p. 125.

⁵⁴¹BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 jun. 2011.

constitucionais, entre os quais, o inciso XXIII, do artigo 5º, onde se lê que “a propriedade atenderá a sua função social”.⁵⁴²

Isso demonstra cabalmente a relativização dos direitos da denominada 1ª dimensão de direitos humanos, que, originariamente, foram encarados com conotação absoluta, e, hoje, são atenuados, reputando a doutrina ser essa “função social” um verdadeiro princípio geral de direito,⁵⁴³ finalmente positivado ou uma cláusula geral de observância obrigatória nos contratos.⁵⁴⁴

Esse princípio exige que, tanto na propriedade, como no contrato, haja uma finalidade social, com atividade pró-ativa na sociedade e exigências de atividades comissivas tendentes a alcançar esse fim,⁵⁴⁵ buscando atingir não só a propriedade como também “a integralidade dos bens economicamente valorados.”⁵⁴⁶

Na visão de Enoque Ribeiro dos Santos, “a função social do contrato pressupõe que a utilização do bem e o desenvolvimento do contrato devem atender à conveniência social, devendo-se ajustar aos interesses de toda a sociedade”,⁵⁴⁷ sendo que o autor ressalta que o princípio objetiva “o coletivo, o conjunto das pessoas consideradas numa coletividade de forma holística, e não de forma individualizada.”⁵⁴⁸

As diferenças de oportunidades decorrentes do poder econômico de cada pessoa devem ser ponderadas na atribuição da função social do contrato e da propriedade, que passa, necessariamente, por diversos princípios, dentre os quais a solidariedade e cooperação, a equidade, a boa fé e o equilíbrio das obrigações contratuais,⁵⁴⁹ fator que interfere, também, na liberdade contratual e que deve levar em conta a sociabilidade e jamais o individualismo.⁵⁵⁰

O respeito ao aspecto social em detrimento do individual impede a desproporcionalidade entre os benefícios e malefícios suportados pelos componentes da sociedade, em decorrência do exercício do direito de propriedade de cunho individual,⁵⁵¹

⁵⁴²BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 jun. 2011.

⁵⁴³SOUZA, Rodrigo Trindade de. op. cit., p. 116.

⁵⁴⁴Id. Ibid., p. 117.

⁵⁴⁵Id. Ibid., p. 135.

⁵⁴⁶Id. loc. cit.

⁵⁴⁷SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Repercussões da função social do contrato e do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações de trabalho, cit., p. 36.

⁵⁴⁸Id. Ibid., p. 29.

⁵⁴⁹Id. *A função social do contrato, a solidariedade e o pilar da modernidade nas relações de trabalho*: de acordo com o novo Código Civil brasileiro. São Paulo: LTr, 2003. p. 61.

⁵⁵⁰Id. Ibid., p. 105.

⁵⁵¹SOUZA, Rodrigo Trindade de. op. cit., p. 136.

alcançando a atividade empresarial⁵⁵², que, por sua vez, passaria a ser legitimamente resguardada a partir do momento que possibilite o desenvolvimento humano de seus trabalhadores.⁵⁵³

Num contexto social mais global do que o compreendido nos estritos limites da empresa, conformando axiologicamente “o poder de controle empresarial”,⁵⁵⁴ mesclando e entrelaçando as funções do “Welfare State” com os objetivos e finalidades almejadas pelas próprias empresas no exercício de sua responsabilidade social,⁵⁵⁵ motivo pelo qual se pretendia inserir no Código Civil de 2002 expressamente o denominado princípio da função social da empresa,⁵⁵⁶ não se pode admitir discriminações ilegítimas sob os auspícios da liberdade contratual.

Assim, vislumbra-se que a função social do contrato encontra-se entrelaçada com a função social da propriedade (empresa), na medida em que esta, para se manter e se desenvolver, precisa produzir, o que acaba ensejando a celebração de contratos que, por sua vez, devem gerar benefícios para os contratados e, conseqüentemente, ao meio social.

A função social do contrato poderá ensejar a aplicação de ofício a um determinado caso submetido ao crivo judicial, ao concebê-la como um preceito de ordem pública, bem como intui o alcance de um equilíbrio na relação, motivo pelo qual seria possível a readequação das cláusulas ou do conteúdo de algumas delas, no sentido de corrigir os desequilíbrios, afastando maiores prejuízos aos cidadãos e, conseqüentemente, à sociedade.⁵⁵⁷

Esse preceito civil, que preserva a função social do contrato, com maior razão, deve ser aplicado no direito do trabalho por, no mínimo, dois motivos.⁵⁵⁸

O primeiro, no sentido de que os ditames constitucionais, seja da dignidade, seja da função social da propriedade, são amplos o suficiente para açambarcá-lo e induzir a sua aplicação em todos os ramos jurídicos, sendo certo que a maior inclinação para o direito do trabalho é intrínseca à denominada matéria laboral, em que o dono ou proprietário da empresa usufrui da mão-de-obra de seus empregados por intermédio de um contrato de trabalho que, por sua vez, deve possibilitar condições suficientes de existência, não só sob

⁵⁵²SOUZA, Rodrigo Trindade de. op. cit., p. 138.

⁵⁵³Id. loc., cit.

⁵⁵⁴Id. Ibid., p. 137.

⁵⁵⁵Id. loc., cit.

⁵⁵⁶Id. Ibid., p. 138.

⁵⁵⁷Id. Ibid., p. 166.

⁵⁵⁸SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Repercussões da função social do contrato e do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações de trabalho, cit., p. 31.

o aspecto material (remuneratório), como também sob o aspecto de realização do ser humano e de sua inserção no meio social com tratamento digno.⁵⁵⁹

O segundo, pois o próprio artigo 8º, da CLT, permite a aplicação subsidiária das normas civis ao preceituar, em seu parágrafo único, sendo óbvio que a função social do contrato é até mais flagrante no direito obreiro do que no comum, visto que mesmo se a contratação for considerada nula de pleno direito, alguns efeitos serão observados para evitar o enriquecimento ilícito do empregador.⁵⁶⁰

Em suma, no direito do trabalho, a função social surge como uma forma de reequilibrar a situação dos trabalhadores na celebração, execução e extinção do contrato laboral, atenuando a desigualdade reinante nesse meio.⁵⁶¹

Essa função de reequilíbrio não se restringe apenas à relação empregador e empregado, pois pressupõe que a sociabilidade deve ser respeitada por todos que compõem a estrutura da empresa, incluindo os demais empregados e diretores ou superiores hierárquicos até chegar ao dono da instituição.

Ora, se todos devem obediência à função social do contrato, que apresenta múltiplos efeitos na relação laboral e institucional dentro da empresa e perante a sociedade, constata-se que, da mesma forma, o empregador não pode discriminar ilegitimamente na contratação, na manutenção e na dissolução do contrato de trabalho.

Da mesma forma, os colegas do empregado não podem agir imbuídos desse mesmo preconceito, em prejuízo da coletividade e da dignidade humana, devendo o empresário impedir, prevenir e reprimir tais práticas, a fim de que a função social não seja, de forma alguma, maculada por atitudes sexistas e estereotipadas.

Como essa função pressupõe o atendimento à conveniência social,⁵⁶² seria difícil justificar formas de discriminação provenientes de cláusulas do contrato de trabalho na sociedade hodierna que, eventualmente, negassem ao homem em situação idêntica a da mulher, o cuidado da sua prole, como, por exemplo, na união homoafetiva, em que seria inconcebível a negativa de autorização de um dos conviventes para deixar o posto de trabalho, com o intuito de levar seu filho ao médico, sob o argumento de que tal função seria atribuível à mulher.

⁵⁵⁹SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Repercussões da função social do contrato e do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações de trabalho, cit., p. 31.

⁵⁶⁰Id. loc. cit.

⁵⁶¹Id. *A função social do contrato, a solidariedade e o pilar da modernidade nas relações de trabalho*: de acordo com o novo Código Civil brasileiro, cit., p. 24.

⁵⁶²Id. Ibid., p. 35.

Nem mesmo se houvesse a inserção de uma disposição no contrato no sentido de que só as mães poderiam se ausentar para prestar auxílio emergencial a seus filhos, a cláusula não poderia ser reputada legítima, diante da isonomia preconizada por nossa Constituição Federal.

Assim, o preterimento de um candidato para a assunção de um cargo, função ou promoção na empresa e mesmo a sua demissão em preferência por um dos sexos, não poderá ser admitida pelos valores que permeiam nosso ordenamento jurídico.

Nos acordos e convenções coletivas de trabalho, que não deixam de ser considerados espécies de contratos, a função social é mais nítida do que nos acertos individuais, pois dispõe sobre inúmeras cláusulas aplicáveis aos trabalhadores de toda uma categoria ou a serviço de uma determinada empresa,⁵⁶³ atuando como freio aos anseios mais pretensiosos do poder econômico, objetivando a harmonia das relações entre patrões e empregados com reflexos no meio social.

Como os contratos coletivos também devem obediência à função social e, talvez, como maior razão, diante dos reflexos num número maior de pessoas, a proibição de discriminação ilegítima exsurge com uma potencialidade mais gritante, impedindo que a celebração de um acordo ou convenção atribua privilégios desarrazoados ligados a um determinado sexo.

De qualquer forma, torna-se importante salientar que a dignidade e a liberdade não podem ser cedidas por intermédio de um contrato de trabalho, sendo certo que o abuso desses direitos merece repressão por parte não só do Estado como de toda a sociedade, pelos mais diversos instrumentos de repressão, contenção e prevenção.

A própria intenção de discriminar o sexo feminino ou o masculino, em si, não é essencial para se identificar uma efetiva discriminação, bastando que o empregador, ainda que inconscientemente, pratique atos que gerem, como consequência, a contratação, a manutenção e a extinção da relação laboral de maneira desproporcional e desarrazada de um gênero em detrimento ou em benefício de outro, funcionando a mencionada intenção em si apenas como agravante.

O termo abuso de direito pode significar diversas coisas, mas não refoge à ideia de ultrapassar os limites do estritamente necessário, do exercício indevido, do extrapolar no seu uso etc.,⁵⁶⁴ sendo que no âmbito jurídico o exercício irregular implica num ilícito que

⁵⁶³SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *A função social do contrato, a solidariedade e o pilar da modernidade nas relações de trabalho*: de acordo com o novo Código Civil brasileiro, cit., p. 38.

⁵⁶⁴SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. op. cit., p. 93.

pressupõe, muitas vezes, exorbitar os bons costumes, a boa-fé e as finalidades sociais e econômicas do ato, do contrato, do instituto ou da propriedade.

É difícil visualizar um abuso apenas do fim social ou do econômico, dada a interdependência dos elementos, talvez seria possível, no primeiro caso (social), em que houvesse uma doação sem encargo do empregador para um grupo de seus empregados, em que o intuito fosse prejudicar os homens ao doar para as mulheres ou vice-versa, nesta hipótese, em tese, não haveria um fim econômico direto, contudo, mesmo assim, indiretamente se proporcionaria um ganho de valor agregado, o que é nitidamente um fator de índole econômica.

Um fim econômico puro também é de dificultosa identificação, pois na concessão de aumento de salário apenas para um específico segmento da empresa, com o desprezo de outras áreas, em segmentos com maior presença do sexo feminino, mesmo que se comprovasse que o setor feminino era menos produtivo (eminentemente econômico), haveria um abuso de conotação econômica e, ao mesmo tempo, social, ao se discriminar mulheres.

Isso ocorre porque a produtividade pode ser incentivada por meio de outros mecanismos, como, por exemplo, a estipulação de um prêmio de produtividade em valores econômicos, com critérios imparciais e razoáveis, aberto a todos os empregados.

O redimensionamento do princípio da igualdade no âmbito laboral, ao cumprir essa função social passa, necessariamente, pela obrigatoriedade de readequação da tutela dos trabalhadores que migraram para a informalidade ou para atividades consideradas sem subordinação e, conseqüentemente, sem o anteparo protetivo de suas relações.⁵⁶⁵

Essa situação já ocorreu com as mulheres, em consequência das discriminações legais que ao assegurar privilégios, a pretexto de salvaguarda do sexo feminino, impeliram grandes contingentes para fora da relação de emprego (informalidade), que não é regulada adequadamente, desguarnecendo ambos os sexos de uma efetiva proteção legal, não garantindo adequadamente a dignidade de cada ser humano.

O agravante desse raciocínio é que a função social dos contratos de trabalho não seria observada se, a pretexto da defesa da proteção do mercado de trabalho da mulher, fosse negado tratamento igual às dificuldades de um pai solteiro ou viúvo que tivesse, além da carga normal de trabalho em seu emprego, todos os problemas e afazeres domésticos

⁵⁶⁵ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *A função social do contrato, a solidariedade e o pilar da modernidade nas relações de trabalho*: de acordo com o novo Código Civil brasileiro, cit., p. 84.

utilizados como justificativa para a elaboração da legislação tutelar das mulheres simplesmente pelo fato de não ser do sexo feminino.

Outros elementos que merecem ser analisados e, devido a sua complexidade, serão abordados em tópicos próprios, são a boa-fé e a justiça contratual, que interferem na constatação da ilicitude ou não do ato ou de uma cláusula discriminatória presente no contrato de trabalho, tendo em vista que os bons costumes já foram devidamente abordados nas linhas acima.

4.2.3. A boa-fé objetiva e o princípio da justiça contratual

Aliado ao respeito da função social do contrato, o artigo 422,⁵⁶⁶ do Código Civil de 2002, estabelece que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”, motivo pelo qual Marcus Orione Gonçalves Correia pondera que esses dois princípios visam à valorização de uma igualdade material, “em que a liberdade deve ser temperada à luz do tratamento isonômico”, no que pertine aos contratos.⁵⁶⁷

Assevera, ainda, que essa disposição deve ser respeitada, inclusive, na etapa que antecede a celebração do contrato, como, por exemplo, na hipótese de não efetivação da contratação por motivos discriminatórios no âmbito laboral.⁵⁶⁸

Nesse contexto, a análise do jurista deve objetivar a recomposição de um contrato em que a palavra de ordem é “cooperação”, buscando, antes de declarar a nulidade de um cláusula reputada abusiva, sua reformulação conforme a boa-fé, no intuito de, ao manter o certame, corrigindo seu conteúdo, acabe por se promover a própria função social, mantendo a higidez do vínculo, sendo recomendável, por conseguinte, uma ponderação adequada acerca da eventual substituição do substrato contratual, a fim de que não se deturpe para o mais ou para o menos a sua finalidade essencial.⁵⁶⁹

Essa atividade judicial de delimitação e alteração do conteúdo das cláusulas de um contrato no âmbito trabalhista, segundo os ditames da boa-fé objetiva, tendente a resguardar a função social do vínculo é mais facilitado, diante dos princípios

⁵⁶⁶BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 jun. 2011.

⁵⁶⁷CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. op. cit., p. 143-144.

⁵⁶⁸Id. Ibid., p. 144.

⁵⁶⁹SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. op. cit., p. 120.

protetores do direito do trabalho e da legislação tutelar asseguratória de um mínimo de direitos ao empregado.

Além disso, a manutenção do contrato de trabalho é encarado como verdadeiro princípio, sendo pouco provável que a nulidade das estipulações gerem a invalidade completa do contrato, demonstrando que a integração do conteúdo será a regra, seja aplicando-se o mínimo legal, seja consagrando a interpretação e a construção de um substrato adequado à vontade e aos anseios do trabalhador em níveis de normalidade, afastando-se os abusos perpetrados.

A diferença entre a boa-fé objetiva e a subjetiva encontra-se no fato de que esta última decorre da vontade consciente do ser humano de não prejudicar outra pessoa, enquanto a primeira surge como “regra de conduta” derivada de princípios, como os da confiança, lealdade, honestidade, reciprocidade vigorantes na sociedade contemporânea,⁵⁷⁰ cujo descumprimento gera uma atividade reconhecidamente abusiva,⁵⁷¹ portanto, em última análise coíbe-se a abusividade do exercício de um direito.⁵⁷²

A vertente subjetiva da boa-fé tem importância na análise de atos praticados pelo empregador ou pelo empregado (ex. a natureza da posse de um instrumento de trabalho), entretanto, em relação ao contrato, a maior relevância encontra-se com a acepção objetiva, que delimita o seu conteúdo e a conduta das partes, independentemente da real vontade delas.

A boa-fé objetiva apresenta três finalidades atestadas pela doutrina: a primeira, no sentido de que gera outras obrigações, relacionadas à cooperação, informação, cuidado, sigilo e proteção durante todas as fases de um contrato (antes, durante e depois); a segunda, com a criação de limites ao gozo e exercício de direitos, com o intuito de que não haja abusividade; a terceira, como instrumento de aplicação e integração das normas jurídicas.⁵⁷³

Por outro lado, a boa-fé objetiva enseja a obediência a uma conduta “esperada socialmente”, ao mesmo tempo em que autoriza o preenchimento de uma lacuna no contrato com elementos extraídos do ordenamento jurídico, aproximando-se da função social do contrato.⁵⁷⁴

Todavia, essa modalidade de boa-fé não se confunde com a função social, visto que a doutrina vem precisando delimitações entre ambos os princípios, preconizando que quando

⁵⁷⁰SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. op. cit., p. 71.

⁵⁷¹Id. Ibid., p. 86.

⁵⁷²Id. Ibid., p. 98.

⁵⁷³Id. Ibid., p. 71-72.

⁵⁷⁴SOUZA, Rodrigo Trindade de. op. cit., p. 127.

há um desequilíbrio ou dano que atinja um dos contratantes estar-se-á diante do malferimento da boa-fé objetiva, enquanto a função social seria atingida apenas na hipótese dessa injustiça atingir outros membros da sociedade ou terceiros, que não estejam diretamente vinculados ao contrato.

Apesar disso, há ainda os que defendem uma visão ampla da função social, que englobaria não só esse último aspecto, mas incluiria a “concretização de princípios constitucionais de solidariedade e dignidade humana.”⁵⁷⁵

Na discriminação de gênero nas empresas, dada sua magnitude, intui-se, inicialmente, na relação laboral, uma afronta ao preceito da boa-fé objetiva restrita entre as partes, mas, ao também violar o princípio da função social, alardeia-se pela sociedade, prejudicando o sexo preterido enquanto grupo social, ao estimatizar preconceitos e perpetuar as práticas ilegítimas no meio social, em afronta ao princípio da solidariedade.

Essa ideia também é reforçada pela consagração no âmbito jurídico de que o princípio da igualdade não deve ser observado tão-somente pelo poder público, mas, principalmente, pela iniciativa privada, partindo-se do pressuposto de que se a lei não pode discriminar indevidamente, com maior razão os demais cidadãos não o poderão fazer, não se admitindo o princípio da autonomia da vontade como justificativa para tal ato, visto a igualdade se consubstanciar num verdadeiro direito subjetivo que se antepõe a qualquer liberdade de cunho contratual.⁵⁷⁶

O contrato, nessa acepção social, não é inanimado ou estático, pois regula a atividade humana de maneira que os interesses contrapostos ou convergentes se consubstanciem, ao final, em obrigações e direitos na vida em sociedade. A atuação da vontade deixa de ser a única razão do contrato para se aliar a uma pretensão de “transformação social”, que implica em redefinição das consequências derivadas do ato contratual, tais como “os direitos, as obrigações e a responsabilidade.”⁵⁷⁷

A justiça contratual exsurge diante dessas constatações como princípio e avança sobre o conceito de mero equilíbrio das partes, ultrapassando-o para atingir uma concepção mais ética na elaboração, execução e finalização do contrato,⁵⁷⁸ demonstrando que não basta a igualdade formal para assegurar uma equivalência no contrato, sendo necessário,

⁵⁷⁵SOUZA, Rodrigo Trindade de. op. cit., p. 127.

⁵⁷⁶BONACHELA, Lisandra Silveira. O princípio da igualdade na Constituição Federal, cit., p. 66.

⁵⁷⁷MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da justiça contratual*, cit., p. 20.

⁵⁷⁸Id. Ibid., p. 21.

para se evitar o enriquecimento ilícito de uma das partes, um real “equilíbrio substancial” das prestações acordadas.⁵⁷⁹

A ideia de justiça contratual desenvolveu-se de um caráter meramente formal, derivado da vontade livre dos signatários para uma de cunho substancial, que atinge o conteúdo do contrato, evitando prejuízos ou vantagens desarrazoadas,⁵⁸⁰ sendo, nesse ponto, de extrema importância a atividade do juiz ao aplicar a norma ao caso concreto.⁵⁸¹

Assim, não basta o mero equilíbrio, mas se torna necessário a realização do justo e a proteção da confiança para se atingir a justiça contratual, afastando-se da desigualdade e da diferenciação ilegítima.⁵⁸²

No contexto atual, pode-se conceber a justiça contratual trabalhista ao se procurar o equilíbrio na relação de trabalho não só no vínculo restrito entre empregado e empregador individualmente considerados, apenas na verificação das disposições das cláusulas acordadas, mas, principalmente, na admissão e manutenção dos contratos sem preconceitos e discriminações de cunho sexual, envolvendo a totalidade dos empregados de uma empresa, em que se deve priorizar o interesse coletivo lastreado na igualdade de gênero.

4.3. Função social da lei na regulação do trabalho

4.3.1. Alteração dos valores axiológicos fundantes da norma legal relacionados ao gênero feminino

A função social das normas jurídicas, principalmente as de conotação trabalhista, passa, irremediavelmente, por uma interpretação construtiva, tendente a implementar condições de vida e emprego dignas, em todos os seus aspectos.

Assim, sem que o ordenamento jurídico seja efetivamente utilizado como instrumento de defesa dos “direitos humanos trabalhistas”, será muito difícil promover a transformação do “status quo” em algo mais próximo de uma real inserção social dos grupos excluídos do mercado laboral e, conseqüentemente, da sociedade contemporânea.

Não será por intermédio de cotas ou mesmo de restrições na admissão de uma determinada classe social ou até do gênero masculino (medidas artificiais e temporárias)

⁵⁷⁹SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. op. cit., p. 74.

⁵⁸⁰Id. Ibid., p. 13.

⁵⁸¹Id. Ibid., p. 14.

⁵⁸²Id. Ibid., p. 218.

que se atingirá números razoáveis de ocupação do sexo feminino nos mais diversos postos de trabalho, visto que qualquer promoção de inclusão social de minorias (especialmente das mulheres) passa obrigatoriamente pelo que Sandra Morais de Brito Costa denomina de “mudanças de base cultural, comportamental e educacional.”⁵⁸³

As regras de etiqueta ou mesmo de sentido ético e moral acerca da maior cordialidade no trato com as mulheres, como, por exemplo, o pagamento de um jantar romântico pelo homem, a cada dia que passa, transformam-se e aproximam-se muito mais de uma divisão da conta entre ambos os sexos, salvo algumas raras exceções de custeio integral pelo gênero masculino.⁵⁸⁴

Um dos paradigmas que deve ser repensado é que não basta a previsão constitucional de igualdade de gênero para afastar preconceitos que influem em condutas, que, apesar de reputadas legítimas num primeiro momento, num segundo olhar mais preciso e cuidadoso, mostram-se discriminatórios, descurando-se de que a isonomia deve ser resguardada em relação aos binômios homem-mulher e indivíduo-sociedade.⁵⁸⁵

Essa necessidade de aliar educação e ética para consagração de uma sociedade mais justa vigora desde a era de Aristóteles,⁵⁸⁶ sendo certo que a perenidade do ensino, aliada à absorção de valores axiológicos pelo meio social, de maneira estruturante, poderá, ao longo dos anos, viabilizar que o costume consciente e inconsciente,⁵⁸⁷ seja o respeito às peculiaridades humanas, modificando o atual paradigma de discriminação, imiscuído no tecido de sociedade, que prega a defesa dos direitos humanos, mas não o garante efetivamente a todos os seres humanos.

4.3.2. Função social da lei na igualdade de gênero

A função social da norma legal exige que pessoas em situações equivalentes sejam tratadas de maneira semelhante, ocorrência que nem sempre tem se efetivado em nosso sistema jurídico, na medida em que as normas tutelares ao sexo feminino (exceto as relacionadas a condições inerentes e exclusivas ao gênero) têm promovido discriminações

⁵⁸³ COSTA, Sandra Morais de Brito. *Dignidade humana e pessoa com deficiência: aspectos legais e trabalhistas*, cit., p. 128.

⁵⁸⁴ LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Isonomia entre os sexos no sistema jurídico nacional*, cit., p. 182-183.

⁵⁸⁵ Id. *Ibid.*, p. 184.

⁵⁸⁶ ALVIM, Maria Cristina de Souza. Os direitos da mulher e a cidadania na Constituição brasileira de 1988, cit., p. 69.

⁵⁸⁷ LIMA, Ana Lúcia Coelho de. *Dispensa discriminatória na perspectiva dos direitos fundamentais*, cit., p. 61.

desarrazoadas de pais solteiros ou adotantes, que solicitam invariavelmente equiparação com as mulheres.⁵⁸⁸

O caminho mais rápido para a igualdade de direitos e a valorização dos ideais de justiça seria o aperfeiçoamento das leis, extirpando-se qualquer estereótipo e preconceito dessas normas e, por meio da educação, a efetiva alteração da visão segregacionista que permeia o trato social.⁵⁸⁹

Na mesma linha de raciocínio deve ser interpretado o posicionamento de Alice Bianchini, ao preconizar que “as leis sejam aprimoradas, a fim de que possam, quando necessário, ser utilizadas como instrumento para efetivar as igualdades”.⁵⁹⁰

Conclui a doutrinadora que o nivelamento de direitos, ao menos intuitivamente, poderá ensejar uma maior percepção das “condições materiais básicas aos que são despojados delas ou as têm em quantidade insatisfatória”, possibilitando “um resgate da dignidade, condição indelével para a conquista do título de cidadania”.⁵⁹¹

Por conseguinte, essa concepção não pode se restringir a discriminação positiva, visto que, muitas vezes, a própria igualdade de situação exige uma igualdade de tratamento que não pressupõe diferenças, mas parte da noção de semelhanças entre homens e mulheres.

Essa transformação social e cultural não deve se restringir aos membros da sociedade, mas sim atingir especialmente os juristas nacionais e internacionais, que, por intermédio de uma interpretação construtiva do princípio da igualdade, alcancem um conceito mais adequado e dinâmico ao postulado da isonomia, em atenção aos nossos mandamentos constitucionais.

No caso brasileiro, o texto constitucional possibilita apenas diferenciações em situações fáticas realmente dessemelhantes, aprimorando, dentro dessa concepção, o direito para que não venha a promover maior desigualdade, a pretexto de preservar uma isonomia edificada sob a ótica de poucos e sofrimento de muitos excluídos pelos mais variados tipos de preconceitos e discriminações.⁵⁹²

⁵⁸⁸MANDALLOZZO, Silvana Souza Netto; COSTA, Lucia Cortes da. Considerações de algumas (des)igualdades entre empregados de sexo opostos, cit., p. 104.

⁵⁸⁹Id., loc. cit.

⁵⁹⁰BIANCHINI, Alice. A igualdade formal e material, cit., p. 220-221.

⁵⁹¹Id. loc., cit.

⁵⁹²“(…). Ora, obviamente que, existente um fator de distinção, logicamente aceito, inexistente atentado ao Princípio Constitucional. No entanto, como a Constituição vive do mundo que a cerca, a interpretação constitucional sugere uma dinâmica muito grande na construção do conceito de igualdade.” (CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. op. cit., p. 142).

O próprio artigo 3º, IV, da Constituição Federal, ao estipular como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção do bem-estar de todos, sem preconceito de cunho sexual, não diferencia a situação vivenciada por homens ou mulheres, não havendo razões para se interpretar a norma somente em benefício das mulheres, excluindo os homens desse contexto, quando se encontram numa posição objeto de discriminação ilegítima em relação ao sexo feminino, conclusão que se depreende do entendimento de Emmanuel Téofilo Furtado, ao analisar o comentado dispositivo constitucional.⁵⁹³

Isso não inviabiliza distinções que visem um nivelamento de direitos e oportunidades, mesmo ante o teor do artigo 5º, I, da Constituição Federal, hipótese confirmada pela previsão expressa em certas disposições constitucionais e mesmo na legislação ordinária acerca de tratamento diferenciado.

Assim, há necessariamente de se implementar, de maneira duradoura, um liame entre a “função social do direito” e de sua aplicação prática, com o intuito de refletir os verdadeiros anseios de uma sociedade plúrima e multifacetária, a fim de garantir de maneira mais efetiva os direitos sociais a todos os seus cidadãos.⁵⁹⁴

Não se pode admitir que um fator tão trivial e irrelevante, nos dias atuais, como o gênero, possa ocasionar tratamentos díspares e a pretexto de gerar benefícios para as minorias, venha a ocasionar, efetivamente, mais prejuízos, ao mesmo tempo que não se proporciona uma melhoria considerável da condição social do objeto da política afirmativa.

Essa dificuldade decorre da visão da igualdade como “dever ser”, que, muitas vezes, não corresponde à vida cotidiana, já que os seres humanos não são realmente iguais, ensejando uma mudança de paradigma, redimensionando o princípio da igualdade⁵⁹⁵ para determinadas situações vivenciadas por eles, sejam homens ou mulheres, segundo as peculiaridades de cada um deles, num contexto social reconhecido pela coletividade.

Assim, realmente, pode-se conceber que “a igualdade material não é uma redução dos seres humanos a uma condição idêntica, mas a garantia concreta de condições idênticas de viver suas diferenças.”⁵⁹⁶

⁵⁹³FURTADO, Emmanuel Téofilo. Direito à proteção e intimidade da mulher, cit., p. 130.

⁵⁹⁴ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. *O direito do trabalho como dimensão dos direitos humanos*, cit., p. 139.

⁵⁹⁵“(…) a igualdade moderna coloca-se apenas como valor, como “dever ser” e, como tal, seu exercício acaba por decorrer de sua simples afirmação, não dependendo de concretização. Faz-se necessário a busca de outro sentido – que não o moderno – a esta categoria.

(…) Os seres humanos jamais serão idênticos entre si. Este não pode, pois, ser o critério de igualdade.” (CAPLAN, Luciana. *O direito humano à igualdade, o direito do trabalho e o princípio da igualdade*, cit., p. 129).

⁵⁹⁶Id. Ibid., p. 131.

Enquanto normas mais adequadas não são formuladas pelo legislador para consagrar uma efetiva isonomia entre homens e mulheres no âmbito laboral, cabe ao Poder Judiciário, por intermédio dos magistrados, ao analisarem um determinado caso concreto, utilizarem do próprio ordenamento jurídico em vigor nessa empreitada. Nesse ponto, ganha efetiva e primordial importância a integração, a interpretação e a aplicação das normas jurídicas, em especial, como modo de atingir a função social da disposição legal.

4.3.2.1. Integração

A integração pressupõe uma lacuna na norma, que seria preenchida, nos termos do artigo 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil, pelo próprio ordenamento jurídico, com a aplicação da analogia, dos princípios gerais de direito ou dos costumes em vigor, demonstrando que o magistrado detém outros mecanismos para julgar na ausência de regulação por lei em sentido estrito.

As lacunas podem ser normativa (ausência de preceito legal regulando determinada situação), axiológica (existe preceito legal, mas ele é desconsiderado em virtude da injustiça inerente a sua aplicação em contraposição ao “estado social” e aos “valores sociais dominantes” que refogem à finalidade originária da norma) e ontológica (em que existe preceito legal, entretanto, encontra-se em desconformidade com os fatos, em oposição ao artigo 5º da Lei de Introdução às normas do direito brasileiro), sendo certo que essas duas últimas admitem aplicação de costumes “contra legem.”⁵⁹⁷

Na discussão da igualdade de gênero, percebe-se que as três formas de lacunas podem ocorrer, a normativa (completa ausência de normas estipulando direitos para ambos os sexos), a axiológica (apesar das normas existirem elas ao invés de preconizar a igualdade de gênero criam benefícios e privilégios apenas para um dos sexos em afronta ao fim máximo antevisto na edição da disposição e aos valores presentes na sociedade contemporânea) e a ontológica (as normas foram editadas mas ao estabelecer discriminações infundadas não podem ser aplicadas ao caso concreto).

Em nossos estudos, priorizar-se-á a analogia e os princípios gerais de direito, uma vez que os costumes para nossa pesquisa seriam contraditórios, pois se encontram delimitados por práticas reiteradas, imiscuídas na sociedade que as pressupõe como de cunho obrigatório.

⁵⁹⁷DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*, cit., p. 120.

Isso, evidentemente, demanda tempo para se consolidar e, no caso específico do tratamento dispensado a homens e mulheres no âmbito laboral, os costumes ainda se encontram permeados de preconceitos e estereótipos que prejudicam o desenvolvimento de uma política igualitária, dominada por uma desigualdade fulcrada indevidamente no gênero.

Na identificação de uma lacuna, a elaboração de uma regra substituta e integrante da omissão localizada em disposições da ordem jurídica segue os limites traçados nos artigos 4º e 5º, da Lei de Introdução às normas do direito brasileiro, baseada no “espírito do ordenamento”, permeado por “critérios jurídicos e éticos, idéias jurídicas concretas ou fáticas”, que caracterizam os “subconjuntos valorativo, fático e normativo” fundante do sistema jurídico em vigor.⁵⁹⁸

Assim, ao magistrado, como instrumento mais efetivo de integração da norma, será possível a utilização da analogia⁵⁹⁹ e dos princípios, quando o assunto tratado for igualdade de gênero, havendo ainda a possibilidade de uso da equidade.

4.3.2.2. Analogia, princípios gerais de direito e equidade

A analogia, na clássica lição de Carlos Maximiliano, “consiste em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição relativa a um caso semelhante.”⁶⁰⁰

Nada mais ponderado do que a defesa do tratamento igualitário entre o sexo masculino e feminino, quando vivenciada uma situação fática por um deles e a previsão da lei a regular de maneira adequada, sendo lógica a conclusão de que na hipótese do outro atingir essa mesma situação, a solução dada pelo Poder Judiciário seja idêntica, mesmo que não exista uma norma expressa regulando a matéria em relação ao outro.

O instituto da analogia subdivide-se em “juris” e “legis”. Esta aplica uma disposição legal presente no ordenamento que verse sobre situação assemelhada, enquanto aquela baseia-se nos princípios gerais de direitos, lastreando-se num “conjunto de normas disciplinadoras de um instituto que tenha pontos fundamentais de contato com aquele que os textos positivos deixaram de contemplar.”⁶⁰¹

⁵⁹⁸DINIZ, Maria Helena. op. cit., p. 90.

⁵⁹⁹Alguns autores como Francesco Ferrara entendem que a analogia representa um forma de interpretação em sentido amplo, uma vez que sempre parte da existência de uma lei. (FERRARA, Francesco. *Como aplicar e interpretar as leis*. Trad. Joaquim Campos de Miranda. Belo Horizonte: Ed. Lider, 2002. p. 24.

⁶⁰⁰MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, cit., p. 169.

⁶⁰¹Id. Ibid., p. 171-172.

Francesco Ferrara especifica que a analogia seria “uma aplicação *correspondente* de um princípio ou de um complexo de princípios a casos *juridicamente semelhantes*”,⁶⁰² ressaltando que “não é *criação* de direito *novo*, mas *descoberta* de direito *existente*.”⁶⁰³

A analogia “*legis*” poderia ser utilizada na concessão da licença-maternidade para a mãe adotante antes da edição de norma com previsão expressa do direito, da mesma forma que a analogia “*juris*” pode, na atualidade, embasar a concessão da licença a um pai solteiro ou viúvo e, com maior razão, a um dos conviventes em união homoafetiva.

Alguns doutrinadores, como Maria Helena Diniz, inferem ser a equidade um “elemento de adaptação e integração da norma ao caso concreto”, previsto no artigo 5º, da Lei de Introdução às normas do direito brasileiro, que busca conformar a letra da lei “às circunstâncias sociovalorativas do fato concreto no instante de sua aplicação.”⁶⁰⁴

A equidade pode direcionar a criação de normas legais, sendo que a interpretação da lei implica na prevalência da finalidade em relação ao teor da norma, adaptando-a ao caso concreto, ou à escolha da melhor exegese dentre várias existentes, ou seja, a mais adaptável a preceitos humanitários; da mesma forma, na integração é utilizada quando há expressa previsão legal, determinando seu uso ou no silêncio da norma na aplicação do disposto no artigo 4º da Lei de Introdução às normas do direito brasileiro.⁶⁰⁵

Assim, a equidade, numa análise de disposições legais, com tratamento diferenciado para ambos os sexos, que pressupõe a ausência de regulação semelhante e, portanto, muitas vezes, uma lacuna, poderia conformar o ideal de justiça ao se definir a solução do caso concreto sob análise.

No Direito do Trabalho, a vocação da equidade apresenta uma intensidade potencializada, na medida em que funcionaria na busca de uma interpretação mais justa da norma posta e, diante dos ditames do artigo 8º, da CLT, um dos meios de integração na ausência de disposição legal expressa, sendo basilar para assegurar uma maior proteção do trabalhador, inegavelmente, o mais fraco entre as partes envolvidas numa relação jurídico-laboral, independentemente de seu gênero.

⁶⁰²FERRARA, Francesco. op. cit., p. 51.

⁶⁰³Id. Ibid., p. 56.

⁶⁰⁴DINIZ, Maria Helena. op. cit., p. 158-159.

⁶⁰⁵Id. Ibid., p. 131-133.

4.3.2.3. Interpretação

A doutrina de Carlos Maximiliano concebe a interpretação como um instrumento para “determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito”, promovendo uma acurada análise da norma legal e da situação fática regulada por ela,⁶⁰⁶ ou seja, “é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto”,⁶⁰⁷ mais ainda “revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta”,⁶⁰⁸ sendo crucial a atividade do ser humano, visto que ela “não dispensa o coeficiente pessoal, o valor subjetivo; não reduz a um autômato o investigador esclarecido.”⁶⁰⁹

Se a interpretação da norma posta já apresenta dificuldades dado os inúmeros fatores que interferem na atividade intelectual do hermenêuta, os princípios devidos à sua amplitude de conteúdo ocasionam maiores problemas.

No caso específico do princípio da igualdade essa problemática é potencializada, visto que o próprio termo é de dificultosa compreensão, sendo necessário outros elementos de apoio, como, por exemplo, a definição em relação a que as pessoas se igualam, até que ponto são iguais, há ou não exceções aplicáveis ao princípio, entre tantas outras dúvidas indicadas pelos estudiosos do preceito em comento.

Diante da complexidade do termo igualdade, acredita-se que se trate de um designativo não só vago, como também ambíguo, dependendo do contexto em que é inserido ou mesmo utilizado pelas normas integrantes de um determinado ordenamento jurídico.

Na realidade, não se interpreta o Direito em si, mas apenas o “enunciado linguístico” constituído de palavras vagas ou ambíguas, que compõem um determinado trecho das disposições legais, podendo gerar uma indeterminação ou multiplicidade de entendimentos que interferem na compreensão da norma,⁶¹⁰ circunstância, muitas vezes, complexa se se considerar que o termo “varia de significação com o transcorrer do tempo e a marcha da civilização.”⁶¹¹

Como a norma é estática, verifica-se que a interpretação a dinamiza, preenchendo os poros da letra fria da lei, que, assim como a pele do ser humano, se hidrata e se recupera com água, sendo que, na hipótese da norma, esse líquido é, nada mais, nada menos, do que os

⁶⁰⁶ MAXIMILIANO, Carlos. op. cit., p. 1.

⁶⁰⁷ Id. Ibid., p. 7.

⁶⁰⁸ Id. Ibid., p. 8.

⁶⁰⁹ Id. Ibid., p. 9.

⁶¹⁰ ANDRADE, Christiano José de. *O problema dos métodos da interpretação jurídica*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992. p. 13.

⁶¹¹ MAXIMILIANO, Carlos. op. cit., p. 13.

valores presentes no tecido social, por isso Carlos Maximiliano dispõe que “a letra permanece: apenas o sentido se adapta às mudanças que a evolução opera na vida social.”⁶¹²

A igualdade de gênero preconizada na Constituição Federal de 1988, portanto não pode ser restringida sob o argumento de que o legislador à época não desejava nivelar os direitos de homens e mulheres ao máximo possível, prevendo exceções no próprio texto constitucional.

A ideia e vontade originárias do legislador não podem prevalecer em face da realidade social que, em virtude das discriminações na contratação de mulheres, em decorrência de aposentarem-se mais cedo e saírem de licença-maternidade, dentre outras diferenciações, que geram um maior custo para os empregadores, ocasionam mais discriminações e prejuízos do que asseguram privilégios e benefícios para o sexo feminino.

Assim, as disposições legais e constitucionais devem ser repensadas sob um aspecto de igualização generalizadas de direitos e obrigações, a fim de que as pessoas não se diferenciem por uma questão tão insignificante quanto o sexo, mas, principalmente, em decorrência da real situação fática ou jurídica que vivenciam.

O que se poderia, a princípio, defender, no sentido de que os dispositivos legais que procuram beneficiar as mulheres são claros e auto-explicativos, ou seja, independeriam de qualquer tipo de interpretação, dada a literalidade do texto normativo, não vigora mais no meio jurídico-social, uma vez que todo preceito merece uma interpretação adequada.⁶¹³

A pretensão de adoção da literalidade da norma, que não precisa ser interpretada, é enganosa, como o termo “*in claris non fit interpretatio*”, sob pena de restringir o conteúdo de um princípio genérico como a isonomia que, com certeza, “têm valor mais amplo e profundo que não advém de suas palavras”,⁶¹⁴ sendo este um ensinamento que ultrapassa nossa era e já era conhecida e defendida na época de Ulpiano.⁶¹⁵

A amplitude do princípio da igualdade somente é alcançada por intermédio da interpretação, que possibilita sua evolução e aprimoramento ao longo dos anos, independentemente de ser uma norma cujo significado é aparentemente claro ou dúvida,⁶¹⁶

⁶¹²MAXIMILIANO, Carlos. op. cit., p. 10.

⁶¹³DINIZ, Maria Helena. op. cit., p. 141.

⁶¹⁴Id. Ibid., p. 142.

⁶¹⁵MAXIMILIANO, Carlos. op. cit., p. 27.

⁶¹⁶Id. Ibid., p. 29.

tendo em vista que, dependendo do intérprete ou mesmo do ser humano, a própria certeza, ambiguidade ou vagueza do seu teor é de índole eminentemente subjetiva.⁶¹⁷

4.3.2.4. Teorias subjetiva e objetiva da interpretação da norma

Na interpretação das normas jurídicas surgiram os defensores da corrente subjetiva, em que a “intenção do legislador” conhecida como “mens legislatoris”, confunde a vontade do legislador com o próprio sentido da lei.⁶¹⁸ Os que defendem a corrente objetiva, por sua vez, ponderam que a “intenção da lei” ou a “mens legis” é que deve ser levada em conta, visto que não se equipara ao querer do legislador.⁶¹⁹

Uma das diferenças das duas formas referenciadas de interpretação consiste no fato de que o entendimento para os objetivista é “ex nunc”, enquanto os subjetivistas partem do “ex tunc”, ao analisar a vontade da lei ou do legislador, respectivamente.⁶²⁰

Nesse sentido, Maria Helena Diniz, ao tratar da teoria subjetiva, esclarece que “a interpretação deve procurar compreender o pensamento do legislador (*mens legislatoris*) sendo, portanto, *ex tunc* (desde então, ou seja, desde o aparecimento da norma).”⁶²¹

Já a teoria objetiva, segundo a doutrinadora, dispõe que se prioriza a “mens legis”, em que o que realmente importa é o “sentido objetivo”, com autonomia em relação ao “querer subjetivo do legislador”, concluindo que “após o ato legislativo a lei desliga-se do seu elaborador, adquirindo existência objetiva.”⁶²²

Assim, a aplicação “ex nunc” defendida pelos defensores do objetivismo valoriza as alterações vivenciadas pela sociedade ao longo dos anos, que dão novo sentido à norma, tornando essencial a verificação do momento que o jurista irá interpretá-la, como um elemento inerente e essencial ao ato de interpretar.⁶²³

A corrente mais consentânea com os valores sociais vigentes é a objetiva,⁶²⁴ mesmo porque a subjetiva, ao valorizar demais a vontade do legislador, esquece-se que nem tudo que foi aprovado, por maioria de votos, em ambas as Casas do Congresso, representa efetivamente o deliberado ou desejado pelos representantes do povo, já que inúmeros fatores interferem nessa aprovação que ultrapassa a consciência e intenção originária de

⁶¹⁷ MAXIMILIANO, Carlos. op. cit., p. 30.

⁶¹⁸ ANDRADE, Christiano José de. op. cit., p. 22.

⁶¹⁹ Id. loc., cit.

⁶²⁰ Id. Ibid., p. 23.

⁶²¹ DINIZ, Maria Helena. op. cit., p. 147.

⁶²² Id. loc., cit.

⁶²³ Id. Ibid., p. 148.

⁶²⁴ MAXIMILIANO, Carlos. op. cit., p. 126.

um deputado ou senador, dependendo de acordos e apoios, mais conhecidos como “troca de favores” de cunho eleitoreiro, que não se confundem com os anseios do cidadão.⁶²⁵

Além disso, quem aprova as leis são as casas legislativas e não um ser individualizado em sua essência, pois as “ideias se fundem em um conglomerado difícil de decompor”,⁶²⁶ ganhando autonomia e independência de seus criadores,⁶²⁷ fato comprovado pela relativa “longevidade do Direito Romano”.⁶²⁸

Dessa forma, não seria justo que poucos fossem beneficiados por privilégios, especialmente se as pessoas vivenciam as mesmas situações fáticas, independentemente de seu sexo, sendo um motivo a mais para cultivar a diversidade e deixar de lado a “vontade do legislador” em prol da “vontade da sociedade” extraída do ordenamento jurídico por intermédio da “mens legis”, pois “a interpretação é antes sociológica do que individual.”⁶²⁹

Ora, se é a sociedade o principal fim do direito, nada mais razoável do que a utilização da interpretação, conforme os fins sociais e as exigências do bem comum, que antes de sutis critérios interpretativos, figuram como paradigmas fundantes do preceito legal e indicativos de sua função social.

Assim, o redimensionamento do princípio da igualdade de gênero passa, necessariamente, pelo estabelecimento de níveis adequados de igualização de direitos que objetivam o bem comum e os fins sociais da lei como critérios hermenêuticos presentes no artigo 5º, da Lei de Introdução às normas do direito brasileiro, que merecem uma análise mais apurada.

4.3.2.5. O Artigo 5º da Lei de Introdução às normas do direito brasileiro e a função criativa e conformativa do juiz

A doutrina diverge sobre a utilização dos termos “fins sociais” e “bem comum” pelo artigo 5º, da Lei de Introdução às normas do direito brasileiro, sendo que alguns defendem a independência dos designativos e outros a sua complementariedade, partindo do pressuposto de que “os fins da lei devem ser aferidos evolutivamente e ajustados ao bem comum temporal”, como observa Christiano José de Andrade.⁶³⁰

⁶²⁵ MAXIMILIANO, Carlos. op. cit., p. 19.

⁶²⁶ Id. Ibid., p. 22.

⁶²⁷ Id. Ibid., p. 25.

⁶²⁸ Id. Ibid., p. 24.

⁶²⁹ Id. Ibid., p. 25.

⁶³⁰ ANDRADE, Christiano José de. op. cit., p. 133.

Maria Helena Diniz conclui que a “investigação do fim social e do bem comum situa-se, portanto, no plano político e não no especulativo ou científico”, ao partir do pressuposto de que “o aplicador deverá inquirir a *ratio legis*, averiguando a solução mais justa e mais útil socialmente dentre as que a norma pode abranger.”⁶³¹

Os termos apresentam significado cambiante, impreciso e multifacetário, diretamente influenciado pela ideologia social⁶³² e pela visão individual do jurista.⁶³³

Todavia, o que aparentemente poderia ser um foco de instabilidade, na realidade possibilita a manutenção do sistema jurídico atualizado, aproximando-o mais da sociedade na medida em que melhor regula a situação fática e induz o aprimoramento social e jurídico das normas, pois “o direito e a sua interpretação tanto podem refletir, quanto podem dirigir o desenvolvimento social.”⁶³⁴

A relação laboral desponta como um vasto campo de aplicação do disposto no artigo 5º, da Lei de Introdução às normas do direito brasileiro, que, em conjunto com o artigo 8º, da CLT, possibilitam ao juiz melhor equacionar as distorções presentes no exercício do trabalho, visando atingir sua plena função social e o bem-estar geral.⁶³⁵

Antes de propiciar uma maior liberdade ao jurista, a previsão do artigo 5º, Lei de Introdução às normas do direito brasileiro, estabelece rígidos contornos limítrofes que o aplicador da norma não pode ultrapassar, sob pena de arbitrariedade em virtude da própria “função do método de interpretação”,⁶³⁶ apesar de servir também como embasamento dos critérios de razoabilidade, justiça e equidade para as decisões judiciais,⁶³⁷ que se vinculam ao método hermenêutico erigido⁶³⁸ em níveis de aceitabilidade.⁶³⁹

Por outro lado, dentro do conteúdo valorativo do artigo 5º, da Lei de Introdução às normas do direito brasileiro, encontra-se a abertura para a aplicação da “lógica do razoável”, de Luis Recaséns Siches em nosso ordenamento que acaba por apurar a “função da equidade”, na medida em que o objetivo principal “não é corrigir a lei, mas interpretá-la razoavelmente.”⁶⁴⁰

⁶³¹DINIZ, Maria Helena. op. cit., p. 157.

⁶³²Id. Ibid., p. 170.

⁶³³ANDRADE, Christiano José de. op. cit., p. 132.

⁶³⁴Id. Ibid., p. 147-148.

⁶³⁵SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *A função social do contrato, a solidariedade e o pilar da modernidade nas relações de trabalho*: de acordo com o novo Código Civil brasileiro, cit., p. 19.

⁶³⁶ANDRADE, Christiano José de. op. cit., p. 29-30.

⁶³⁷Id. Ibid., p. 151.

⁶³⁸Id. loc., cit.

⁶³⁹Id. loc., cit.

⁶⁴⁰Id. Ibid., p. 82.

Os fins sociais da lei e as exigências do bem comum configuram-se, portanto, em preceitos de cunho superior que influem na identificação da “mens legis” e, conseqüentemente, na maneira de aplicar a norma e, muitas vezes, em sua interpretação,⁶⁴¹ tentando atingir níveis ideais ou razoáveis de justiça e equidade,⁶⁴² criando “premissas ou pontos de partida da argumentação jurídica.”⁶⁴³

A norma, quando não se encontra perfeitamente adaptada ao caso concreto, demonstrando desacordo com os fins sociais ou às exigências do bem comum, deve ser remodelada ou suprimida, ainda que parcialmente, para propiciar, ao menos, a justa solução do caso submetido ao crivo judicial.⁶⁴⁴

Assim, a função social da norma é atingida na exata medida e intensidade que mais se aproxima dos anseios sociais, tendentes à pacificação dos ânimos com o respeito à diversidade, sem preconceitos e discriminações ilegítimas, não se podendo admitir que, na contemporaneidade, a defesa da igualdade entre homens e mulheres apresente-se como um recurso argumentativo que varie de acordo com os interesses individuais de um grupo.

A necessidade momentânea de justificar privilégios a um determinado sexo em detrimento do outro, defendida por alguns, não pode ser perenizada, sob pena de gerar discriminação refratária, nem pode ser alterada ao arbítrio de poucos, aplicando-os quando meramente conveniente ao interesse de determinadas correntes políticas, mais interessadas em votos do que no bem-estar social, insistindo em algo não realmente necessário, visto que esse comportamento, antes de salvaguardar os fins sociais da lei e as exigências do bem comum, transforma-se numa injustiça indelével, que mancha o meio social ainda que não apareça de forma evidente para todos, visto que na ciência do Direito nada pode ser reputado de maneira absoluta e imutável.⁶⁴⁵

Obviamente, o ato de interpretar não se restringe aos magistrados, envolvendo todos que, de alguma forma, criam ou aplicam o direito, incluindo os três poderes constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário) e os entes privados, passando pelas normas legais, constitucionais, regulamentares, contratuais e as próprias decisões judiciais,⁶⁴⁶ dentre

⁶⁴¹ ANDRADE, Christiano José de. op. cit., p. 134.

⁶⁴² Id. Ibid., p. 135.

⁶⁴³ Id. Ibid., p. 152.

⁶⁴⁴ Id. Ibid., p. 152.

⁶⁴⁵ Id. Ibid., p. 28.

⁶⁴⁶ “Na motivação o juiz desenvolve a interpretação do direito, a fim de aplicá-lo, de modo que a interpretação da sentença vem a ser uma interpretação da interpretação, ou seja, uma meta-interpretação.” (Id. Ibid., p. 128).

outros preceitos que necessitam de um esclarecimento ou delimitação,⁶⁴⁷ demonstrando a importância dessa prática.

Ocorre que o ato do juiz ganha importância elevada em comparação com os demais, pois pacifica um conflito aplicando a lei ao caso concreto e, como já se pronunciou Francesco Ferrara, o pretor é “uma personalidade que pensa e tem consciência e vontade”, não se transformando “em um autômato de decisões.”⁶⁴⁸

Nesse contexto, o ato de interpretar, em si, aproxima-se, muitas vezes, da gênese de um direito, ou, melhor dizendo, de uma adequada regulação das hipóteses fáticas surgidas na sociedade, na medida em que a construção do raciocínio de um juiz passa necessariamente pela individualização de um preceito legal, criado para solucionar uma controvérsia regulada de maneira ampla e genérica. Isso intui a conformação do direito a uma situação submetida ao crivo judicial, possibilitando, muitas vezes, um melhor entendimento do conteúdo das disposições legais vigentes.⁶⁴⁹

A jurisprudência, apesar de não se constituir efetivamente numa fonte direta da ciência jurídica, auxilia em sua interpretação e acaba por promover reflexos nos juristas, nos cidadãos e no legislador, que, muitas vezes, pautam as condutas, a forma de aplicar a lei e até a sua reformulação jurídica nos precedentes judiciais.⁶⁵⁰

Essa atividade jurisdicional é de fundamental importância, principalmente quando dita pró-ativa ou ativa na interpretação, aplicação e integração da norma que, ainda que restrita à solução do caso concreto, demonstra nuances de criação e sedimentação de costumes jurídicos, lastreados na finalidade da lei que, por sua vez, dinamizam o texto normativo que, sem isso, seria pouco a pouco desconsiderado pelo simples fato notório de que tudo aquilo que é estático tende a perder sua eficácia social, pois a obediência incondicional à lei pode cair em desuso, quando discrepante dos anseios sociais vigentes em determinada época e período.⁶⁵¹

A doutrina associada com a jurisprudência são dois instrumentos de propagação de ideias e de revitalização do direito, possibilitando um dinamismo e uma real adequação

⁶⁴⁷ANDRADE, Christiano José de. op. cit., p. 17-18.

⁶⁴⁸FERRARA, Francesco. op. cit., p. 10.

⁶⁴⁹ANDRADE, Christiano José de. op. cit., p. 13.

⁶⁵⁰Id. Ibid., p. 130-131.

⁶⁵¹DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*, cit., p. 172-173.

com a evolução da sociedade, não só absorvendo a novidade como, também, refreando preconceitos e discriminações reconhecidas como verdadeiros abusos.⁶⁵²

Por todos esses motivos, a atividade do Poder Judiciário, além de criativa, acaba conformando o direito à realidade social que o circunda, sendo certo que a função do magistrado transparece como essencial para o redimensionamento ou reformulação do substrato primordial do princípio da igualdade, deslocando o parâmetro de comparação ou de descomparação do gênero para a situação fática vivenciada pelos seres humanos, deixando de lado o sexo como elemento distintivo ao decidir uma lide e aplicando de maneira legítima a doutrina e os precedentes judiciais mais adequados.

4.3.2.6. A interpretação extensiva e a analogia como instrumentos do Poder Judiciário no redimensionamento da igualdade

A interpretação extensiva, ao contrário da analogia, que pressupõe a ausência de norma regulando a situação para aplicar preceito semelhante, parte de uma disposição legal vigente, elastecendo seu sentido em virtude da ponderação de que a norma, embora não tenha dito claramente o que se aplicou, buscava regular essa situação. Por isso não se aplica uma nova disposição, mas sim a norma existente com o conteúdo pressuposto aclarado.⁶⁵³

Essa forma de interpretação parte do brocardo “*lex minus dixit quam voluit lex minus scripsit, plus voluit*”, em que se promove a análise da disposição legal em uma conotação ampliada de seu conteúdo que, apesar de escrito de uma maneira, objetivava algo maior ao regular uma determinada situação jurídica em sua plenitude.^{654 655}

Não existe propriamente uma expressa diferenciação diante desses institutos, mas a doutrina intui que na interpretação extensiva aplica-se a norma já existente, explicitando o que estava implícito, enquanto na analogia aplica-se uma forma de integração da lacuna verificada na lei. Ou seja, a primeira parte da existência de uma norma, enquanto a segunda da inexistência dela.⁶⁵⁶

Portanto, nessa modalidade de interpretação, nos dizeres de Christiano José de Andrade, promove-se a adequação da norma “fazendo corresponder o texto da lei ao

⁶⁵²MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, cit., p. 20.

⁶⁵³Id. *Ibid.*, p. 175.

⁶⁵⁴ANDRADE, Christiano José de. *op. cit.*, p. 118.

⁶⁵⁵DINIZ, Maria Helena. *op. cit.*, p. 167.

⁶⁵⁶ANDRADE, Christiano José de. *op. cit.*, p. 118.

espírito da lei (*ratio legis*)”,⁶⁵⁷ esclarecendo que “a *ratio legis* conduz a aplicação a casos que não são diretamente abrangidos pela letra da lei, mas são acobertados pela finalidade da mesma.”⁶⁵⁸

Na realidade, a interpretação extensiva nada mais faz do que estabelecer, de maneira mais precisa, os limites da norma que não teriam sido bem esclarecidos pelo texto expresso adotado pelo legislador.^{659 660}

Antes das alterações legislativas e da concepção contemporânea de plena igualdade entre homens e mulheres, salvo raras exceções, seria bem difícil a aplicação da analogia a um caso concreto em que o homem gozasse de privilégios em uma determinada situação fática, ainda que idêntica a que fosse vivenciada pelas mulheres, como, por exemplo, a possibilidade de laborar em certas atividades reputadas mais penosas, insalubres ou mesmo em horário noturno, mesmo que a compleição física da mulher o permitisse.

Da mesma forma, em tempos passados, o raciocínio seria aplicável na hipótese do privilégio ser concedido ao sexo feminino, uma vez que seria muito dificultoso a concessão do mesmo benefício ao homem, como, por exemplo, a liberação do empregado para alimentar seu filho no período de amamentação, ainda que se reputasse a possibilidade da mulher não poder amamentar a criança, que seria nutrida por meio de mamadeira com leite substitutivo ao da mãe.

Nesses casos, a analogia restaria também prejudicada, tendo em vista a existência de normas legais vigentes, tratando de maneira diferenciada homens e mulheres, sendo certo que até poder-se-ia entender aplicável a interpretação estrita, ou seja, aquela que impede a aplicação da analogia, caso se encare as disposições como de cunho excepcional.

Por outro lado, a interpretação extensiva, apesar de partir do conteúdo do texto legal, interpretando-o, não poderia alterar o desejado pela finalidade estipulada pela edição da norma que, notoriamente, na época passada, pretendia excluir as mulheres de determinados benefícios; e os homens, de outros e, vice-versa, incluindo determinados privilégios específicos de acordo com o gênero, ainda que nitidamente se privilegiasse o sexo masculino no cômputo geral.

Na contemporaneidade, a visão social e do próprio ordenamento jurídico evolui para uma concepção de igualdade que, se não é considerada plena, ao menos se aproxima em

⁶⁵⁷ ANDRADE, Christiano José de. op. cit., p. 119.

⁶⁵⁸ Id. loc., cit.

⁶⁵⁹ MAXIMILIANO, Carlos. op. cit., p. 164.

⁶⁶⁰ DINIZ, Maria Helena. op. cit., p. 168.

muito dessa idealização, sob o aspecto constitucional. Nessa nova realidade, em certas circunstâncias, poder-se-á aplicar a analogia na hipótese em que inexistente norma, concedendo um determinado benefício, como na hipótese do direito à licença-maternidade ser deferido para um pai viúvo ou solteiro, quando houvesse sucedido o óbito da mãe no parto.

Dentro do mesmo raciocínio, nada impede que se aplique a analogia ao se conceder a licença-paternidade a uma mulher, na hipótese de um casal convivente em união homoafetiva, ou seja, entre pessoas do sexo feminino, quando uma fosse agraciada com a licença-maternidade, sendo possível, portanto, o deferimento da referente a paternidade à outra.

Assevere-se que a interpretação estrita, após as atuais modificações implementadas na sociedade, e diante do teor das disposições consagradas nos direitos fundamentais inseridos em nossa Constituição Federal, ou, ainda, nos direitos humanos salvaguardados pelos textos internacionais em vigor, acaba por ser evidentemente afastada dentre os instrumentos ou mecanismos hermenêuticos à disposição do intérprete.

Essa última constatação, deve-se à impossibilidade, nos dias de hoje, de reputar disposições de cunho humanitário e fundamental como de caráter excepcional, visto independender do sexo dos indivíduos.

Acrescente-se que, em outras circunstâncias em que não existe ausência de norma que regule uma determinada situação fática, mas sim uma pluralidade de disposições legais divergentes ou sobrepostas, como se verifica na questão da concessão de um prazo de 15 (quinze) minutos de descanso para as mulheres antes da prorrogação da jornada de trabalho e nenhum benefício ao homem em idêntica situação, recomendável a interpretação extensiva das disposições mais benéficas concedidas ao sexo feminino, a fim de atingir também o masculino, em deferência ao princípio do não retrocesso social.

Nessa hipótese, não se trata de aumentar os benefícios dos homens, mas sim de consagração da isonomia prevista constitucionalmente, a fim de impedir que a pretexto de assegurá-la venha a se excluir os privilégios das mulheres, nivelando os direitos sociais pelo mínimo e não pelo máximo, que seria mais conforme ao âmago do princípio do não retrocesso social.

Nessa concepção axiológica e mutável do Direito, a contribuição do Poder Judiciário é flagrante, na medida em que ao “redefinir” o conteúdo de uma disposição normativa

aproxima o ordenamento das “exigências reais ou supostas de um dado momento histórico.”⁶⁶¹

De outro lado, a readequação dos contornos da norma por meio da interpretação adequada, aproximando as expressões do texto da realidade social, evita a quebra da Constituição e a debilitação de seu poder normativo, como preconiza Konrad Hesse,⁶⁶² asseverando, a nosso ver, a importância dessa prática salutar que revigora os fundamentos do ordenamento jurídico nacional.

Apesar disso, a realidade demonstra que a atuação do Poder Judiciário, e até mesmo de grande parte da doutrina, tem sido insipiente ao consagrar e defender os ditames constitucionais, preferindo a comodidade do texto frio da lei, ao considerar os mandamentos superiores da Lei Fundamental como programáticos, não promovendo a sua aplicação imediata; e, pior do que isso, ao não admitir sua aplicabilidade direta, nega-se a adotar a analogia ou mesmo a interpretação extensiva para corrigir as distorções do ordenamento jurídico, em especial nas questões envolvendo o princípio da igualdade.⁶⁶³

Outro elemento de caráter complexo que interfere na interpretação, aplicação e integração do direito e na construção do pretendido redimensionamento do conteúdo do princípio da igualdade na atividade judicial é exatamente o senso comum, que será abordado na sequência.

4.4. O Senso comum e a modificação do paradigma de proteção para a promoção da igualdade de tratamento no trabalho de ambos os sexos

O juiz, ao proferir uma decisão, aplicando seu raciocínio silogístico, encontra-se imbuído do senso comum,⁶⁶⁴ ocasionando dificuldades acerca dos “critérios de caráter extra ou metajurídico”, afetando as noções “de confiabilidade, de racionalidade, de controlabilidade e de justificação.”⁶⁶⁵

Michele Taruffo preconiza que “a noção de *senso comum* é tão difusa quanto indeterminada e imprecisa”, concluindo que surgem grandes dificuldades decorrente de

⁶⁶¹ ANDRADE, Christiano José de. op. cit., p. 104-105.

⁶⁶² HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 22-23.

⁶⁶³ LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Isonomia entre os sexos no sistema jurídico nacional*, cit., p. 10.

⁶⁶⁴ TARUFFO, Michele. *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Curitiba: IBEJ, 2011. p. 9-10.

⁶⁶⁵ Id. Ibid., p. 38.

“numerosas conotações filosóficas, sociológicas e até mesmo antropológicas”, na construção de um conceito que possa ser completo.⁶⁶⁶

A influência do senso comum em um magistrado aparece não só na interpretação e aplicação do direito, mas atinge “o *reconhecimento dos fatos*”, decorrente, muitas vezes, da “cultura de homem médio vivente em uma certa sociedade e em um dado momento histórico” e, por fim, participa do “raciocínio justificativo a ser formulado pelo juiz para motivar sua decisão.”⁶⁶⁷

A transposição da diferenciação de tratamento para a situação vivenciada pelo ser humano, deslocando-a do sexo para fins de normatização tutelar e protetiva para uma medida mais eficaz, tendente a evitar o preconceito enraizado em nossa sociedade na oportunização de empregos às mulheres.

Isso deve influenciar o senso comum dos magistrados se o fim extremo do exercício da jurisdição realmente for a pacificação das lides e dos conflitos sociais.

A tendência atual é a reformulação do pensamento retrógrado, uma vez que nas questões de gênero e de notória discriminação da mulher em relação ao homem, a legislação vigente não conseguiu com a tutela exagerada inseri-la efetivamente no mercado de trabalho.

Carlos Roberto de Siqueira Castro, em obra publicada, em 1983, alertava para que o legislativo e os juristas, em geral, deveriam “eliminar passo a passo tudo quanto de artificial e forjado se acha incrustado nas diferenças tanto jurídicas quanto sociais que extremam homens e mulheres”, preconizando ainda que:

“o ordenamento positivo pode verdadeiramente servir a um amplo e paulatino processo pedagógico, de maneira a não aumentar as diferenças individuais no plano material, mas abrandando-as cada vez mais em prol da justiça social.”⁶⁶⁸

Assim, para se alcançar o redimensionamento do conteúdo do princípio da igualdade as maiores dificuldades encontram-se dentro de cada um de nós, em virtude de nossos preconceitos que, ainda que não exteriorizados, poderão, numa equivocada apreensão da realidade, prejudicar o fiel entendimento e aplicação de uma norma jurídica relacionada à

⁶⁶⁶TARUFFO, Michele. op. cit., p. 10.

⁶⁶⁷Id. Ibid., p. 12-18.

⁶⁶⁸CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O princípio da isonomia a igualdade da mulher no direito constitucional*, cit., p. 288-289.

questão da igualdade de gênero irremediavelmente atreladas ao senso comum de magistrados, legisladores e cidadãos em geral.

Com o passar dos anos, houve a percepção de que a legislação tutelar da mulher, ao diferenciá-la em inúmeros critérios laborais em relação ao sexo masculino, ocasionou senão a sua exclusão do mercado de trabalho, variados empecilhos à sua admissão nas empresas e em qualquer tipo de serviço ou atividade.⁶⁶⁹

Amparando-se em um ideal de fragilidade já superado, seja pela revolução tecnológica, seja pela consagração de que tanto o homem como a mulher possuem aptidões equivalentes para o trabalho em abstrato, verifica-se que as práticas discriminatórias persistem, ensejando uma efetiva atuação concertada não só do poder público, como também dos entes de representação coletiva e da própria sociedade, a fim de extirpar esse mal que assola a humanidade, exigindo uma alteração do paradigma protetor para o igualitário, tendente a um redimensionamento do conteúdo do princípio da igualdade.⁶⁷⁰

Assim, a tendência após a Constituição de 1988, com a consagração dos direitos humanos trabalhistas nos mais diversos atos normativos de cunho nacional e internacional é a adoção do princípio da igualdade como nivelamento de direitos, no sentido de reduzir senão aniquilar as restrições laborais que, antes de promover e tutelar o trabalho feminino, vieram a suprimí-lo.⁶⁷¹

A proteção ainda é necessária, mas deve ater-se ao mínimo eminentemente necessário à preservação das reais diferenças entre as pessoas e não só das reputadas atreladas ao sexo, que, muitas vezes, nem são necessárias ou essenciais.⁶⁷²

A eliminação das normas tutelares vem possibilitando ao sexo feminino ingressar em atividades antes restritas aos homens, diante da vedação legal, diminuindo a oposição a essa nova política de inserção social das mulheres no âmbito laboral.⁶⁷³

Arion Sayão Romita ressalta que o arcabouço legal tutelar incentivou os empresários a admitirem homens em detrimento das mulheres, ensejando um “efeito bumerangue” que

⁶⁶⁹ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. op. cit., p. 110.

⁶⁷⁰ BARROS, Débora Patrícia da Silva; SILVA, Daisy Rafaela da. Trabalho feminino no Brasil: do direito protetor ao direito promocional. *Direito e Paz*, Lorena, v. 5, n. 9, p. 267, 2003.

⁶⁷¹ Id. Ibid., p. 250.

⁶⁷² Id. loc., cit.

⁶⁷³ NASCIMENTO, Sonia A.C. Mascaro. O direito do trabalho da mulher, cit., p. 142.

culminou com a revisão e revogação de inúmeros dispositivos em nosso ordenamento jurídico.⁶⁷⁴

A promoção da igualdade de oportunidades no trabalho, que poderá ser o caminho para uma futura igualdade de resultados, ou, ao menos, algo próximo disso, passa, necessariamente, por uma maior segurança na construção do arcabouço legal protetivo, com a retirada dos elementos presentes atualmente na legislação nacional, que, antes de serem óbices, incentivam a discriminação e o preconceito, dificultando o acesso e a manutenção do emprego da mulher, situação que deve ser fundada essencialmente no princípio da dignidade da pessoa humana e nos ideais de cidadania de um povo.⁶⁷⁵

Na Itália, no intuito de obstar práticas discriminatórias em face do sexo feminino atreladas ao maior custo da manutenção do trabalho da mulher, houve um elastecimento do direito dos homens, com a viabilidade de falta justificada para tratamento de doenças dos descendentes e a “faculdade de abstenção semestral” para cuidados dos recém-nascidos após o gozo da licença-maternidade,⁶⁷⁶ o que se encontra de acordo com a nossa proposta.

Se a percepção dos pesquisadores e os dados estatísticos levantados já demonstraram os pequenos avanços que a proteção exagerada do trabalho feminino ocasionou no mercado laboral, já é chegada a hora da inversão da política adotada, com tentativas de utilização de novos métodos de combate à discriminação, uma vez que a inserção das mulheres no âmbito do trabalho é essencial para a redução das denominadas “desigualdades sociais”, gerando uma mais equânime distribuição de renda e, portanto, propiciando a evolução e transformação da sociedade como um todo, por meio de verdadeiras “fórmulas alternativas.”⁶⁷⁷

A sociedade tende a conceber as mulheres como inseridas e vinculadas ao lar, ao marido e aos seus filhos, tendo a vida laboral apenas como residual, sendo que essa situação se pereniza na medida em que se perpetua a noção de que elas possuem a função de “cuidadoras” da família, podem dispensar o emprego com o nascimento dos descendentes, apresentam dupla ou tripla jornada, bem como que não podem se dedicar

⁶⁷⁴ROMITA, Arion Sayão. O combate à discriminação da mulher no mundo do trabalho, à luz das fontes internacionais com reflexos no ordenamento interno, cit., p. 121.

⁶⁷⁵NUNES, Maria Terezinha. A efetividade do princípio da igualdade no Estado democrático de direito, cit., p. 232-233.

⁶⁷⁶NASCIMENTO, Sonia A.C. Mascaro. *O trabalho da mulher: das proibições para o direito promocional*. São Paulo: LTr, 1996. p. 197.

⁶⁷⁷NUNES, Maria Terezinha. op. cit., p. 230.

somente ao trabalho, ante a ausência de instituições que possam destinar os rebentos durante o horário do exercício de suas funções.⁶⁷⁸

Associado a esse pressuposto, que funciona como verdadeiro estereótipo ou mesmo preconceito, surge a ideia de “trabalhador tipo” incutida na sociedade, que acaba por prejudicar todos aqueles que discrepem desse modelo, que Manuela Tomei exemplifica com o consistente “*em un varón Blanco casado cuya esposa se ocupa de los hijos y de las tareas del hogar o en una persona sin impedimentos físicos o sensoriales.*”⁶⁷⁹

O novo paradigma de igualização de direitos é defendido pela doutrina mais abalizada, tendo em vista que o excesso de proteção, ao invés de tutelar e assegurar o emprego, realizando o preconizado no artigo 7º, XX, da Constituição Federal de 1988, acaba por obstar a contratação de mulheres, em virtude do empregador discriminá-la na admissão, em virtude do tratamento diferenciado estabelecido na norma de ordem pública instituída.⁶⁸⁰

Assim, a real “proteção do mercado de trabalho da mulher” não pressupõe apenas privilégios, mas, muitas vezes, igualização de direitos e deveres com os homens.

O grande problema é definir qual a medida adequada para propiciar a remodelação dos parâmetros e concepções sociais, uma vez que a discriminação de gênero não é um problema eminentemente jurídico, pois sendo fenômeno social, a discriminação atinge também outras searas, como a sociologia, a antropologia, a filosofia, a ciência política, a assistência social, a psicologia, dentre tantas outras disciplinas que estudam o ser humano enquanto indivíduo e ser social.

Uma tentativa que vem sendo implementada é a atinente a adoção de ações afirmativas, que tiveram lastro em estudos promovidos por outras ciências e, posteriormente, foram absorvidas e reestruturadas pelo Direito, que não implica necessariamente na melhor opção de combate à discriminação, contudo, continua sendo a mais abordada e definida pelos pesquisadores.

Por que não adotar como elemento a ser buscado, via ação afirmativa, a igualização de direitos de homens e mulheres em situações idênticas ou semelhantes, como no caso da família unilateral?

⁶⁷⁸ GOMES, Ana Virgínia Moreira. A OIT e a disseminação do combate à discriminação contra a mulher no trabalho. In: BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan (Coords.). *Mulher, sociedade e direitos humanos*. São Paulo: Rideel, 2010. p. 166-167.

⁶⁷⁹ TOMEI, Manuela. op. cit., p. 447-448.

⁶⁸⁰ MARTINS, Sergio Pinto. Práticas discriminatórias contra a mulher e a Lei n. 9.029/95. *IOB - Repertório de Jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, n. 11, p. 147, jun. 1995.

Ocorre que, muitas vezes, até mesmo uma questão relacionada à maternidade confunde-se com a paternidade, como é o cuidado que o casal deve ter, independentemente de seu sexo, com sua prole, de tal forma que as eventuais diferenças biológicas são insignificantes.

Isso se deve à obrigatoria identificação do ser humano como único, sem conotação de gênero, raça, etnia ou outras características irrelevantes, apesar de algumas delas ainda nos acompanhar, nos dias atuais, enraizadas no tecido social de maneira indevida, mas incompatíveis com o conteúdo do texto constitucional brasileiro.⁶⁸¹

O que deve ser evitado, entretanto, a qualquer custo, é a manutenção do arcabouço legal a pretexto de que não se promovam efetivas alterações nas concepções sociais e, ao mesmo tempo, não se implementem essas reformulações na estrutura social, sob o argumento de que são desnecessárias, diante da legislação tutelar específica das mulheres, acabando num círculo vicioso em que nada efetivamente é feito.

Essa estagnação, na realidade, conforma a sociedade, deixando-a inerte quando deveria incentivar as discussões acerca de reformulações nas políticas sociais e de inclusão, readequando as práticas adotadas para atingirem o fim tão almejado da igualdade entre os seres humanos, independentemente do seu sexo.

A ideia é fortalecer a noção de “igualdade como técnica capital para a construção da Justiça”, como já se expressou Marcus Orione Gonçalves Correia.⁶⁸² Dentro dessa ótica, o critério sexual para o estabelecimento de benefícios ou privilégios que demandam maiores custos ao empregador facilita as práticas discriminatórias, tendo em vista o objeto específico (condição feminina) ser imutável e facilmente identificável,⁶⁸³ daí a necessidade e a tendência de se elastecer a tutela e a proteção a todos os trabalhadores que vivenciem uma determinada situação, não se limitando às mulheres.⁶⁸⁴

Por outro lado, nessas hipóteses, dever-se-ia aplicar outro brocardo “onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito”,⁶⁸⁵ sendo que a identidade de situações, em que um pai viúvo, um pai solteiro ou mesmo um dos parceiros na união homoafetiva masculina que venham a cuidar sozinhos de um recém-nascido,

⁶⁸¹MALLET, Estêvão. O princípio constitucional da igualdade e o trabalho da mulher, cit., p. 146.

⁶⁸²CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. O princípio da igualdade como técnica de efetivação dos direitos sociais, cit., p. 141.

⁶⁸³TOMEI, Manuela. op. cit., p. 448.

⁶⁸⁴Id. Ibid., p. 446.

⁶⁸⁵MAXIMILIANO, Carlos. op. cit., p. 200.

impossibilitaria qualquer discriminação que seria imoral, injusta e extremamente penosa ao tratar de maneira diferenciada homens e mulheres.

Essa constatação não se restringe a essas hipóteses supramencionadas, alcançando qualquer circunstância em que os elementos de identidade e semelhança não permitam tratamento desigualitário com foco nos fatos vivenciados e não no sexo das pessoas.

Os adágios antigos nos socorrem em diversas oportunidades e, na maioria das vezes, transportam cultura e sabedoria, que, na era contemporânea, ainda encontra plena aplicabilidade, como, por exemplo, o de “quem suporta o ônus, deve gozar as vantagens respectivas – *‘pertence o cômodo a quem sofre o incômodo’*”.⁶⁸⁶

Nesse contexto, é pouco provável que possa ser reputada legítima a negativa ao homem, quando lhe seja exigido as mesmas atividades e responsabilidades, antes exercidas pelas mulheres, de usufruir dos benefícios a elas concedido, angariando, muitas vezes, até independentemente de sua vontade, todos os ônus.

Quanto aos valores que devem ser observados pelos juízes em prol de uma mais humana e razoável aplicação da norma, percebe-se que Fernando Ledesma Bartret, magistrado do Tribunal Supremo, deixa claro que todos os servidores do poder público, mas, com mais evidência, os que detêm a competência jurisdicional, devem levar em conta a “vivência cotidiana de valores.”⁶⁸⁷

Nessa seara, surgem julgados paradigmáticos analisados pelo Superior Tribunal de Justiça, como, por exemplo, em 2010, o RESP nº 1.000.356/SP,⁶⁸⁸ em que se defende o reconhecimento da maternidade e paternidade socioafetiva em prol dos direitos da personalidade e dos demais direitos humanos fundamentais, autorizando a declaração do liame familiar socioafetivo entre pais e filhos, que não tenham descendência genética, equiparando estes últimos aos filhos biológicos para todos os efeitos legais, na hipótese de reconhecimento espontâneo da maternidade ou paternidade, ao se registrar a criança, mesmo que se saiba não ser de sua prole genética.

No caso objeto do recurso especial analisado, pelo Tribunal da Cidadania, constata-se que a situação fática vivenciada pela criança, que era tratada e considerada como filha,

⁶⁸⁶ MAXIMILIANO, Carlos. op. cit., p. 204.

⁶⁸⁷ LEDESMA BARTRET, Fernando. *Derechos humanos y política judicial*. Madrid: Colégio Notarial de Madrid, 2007. p. 65.

⁶⁸⁸ “REsp 1000356/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 07/06/2010” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Jurisprudência. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1000356&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2#](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1000356&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2#>)>. Acesso em: 07 jan. 2012).

foi considerada essencial e, portanto, mais importante do que a própria condição biológica da menina, o que demonstra a evolução da jurisprudência civilista que deverá ser incorporada pela trabalhista, nas hipóteses que envolvem as condições de trabalho e as normas tutelares em sua ampla acepção, que devem focar os elementos peculiares do caso concreto e não estritamente o sexo de um indivíduo.

As normas tutelares, de maneira notória, encontram-se em pleno vigor, sendo certo que a sua interpretação e aplicação é que farão a grande diferença na busca pelo redimensionamento do conteúdo do princípio da igualdade, pois, como Márcio Túlio Viana indica, há duas formas de discriminação “ferindo as regras” ou “com as próprias regras.”⁶⁸⁹

Nossa sociedade e os órgãos públicos tendem a combater apenas a primeira forma de discriminação, descurando-se da segunda, que é mais perniciosa, visto se ocultar sob a forma de uma aparente legalidade e, no caso das mulheres, institucionalizando e incentivando o preconceito, atrelando o sexo feminino a maiores custos operacionais na admissão e manutenção do contrato de trabalho.

Assim, salvo um tratamento especial relativo a circunstâncias tipicamente peculiares de um determinado sexo, como, por exemplo, as relacionadas ao parto e a recuperação da mulher após a gestação, apesar da questão ainda ser polêmica, envolvendo a maternidade em sentido amplo, outras situações que se apresentam como verdadeiros “tabus sociais”, como a tradição do serviço militar obrigatório ser exclusivo dos homens, devem cair mais facilmente por terra, pois, de uma forma ou de outra, a discussão deve ser posta e, com isso, a solução será encontrada.⁶⁹⁰

Da mesma forma, a proteção e a tutela desregrada ou, mais precisamente, de maneira exagerada com exigências de locais específicos de trabalho, licenças especiais, horários reduzidos de trabalho extraordinário ou intervalos especiais, antes de incentivar a contratação da mulher, evitam a sua inserção na empresa,⁶⁹¹ seja para não se gerar um custo mais elevado na atividade econômica, seja para evitar que a rotina do trabalho se altere, e o meio ambiente laboral, com a presença de homens e mulheres, desenvolva ares de rivalidade entre os sexos, prejudicando a produção da instituição.

Ante os elementos acima apresentados, relacionados à realidade vivenciada no Brasil e no exterior e a tendência de reformulação da legislação vigente ou da readequação de sua

⁶⁸⁹VIANA, Márcio Túlio. O princípio constitucional da não discriminação e a CLT. *LTr*: legislação do trabalho. Suplemento trabalhista, São Paulo, ano 40, n. 53, p. 229, 2004.

⁶⁹⁰ROMITA, Arion Sayão. op. cit., p. 118.

⁶⁹¹LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. op. cit., p. 174.

concepção na idade contemporânea, torna-se primordial, enquanto as alterações legislativas não são promovidas, a atuação do Poder Judiciário na interpretação, integração e aplicação da norma.

Essa perspectiva, buscando, nos dizeres de Francesco Ferrara, que a teoria atenuie suas concepções no “banho da vida real”,⁶⁹² possibilitará a conformação da proposta de modificação do paradigma protetivo com o redimensionamento do princípio da igualdade para amparar a situação fática vivenciada pelos seres humanos independentemente de seu gênero.

⁶⁹²FERRARA, Francesco. op. cit., p. 81.

CONCLUSÃO

A igualdade é um dos princípios mais importantes e cruciais para a legitimação de um Estado Democrático de Direito, apresentando funções que interferem na aplicação, interpretação e criação da norma posta, como se fosse um verdadeiro vetor condicionante do ordenamento jurídico brasileiro e das diversas nações ditas civilizadas de nossa era, tamanha a sua grandeza axiológica em termos constitucionais.

Durante o passar dos anos, a noção de igualdade sofreu alterações, desde sua origem, em virtude das interferências espaço temporais vivenciadas pelo preceito num determinado Estado ou mesmo as mutações decorrentes dos contextos históricos de cada país, em que a concepção igualitária é variável, segundo condicionantes sociais, econômicos, culturais, religiosos, políticos, dentre tantos outros fatores que se mesclam ou modificam o conteúdo do mencionado princípio.

A admissão da igualdade sob uma roupagem meramente formal, oriunda do liberalismo, evoluiu para um aspecto material e substancial, em que a norma genérica e abstrata editada não seria simplesmente aplicada a todos sem distinção, mas, principalmente, deveria vincular o legislador a ponto de que seu conteúdo levasse em consideração a desigualdade das diversas camadas da sociedade, tratando os iguais de maneira semelhante e os desiguais de forma diferenciada conforme a específica desigualdade dos grupos sociais.

Essa transformação não foi suficiente, pois envolvia a aceção de “igualdade perante a lei” e “igualdade na lei”, o que se desenvolveu para o que se denomina, na atualidade, de “igualdade por intermédio da lei”, com maior participação da sociedade na idealização e concretização da norma, almejando uma melhor conformação da lei à realidade sócio-cultural.

A discriminação e a igualdade são institutos, ao mesmo tempo, opostos e associados, dependendo da sua utilização num determinado caso concreto, sendo certo que a segunda pode pressupor a não aplicação da primeira (não discriminação) ou, por meio da discriminação, determinar um reequilíbrio da situação, visando, como fim principal a igualdade.

Ocorre que as diferenças interpessoais que implicam em desigualdade podem ser de cunho natural ou social. Na hipótese natural, pouco se pode fazer em termos legislativos, tendo em vista que a lei jamais poderá alterar as concepções físico-psíquicas do ser humano, entretanto, na identificação de uma diferenciação de conotação social, torna-se

possível ao legislador e aos políticos em geral, por diversas medidas, atenuarem ou suprimirem, total ou parcialmente, a desigualdade fruto de um elemento artificial independente da essência do ser.

No intuito de inviabilizar as discriminações ilegítimas, a proibição singela de uma discriminação negativa, em que se obsta o acesso a direitos ou o exercício desses direitos a determinados nichos sociais, somou-se a uma discriminação positiva ou, em outro termo, a uma ação afirmativa, em que, além da vedação da diferenciação indevida, deve-se promover uma igualdade mais real, com o uso da discriminação para adequar a realidade legal às particularidades e especificidades de cada ser humano nas relações sociais.

No auxílio a essa atuação afirmativa cunharam-se vários conceitos, dentre os quais as oposições às discriminações direta (conduta afrontosa a norma), indireta (consequência afrontosa à norma, ainda que, na origem, a conduta seja legítima) e oculta (consequência afrontosa à norma com a verdadeira intenção oculta, sob aparente legitimidade da conduta), dentre outras que passaram a ser coibidas na medida em que atingem as minorias, conceito esse não atrelado ao quantitativo de pessoas na população, mas sim aos que exercitam e gozam de seus direitos e ocupações na sociedade.

Uma das principais vítimas da discriminação, em todas as suas acepções, ainda é, na era contemporânea, a mulher, em especial quando se analisa a sua situação na assunção, manutenção e extinção nas relações laborais, sendo objeto de segregação horizontal (diferenças de atividades exercidas) e vertical (nível hierárquico numa mesma atividade) nas empresas.

Diante desse contexto, torna-se relevante a ponderação sobre o fator discriminação de sexo nas relações trabalhistas, ocasião em que se percebe que, em termos de discriminação negativa impeditiva da admissão ou do exercício de direitos, esta somente seria admitida se houvesse uma correlação lógica entre a prática e o elemento discriminador permeado de uma finalidade legítima e com os limites consagrados na razoabilidade e proporcionalidade da limitação.

Um exemplo seria a preferência na contratação por mulheres ou por homens, dependendo do sexo de um idoso, que necessitasse de cuidados de limpeza íntima que viesse a se sentir menos confortável na presença do sexo oposto.

Por outro lado, qualquer discriminação negativa ilegítima deve ser inviabilizada e apenas pelo ordenamento jurídico, sendo mais facilmente identificável pelos juristas do que a discriminação ilegítima de conotação positiva, ou seja, com a atribuição de privilégios a apenas um dos sexos, em especial às mulheres, dado o fato de se inserirem no conceito de minoria.

O maior problema para concluir sobre a legitimidade da discriminação positiva encontra-se na adequação lógica das peculiaridades femininas com os benefícios legais e a manutenção razoável e proporcional dos valores consagrados nas normas constitucionais de caráter fundante da validade do ordenamento jurídico nacional.

A tutela legal do trabalho das mulheres tem como consequência desincentivar a contratação e promoção profissional do sexo feminino, que acaba sendo relacionado a maiores custos operacionais, em virtude de diversos fatores e benefícios insculpidos na legislação ordinária e, ao mesmo tempo, mantendo a imagem de fragilidade delas em comparação com os homens.

Além disso, a diferença de remuneração entre os gêneros pode decorrer de diversos fatores, não necessariamente relacionados ao sexo e nem impede que empresas diversas venham a pagar salários diferenciados desde que, no seu interior e para as mesmas funções, não remunerem de maneira inferior as mulheres.

No Brasil, percebe-se que o preconceito e os estereótipos sexistas ainda vigoram, afetando o mercado de trabalho das mulheres no sentido de que seus salários visam complementar a renda familiar, mantêm-se atreladas às atividades do lar e ao cuidado dos filhos, motivos pelos quais são empurradas para a atividade informal, jornada parcial, empresas tercerizadas e ainda percebem remuneração bem inferior aos homens, muitas vezes influenciando indiretamente na remuneração deles quando a atividade acaba por ser reputada eminentemente feminina.

Apesar das diferenças de remuneração serem atenuadas na área pública, diante da percepção de vencimentos ou subsídios estipulados por lei e atrelados ao cargo independentemente do sexo, ela ainda persiste diante de alguns elementos, como na hipótese das licenças atreladas à maternidade e aos cuidados dos filhos, fato associado a menor antiguidade nas instituições, uma vez que seu ingresso só se intensificou nas últimas décadas que, em escala de carreira, pode interferir na remuneração ao longo dos anos.

Acrescente-se, ainda, que algumas disposições infraconstitucionais, antes de coibir a discriminação e promover uma real tutela do gênero feminino, acaba por afastá-lo dos postos de trabalho indiretamente, portanto chocando-se com a determinação de “proteção do mercado de trabalho da mulher” previsto expressamente no inciso XX, do artigo 7º da Constituição Federal.

Nesse sentido, pode-se citar, a título exemplificativo, os artigos 384 (descanso de 15 minutos antes da jornada extraordinária), 389 (local adequado para amamentação quando

se empregue ao menos 30 mulheres com idade superior a 16 anos), 390 (menor peso para o trabalho realizado pelas mulheres), 392 (licença-maternidade) e 396 (pausa de 30 minutos duas vezes ao dia para amamentação), todos da Consolidação das Leis do Trabalho, que atribuem benefícios apenas às trabalhadoras.

Esses dispositivos poderiam ter suas redações alteradas para privilegiar a situação fática vivenciada pelo ser humano independentemente do sexo, ainda mais quando a jornada extraordinária atinge a saúde de ambos os sexos.

O mesmo raciocínio pode ser inferido do peso submetido ao trabalhador que, por sua vez, ao variar em relação à condição física de cada um, independe do sexo, a amamentação e outros cuidados com a criança, seja em virtude de locais adequados no serviço, seja pelas pausas para alimentação do filho, além da própria licença-maternidade que foram instituídas em prol da criança e, por esse motivo, devem ser exercidas, da mesma forma, pelo pai solteiro com a guarda do recém-nascido, pelo viúvo ou adotante, inclusive na hipótese de união homoafetiva.

As determinações de obrigações legais do empregador diretamente relacionadas ao sexo do empregado apenas servem como desestímulo à contratação de mulheres em relação aos homens.

Já não bastasse isso, até mesmo as disposições constitucionais, como, por exemplo, a estipulação de menor tempo de idade ou contribuição para a aposentadoria das mulheres (artigo 40, § 1º, III, “a” e b” e artigo 201, §7º, I e II da CF), incutem no empregador o temor de perder a mão de obra feminina em menor tempo do que o trabalhador masculino, que, em potencial, após detido treinamento para a função poderia ficar mais cinco anos à disposição da empresa.

Ciente dessa necessidade de reformulação do paradigma da igualdade para açambarcar o ser humano e não um dos sexos em detrimento do outro, a jurisprudência de alguns Tribunais brasileiros tem demonstrado certa oscilação quanto ao caminho a ser seguido.

O Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo a estipulação de benefícios previdenciários e outros direitos aos conviventes em união homoafetiva, nivelando-os para todos os efeitos aos demais casais, ultrapassando o limite do sexo como elemento e fator discriminem.

Da mesma forma, o Superior Tribunal de Justiça vem assegurando o direito de alimentos aos conviventes e a alteração do registro civil de masculino para feminino, tudo em prol da dignidade da pessoa humana.

Curiosamente, o Tribunal Superior do Trabalho, de maneira conservadora, preconiza a constitucionalidade do artigo 384 da CLT, diferenciando as condições de homens e mulheres, enquanto algumas decisões do Tribunal Regional da 15ª Região o declara inconstitucional e do Tribunal Regional da 2ª Região mantém a disposição aplicável a homens e mulheres indistintamente, o que se entende ser a melhor opção em prol dos direitos humanos trabalhistas.

Por outro lado, nos demais países americanos, europeus, asiáticos e africanos percebe-se que a situação da mulher, salvo raras exceções, como no exemplo dos países nórdicos, sempre é muito inferior à condição laboral dos homens, demonstrando ser essa uma constante, independentemente da cultura e condição social e econômica das nações.

Em países como os Estados Unidos da América verifica-se que, desde sua constituição até por volta da década de 70 do século passado, a diferenciação de tratamento por sexo era tolerada, alterando-se, depois disso, para rechaçar esse tipo de discriminação, tendo início, em 1971, no caso *Reed vs. Reed*.

Noruega, Suécia e Finlândia são exceções em termos de igualização de direitos devido ao alto grau de instrução da população como um todo, política de igualdade de gênero, estereótipos culturais e sociais, entretanto, ainda assim, possuem segmentação nas profissões.

Na América Latina, com robusta legislação de cunho tutelar em diversos países, tal fato, por si só, não impede a discriminação do sexo feminino, incentivada também pela ausência de políticas de compartilhamentos dos afazeres domésticos e de cuidados com a prole.

A situação das mulheres em Portugal não é diferente do resto do mundo, com disposições relativas à igualdade muito semelhantes às brasileiras em seu texto constitucional. A inserção desse país na União Europeia promoveu alteração em sua legislação infraconstitucional, que teve que se adaptar às normativas (diretivas e regulamentos) da UE, sendo, um exemplo, a denominada licença parental.

Os diversos tratados que regulam a comunidade europeia preconizam a igualdade como um objetivo a ser perseguido e garantido pelos Estados membros até se chegar no Tratado de Lisboa.

Outros documentos, como o Pacto Europeu para Igualdade de Gênero (2006), almejam a reestruturação social, a eliminação das disparidades sócio-econômicas entre os sexos e, em especial, o equilíbrio da vida profissional com o exercício dos deveres familiares, entre diversos atos oriundos da União Europeia como a Carta da Mulheres

(2010), a Estratégia para igualdade entre homens e mulheres 2010-2015 e a comunicação EUROPA 2020.

Destaca-se também a Diretiva nº 2006/54/CE, que trata da aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre os sexos em relação à atividade profissional e ao emprego, entre outras normas em constantes reformulações, com o intuito de assegurar um desenvolvimento racional e próspero aos componentes do bloco europeu.

O Tribunal Europeu também já se manifestou algumas vezes acerca da discriminação de gênero, merecendo destaque o caso Douglas Harvey Barber *versus* Grupo de Seguros Guardian Royal Exchange, em que as diferenças de idade para aposentadoria e seguro desemprego foram niveladas entre homens e mulheres, dentro de uma tendência de diversas decisões da Corte calcada na igualização dos gêneros em direitos e obrigações.

No âmbito internacional, as disposições consagradoras da igualdade são incontáveis, tendo relevância, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), dentre outras.

No aspecto laboral, com o surgimento da Organização Internacional do Trabalho foram editadas diversas Convenções e Recomendações, constatando-se que, antes de 1950, priorizava-se nos textos a tutela do sexo feminino, restringindo atividades imbuídas de um ideal de fragilidade e responsabilidade pelos afazeres domésticos.

Depois da década de 50 do século passado, a organização supramencionada destinou-se a promover a igualização de direitos e deveres de ambos os sexos no meio laboral, afastando as disposições diferenciadoras e restritivas da admissão de mulheres.

Algumas dessas normativas sequer foram ratificadas pelo Brasil, tais como as convenções nº 177/1996 (trabalho em domicílio), 175/1994 (trabalho em tempo parcial), 156/1981 (trabalhadores com responsabilidades familiares) e 183/2000 (proteção da maternidade), além da recomendação nº 165/81, que sugere, entre outras coisas, a criação de serviços de assistência à infância e de auxílio à família e da licença parental, está última também prevista na recomendação nº 191/2000.

Essa evolução histórica da concepção da igualdade de gênero implica, nos dias atuais, num redimensionamento do conteúdo da igualdade material, que exige um

tratamento semelhante para o ser humano que vivencie situações fáticas idênticas ou assemelhadas, independentemente do seu sexo ser o masculino ou o feminino.

Se o paradigma comparativo para tratamento diferenciado for a situação em si e não a pessoa que está submetida aos fatos, os preconceitos e estereótipos acabarão por se enfraquecer, na medida em que a figura feminina não será objetivamente ligada a uma tutela legal que ocasiona maiores custos aos empregadores, como na hipótese da licença parental concedida a ambos os sexos ou um elastecimento da licença-paternidade para equivaler à licença-maternidade.

Enquanto a legislação em vigor não é alterada e a educação da população ainda se encontra estereotipada, uma forma adequada de atenuação dos preconceitos e mesmo viabilizadora da implementação de uma igualdade mais real encontra-se na utilização de preceitos oriundos do Código Civil e da Lei de Introdução às normas do direito brasileiro.

Assim, os fins sociais da lei, as exigências do bem comum, a função social do contrato e da empresa, que limitam a autonomia da vontade e se utilizam da ordem pública e dos bons costumes como meios de interpretação, integração e aplicação das disposições legais em vigor, em privilégio de uma maior dignidade humana erigida a fundamento de nosso país no texto constitucional, seriam ótimos instrumentos a serviço da igualdade.

Além disso, a boa fé objetiva e o princípio da justiça contratual ganham uma conotação mais ampla e intensa quando se analisa o contrato de trabalho, que não vincula apenas empregado e empregador, mas todos os indivíduos numa determinada empresa e, em acepção ampla, todos os membros da sociedade, perdurando na admissão, na manutenção e após o encerramento do contrato de trabalho, sem discriminação de gênero.

Não será por meios legais artificiais de compensação da discriminação que as mulheres nivelar-se-ão com os homens, caso contrário isso já teria ocorrido, dado nosso arcabouço normativo, havendo, enquanto não se promove uma reeducação social, a necessidade da adoção de métodos de enfrentamento do problema, que podem decorrer da reformulação do paradigma da igualdade para as circunstâncias e situações fáticas presente nas normas legais.

Enquanto essa alteração de lastro legislativo não ocorrer, uma das propostas é a utilização das normas vigentes segundo a função social presente e extraída das relações em sociedade, auxiliando numa interpretação construtiva e imbuída de justiça pelos juristas, calcada na isonomia de gêneros com o maior nivelamento possível de direitos e obrigações.

Essa nova visão da igualdade deverá permear não só a interpretação dos juristas, mas condicionar a integração das normas em hipótese de lacuna legal, por meio da analogia, interpretação extensiva, equidade e aplicação de princípios gerais de direito em atenção aos fins sociais da lei e das exigências do bem comum.

A interpretação deve priorizar a vontade da norma que é mutável, segundo a evolução histórica e, obviamente, destacada da singela vontade do legislador, propiciando o redimensionamento do substrato da igualdade material, influenciando no senso comum e, especialmente, balizando a alteração do paradigma de proteção do sexo frágil (feminino) para uma promoção da igualdade de tratamento no trabalho de ambos os sexos, dificultando a idealização da mulher como “meia força”, destinada às atividades do lar e, por consequência, mais onerosa sob o ponto de vista econômico do empregador.

Essas medidas podem não suprimir totalmente a discriminação de gênero; entretanto, atenuarão a relação imediata que, na contemporaneidade, apresenta-se entre o sexo feminino e as ausências decorrentes de licença-maternidade, amamentação, locais especiais para a guarda dos filhos até certa idade, aposentadoria em menor tempo, que não se encontram diretamente atreladas aos homens.

Caso nas hipóteses acima descritas, de qualquer um dos pais possa se ausentar, esses maiores “inconvenientes” do empresário não serão única e exclusiva responsabilidade das mulheres e, no mínimo, na formação da dúvida, a contratação do sexo feminino deixa de ser uma conta matemática e passa a mera probabilidade, que não se confunde de antemão com a absoluta certeza de futuros afastamentos do emprego, incentivando ainda mais a discriminação sexual.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. *O direito do trabalho como dimensão dos direitos humanos*. São Paulo: LTr, 2009.

ALVIM, Maria Cristina de Souza. Os direitos da mulher e a cidadania na Constituição brasileira de 1988. In: BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan (Coords.). *Mulher, sociedade e direitos humanos*. São Paulo: Rideel, 2010.

ANDRADE, Christiano José de. *O problema dos métodos da interpretação jurídica*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992.

ANKER, Richard. La segregacion profesional entre hombres y mujeres: repaso de las teorías. *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, v. 116, n. 3, p. 343-370, 1997.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BARROS, Débora Patrícia da Silva; SILVA, Daisy Rafaela da. Trabalho feminino no Brasil: do direito protetor ao direito promocional. *Direito e Paz*, Lorena, v. 5, n. 9, p. 249-268, 2003.

BARROS JUNIOR, Cassio de Mesquita. Paridade e não-discriminação entre homens e mulheres. *Trabalho e Doutrina: processo jurisprudência*, São Paulo, n. 16, p. 67-78, mar. 1998.

BARROSO, Luís Roberto. Igualdade perante a lei. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 19, n. 78, p. 65-77, abr./jun. 1986.

BELMONTE, Claudio Petrini. O sentido e o alcance do princípio da igualdade como meio de controle da constitucionalidade das normas jurídicas na Jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal e do Supremo Tribunal Federal do Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 144, p. 157-175, out./dez. 1999.

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; CARVALHO, Suzete. A segregação ocupacional da mulher: será a igualdade jurídica suficiente para superá-la? In: BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan (Coords.). *Mulher, sociedade e direitos humanos*. São Paulo: Rideel, 2010.

BIANCHINI, Alice. A igualdade formal e material. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 5, n. 17, p. 202-222, out./dez. 1996.

BIDART HERNANDEZ, Jose. La tutela no discriminatoria en la Constitución de 1980. *Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción*, Concepción, v. 64, n. 200, p. 47-57, jul./dic. 1996.

BLACKETT, Adelle; SHEPPARD, Colleen. Conjugar la negociación colectiva y el fomento de la igualdad. *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, v. 122, n. 4, p. 461-505, 2003.

BLAY, Eva Alterman. Um caminho ainda em construção: a igualdade de oportunidades para as mulheres. *Revista USP*, São Paulo, n. 49, p. 82-97, mar./maio 2001.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Organizado por Michelangelo Bovero. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BOM JÚNIOR, Mauro Roberto; SANTOS, Mirian Rosa; WICKBOLDT, Rosane Regina Kabke; PEREIRA, Vanessa dos Passos. *O princípio da igualdade e o sistema de cotas no Brasil*. Pelotas: Educat, 2006.

BONACHELA, Lisandra Silveira. O princípio da igualdade na Constituição Federal. *Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos*, Bauru, n. 28, p. 57-70, abr./jul. 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. São Paulo: Malheiros Ed., 2008.

BORGES, José Souto Maior. Significado do princípio da isonomia na Constituição de 1988. *Revista da Esmape*, Recife, v. 2, n. 3, p. 311-324, jan./mar. 1997.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcante. *Discriminação por sobrequalificação*. São Paulo: LTr, 2009.

BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 jun. 2011.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 abr. 2011.

_____. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em: 14 fev. 2012.

_____. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 15 fev. 2012.

_____. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. *Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 15 fev. 2012.

BRENDLER, Karina Meneghetti. A criatura e as rédeas de sua evolução: um estudo sobre o risco da discriminação genética frente ao princípio constitucional da igualdade. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, n. 18, p. 123-142, jul./dez. 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Métodos de protecção de direitos, liberdades e garantias. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra, n. esp., p. 793-814, 2003.

CAPLAN, Luciana. O direito humano à igualdade, o direito do trabalho e o princípio da igualdade. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, n. 27, p. 127-38, jul./dez. 2005.

CARDONE, Marly Antonieta. Trabalho da mulher, licença-paternidade, trabalho do menor. *Revista LTr: legislação do trabalho e previdência social*, São Paulo, v. 52, n. 11, p. 1343-1347, nov. 1988.

CARVALHO, José Jorge de. *Inclusão étnica e racial no Brasil: a questão das cotas no ensino superior*. 2. ed. São Paulo: Attar Editorial, 2006.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O princípio da isonomia a igualdade da mulher no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

COMISSÃO EUROPÉIA. Bruxelas, 18.12.2009. COM(2009)694 final. Relatório da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: *Igualdade entre Homens e Mulheres 2010*. Disponível em: <<http://www.igualdade.gov.pt/index.php/pt/area-internacional/ue>>. Acesso em: 28 ago. 2011.

_____. Bruxelas, 21.9.2010. COM(2010) 491 final. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões. *Estratégia para a igualdade entre homens e mulheres*. Disponível em: <http://www.igualdade.gov.pt/images/stories/Area_Internacional/UE/Estrategia2010_2015.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2011.

_____. Bruxelas, 3.3.2010. COM(2010) 2020 final. Comunicação da Comissão. EUROPA 2020. *Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo*. Disponível em: <http://www.igualdade.gov.pt/IMAGES/STORIES/AREA_INTERNACIONAL/UE/EEE2020.PDF>. Acesso em 27 ago. 2011.

_____. Bruxelas, 5.3.2010. COM(2010)78 final. Comunicação da Comissão. *Empenhamento reforçado na Igualdade entre Mulheres e Homens: uma Carta das Mulheres*. Declaração da Comissão Europeia por ocasião da celebração do Dia Internacional da Mulher 2010 em comemoração do 15.º aniversário da adopção de uma Declaração e Plataforma de Acção na Conferência Mundial sobre a Mulher da ONU, em Pequim, e do 30.º aniversário da Convenção da ONU sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres. Disponível em: <http://www.igualdade.gov.pt/images/stories/Area_Internacional/UE/ComIgualdMH.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2011.

COMISSÃO EUROPÉIA. Bruxelas. 1.3.2006. COM(2006) 92 final. Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões. *Roteiro para a igualdade entre homens e mulheres 2006-2010*. Disponível em: <http://www.igualdade.gov.pt/INDEX_PHP/PT/AREA_INTERNACIONAL/UE.HTM>. Acesso em 28 ago. 2011.

_____. Directiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 5 de Julho de 2006. *Relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à actividade profissional (reformulação)*. Disponível em: <<http://www.igualdade.gov.pt/index.php/pt/area-internacional/ue>>. Acesso em: 29 ago. 2011.

_____. *Uma Europa para as mulheres*. (Manuscrito terminado em Março de 2009). Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2009. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/publications/booklets/others/80/pt.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2011.

COMISSÃO PARA A IGUALDADE NO TRABALHO E NO EMPREGO. Directiva 75/117/CEE do Conselho, de 10-02-75. *Relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros no que se refere à aplicação do princípio da igualdade de remuneração entre os trabalhadores masculinos e femininos*. Disponível em: <<http://www.cite.gov.pt/pt/acite/legislacaocomu02.html>>. Acesso em: 22 abr. 2011.

COMPARATO, Fabio Konder. Precisão sobre os conceitos de lei e igualdade jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, n. 750, p. 11-19, abr. 1998.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Bruxelas, 18 de Maio de 2006 (29.05). Conselho Europeu de Bruxelas 23/24 de março de 2006. Conclusões da Presidência. Anexo II. Pacto Europeu para Igualdade de Género. Disponível em: <http://www.igualdade.gov.pt/images/stories/Area_Internacional/UE/PactoIG.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2011.

CORRÊA, Lélío Bentes. Discriminação no trabalho e ação afirmativa no Brasil. *Boletim Científico*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 83-90, jan./mar. 2002.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. O princípio da igualdade como técnica de efetivação dos direitos sociais. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 28, n. 97, p. 135-148, maio 2008.

COSTA, Sandra Morais de Brito. *Dignidade humana e pessoa com deficiência: aspectos legais e trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2008.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. 2. ed. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1996.

DUBUGRAS, Regina Maria Vasconcelos. Discriminação no emprego: formas, defesa e remédios jurídicos. *Revista LTr*, São Paulo, ano 66, n. 11, p. 1334-1336, nov. 2002.

ELDER, Sara; JOHNSON, Lawrence Jeffrey. Los indicadores laborales por sexo revelan la situación de la mujer. *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, v. 118, n. 4, p. 501-519, 1999.

EUR-Lex. *Alterações Introduzidas no Tratado da União Europeia e no Tratado que Institui a Comunidade Europeia*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/12007L/htm/C2007306PT.01001001.htm>>. Acesso em: 30 set. 2011.

_____. *Directiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de Junho de 2000, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0043:pt:HTML>>. Acesso em: 22 abr. 2011.

_____. *Directiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de Novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional*. Disponível em: <<http://vlex.pt/vid/igualdade-emprego-actividade-profissional-36386071>>. Acesso em: 22 abr. 2011.

_____. *Directiva 2002/73/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de Setembro de 2002 que altera a Directiva 76/207/CEE do Conselho relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:269:0015:0020:PT:PDF>>. Acesso em: 22 abr. 2011.

_____. *Directiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31976L0207:PT:HTML>>. Acesso em: 22 abr. 2011.

FADLALLA, Doroti de Almeida. Licença-paternidade: sugestão de previsão legal de concessão a servidor cuja esposa parturiente vier a falecer. *Estudos e Pareceres Jurídicos*, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 76-82, jan./jun. 1991.

FERNANDES, Antonio Monteiro. Observações sobre o princípio da igualdade de tratamento no direito do trabalho. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. esp., estudos em homenagem a A. Ferrer-Correia, Coimbra, n. 3, p. 1009-1036, 1991.

FERRARA, Francesco. *Como aplicar e interpretar as leis*. Trad. Joaquim Campos de Miranda. Belo Horizonte: Ed. Lider, 2002.

FIGUEIREDO, Antonio Borges de. Benefício na adoção masculina e inclusão social: uma proposta. *Revista de Previdência Social*, São Paulo, v. 32, n. 329, p. 291-296, abr. 2008.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Licença-paternidade e o princípio da paternidade responsável no Brasil e no direito comparado. *Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, v. 27, n. 70, p. 5-20, maio/ago. 1994.

FRANCO NETO, Georgenor de Souza. Identificação dos direitos fundamentais da mulher trabalhadora no ordenamento jurídico brasileiro. In: FRANCO FILHO, Georgenor de Souza (Coord.). *Trabalho da mulher*. São Paulo: LTr, 2009.

FURTADO, Emmanuel Téofilo. Direito à proteção e intimidade da mulher. In: FRANCO FILHO, Georgenor de Souza (Coord.). *Trabalho da mulher*. São Paulo: LTr, 2009.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Licença-maternidade da mãe adotiva: a lei nº 10.421/2002. *LTr: legislação do trabalho. Suplemento trabalhista*, São Paulo, v. 38, n. 72, p. 319-324, 2002.

GOMES, Ana Virgínia Moreira. A OIT e a disseminação do combate à discriminação contra a mulher no trabalho. In: BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan (Coords.). *Mulher, sociedade e direitos humanos*. São Paulo: Rideel, 2010.

GONZÁLEZ SOLANO, Gustavo. El principio "para igual trabajo igual salario". *Revista de Ciências Jurídicas*, San José, n. 97, p. 9-28, ene./abr. 2002.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2005.

GUGEL, Maria Aparecida. Discriminação positiva. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, v. 10, n. 19, p. 19-36, mar. 2000.

GUNTHER, Luiz Eduardo; ZORNIG, Cristina Maria Navarro. O trabalho da mulher e os artigos 376, 383 e 384 da CLT. *LTr: revista legislação do trabalho*, São Paulo, v. 66, n. 1, p. 50-55, jan. 2002.

HARRISS-WHITE, Barbara. La desigualdad en el trabajo en la economía informal. Cuestiones esenciales y ejemplos. *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, v. 122, n. 4, p. 507-518, 2003.

HASSON, Roland. *Desemprego & desproteção*. Curitiba: Juruá, 2006.

HEIDE, Ingeborg. Medidas supranacionales contra la discriminación sexual: igualdad salarial y de trato en la Union Europea. *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, v. 118, n. 4, p. 425-460, 1999.

HEMETÉRIO, Rilma Aparecida. Proibição da discriminação nas relações do trabalho. *IOB-Repertório de Jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, n. 23, p. 684-683, dez. 2004.

HEPPLE, Bob. Igualdad, representación y participación para un trabajo decente. *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, v. 120, n. 1, p. 5-20, 2001.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Países*. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/paisesat/main.php>>. Acesso em: 22 ago. 2011.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídica-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2007.

KERN, Gisela Hildegard. As directivas 2000/78/CE e 2000/43/CE e a sua transposição no direito privado português: a aplicação do princípio da igualdade no direito privado. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 80, p. 767-796, 2004.

KYRIAKIS, Norma; GRAGNANI, Adriana. Igualdade. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 41, p. 311-327, jun. 1994.

LEDESMA BARTRET, Fernando. *Derechos humanos y política judicial*. Madrid: Colégio Notarial de Madrid, 2007.

LEITE, Eduardo de Oliveira. A igualdade de direitos entre homem e a mulher face a nova Constituição. *Ajuris: revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, v. 21, n. 61, p. 19-36, jul. 1994.

LA LICENCIA para el cuidado de los hijos. *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, v. 116, n. 1, p. 119-139, 1997.

LIMA, Ana Lúcia Coelho de. *Dispensa discriminatória na perspectiva dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2009.

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

_____. *Teoria da discriminação nas relações de trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevie, 2011.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Isonomia entre os sexos no sistema jurídico nacional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993.

LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura. La incidencia del principio de igualdad en la distribución de las responsabilidades domésticas y familiares (La nueva redacción del art. 68 del CC tras la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio). *Revista de Derecho Privado*, Madrid, p. 3-46, mar./abr. 2007.

LORENTZ, Lutiana Nacur. Igualdade e diferença como direitos fundamentais. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, v. 14, n. 27, p. 88-122, mar. 2004.

_____. A luta do direito contra discriminação no trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, ano 65, n. 5, p. 519-531, maio 2001.

MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. São Paulo: Contexto, 2009.

MALLET, Estêvão. O princípio constitucional da igualdade e o trabalho da mulher. In: FRANCO FILHO, Georgeton de Souza (Coord.). *Trabalho da mulher*. São Paulo: LTr, 2009.

MANDALOZZO, Silvana Souza Netto; COSTA, Lucia Cortes da. Considerações de algumas (des)igualdades entre empregados de sexo opostos. *Revista LTr*, São Paulo, ano 74, n. 1, p. 96-104, jan. 2010.

MANSUETI, Hugo Roberto. Discriminación laboral e integración normativa. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 33, n. 125, p. 257-266, jan./mar. 2007.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS, Sergio Pinto. Licença-paternidade do pai adotante. *IOB - Repertório de Jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, v. 2, n. 4, p. 134-131, 2010.

_____. Práticas discriminatórias contra a mulher e a lei n. 9.029/95. *IOB - Repertório de Jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, n. 11, p. 149-147, jun. 1995.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MCLAUGHLIN, Ann. Igualdad de remuneracion: disminuye la diferencia entre hombres y mujeres. *Boletín de Actualidad Sociolaboral*, Madrid, n. 2, p. 221-225, 1988.

MELKAS, Helina; ANKER, Richard. La segregación profesional entre hombre y mujeres: investigación empírica sobre los países nórdicos. *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, v. 116, n. 3, p. 371-394, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 2. ed. 5. tir. São Paulo: Malheiros Ed., 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2007.

_____. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros Ed., 2009.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Óptica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, v. 5, n. 15, p. 13-20, jan./mar. 2002.

MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Relação das Convenções da Organização Internacional do Trabalho. Ratificadas pelo Brasil (Até 16 de junho de 2009). Disponível em:

<http://www.mte.gov.br/rel_internacionais/Quadro_OIT_ratificadas_Brasil_junho_2009.pdf> Acesso em: 31 ago. 2011.

MONTEIRO JÚNIOR, Francisco José. Trabalho da mulher: o art. 384 da CLT e a lei maria da penha e seus aspectos trabalhistas. In: FRANCO FILHO, Georgeton de Souza (Coord.). *Trabalho da mulher*. São Paulo: LTr, 2009.

NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher* (1979). Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/11cndh/site/pndh/sis_int/onu/convencoes/Convencao%20sobre%20a%20Eliminacao%20de%20Todas%20as%20Formas%20de%20Discriminacao%20contra%20a%20Mulher.pdf>. Acesso em: 04 set. 2011.

_____. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 30 ago. 2011.

_____. *Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_economicos.htm> Acesso em: 30 ago. 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Compreensão dos princípios do direito do trabalho na época contemporânea. In: FRANCO FILHO, Georgeton de Souza (Coord.). *Trabalho da mulher*. São Paulo: LTr, 2009.

_____. Proibição de discriminar o emprego. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, São Bernardo do Campo, v. 6, n. 8, p. 49-56, 2002.

NASCIMENTO, Sonia A.C. Mascaro. O direito do trabalho da mulher. In: BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan (Coords.). *Mulher, sociedade e direitos humanos*. São Paulo: Rideel, 2010.

_____. *O trabalho da mulher: das proibições para o direito promocional*. São Paulo: LTr, 1996.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado: e legislação extravagante*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

NOGUEIRA, Claudia Mazzei. *A feminização no mundo do trabalho*. Campinas: Autores Associados, 2004.

NUNES, Maria Terezinha. A efetividade do princípio da igualdade no Estado democrático de direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 44, n. 173, p. 225-38, jan./mar. 2007.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969)*. (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/conv_americana_dir_humanos.htm>. Acesso em: 30 ago. 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Constituição da Organização Internacional do Trabalho. Declaração de Filadélfia*. Lisboa: Gabinete para a Cooperação do Ministério do Trabalho e da Solidariedade de Portugal. Escritório da OIT em Lisboa. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/constitucao.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2011.

_____. *Convenção (100) sobre a Igualdade de Remuneração de Homens e Mulheres por Trabalho de Igual Valor*. Disponível em: <[http://www.oas.org/dil/port/1951%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20de%20Igualdade%20de%20Remunera%C3%A7%C3%A3o%20\(Conven%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%20100\).pdf](http://www.oas.org/dil/port/1951%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20de%20Igualdade%20de%20Remunera%C3%A7%C3%A3o%20(Conven%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%20100).pdf)>. Acesso em: 01 set. 2011.

_____. *Convenção 168 - Relativa à Promoção do Emprego e à Proteção contra o Desemprego*. (Genebra, em 1º de junho de 1988). Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=127858>>. Acesso em: 03 set. 2011.

_____. *Convenção nº 103 – Convenção Relativa ao Amparo a Maternidade* (Revista em 1952). Disponível em: <http://www.mte.gov.br/rel_internacionais/conv_103.pdf>. Acesso em: 02 set. 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção nº 111 - Convenção concernente à discriminação em matéria de emprego e profissão*. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=92814>>. Acesso em: 02 set. 2011.

_____. *Convenção nº 117*. Aprovada na 46ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra - 1962), entrou em vigor no plano internacional em 25.4.64. Disponível em: <<http://areaseg.com/bib/03%20-%20CONVENCOES%20OIT/convencao-117.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2011.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. C156 - *Convenio sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares* (Entrada en vigor: 11 agosto 1983) Ginebra, 67ª reunión CIT (23 junio 1981). Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C156>>. Acesso em: 03 abr. 2011.

_____. C183 - *Convenio relativo a la revisión del Convenio sobre la protección de la maternidad* (revisado) 1952 (Entrada en vigor: 07 febrero 2002). Ginebra, 88ª reunión CIT (15 junio 2000). Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C183>>. Acesso em: 03 abr. 2011.

_____. R090 - *Recomendación sobre la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor*. Ginebra, 34ª reunión CIT (29 junio 1951). Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?R090>>. Acesso em: 03 abr. 2010.

_____. R111 - *Recomendación sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación*. Ginebra, 42ª reunión CIT (25 junio 1958). Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?R111>>. Acesso em: 03 abr. 2011.

_____. R191 - *Recomendación relativa a la revisión de la Recomendación sobre la protección de la maternidad, 1952*. Ginebra, 88ª reunión CIT (15 junio 2000). Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?R191>>. Acesso em: 03 abr. 2011.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. A mulher e o trabalho no mundo contemporâneo a feminização no poder judiciário. In: FRANCO FILHO, Georgenor de Souza (Coord.). *Trabalho da mulher*. São Paulo: LTr, 2009.

PEINADO, Maria Amalia. Analisis de las diferencias salariales por sexo. *Revista de Economia y Sociologia del Trabajo*, Madrid, n. 13/14, p. 104-113, sept./dic. 1991.

PEREZ PERDOMO, Rogelio. La igualdad en la declaracion universal de los derechos humanos. *Revista de la Facultad de Ciencias Juridicas y Politicas*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, v. 36, n. 80, p. 239-245, 1991.

PINTO, José Augusto Rodrigues. Proteção à maternidade. In: FRANCO FILHO, Georgenor de Souza (Coord.). *Trabalho da mulher*. São Paulo: LTr, 2009.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____; PIOVESAN, Luciana; SATO, Priscila Kei. Implementação do direito à igualdade. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 7, n. 28, p. 82-88, jul./set. 1999.

PITAS, José. Princípio da igualdade no direito. *IOB - Repertório de Jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, v. 2, n. 24, p. 718-716, dez. 2003.

PLATENGA, Janneke; HANSEN, Johan. Balance de la igualdad de oportunidades en la Unión Europea. *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, v. 118, n. 4, p. 393-424, 1999.

PORFÍRIO, Fernando. Viúvo ganha na Justiça direito a licença-maternidade de seis meses para cuidar do filho. *UOL Notícias*, 13 fev. 2012. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2012/02/13/viuvo-ganha-na-justica-direito-a-licenca-maternidade-de-seis-meses-para-cuidar-do-filho.htm>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

PORTAL para a Igualdade. Disponível em: <<http://www.igualdade.gov.pt>>.

RAMALHO, Maria do Rosario Palma. Igualdade de tratamento entre trabalhadores e trabalhadoras em matéria remuneratória: a aplicação da directiva 75/117/CE em Portugal. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, v. 57, n. 1, p. 159-181, jan. 1997.

RENAULT, Maria Luiza Drummond. Desbiologização da maternidade e a proteção constitucional. *Revista de Previdência Social*, São Paulo, v. 15, n. 122, p. 11-15, jan. 1991.

ROBINSON, Derek. Diferencias de remuneracion entre los sexos segun la profesion. *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, v. 117, n. 1, p. 3-36, 1998.

RODGERS, Janine; RUBERY, Jill. El salario mínimo como instrumento para luchar contra la discriminación y promover la igualdad. *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, v. 122, n. 4, p. 597-612, 2003.

ROMITA, Arion Sayão. O combate à discriminação da mulher no mundo do trabalho, à luz das fontes internacionais com reflexos no ordenamento interno. In: FRANCO FILHO, Georgenor de Souza (Coord.). *Trabalho da mulher*. São Paulo: LTr, 2009.

RONCONI, Diego Richard. O princípio constitucional da igualdade e a desigualdade (i)legal deste princípio na legislação brasileira. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 6, n. 12, p. 71-83, abr. 2001.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2007.

SANTIAGO REDONDO, Koldo Mikel. Otra manifestación de la discriminación por razón de género: retribución desigual e igual valor dos trabajos. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, v. 11, n. 2, p. 71-77, set. 2001.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Ações afirmativas no direito coletivo do trabalho. In _____ (Coord.). *Direito coletivo moderno: da LACP e do CDC ao direito de negociação coletiva no setor público*. São Paulo: LTr, 2006.

_____. *A função social do contrato, a solidariedade e o pilar da modernidade nas relações de trabalho: de acordo com o novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: LTr, 2003.

_____. Repercussões da função social do contrato e do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações de trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 29, n. 111, p. 28-41, jul./set. 2003.

SCHULTE, Bernd. Direitos fundamentais, segurança social e proibição de retrocesso. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 32, n. 99, p. 259-279, set. 2005.

SELL, Sandro Cesar. *Ação afirmativa e democracia racial: uma introdução ao debate no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

SILVA, Alessandro da; KROST, Oscar. Comentários sobre a licença-maternidade e as inovações da Lei nº 11.770/08. *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, v. 25, n. 299, p. 19-28, nov. 2008.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Proscila Pereira Vasques Gomes. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. *Cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O direito do trabalho e as diversas formas de discriminação. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 68, n. 2, p. 97-102, 2002.

SOUZA, Rodrigo Trindade de. *Função social do contrato de emprego*. São Paulo: LTr, 2008.

SOWELL, Thomas. *Ação afirmativa ao redor do mundo: estudo empírico*. Tradução de Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: Universidade Ed., 2004.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=igualdade+e+sexo&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2#>>. Acesso em: 07 jan. 2012.

_____. Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1000356&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2#>>. Acesso em: 07 jan. 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Acórdãos. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=discrimina%E7%E3o+e+sexo&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 07 jan. 2012.

_____. Repercussão geral. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28trabalho+%29&base=baseRepercussao>>. Acesso em: 25 jul. 2012.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Os princípios do direito material do trabalho. In: BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavallanti; PEREIRA, José Luciano de Castilho; FAVA, Marcos Neves (Coords.). *O direito material e processual do trabalho nos tempos modernos*. São Paulo: LTr, 2009.

TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções. *Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, v. 30, n. 80, p. 105-137, set./dez. 1997.

TARUFFO, Michele. *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Curitiba: IBEJ, 2011.

TOMEI, Manuela. Análisis de los conceptos de discriminación y de igualdad en el trabajo. *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, v. 122, n. 4, p. 441-459, 2003.

UNIÃO EUROPEIA. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. (2010/C 83/02). *Jornal Oficial da União Europeia*, 30.3.2010. Disponível em: <http://www.igualdade.gov.pt/images/stories/Area_Internacional/UE/CartaDtosFundamentais.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2011.

VIANA, Márcio Túlio. O princípio constitucional da não discriminação e a CLT. *LTr: legislação do trabalho*. Suplemento trabalhista, São Paulo, ano 40, n. 53, p. 229-231, 2004.