

RAFAEL ULRIK MOREIRA MODRICK

**A PROTEÇÃO DO TRABALHO DA MULHER EM
DETRIMENTO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL
DA IGUALDADE:
O artigo 384 da CLT em evidente antinomia com o artigo
5º, inciso I, da CR/88**

BACHARELADO EM DIREITO

FIC-MG

2011

RAFAEL ULRIK MOREIRA MODRICK

**A PROTEÇÃO DO TRABALHO DA MULHER EM
DETRIMENTO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL
DA IGUALDADE:
O artigo 384 da CLT em evidente antinomia com o artigo
5º, inciso I, da CR/88**

Projeto de monografia apresentado à banca examinadora da Faculdade de Direito, das Faculdades Integradas de Caratinga-FIC, como exigência parcial de obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação do professor Ivan Martins.

FIC-MG

2011

SUBSTITUA ESTA FOLHA PELA FOLHA DE APROVAÇÃO

RESUMO

O presente trabalho científico pretende tratar dos limites da discriminação do trabalho feminino face ao princípio da isonomia severamente assegurado pela CR/88. A mulher submetida a tratamento diferenciado, de exacerbada proteção, fica vulnerável diante do mercado de trabalho em virtude da onerosidade visivelmente agregada à sua mão-de-obra. Portanto, toda norma constante do Direito do Trabalho que visa proteger infundadamente o labor feminino coloca em xeque o ordenamento jurídico vigente e, conseqüentemente, a sociedade, inseminando insegurança jurídica. A aplicação do direito no que tange proporcionar a discriminação do trabalho da mulher de maneira com que esta seja prejudicada, vai contra diversos preceitos constitucionais, em especial o princípio da igualdade, de modo que a legislação deve ser modificada para adaptar-se aos moldes da justiça, preservando valores éticos e morais intrinsecamente ligados a este caso. Ocorre que, por desídia ou desinteresse, o Estado, na pessoa do legislador ou do próprio executivo, pode falhar ao editar leis/atos normativos e medidas provisórias, respectivamente, e, o erro pode ser tal e qual que acaba deteriorando ao invés de preservar o bem jurídico a ser tutelado, como de fato ocorre na presente conjuntura, dada a concessão de quinze minutos de descanso para as mulheres antes de iniciar a jornada extraordinária de trabalho (artigo 384 da CLT), ou seja, o único requisito necessário para se adquirir o aludido descanso antes de começar a cumprir a(s) hora(s)-extra(s) é ser do sexo feminino, e o resultado aparente é uma barreira inibidora de ingresso da mulher no mercado de trabalho. Felizmente, a globalização e a inclusão sócio-digital viabilizaram com veemência a difusão da noção de igualdade entre os sexos, mas, resta, todavia, um longo caminho a ser percorrido, já que a legislação se mostra muitas vezes diversa ou omissa à realidade que nos circunda, ensejando interpretações paradoxais e entendimentos controversos em formas multifacetadas; indispensável, portanto, a implantação da resolução do presente conflito com a devida e inevitável declaração de inconstitucionalidade do artigo 384 da CLT, inviabilizando, assim, as margens de atuação da discriminação negativa do trabalho da mulher. Munido do aludido problema, este estudo pretende responder a tal questionamento procurando amparo nos Direitos Constitucional e do Trabalho, elucidando questões celetistas à luz do princípio da igualdade, sem deixar de mencionar a integração das normas internacionais na legislação brasileira, enriquecendo-a, fortalecendo-a, evoluindo-a.

Palavras-chave: princípio da igualdade; direito do trabalho da mulher; inconstitucionalidade.

EPÍGRAFE

“Quem nunca errou, nunca tentou”

Albert Einstein

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo.

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943.

CR/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

d.C. – Depois de Cristo.

Nº – Número.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS.....	10
CAPÍTULO I – PRINCÍPIO DA IGUALDADE.....	15
1.1 Premissas do princípio da igualdade.....	15
1.2 Isonomia entre mulheres e homens.....	25
CAPÍTULO II – DO TRABALHO DA MULHER.....	32
2.1 Da tutela do trabalho feminino.....	32
2.2 Discriminação do trabalho da mulher.....	40
CAPÍTULO III – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	42
3.1 Da inconstitucionalidade do artigo 384 da CLT.....	42
3.2 Do tratamento diferenciado.....	44
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	45
REFERÊNCIAS.....	47

INTRODUÇÃO

O tema “A proteção do trabalho da mulher em detrimento do princípio da igualdade: O artigo 384 da CLT em evidente antinomia com o artigo 5º, inciso I, da CR/88”, representa o norte do trabalho científico doravante explanado, cujo objeto de pesquisa é o estudo da proteção do trabalho da mulher sob o prisma do princípio constitucional da igualdade que, na sua; delimitando o objeto de pesquisa, encontra-se o conflito preexistente na legislação positiva vigente no território nacional, qual seja: entre o artigo 384 da CLT e o artigo 5º, inciso I, da CR/88.

O objetivo geral da presente pesquisa científica constitui-se em analisar a forma como se aplica a constitucionalidade das leis, demonstrando que a legislação trabalhista que confere proteção especial à mulher merece ser modificada em decorrência do confronto direto com princípio constitucional hierarquicamente superior, a fim de se resolver a antinomia jurídica, diante da visível e notória violação de preceito fundamental, dada a inconstitucionalidade do artigo 384 da CLT; pretende-se, aqui, dizer não à discriminação e ao preconceito, acabar com a barreira invisível (muito embora intransponível) entre homens e mulheres na esfera jurídico-legal, o objetivo se resume em dar colaboração e apoio na disseminação da idéia de que todos são iguais perante a lei, que nascemos no mesmo endereço (Planeta Terra) e compartilhamos dos mesmos anseios e paixões; portanto, qualquer norma que vise proteção exacerbada sem justificção ou embasamento nos princípios dos quais ela decorre e que lhe dão credibilidade, ou pior, se ela vai de encontro e se choca com estes princípios, como é o caso, não pode vigorar, uma vez que contradiz a lei maior que possibilita sua existência, que lhe dá validade, e, conseqüentemente, permite sua eficácia.

Cabe ressaltar que, como objetivos específicos, almeja-se: apresentar os posicionamentos doutrinários acerca do tema, investigar a legislação pertinente à proteção do trabalho da mulher, demonstrar a necessidade da declaração de inconstitucionalidade do artigo 384 da CLT, e colacionar jurisprudência sobre o assunto pelos Tribunais Superiores.

Emprega-se como metodologia deste trabalho o estudo *teórico-dogmático*, de investigação *transdisciplinar*, a abranger o Direito Constitucional e o Direito do Trabalho. Ademais, também se revela de cunho *empírico-sociológico* já que traz à tona abordagem social na discussão do tema.

Tem-se como engrenagem deste trabalho o problema que circunda toda a pesquisa a ser desenvolvida, este, consiste na pergunta: o artigo 384 da CLT é inconstitucional e, ferindo

o princípio da igualdade, gera comportamento discriminatório ao promover tutela especial à mulher? O problema é a partida para iniciar o trabalho científico e a linha de chegada do mesmo, representa o motor e a mola que produz todos os movimentos do autor na produção de sua obra, ele enseja a criação da hipótese que é um caminho que começa e termina no problema, resolvendo-o, e, destaque-se, o problema aqui em foco, que se trata do artigo 384 da CLT, que conferi o direito de descanso de quinze minutos antes do início do período extraordinário de trabalho à mulher, refere-se à violação do princípio da igualdade pela promoção da discriminação em virtude do sexo, desse modo, tudo indica que a legislação específica pertinente deixa a desejar ao confrontar com preceito constitucional fundamental, fazendo jus à declaração de inconstitucionalidade.

Com o intuito de confirmar a hipótese de pesquisa, têm-se como marco teórico as idéias de Gustavo Felipe Barbosa Garcia acerca do dispositivo celetista em questão (artigo 384 da CLT):

No entanto, essa previsão destinada apenas ao trabalho da mulher, confere tratamento diferenciado e protecionista, ausente para o homem, o que não se mostra razoável na atualidade, afrontando preceito constitucional da igualdade (artigo 5º, inciso I, e artigo 7º, inciso XXX), podendo gerar até mesmo a indesejada discriminação na contratação do trabalho da mulher, vedada pelo artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988.¹

A seguinte monografia será composta de três capítulos. No capítulo primeiro, sob o título “Princípio da Igualdade”, serão abordados os aspectos históricos e conceitos importantes à compreensão da pesquisa como um todo; indica-se, nessa primeira parte, como se deu a evolução do direito da igualdade no que tange ao seu aspecto formal e material, sem perder o foco desse direito em relação à mulher. No capítulo segundo, intitulado “Do Trabalho da Mulher”, abordar-se-á a transformação do Direito do Trabalho no espaço e no tempo e, de que forma esta evolução pôde alcançar a mulher, inclusive pela contribuição da integração das normas internacionais na legislação brasileira; fomenta-se o uso de noções introdutórias, históricas e conceituais para nutrir a mente do leitor provocando uma nova perspectiva acerca do famigerado artigo 384 da CLT, tratando o conflito de preceito celetista face à Constituição da República. Por fim, no terceiro capítulo, qual seja, “Controle de Constitucionalidade”, haverá uma análise acerca de como a antinomia jurídica preexistente deverá ser solucionada,

¹ GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 4 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 970.

apontando o conceito e as espécies de controle de constitucionalidade que podem ser utilizadas para restaurar e atualizar a lei celetista em vigor, dotando-a de igualdade; pretende-se versar sobre a urgente mudança que deve sofrer a norma constante do artigo 384 da CLT, dada a palpável incompatibilidade com o princípio da isonomia, elencado no artigo 5º, inciso I, da CR/88; em seguida, apresentar-se-á conclusão, relatando-se resumidamente o assunto abordado.

O tema proposto justifica-se nos ganhos social, jurídico, pessoal ou acadêmico, por se tratar de assunto relevante para toda a coletividade: o direito a igualdade entre os sexos, e pela natureza antidiscriminatória do nosso diploma maior.

Como ganho social pode-se destacar que, desde muito tempo, cada vez mais o preconceito e a discriminação vêm sendo combatidos, mesmo assim, depois de milhares de anos, não podemos afirmar que eles se deram por vencidos, faz-se mister, então, travar cada batalha para se ganhar a guerra, como no presente estudo, que visa: a promoção da igualdade entre homens e mulheres, que é assunto de interesse social absoluto difundido em quase todo o planeta, e a equiparação dos seres humanos em direitos e obrigações, além buscar a neutralização de práticas trabalhistas discriminatórias em razão do sexo; simbolizando tema de extrema relevância para todos pois envolve interesse direto da sociedade.

Como ganho jurídico essa pesquisa demonstra a efetiva necessidade da declaração de inconstitucionalidade do artigo 384 da CLT pelo fato de chocar contra o artigo 5º, inciso I, da CR/88 (que roga o princípio da isonomia entre os sexos), ressaltando, pois, a existência da antinomia jurídica, apontando solução passível de resolver o impasse normativo, evitando, assim, demais injustiças.

O ganho pessoal ou acadêmico, talvez o de maior destaque, é aquele proporcionado pela reciprocidade do pesquisador para com a instituição de ensino que é o meio/canal que liga o aluno cientificamente ao mundo ao seu redor, dando-lhe capacidade cognitiva e ampliando seu campo de visão através do presente trabalho de pesquisa. Assim colabora para um bom desempenho da futura atividade profissional fornecendo esclarecimentos e compreensão do Direito, o que aprimora a formação do conhecimento científico na esfera jurídica.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

O Direito do Trabalho consiste numa ramificação relativamente recente da Ciência Jurídica, e existe principalmente para equilibrar as discrepâncias entre empregado e empregador, dada a hipossuficiência daquele e a hipersuficiência deste; foi ao longo do tempo que o trabalho passou a ser observado como bem jurídico a ser tutelado pelo Estado, e a Revolução Industrial consiste no marco histórico de tal acontecimento.

Assim dispõem Orlando Gomes no livro *Curso de Direito do Trabalho*:

A origem histórica do Direito do Trabalho está vinculada ao fenômeno conhecido sob a designação de “Revolução Industrial. Se nos fosse dado situar no tempo um acontecimento marcante para assinalar o início desse processo revolucionário, indicaríamos a máquina a vapor descoberta por Thomas Newcomen, em 1712, logo empregada, com fins industriais, para bombear água das minas de carvão inglesas².

Desde então, a legislação trabalhista vem evoluindo em constante progresso, adaptando-se à sociedade que pouco a pouco vai se modificando. Hoje podemos vislumbrar grandes avanços no que tange ao tratamento jurídico dado às relações de trabalho, as garantias se multiplicaram nas últimas décadas, confirmando a existência de uma tendência positiva. Entretanto, é da sabedoria de todos que o preconceito sempre rondou a mulher no ambiente de trabalho, situação que diminuiu consideravelmente mas que insiste em persistir nos dias atuais. Cabe aos nossos representantes da esfera legislativa dar continuidade a este progresso inevitável, editando normas com características antidiscriminatórias, a fim de que se possa preservar o princípio da soberania da constituição, da igualdade e, principalmente, da dignidade da pessoa humana, todos elencados na Constituição da República Federativa do Brasil, carro-chefe das leis.

É evidente o desprezo infligido às mulheres por séculos a fio, considerada tal e qual um objeto, uma chocadeira, domesticada para cuidar do lar e dos filhos sem que lograsse êxito ao tentar ser socialmente produtiva atuando no campo das atividades fora do lar; viviam a mercê da boa vontade dos homens que as cercavam, principalmente, as figuras do pai e do marido, que impunham respeito sob pena de maus tratos, tal qual uma mercadoria era negociada, obrigada a deixar a condição de filha subserviente para se tornar uma esposa

²Orlando Gomes e ElsonGottschalk: *Curso de Direito do Trabalho*. 3 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 15.

vassala, entregue aos anseios do marido.

Com esse mesmo pensamento, Sônia Bossa manifesta entendimento:

Em tempos antigos, a mulher era escravizada pelo marido, permanecendo na mais perfeita ignorância. Era considerada como um ser marginalizado, a quem se devia deixar no desconhecido e na servidão. Reclusas a uma vida doméstica, vivia com a única finalidade de procriar e cuidar dos filhos, contribuindo nos afazeres domésticos, muitas vezes além de suas forças. Era considerada como um campo fértil destinado a receber a semente masculina e fazê-la frutificar. Aos homens devia total obediência e respeito nas formas mais primitivas da sociedade conjugal, até as formas mais abrandadas formas de contrato matrimonial, onde prevaleciam os interesses materiais da união em detrimento de possíveis aspirações pessoais³.

Não obstante, o advento da Revolução Industrial, que deu a faísca para uma explosão de novas ofertas de empregos, possibilitou o regime de produção em massa e fez com que as mulheres ganhassem seu espaço, pois a demanda assim o exigiu. Entretanto, não percebiam os mesmos salários do homem, sua mão-de-obra era barata e assim o permanece, mais brandamente, até os dias de hoje, confirmando as constantes práticas discriminatórias impostas às mulheres que, mesmo com a devida atenção recepcionada pela Constituição de 1988, na prática o que se vê são fragmentos de um passado que queremos esquecer.

Como a Revolução Industrial ensejou o ingresso da mão-de-obra feminina, as medidas de proteção começaram a surgir dando causa ao movimento de uma legislação mais protetora do trabalho realizado pelas mulheres, buscando compensar o silêncio de muito tempo acabando paulatinamente com as discrepâncias entre o trabalho masculino e o feminino, dotando de igualdade e universalizando as relações de trabalho, promovendo-se gradativamente a plena integração da mulher no desenvolvimento do país, eliminando, cada vez mais, as formas de discriminação, compatibilizando diversidade de sexos com direitos e deveres.

Para adentrar mais profundamente à problemática da presente pesquisa, temos a redação do artigo 384, contido no Título III, Capítulo III, da CLT, que trata das normas especiais de tutela do trabalho e da proteção do trabalho da mulher, veja-se: “Em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso de 15 (quinze) minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário do trabalho”⁴, conferindo somente às

³BOSSA, Sonia. *Direito do Trabalho da mulher: no contexto social brasileiro e medidas antidiscriminatórias*. – São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p.1.

⁴BRASIL, Consolidação das Leis do Trabalho. Arnaldo Oliveira Júnior. *Vade Mecum*. 1 ed. – Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 789.

mulheres o direito de gozar de intervalo antes de cumprir as horas-extras. À primeira vista, pode parecer que a norma tem intuito benéfico, mas afronta o princípio da isonomia com preceito grosseiramente discriminatório. Ademais, o artigo em comento pode influenciar de forma negativa na inserção e na manutenção da mulher no mercado de trabalho, ao agregar onerosidade à sua mão-de-obra por meio de tratamento diferenciado e injustificável.

Não obstante, o legislador editou norma que contraria o Diploma Maior (art. 5º, inciso I, da CR/88), que dispõe sobre o princípio da igualdade, a saber:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição⁵.

Compartilha este mesmo entendimento Maurício Godinho Delgado, entretanto, com relação ao artigo 383 da CLT, que, apesar de ser o vizinho do artigo em comento, detém com ele a semelhança de confrontar o mesmo preceito constitucional, o autor demonstra a hierarquia e a soberania da Constituição da República, é justamente por isso que, ao posicionar-se acerca da inconstitucionalidade do referido artigo ele usa como forma de argumentação o princípio da igualdade, aqui discutido fidedignamente, e defende-o contra norma celetista, ao salientar que:

Mas, insista-se: tais preceitos celetistas já estavam revogados, em decorrência de frontal incompatibilidade com a Carta Constitucional emergente. Isso significa que outros preceitos discriminatórios ignorados pela Lei n. 7.855/89 também não mais produzem efeitos, por estarem revogados, de modo tácito, mas inequivocamente, pelo texto constitucional citado. É o que se passa, por exemplo, com o art. 383 da CLT, que exige um repouso mínimo de uma a duas horas para a obreira, qualquer que seja a extensão da sua jornada de trabalho. Ora, tal preceito é grosseiramente discriminatório (e insensato), impondo à mulher uma disponibilidade temporal enorme (ao contrário do imposto ao homem), mesmo em casos de curtas jornadas, abaixo de seis horas ao dia (como previsto no art. 71, §1º da CLT, que prevê, em tais casos, descanso de apenas 15 minutos⁶).

O caráter antidiscriminatório da Constituição Federal é óbvio e salta aos olhos, de forma que, quando a legislação infraconstitucional tem tendências opostas às da Lei Maior, ela

⁵ BRASIL. Constituição (1998). Constituição Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1998. Arnaldo Oliveira Júnior. *Vade Mecum*. 1 ed. – Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 19.

⁶ DELGADO, MAURICIO GODINHO. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. – São Paulo: LTr, 2004, p. 726.

já nasce morta, resolúvel, revogada, ainda que tacitamente, haja vista que contraria norma hierarquicamente superior.

Por conseguinte, tem-se permitido tratamento diferenciado nas condições de trabalho da mulher que sejam aplicados em razão de sua própria condição física ou por sua natureza distinta, e, tão somente em casos excepcionais, como durante o período de gestação e amamentação. Nas palavras de Valentin Carrion, “Aplicam-se-lhes as normas específicas que se referem à mulher, como normas especialíssimas, e as do trabalho masculino, quando com aquelas não colidirem”⁷. Logo não pode, pois, ser admitida a diferenciação apenas por motivo de sexo e sim em razão de ordem biológica inerente à própria condição física, afinal, a natureza não fez homens e mulheres idênticos, como exemplos temos as diferenças da massa muscular e da densidade óssea.

Portanto, depreende-se de tudo anteriormente dito, que o tema ora elencado é de suma importância para o ordenamento jurídico e toda a sociedade, e pretende ampliar a idéia do critério da não discriminação no mercado de trabalho, mostrando o evidente protecionismo celetista que fere os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da soberania da constituição e, por conseguinte, da legalidade, prejudicando consideravelmente as possibilidades profissionais da mulher, tornando sua força de trabalho mais cara com proteção especial que pouco acontece na prática.

A mulher tem capacidade intelectual equiparada à do homem, a diferença entre os gêneros está na capacidade física de cada um, mesmo assim tal premissa não se trata de uma verdade absoluta, pois, a mulher vem provando há anos seu potencial em todas as áreas do labor, hoje em dia temos caminhoneiras, pedreiras, mecânicas, eletricistas e muito mais, ao contrário do trabalho rural feminino que existe desde os primórdios; quanto ao trabalho da mulher no âmbito residencial, as coisas já não são como antigamente, homens e mulheres compartilham as mesmas responsabilidades domésticas.

Assim, a lei celetista se mostra desatualizada dos padrões atuais da sociedade, haja vista que a mulher vem ganhando com qualidade seu espaço nas relações sociais e trabalhistas, sendo de caráter urgente a desconsideração do artigo 384 da CLT, para que haja uma perfeita produção de efeitos igualitários entre ambos os sexos, sanando a irregularidade e repudiando condutas discriminatórias, como o faz a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso I; sem perder de vista o disposto no artigo 7º, inciso XX, do mesmo diploma legal, que

⁷ CARRION, Valentin . *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho: legislação complementar jurisprudencial*. 29 ed. – São Paulo: Saraiva, 2004, p. 245.

versa sobre a proteção do mercado da mulher mediante incentivos específicos, insiste-se que, o dispositivo celetista mensurado, objeto deste estudo dirigido, obsta a inserção da mulher no mercado de trabalho, de modo que não temos incentivo específico e sim um desestímulo à igualdade. Ora, por que o empregador haveria de contratar mulheres se a mão-de-obra masculina não recebe proteção especial? Por isso que tais incentivos devem estar de pleno acordo com o princípio da igualdade; confirmando o pensamento exposto, as palavras de Sônia Bossa, doutrinadora voraz:

O protecionismo, adotado pela CLT, tem prejudicado sensivelmente as possibilidades profissionais da mulher, sendo que o próprio desenvolvimento econômico não pode mais prescindir da mão-de-obra feminina. Em alguns países, com a Suécia e a Dinamarca, há uma inclinação em eliminar totalmente as restrições protetivas, até mesmo com relação à maternidade. A proibição da prorrogação da jornada de trabalho da mulher já não é legítima o alcance da plena igualdade de direitos do homem e da mulher⁸

Torna-se evidente, portanto, a necessidade de modificação das medidas de proteção do trabalho da mulher com o intuito de beneficiar toda a coletividade, promovendo a igualdade entre os seres humanos e fomentando o mercado de trabalho feminino.

⁸ BOSSA, Sonia. *Direito do Trabalho da mulher: no contexto social brasileiro e medidas antidiscriminatórias*. – São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 15.

CAPÍTULO I – PRINCÍPIO DA IGUALDADE

1.1 Premissas do princípio da igualdade

O sentimento de igualdade, outrora reprimido e nulo, hoje vigora na grande maioria dos Estados soberanos, nasceu junto com o homem que, ao respirar, concebeu a idéia de liberdade e igualdade, quer por tê-las, ou delas carecer; essas duas gerações ou dimensões de direitos fazem parte do próprio instinto de preservação da espécie, prova disso, é que até mesmo nos animais irracionais pode-se identificar este instinto com influência tanto na compreensão da igualdade e, principalmente, por entenderem melhor do que nós sobre liberdade: os animais se unem ao apresentarem características semelhantes bastantes à procriação, hierarquizam-se justas postas as pequenas diferenças que os circundam, por exemplo, a idade, que implica em força, ou mesmo divergências na própria anatomia como as abelhas e formigas rainhas; enfim, deriva da alma a necessidade de sermos livres, e do nosso ego a de sermos iguais, tais direitos uma vez ignorados em face de qualquer animal induzir-lhe-á o desespero, restando-lhe somente a cólera e o medo. De qualquer modo, se tal sentimento de igualdade surge timidamente no instinto do animal desprovido de raciocínio, no homem ele se destaca por sua forma expansiva, isso, porque sonhamos acordados e, mesmo submetidos a tratamentos que contradizem a liberdade e a igualdade, pensaremos com insistência e elas viverão no subconsciente coletivo, no coração do povo, sob o estado de hibernação, bastando uma fagulha para se obter o caos, nas palavras de Montesquieu, ao se referir ao povo: “Algumas vezes com cem mil braços ele derruba tudo; outras vezes, com cem mil pés, só caminha como os insetos”⁹.

Para gozar de direitos e garantias individuais fora preciso muitas batalhas, os povos permitiram e agüentaram o martírio da insegurança, da instabilidade, até que a pressão encontrou um ponto frágil na França com o advento da Revolução Francesa em 1789, desde então, a semente de todos os direitos e garantias fundamentais brotou, revelando do seu interior os três ideais defendidos: liberdade, igualdade e fraternidade, essa semente foi disseminada pela Europa, principalmente através do Imperador francês Napoleão Bonaparte, e

⁹ MONTESQUIEU. *L'Esprit des lois (O Espírito das Leis)*. 315 p. Disponível em: <file:///Lenin/Rede Local/Equipe/Michele/MONTESQUIEU - O Espírito das Leis2.txt>. Acesso em 15/03/2011.

logo se espalhou por quase todo o mundo, muito embora o Código Napoleônico acresce-se de mais poder o homem do que a mulher prejudicando uma igualdade de fato. Nascia o conceito de direitos humanos, mais especificamente, o direito à igualdade que, concebido desde os primórdios, rebentou no século XVIII, e floresce a cada dia, paulatinamente.

Nesse sentido, Vera Lúcia Carlos:

A origem do princípio da igualdade de todos perante a lei data da Revolução Francesa, com a Declaração dos Direitos humanos. Esta declaração, fundada nos princípios liberais, democráticos e nacionalistas dos anos de 1789 a 1815, pretendeu acabar com os privilégios da nobreza, o absolutismo monárquico e a falta de liberdade religiosa e de imprensa. O povo francês não suportava mais o regime sob o qual vivia, em que imperava a desigualdade e o abuso de poder. O movimento liberal francês pretendia a igualdade de fato entre as pessoas.¹⁰

Há de se ressaltar, também, que nos dias atuais esse princípio continua a germinar nas cartas constitucionais dos Estados democráticos e soberanos sob a forma de norma positiva fundamental, de modo que se torna um elemento norteador da justiça, na medida em que todos se tornam iguais perante a lei, a despeito:

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a *igualdade de aptidão*, uma *igualdade de possibilidades virtuais*, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico.¹¹

Exemplo mais recente, no direito comparado, da eficácia do princípio fundamental da igualdade, reside no rompimento de uma tradição de trezentos anos que ocorrera em 28/10/2011 na cultura britânica, onde fora decidido que não mais é o filho mais velho que herda a coroa e sim o primogênito, seja homem ou mulher, elegendo-se a igualdade.

Não obstante, o reconhecimento do Supremo Tribunal Federal da união estável isogenérica aqui no Brasil, também reforça o argumento de que tal princípio continua a moldar as relações jurídico-sociais.

Frize-se, o direito a igualdade é de todos e por isso possui a finalidade de limitar qualquer atuação contrária a ele, seja na esfera do particular, do legislador ou do intérprete,

¹⁰ CARLOS, Vera Lúcia. *Discriminação nas relações de trabalho*. – São Paulo: Método, 2004, p. 20.

¹¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva *apud* MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13 ed. – São Paulo: Atlas, 2003, p. 64.

expoente o princípio da soberania da constituição. Sendo assim, é defeso ao particular, a prática de condutas embasadas ou de cunho discriminatório de modo a ferir o princípio em comento, cabendo ao Estado frear ou mesmo anular a atuação do particular nesse sentido, aplicando medidas coercitivas de modo a contê-las. Igualmente proibida a conduta do legislador, se produzir normas que de algum modo ou por algum meio restrinja, reduza, limite ou mesmo anule a perfeita e harmônica atuação do princípio da igualdade na sua integralidade, pois, tais condutas são sujeitas ao filtro constitucional, e, conseqüentemente, à declaração de inconstitucionalidade. É viável que sejam editadas normas com igualdade na lei, em consonância com a vontade positivada pelo legislador constituinte originário que reconheceu uma gama de direitos e garantias fundamentais como cláusulas pétreas, que devem ser observadas com o rigor que lhe são devidas.

Prosseguindo-se, consoante a idéia de que o legislador deva produzir normas que não tenham a desigualdade como meta, temos que, o particular, destinatário da lei enquanto signatário do pacto social, deva pautar-se em condutas que afastem a ocorrência da desigualdade, afirma-se que, até mesmo o intérprete da lei, a autoridade pública, ao aplicar o Direito no caso concreto, deve ater-se à profunda observação do aludido preceito constitucional, praticando a igualdade diante da lei, afim de evitar a propagação da injustiça e da insegurança jurídica. Para que seja notória a presença do direito à igualdade faz-se mister que a lei maior, tanto em relação à autoridade pública que a interpreta, quanto ao legislador que a fomenta e ao particular, na pessoa da sociedade, que a recebe na forma de destinatário, seja respeitada em grau máximo, vedando-se, assim, favorecimentos e privilégios, discriminação e tratamento diferenciado injustificado. Vislumbra-se os ditames do livro de Gênesis 1:26 e 1:27:

26 – Então Deus disse: ‘Façamos o homem à nossa imagem e semelhança. Que ele reine sobre os peixes do mar, sobre as aves dos céus, sobre os animais domésticos e sobre toda a terra, e sobre todos os répteis que se arrastam sobre a terra.

27 – Deus criou o homem à sua imagem; criou-o à imagem de Deus, criou o homem e a mulher.¹²

Há menção a esse princípio muito antes de se falar em Constituição, antes mesmo de se falar em democracia, calcado no Direito Natural, salienta-se sua ocorrência até mesmo no Direito Canônico quando da criação do homem e da mulher à sua imagem e semelhança.

¹² BÍBLIA. Português. *A Bíblia Sagrada*: contendo velho e novo testamento. – São Paulo: “Ave Maria” Ltda., 1987, 1v, p. 49.

Tendo-se em mente que todos são iguais diante da lei, o princípio da isonomia roga que sejam tratados igualmente os iguais e, desigualmente os desiguais, na proporção das suas desigualdades, ensejando o equilíbrio nas relações jurídicas e sociais.

Retira-se da Constituição a direção e o sentido pelo qual devem andar o Estado e a sociedade em um determinado território, posta a parte final do *caput* do artigo quinto, exaustivamente citado, ao mencionar que se garantam os direitos fundamentais dos que residem no país, independentemente da nacionalidade. Decorre da transparência deste direito o fato do qual ele teria eficácia ainda que a carta magna não o demonstrasse de forma expressa, visto que a liberdade, a fraternidade e a dignidade da pessoa humana são princípios que nos remetem a ele; ademais, sem a absorção da noção de igualdade é impossível construir um Estado Democrático de Direito.

Cita-se, para melhor elucidar o posicionamento, buscando amparo no Direito comparado, as palavras de Ernest Forsthoff, conforme recorda Inocêncio Mártiris Coelho:

(...) que o Tribunal Constitucional da Alemanha, repetidas vezes, afirmou que o princípio da igualdade, como regra jurídica, tem um caráter suprapositivo, anterior ao Estado, e que mesmo se não constasse do texto constitucional, ainda assim teria de ser respeitado.¹³

Por conseguinte, verificado que o direito à igualdade trata-se de um dentre os vários direitos fundamentais prescritos no diploma maior, urge-se contemplá-lo aqui, no presente estudo, como o mais notório e essencial de todos os princípios; há, entretanto, muitos para mitigar e apenas alguns para se quer cogitar tal posicionamento que, por si só, gera dúvida; importante é crer na aplicabilidade imediata do princípio da igualdade e na interdependência de um princípio constitucional para com os outros, preservando-se a harmonia que, por obrigação, neles devem residir, concordância necessária para haver o mais correto funcionamento possível do ordenamento. Entretanto, é possível crer em liberdade ausente o palpito ou sequer a noção de igualdade? Ou mesmo diante dos três poderes da União: Executivo, Legislativo e Judiciário, elencados na teoria tripartite dos poderes/deveres do Estado, a menos que a reciprocidade igualitária mútua, que neles devem existir, prevaleça, o sistema de pesos e contrapesos não se sustenta (o poder que emana do povo é para o interesse comum), levando ordenamento jurídico a baixo, como num castelo de cartas quando frustrada

¹³ FORSTHOFF, Ernest *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 180.

a base, e, o declínio enquanto efeito terá como causa a inobservância do princípio largamente referido até o momento, base da estrutura jurídico-social de qualquer país que o aderir.

Devido à rápida e fácil percepção de sermos iguais em direitos e obrigações, e pela reafirmação desse sentimento antigo na carta constitucional brasileira de 1988, espera-se elucidar a questão mais profundamente abordando o desdobramento em duas formas de apresentação do princípio constitucional da igualdade, quais sejam: igualdade formal e igualdade material. Acrescente-se, muito embora decorra do princípio da igualdade o fundamento do princípio da isonomia, onde aquele insta com rogo que todos são iguais perante a lei, e este exorta por meio de súplicas que sejam tratados igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade, os dois se perfazem em um, andam juntos ambos, ao passo que são fruto da mesma fonte de raciocínio: a igualdade, que se manifesta ora genérica e abrangente, abraçando toda a coletividade interessada, outrora específica e subjetivamente, referindo-se ao todo indicando um a um dos particulares, imprimindo o devido acolhimento aos iguais e duras penas aos irregulares; a Constituição da República mencionando a proporcionalidade e reconhecendo o ser humano de forma subjetiva, sendo ele único e excepcional, demandando que seja razoável o tratamento entre os seres: igual para os iguais, desigual para os desiguais, verbalize-se os ditames do inciso II, do art. 5º, da Constituição Federal, que estabelece o princípio da legalidade logo após a reafirmação da do princípio da isonomia, “II – Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”¹⁴; a simples menção dos vocábulos “todos” e “ninguém” transmite a noção de igualdade, posto que não restrinja a abrangência da norma que, para todos os efeitos, afeta a coletividade em um único ato.

É fato que, por todos terem o mesmo valor aos olhos da lei, o homem se submete às mesmas penas de outrem que incorrer nos mesmos atos e nas mesmas condições; impraticável seria usar o termo igualdade sem que houvesse a proporcionalidade ou mesmo razoabilidade na sua aplicação, injustiça, incoerência, insegurança, dentre outros, seriam termos apropriados. Todavia, pela devida referência histórica, o princípio da igualdade pode ser visto por duas óticas: igualdade formal e igualdade material; a primeira transcorre do fato de que somos sujeitos de direitos e obrigações em idênticas proporções, não podemos ser alvo da discriminação por parte da lei ou de sua interpretação, consoante o *caput* do art. 5º da CR/88 que representa o caráter formal da igualdade. Bom seria se bastasse a publicação do princípio

¹⁴ BRASIL. Constituição (1998). Constituição Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1998. Arnaldo Oliveira Júnior. *Vade Mecum*. 1 ed. – Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 19.

da igualdade de modo a expressá-lo formalmente para que, como mágica, a desigualdade desaparecesse, entretanto, o Estado não pode parar por aí, deve editar normas que incentivem a concretização do princípio da igualdade, não basta uma simples menção, o legislador deve exaustiva e incansavelmente publicar regras que dêem efetividade à igualdade, materializando-a, tirando a norma do papel e transferindo-a às relações fatídicas econômico-sociais:

A igualdade de todos prevista no *caput* do art. 5º da Constituição implica obrigatoriedade de redução das desigualdades. Ou seja, não basta que o Estado se abstenha de discriminar, de considerar desigualmente as pessoas. É preciso que ele atue positivamente no sentido de reduzir as desigualdades sociais, intervindo como agente ativo de promoção de políticas que permitam combatê-las.¹⁵

Note-se a estreita correlação entre o gênero: princípio da igualdade, com a igualdade formal, e da espécie: princípio da isonomia, com a igualdade material, as facetas do direito da igualdade são inúmeras, é coerente, portanto, cogitar o surgimento de um “pleonismo jurídico”, já que a igualdade só é possível e eficaz se dirigida proporcionalmente, com equilíbrio e simetria: recompensando o justo, pungindo o injusto.

Demonstra-se o seguinte posicionamento para melhor esclarecer o assunto:

A distinção entre igualdade formal e igualdade material só se justifica, nos dias de hoje, ao se fazer uma abordagem histórica, porque há uma unanimidade entre os doutrinadores no modo de entender a isonomia adotada no nosso sistema jurídico: é a material, que consiste em tratar de maneira igual os iguais e de maneira desigual dos desiguais, na medida de suas desigualdades.¹⁶

Enquanto formal, a igualdade se consagra no *caput* do art. 5º; sob o aspecto material, vislumbramos vários dispositivos legais que reafirmam e concretizam o princípio da igualdade formal, seja assegurando-o, propalando-o e/ou divulgando-o, ao passo que materializa a “mera formalidade” por meio de inúmeras demonstrações de confirmação e consolidação do princípio em seu aspecto genuíno ao longo de todo o ordenamento jurídico, o melhor exemplo talvez seja o inciso XXX, do artigo 7º da CR/88: “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”

¹⁵ CARLOS, Vera Lúcia. *Discriminação nas relações de trabalho*. – São Paulo: Método, 2004, p. 21.

¹⁶ *idem, ibidem*, p. 23.

¹⁷; considera-se, para efeito de tese, a interdependência máxima entre os aspectos formal e material que estão intrinsecamente ligados, umbilicalmente, irreversivelmente; deturpar a igualdade é manter um elo com a indignidade, é excluir parte dos seres humanos, é impedir a garantia da efetividade dos fundamentos da República Federativa do Brasil (que se constitui em Estado Democrático de Direito) elencados nos incisos do art. 1º da CR/88, a saber: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político; bem como os incisos do art. 3º do mesmo diploma, que se constituem nos objetivos fundamentais:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.¹⁸

Destaque-se as idéias de Canotilho:

Reduzido a um sentido formal, o princípio da igualdade acabaria por se traduzir num simples princípio de prevalência da lei em face da jurisdição e da administração. Consequentemente, é preciso delinear os contornos do princípio da igualdade em sentido material. Isto não significa que o princípio da igualdade formal não seja relevante nem seja correto; significa apenas que ele é, tendencialmente, tautológico, uma vez que o cerne do problema permanece irresolvido, qual seja, saber quem são os iguais e quem são os desiguais.¹⁹

Pergunta-se: sem que reine soberanos os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, sem que se respeitem os direitos humanos e os fundamentais, quer seja por parte do legislador, da autoridade pública e até mesmo do particular, poderíamos falar em Estado Democrático de Direito? Portanto, o direito à igualdade constante do art. 5º é formal, materializando-se por meio das providências como a dignidade da pessoa humana, a promoção do bem de todos sem preconceitos, a cidadania, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, além de outras.

¹⁷ BRASIL. Constituição (1998). Constituição Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1998. Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. *Vade Mecum*. 5 ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 14.

¹⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988): texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/1992 a 56/2007 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/1994. 29 ed. – Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2008, p. 08.

¹⁹ CANOTILHO, Gomes *apud* CARLOS, Vera Lúcia. *Discriminação nas relações de trabalho*. – São Paulo: Método, 2004, p. 23/24.

Conspira-se para elucidar o princípio em questão, extenso e complexo, cujas interpretações multiplicam-se acrescentando cores a ele, pelo fato dele receber destaque no rol dos direitos fundamentais por ser tão essencial ao ordenamento quanto, para nós, a água que bebemos; serve tanto de estímulo como de obstáculo quando da produção das leis e dos atos normativos, sua inobservância implica em inconstitucionalidade, de modo que nasce morta a norma contrária a Constituição e, sequer é concebida a lei ou ato normativo que contrarie o princípio fundamental da igualdade, haja vista que, deve ser foco de toda a sociedade a observância do mesmo, principalmente na pessoa do legislador, cortando o mal pela raiz, posto que, as normas profanadoras deste princípio sujeitar-se-ão ao Controle de Constitucionalidade. Alexandre de Morais acentua:

A igualdade se configura como uma eficácia transcendente de modo que toda situação de desigualdade persistente à entrada em vigor da norma constitucional deve ser considerada não recepcionada, se não demonstrar compatibilidade com os valores que a constituição, como regra suprema, proclama.²⁰

Devido ao teor igualitário da Constituição da República, toda ação ou omissão que resulte em desigualdade, seja por obséquio do particular, da autoridade pública ou do legislador, representa uma ameaça ao Estado Democrático de Direito, e será combatida por ele, não tão-somente infligindo o castigo, mas, principalmente, por meio da ampliação do acesso à educação e à inserção-social, com a divulgação em quantos veículos de comunicação forem necessários, enobrecendo as pessoas: informando-as, igualando-as no acesso ao conhecimento de seus direitos e deveres, fazendo-as cidadãos; afinal, cada um de nós tem um papel importante na sociedade, moldando-a, construindo-a, evoluído-a, pode-se não perceber, mas a igualdade está em alta nas primeiras décadas do terceiro milênio d.C., vê-se a tentativa, em nível global, de dirimir e extinguir quaisquer demonstrações implícitas ou deliberadas de desigualdade, preconceito e discriminação.

Portanto, almeja-se cortejar o fato memorável de se configurar o princípio da igualdade pelo sentido amplo, e o da isonomia, que é um sinônimo, pelo sentido estrito, duas faces da mesma moeda, de qualquer forma, se se pudesse separá-los parcialmente, ambos apresentariam mesma estatura, e seriam correlacionados e co-dependentes, aliados à harmonização do ordenamento jurídico, destinados a nivelar as relações sociais e coibir as diferenciações infundadas e sem critérios que tenham por finalidade apartar os indivíduos

²⁰ MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13 ed. – São Paulo: Atlas, 2003, p. 65.

apontando-lhes distinções, segregando-os, dividindo-os em classes remotas, estabelecendo diferenciações em razão de sexo, raça, idade, religião, profissão, classe social, opção sexual, estado de saúde física ou mental e pelas concepções científicas, filosóficas e políticas. É notório que a igualdade evoluiu para muito melhor, incluir é meta fundamental da República Federativa do Brasil, esse é o grande desejo das massas, é a aspiração de um povo que, a cada dia que nasce, dá seu grito de independência, estimulado pelo sonho de igualdade plena.

Por conseguinte, nem todos somos iguais, cabendo ao poder público, por meio da fabricação e da interpretação normativa, respeitadas as diferenças constantes da própria natureza de cada um, tentar produzir políticas públicas que ajudem os desfavorecidos, promovendo-lhes a igualdade através de incentivos específicos que possam combater a inevitável hipossuficiência que os circundam. Ou seja:

O princípio da isonomia aparece destacado no art. 5º, *caput*, da Carta Política, que trata dos direitos e garantias fundamentais, assegurando que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, no sentido de garantir proteção ao cidadão contra eventuais arbitrariedades e abusos do Estado. Essa igualdade, entretanto, só pode ser atingida reduzindo-se ou eliminando-se as desigualdades sociais.²¹

Sendo assim, a norma poderá conter distinções para combater a desigualdade real preexistente, sempre que fundada em motivo justo, sério e justificável, mantendo a compatibilidade com o texto constitucional. Notem-se, como exemplos, os incisos XVIII e XIX e XX, do art. 7º da CR/88:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XVIII – licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de 120 dias;

XIX – licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

XX – proteção do mercado de trabalho da mulher mediante incentivos específicos, nos termos da lei;²²

O inciso XVIII delimita o tempo da licença à gestante, o inciso XIX infere que seja determinado em lei específica o período de duração da licença-paternidade, e o último abre

²¹ CARLOS, Vera Lúcia. *Discriminação nas relações de trabalho*. – São Paulo: Método, 2004, p. 21.

²² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988): texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/1992 a 56/2007 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/1994. 29 ed. – Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2008, p. 11.

um leque de possibilidades às mulheres através de incentivos específicos

Para tratar a desigualdade real existente entre os futuros pais, derivada da condição própria de nutriz das fêmeas nos mamíferos, a Constituição, em dispositivos vicinais, dá o devido tratamento isonômico, pois, não se trata de diferenciação em razão do sexo, mas sim, em razão da natureza, já que o homem é mero espectador do milagre da manutenção da vida intra-uterina enquanto a mulher é palco para nove meses de imprevistos e incertezas; outrossim, face aos nutrientes advindos do leite materno é plenamente justificável e amparada no princípio fundamental da igualdade, a norma que acrescenta peso à uma classe ou grupo, causando o equilíbrio desejado.

A tendência positiva de concretização da igualdade se encontra calcada no ordenamento jurídico brasileiro e continua se alastrando por todo o mundo; a maioria dos tratados, pactos e convenções internacionais permeiam o princípio da isonomia direta ou indiretamente, assim como as constituições dos países também o fazem, pois, sem a noção de igualdade não há direito, não há justiça, não há nada, salvo a insegurança que, nesse caso, é jurídica e fática, pois, sem que se postule pela prevalência da igualdade nas relações jurídicas elas seriam relações ilícitas, impuras, desniveladas, já que penderiam apenas à uma das partes, ou seja, o ordenamento jurídico perde suas qualidades de ordem/sistema e de jurídico/dogmático, quando infestado de vícios que descumprem os critérios dos direitos humanos e dos preceitos fundamentais, resultando na disparidade de tratamento jurídico baseado em razões infundadas.

Após a vigência da carta constitucional brasileira de 1988, o direito a igualdade, seja pelo prisma do sexo, idade, cor, etnia, pelas convicções políticas ou científico-religiosas, ficou bem mais claro, tangível, isso pela positivação como direito fundamental, cláusula pétrea, e, portanto, não poderá ser objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional que se inclinar a suprimi-lo. Preceitua o art. 60, no seu parágrafo quarto, inciso quarto, acerca da extrema importância do direito a igualdade elencado dentre os direitos e garantias fundamentais.

Como se vê, a seguir, o constituinte originário não deixou margem para o legislador atuar na produção de emendas que denotem tendência a abolir o direito fundamental da igualdade, o primeiro do rol elencado no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) da Constituição da República Federativa do Brasil, pois, no seu art. 60, parágrafo quarto, inciso quarto, posiciona-se acerca da extrema importância do direito a igualdade elencado dentre os

direitos e garantias fundamentais, reafirmando que seu reconhecimento é vital para a saúde do nosso ordenamento jurídico: “Art. 60 A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV – os direitos e garantias individuais”²³.

Vera Lúcia Carlos apregoa “O fundamento do princípio da igualdade consiste na idéia de que todas as pessoas são iguais, traduzindo assim, em termos jurídicos, a igualdade de todos perante Deus”²⁴.

Sermos iguais aos olhos da lei é um ideal a ser buscado por toda a coletividade e que pode ser concretizado pela iniciativa de quaisquer dos três poderes da União e principalmente pela sociedade; equidade é a meta da Constituição, justiça seja feita.

1.2 Isonomia entre mulheres e homens

Homens e mulheres vêm dividindo o planeta há muitos e muitos séculos, cada um deles contribuindo com a sua parcela nos afazeres necessários à manutenção da vida; no início, o trabalho da mulher era de coletora, o do homem de caçador; o homem detinha o poder advindo da condição de caçador e a mulher da condição de nutriz; além disso, vigorava a religião antiga que tinha a Grande-Mãe como o ser supremo, nunca a igualdade entre homens e mulheres fora tão explicitamente notória, inatingível, inatacável. A mulher era tida como reflexo da Deusa e simbolizava a fertilidade, a sensibilidade, a destreza, o carinho, a compreensão, a dedicação ao lar e à família, era caracterizada por possuir intuição altamente aguçada. A Mesopotâmia fora o principal palco deste mundo antigo, pagão, que venerava a divindade feminina, que prescrevia a igualdade como “olho por olho, dente por dente” (Código de Hamurabi), introduzindo a noção de isonomia, de equidade e de equilíbrio, por recepcionar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata proporção de sua irregularidade.

Todavia, o mundo trilhou caminho contrário à igualdade que o presente estudo se propõe a contribuir, pois, na Grécia antiga, regida pela democracia, as mulheres não eram dotadas de autonomia perante a sociedade, prova disso é que eram submetidas à privação de

²³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988): texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/1992 a 56/2007 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/1994. 29 ed. – Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2008, p. 26.

²⁴ CARLOS, Vera Lúcia. *Discriminação nas relações de trabalho*. – São Paulo: Método, 2004, p. 20.

direitos políticos, assim como os escravos, impedidas de manifestar sua vontade ou mesmo de participar das assembleias públicas de deliberação; a mitologia grega talvez seja a maior responsável pela conduta de excluir a mulher da democracia, pelo fato de crer-se na supremacia de Zeus, Ades e Poseidon, cada qual em cada mundo.

“Na Grécia as mulheres eram educadas com a única finalidade de criar e educar os filhos, dedicando-se apenas aos trabalhos domésticos, sendo desprezadas aquelas que se dedicassem a outra função, como, por exemplo, às atividades comerciais”²⁵.

Paralelamente temos a mitologia romana, com os deuses Júpiter, Plutão, Netuno, muito semelhantemente:

Em Roma a mulher era sempre tida como *menor*, sujeita ao pai e ao marido. Esta, distante das informações externas, renegada a um segundo plano na hierarquia familiar devido as organizações patriarcais nas sociedades antigas, não vislumbrava, senão, a obediência aos mais velhos, seus ancestrais e ao pai, que era, por assim dizer, o seu primeiro dono, realmente dono de seu destino e para substituí-lo era entregue à alguém escolhido para o seu companheiro, passando, então, a servi-lo, a ele e aos filhos que viesse a ter. (Código de Manu, art.415)²⁶

Talvez por isso o Direito Romano não abrigasse a igualdade entre mulheres e homens, a religião interferia nos dizeres do Estado, em consequência, era o homem que herdava a universalidade da herança e o dever de ministrar os cultos religiosos na família, a sucessão dotava-se de imaterialidade mais que de materialidade, e a mulher era deixada de lado, em profundo anonimato, era considerada como se fosse relativamente incapaz (menor), devia explicações ao pai e ao marido, feito uma criança; escrava dos anseios de outrem.

Em troca, as mulheres contribuíram na economia familiar, na educação dos filhos, na cultura, com sábios conselhos (sem os quais a humanidade estaria perdida) e com muita mão de obra, ora genuinamente sutil e delicada, outrora robusta rígida e valente, sem perder a autenticidade. As figuras de Afrodite e Vênus e muitas outras divindades existiam mais eram consideradas inferiores em decorrência da supremacia varonil presente na mitologia greco-romana.

Os egípcios escravizaram, construíram e idolatraram muitos deuses, dentre eles os enamorados Amom e Ísis, e a igualdade não era plenamente transmitida entre homens e mulheres, a exemplo temos registros de Faraós que eram do sexo feminino em menor número;

²⁵ BOSSA, Sonia. *Direito do Trabalho da mulher: no contexto social brasileiro e medidas antidiscriminatórias*. – São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 02.

²⁶ *idem, ibidem*, p. 02.

dava-se preferência ao homem na ordem sucessória, mesmo assim, grandes monumentos arquitetônicos foram deixados como legados por elas, a mais popular, sem dúvida, Cleópatra, mulher letrada em vários ramos das ciências humanas além de poliglota; nesta sociedade, a desigualdade prevalecia entre as classes, consoante a prática da escravidão, “No Egito assume uma posição de relativa igualdade com o homem e, par de seu companheiro nas lides do campo, podia ser comerciante, ter indústria e exercer a medicina”²⁷.

À mulher restou o segundo plano, deixada de lado em direitos e obrigações, incumbida de cuidar da casa e dos filhos em silêncio e constante subordinação ao pai e ao marido que este indicaria; insiste-se que, nos dias contemporâneos ainda existe fragmentos do passado, bastantes ao bloqueio do direito a igualdade e o da não-discriminação, que foram curtidos pelo tempo e perduram até hoje com enredo:

Os Deuses criaram a mulher para as funções domésticas, o homem, para todas as outras. Os Deuses a puseram nos serviços caseiros, porque elas suportam menos bem o frio, o calor e a guerra. As mulheres que ficam em casa são honestas e as que vagueiam pelas ruas são desonestas.²⁸

Tem-se a ascensão do cristianismo como uma mudança no cenário religioso, dogmas e valores foram introduzidos e a suprema figura paterna de Deus passou a ser plena em muitos lugares, invertendo a concepção da supremacia da Deusa, convertendo-a em paternal; junto com a noção de Deus também proliferou a devoção à Maria mãe de Jesus, e os primeiros séculos de robustez do cristianismo afloraram a igualdade entre os sexos; surge, então, uma nova visão da mulher, baseada na teoria da culpa original, cometida pela primeira mulher: Eva; atribuía-se, a todas as mulheres as sanções discriminatórias em decorrência da violação ou inobservância de uma regra de conduta que supostamente teria resultado em lesão para todos do direito a vida eterna, posto que o salário do pecado seja a morte. Gêneses 3:6, é a passagem que, pela má interpretação, subjugava as mulheres: “A mulher, vendo que o fruto da árvore era bom para comer, de agradável aspecto e mui apropriado para abrir a inteligência, tomou dele, comeu, e o apresentou também ao seu marido”²⁹. Quando cogitado por Deus a cerca da violação da única regra, Adão respondeu, em Gêneses 3:12: “A mulher que pusestes

²⁷ *idem, ibidem*, p. 02.

²⁸ Xenofonte *apud* BOSSA, Sonia. *Direito do Trabalho da mulher: no contexto social brasileiro e medidas antidiscriminatórias*. – São Paulo: oliveira mendes, 1998, p. 01.

²⁹ BÍBLIA. Português. *A Bíblia Sagrada: contendo velho e novo testamento*. – São Paulo: “Ave Maria” Ltda., 1987, 1v, p. 51.

ao meu lado apresentou-me deste fruto, e eu o comi”³⁰. Desde então, a mulher ganhou caractere discriminatório pela culpa original, e, equivocadamente, admitiram-na como uma “incubadora”, acreditando-se que o homem transmitia o material genético, a mulher somente carregava a semente e a mantinha em segurança; sendo assim, o poder que a mulher detinha na antiguidade, seja advindo de sua condição de nutriz fértil geradora da vida, ou mesmo pela condição de pureza imaculada da Santa virgem, foi abaixo com a afirmação de ser a mulher co-autora da serpente no pecado original; ao homem enobreceu-se por possuir a semente da vida, à mulher restou guardar a carga hereditária transmitida pelo homem, simples analogia deste com a árvore, daquela com a terra. É evidente que novas descobertas científicas superaram o argumento discriminatório acima descrito, mas, recorde-se, as condutas desiguais e preconceituosas permanecem lucidamente vivas no cotidiano social, destaca-se o *bulling* que, além de reunir todas as espécies de preconceito em atos contínuos, é difundido logo bem cedo na infância, mais intensivamente nas escolas. Ademais, longe de ser um local destinado a manter temperatura constante e apropriada para o desenvolvimento dos filhos, ou seja, uma simples promessa de parto, a mulher combateu frente a frente os líderes para verem satisfeitos seus direitos, com unhas e dentes conquistaram apuradas não somente direitos como também deveres e, com muita honra, podem exibí-los na atualidade com orgulho de serem abundantemente abrangidas pelo princípio da igualdade em vista de tempos passados obscuros.

Maculada a trajetória em busca da igualdade percorrida pelas mulheres ao longo dos séculos, resta crer que incansável e incontestavelmente as mulheres buscavam prosperar em suas aspirações, pois, enquanto seres humanos mereciam o tratamento igualitário desejado.

Procura-se demonstrar que progride na mesma proporção o fato de apesar da legítima distinção entre o homem e a mulher havia uma distinção muito maior que se referia às classes, portanto, os homens e mulheres pertencentes à classe nobre gozavam de muitas regalias, em contrapartida a classe inferior bancava os luxos com trabalho duro, enfim, as discrepâncias sócio-econômicas eram tão exorbitantes que tornava turva a desigualdade em razão do sexo que permanecia.

Com a Declaração dos Direitos Humanos, fundada nos princípios liberais, democráticos e nacionalistas, ter-se-ia acreditado que o gênero não seria critério de diferenciação, mas o Código Napoleônico trouxe restrições nesse sentido. Parecia impossível superar a barreira, a utopia da igualdade plena entre homens e mulheres se arrasta até os dias

³⁰ *idem, ibidem*, p. 51.

de hoje, exausta, fatigada, quase exaurida, fazendo com que a desigualdade real permaneça no meio social em geral bem abatida pela ação positiva da lei que à coíbe; todavia, é possível encontrar dispositivos infraconstitucionais contrários aos ideais súperos dos quais dependem para produzirem eficácia; tais dispositivos libertinos, alheios aos princípios fundamentais, são inúteis para o sistema jurídico, nascem caducos, para tanto, através da declaração de inconstitucionalidade, pode-se olvidar de leis, atos normativos e medidas provisórias que possuam conceitos eivados de vícios através do controle de constitucionalidade.

Apresenta-se, nesse mesmo sentido, Alexandre de Moraes, que expressa sua opinião acerca do inciso I, do artigo 5º da CR/88, da seguinte forma:

A correta interpretação desse dispositivo torna inaceitável a utilização do *discrímén* sexo, sempre que o mesmo seja eleito com o propósito de desnivelar materialmente o homem da mulher; aceitando-o, porém, quando a finalidade pretendida for atenuar os desníveis. Consequentemente, além de tratamentos diferenciados entre homens e mulheres previstos pela própria constituição (arts. 7º, XVIII, XIX; 40, §1º, 143, §§ 1º e 2º; 201, § 7º) poderá a legislação infraconstitucional pretender atenuar os desníveis de tratamento em razão do sexo.³¹

Nomeia-se a desigualdade somente se distribuída com a finalidade de equilibrar o que está desnivelado, incentivando e proporcionando uma igualdade sincera, legítima, pautada em discernimento e prudência, na devida proporção da desigualdade a ser combatida, ou seja, onde já existe cerco discriminatório em cima de determinada classe de pessoas, vislumbra-se a possibilidade de tratamento diferenciado, de modo que se deve expandir e estender a proteção a um grupo determinado de pessoas que dela necessitam com mais veemência, dada a urgência de se restaurar a igualdade diante das forças oponíveis a ela. Remete-se, novamente, aos ditames de Vera Lúcia Carlos que, ao se dirigir ao princípio da igualdade expõe seu aspecto material e formal visto sobre o prisma filosófico de pensadores que há tempos dedicavam seu trabalho a estudos tão pertinentes:

Há que se ressaltar, no entanto, que, bem antes da revolução, pensadores e filósofos já haviam apregoado que a igualdade entre os homens consubstanciava-se como o princípio basilar da organização do Estado. Aristóteles, ainda na era pré-cristã, ao tratar do tema, dizia que “a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”, pois para ele a igualdade absoluta, conhecida como igualdade formal, terminava por ocasionar injustiças.³²

³¹ MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13 ed. – São Paulo: Atlas, 2003, p. 67.

³² CARLOS, Vera Lúcia. *Discriminação nas relações de trabalho*. – São Paulo: Método, 2004, p. 20.

Levado ao pé da letra, o princípio constitucional da igualdade pode ocasionar balbúrdias, pois, somente utilizado no seu aspecto formal ele se torna ineficaz, na medida em que se busca o tratamento igual independentemente das diferenças intrínsecas a serem analisadas em cada caso; constate-se que, incorre em erro dar tratamento igual para os desiguais, isto seria igualar os diferentes; fazê-lo seria incentivar condutas inadequadas, recompensando o indivíduo nefasto e desigual em prejuízo do indivíduo de boas intenções, valores e princípios; em suma, a igualdade é virtuosa, a desigualdade é imoral. Nesse mesmo aspecto, temos:

Quanto mais progridem e se organizam as coletividades, maior é o grau de diferenciação a que atinge seu sistema legislativo. A lei raramente colhe no mesmo comando todos os indivíduos, quase sempre atende a diferença de sexo, de profissão, de atividade, de situação econômica, de posição jurídica, de direito anterior; raramente regula do mesmo modo a situação de todos os bens, quase sempre se distingue conforme a natureza, a utilidade, a raridade, a intensidade de valia que ofereceu a todos; raramente qualifica de um modo único as múltiplas ocorrências de um mesmo fato, quase sempre os distingue conforme as circunstâncias em que se produzem, ou conforme a repercussão que têm no interesse geral. Todas essas situações, inspiradas no agrupamento natural e racional dos indivíduos e dos fatos, são essenciais ao processo legislativo, e não ferem o princípio da igualdade. Servem, porém, para indicar a necessidade de uma construção teórica, que permite distinguir as leis arbitrárias das leis conforme o direito, e eleve até esta alta triagem a tarefa do órgão do Poder Judiciário.³³

É com esse posicionamento que fixam entendimento a doutrina e a jurisprudência (STF, 2ª Turma, RE 120.305-6, Relator Ministro Marco Aurélio, DOU 110, 09/06/1995, p. 17.236) a exemplo temos a viabilização do sexo como critério de admissão para concurso público, em regra, afrontaria a isonomia, mas, especialmente, acata-se a possibilidade de se fazer uma exceção, em favor da ordem socioconstitucional³⁴, pois, eis que há uma linha muito tênue entre a norma de cunho igualitário e a de escopo discriminatório, tornando-se necessária uma abordagem cuidadosa e atenta às vicissitudes e defeitos que podem ocorrer advindos da produção ou mesmo da interpretação incorreta das normas jurídicas; de modo que sempre deve ser objetivada a isonomia entre mulheres e homens: cada qual tem especificidades a eles inerentes por sua condição e natureza, são dois universos diferentes, iguais em módulo, seguem em lados opostos pela mesma orientação, como se fossem duas retas paralelas distintas: uma rumo ao leste a outra ao oeste. Cabível que sejam tratados desigualmente os

³³ DANTAS, F. C. San Tiago *apud* MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13 ed. – São Paulo: Atlas, 2003, p. 66.

³⁴ MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13 ed. – São Paulo: Atlas, 2003, p. 67.

desiguais, contudo, há de se considerar a inevitável proporcionalidade para que seja dada a aplicação correta inerente ao caso, pois, sempre que o tratamento desigual for imputado, será para amenizar os desníveis preexistentes, ou mesmo para incentivar o ânimo e gerar a auto-suficiência da classe/grupo desfavorecido, no caso em tela, o tratamento diferenciado em função do gênero. Como lição, demonstra-se o as alíneas *a* e *b*, do artigo 40 da CR/88, que têm por escopo o tratamento desigual no que tange à aposentadoria que se manifesta voluntariamente dos servidores titulares de cargo efetivo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além das autarquias e fundações públicas:

- a)* sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher.
- b)* sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.³⁵

Denota da sugestão do vigor físico de cada qual para a compreensão da distinção aplicada de forma razoável, ponderável, sensata e justa, como ocorre na obrigatoriedade de alistamento no serviço militar para o homem, pelo menos é o que se extrai do § 2º, do artigo 143 da CR/88 “As mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempo de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir”³⁶.

Paulatinamente vão se exaurindo as discrepâncias entre os sexos, consoante o constante aprimoramento da tecnologia do mundo contemporâneo e dos luxos do mundo moderno, mesmo as disparidades decorrentes da natureza de cada um dos sexos vão desaparecendo com a incessante fabricação de ferramentas que dispensam o dispêndio de extremo esforço físico.

Assim, abrem-se as portas para as mulheres competirem de igual para igual com os homens, pois, uma vez detentoras dos mesmos direitos e obrigações, qualificam-se para obrar em qualquer ramo com qualidade equiparada à do homem e perceber salário não inferior se exercer atividade idêntica, objetivo ainda a ser alcançado em plenitude pelas mulheres; nenhuma meta é grande demais diante da igualdade pretendida, e cabe a todos: legislador, intérprete (aplicador do Direito) e ao particular, preservar e manter o progresso da inserção da igualdade no que tange aos sexos, às idades, etnias, cores, credos, profissões e etc.

³⁵ BRASIL. Constituição (1998). Constituição Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1998. Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. *Vade Mecum*. 5 ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 29.

³⁶ *Idem, ibidem*, p. 57.

CAPÍTULO II – DO TRABALHO DA MULHER

2.1 Da tutela do trabalho feminino

Discorrer-se-á aqui, no presente capítulo deste estudo científico, a respeito da isonomia entre os gêneros e da discriminação no âmbito das relações de trabalho, mas, primeiramente, tecer-se-á algumas informações iniciais relevantes.

Importante lembrar que o comportamento humano, apesar de sofisticado e moderno, mantém relacionamento não muito longínquo com a maneira de se comportar do homem primitivo; na realidade, o conjunto das reações que se pode observar num indivíduo moderno, estando este em seu ambiente, e em dadas circunstâncias, é muito parecido com seu ancestral em aspectos como a reprodução, a fome e a sede, calor e frio, ou seja, as necessidades básicas e as limitações são bastante similares nos homens em qualquer época; o fato é que, são estas restrições em comum que incentivaram o agrupamento dos mesmos; o trabalho, vem, daí, tanto para suprir as necessidades, quanto para superar as limitações humanas, empregando a noção de posse e propriedade, proporcionando o bem estar de quem o pratica e de sua família, inclusive por que, assim como a sombra alivia o calor do sol, o ardor do trabalho duro é atenuado pelos momentos de lazer por ele intensificados ou viabilizados, e, conseqüentemente, para ensejar a concretização de entidades familiares, posto que, o labor, dividido em pequenas parcelas de tarefas e ensinado para os demais integrantes do seio familiar, diminuiu em intensidade, e cada qual pôde se especializar melhor em cada função, as chances eram maiores para as pessoas unidas, quer por laços de parentesco, quer pelo sangue ou por mera aliança. “A princípio, a busca para o trabalho se deu para compor o suporte

econômico que mantinha a família. Posteriormente, significou uma forma de aprimoramento próprio do ser humano, vital para o aperfeiçoamento da sociedade”³⁷.

Por meio do trabalho, as pessoas adquiriam posses que lhes permitiriam o poder de barganha e status social, ele aproximou as pessoas de um núcleo familiar com as dos outros, ele é a mola da sociedade, providência mantenedora do Estado.

O trabalho evoluiu e tomou proporções inimagináveis, hoje, no mais alto grau, várias de suas ramificações e espécies podem ser vistas; entretanto, existem momentos marcantes em torno desta evolução até que se configurasse como ciência, e, sem dúvida, a Revolução Industrial que teve início no século XVII, foi o despertar desta evolução, que, posta a aglomeração de proletariado nas fábricas e as péssimas condições do trabalho que era constante e acerbo, inadequado, análogo ao de escravo; tudo isso favoreceu à criação de uma atmosfera de indignação e perturbação moral, formou-se, então, um sustentáculo que serviu de base e propiciou a comunicação e a união do proletariado, assim, os direitos se tornaram objetos de desejo de todos os desfavorecidos, transcendendo do prisma individual para coletivo; péssimas condições do trabalho, décadas e décadas de represálias, resultou em greves e paralisações que afetavam o rendimento do capital investido na atividade produtiva, gerando completa hostilidade mútua.

Tecendo argumentos acerca do Direito do Trabalho temos as palavras de Maurício Godinho Delgado:

O Direito do Trabalho é, pois, produto cultural do século XIX e das transformações econômico-sociais e políticas ali vivenciadas. Transformações todas que colocam a relação de trabalho subordinado como núcleo motor do processo produtivo característico daquela sociedade. Em fins do século XVIII e durante todo o século XIX, é que se maturaram na Europa e nos Estados Unidos, todas as condições fundamentais de formação do trabalho livre mas subordinado e de concentração proletária, que propiciaram a emergência do Direito do Trabalho.³⁸

Sendo assim, essa ciência nova denominada Direito do Trabalho fora concebida para diminuir as disparidades decorrentes das relações de trabalho advindas da condição de hipossuficiência do empregado, diante da notória superioridade econômica, social e política do empregador.

³⁷ BOSSA, Sonia. *Direito do Trabalho da mulher: no contexto social brasileiro e medidas antidiscriminatórias*. – São Paulo: oliveira mendes, 1998, p. XI.

³⁸ DELGADO, MAURICIO GODINHO. *Introdução ao Direito do Trabalho: relações de trabalho e relações de emprego*. 3 ed. – São Paulo: LTr, 2001, p. 34.

Confirma-se, depois de superadas as relações servis e a escravidão, inicia-se uma nova fase que inviabiliza a sujeição pessoal do obreiro dando guarida para a concepção da relação de trabalho com características de subordinação e de dignidade em prejuízo do labor em função do lucro independente do desgaste físico e mental dos indivíduos envolvidos na atividade econômica.

Acerca do trabalho feminino nas suas origens, infere-se como alta expressão de pensamento que “A história do trabalho da mulher foi relatada através da divisão sexual do trabalho”³⁹. Nesse mesmo sentido, temos as sábias palavras de Vera Lúcia Carlos, a respeito: “Nas sociedades primitivas, reservava-se à mulher o trabalho com a terra, o trato com o rebanho, a confecção de utensílios domésticos e de tecidos para a feitura de roupas, além dos cuidados com a habitação, a alimentação e a criação dos filhos”⁴⁰.

Com a busca por igualdade, pretendeu-se estender às mulheres os direitos civis políticos, e, principalmente, os trabalhistas, pois, o trabalho da mulher sempre foi crucial para a formação e evolução dos seres humanos, muito embora, em muitos momentos, não tenha sido devidamente reconhecido, sendo considerado inferior ao do homem: “Na realidade, a mulher sempre foi vista como de segunda categoria, cujo corpo, capacidade produtiva e responsabilidade social tornavam-na incapaz para o tipo de trabalho que lhe traria reconhecimento econômico e social”⁴¹.

Ademais, a posição jurídica da mulher persistia idêntica na transição para a idade média, onde ela nunca conquistava a mesma credibilidade que se tinha apenas por vir ao mundo com o sexo masculino; o preconceito dominava a esfera laboral em favor do homem e em prejuízo da mulher, considerando-a parcialmente inapta sob o argumento de que se tratavam de seres inferiores, violadas pelas leis e pelos costumes da época, marginalizadas em parcial obscuridade diante da família e da comunidade, fato que foi desaparecendo, tornando viável a futura garantia da mulher como tema ou preocupação dominante na discussão da igualdade nas relações trabalhistas:

Na idade média, período em que se caracterizou a passagem de serviços escravos para o feudalismo, a posição jurídica da mulher continuava a ser a mesma. As profissões estavam organizadas num sistema de corporação, agremiações mais rígidas, cujos membros reconheciam uma certa ordem social e se uniam na defesa

³⁹ BOSSA, Sonia. *Direito do Trabalho da mulher: no contexto social brasileiro e medidas antidiscriminatórias*. – São Paulo: oliveira mendes, 1998, p. 04.

⁴⁰ CARLOS, Vera Lúcia. *Discriminação nas relações de trabalho*. – São Paulo: Método, 2004, p. 73

⁴¹ BOSSA, Sonia. *Direito do Trabalho da mulher: no contexto social brasileiro e medidas antidiscriminatórias*. – São Paulo: oliveira mendes, 1998, p. 04.

de seus interesses. Admitida para trabalhar, a mulher jamais chegava a uma posição de destaque. Era considerada a sua vida inteira como aprendiz, quer nas oficinas de corporação, quer no lar pelo marido. Nessas lutas sociais, na formação de novas classes, a mulher assume um papel mais evidente. Mesmo sendo considerada como um ser inferior, já podia exercer determinados ofícios que lhe eram reservados com exclusividade (fiandeira, tecedeira de seda), sem que houvesse qualquer prejuízo no desenvolvimento de uma outra atividade. Muito embora os trabalhos artesanais não lhe dessem fontes de cultura, acendiam em seu interior o interesse por outras atividades que não os afazeres puramente domésticos, tornando-a socialmente produtiva.⁴²

Reverbera-se que, nos dias atuais, o trabalho doméstico, casual ou profissional, é feito por ambos os sexos, pois, o que se nota é uma constante propensão para se extinguir a idéia torpe de “escrava do lar” da mulher, que não mais se subordina nem se sujeita aos caprichos do homem, mas, busca com ele progredir, em estreito grau de paridade; em contrapartida, pode-se dizer que também há solidariedade no custeio das despesas e na criação dos filhos no caso dos casais, afeto e reciprocidade são palavras-chave, que provêm do sentimento de igualdade entre os cônjuges ou companheiros e todas as pessoas.

Como fora explanado, a mulher contribuiu com sua mão de obra, doméstica ou não, durante toda a sua existência: “O trabalho feminino existe desde os tempos mais remotos”⁴³.

Conforme se acredita, a mulher começou, desde a Revolução, a abocanhar fatias maiores do mercado de trabalho, a demanda assim o exigiu, e o resultado foi a aglomeração de mão-de-obra barata nas fábricas, que funcionavam a todo vapor à luz do dia ou nas trevas da noite, quanto maior melhor o lucro:

A Revolução Industrial propiciou o ingresso da mão-de-obra feminina. A introdução de máquinas acarretou novas formas de produção e uma grande concentração da mão-de-obra nas cidades e zonas industriais, constituída principalmente por mulheres e crianças.⁴⁴

Acredita-se que o desprezo à sua manufatura que causava a desvalorização dos artefatos que dela sobreviviam, gravou profundamente a idade média onde prevalecia a estrutura patriarcal, onde a mulher realizava trabalhos de cunho geralmente artesanal; e, por outro lado, a idade moderna possibilitou uma maior inserção do trabalho feminino oferecendo-lhes abertura de um pequeno leque de novas oportunidades de trabalho que não fossem puramente domésticas, basicamente na produção de tecido e outras coisas; com a evolução do

⁴² BOSSA, Sonia. *Direito do Trabalho da mulher: no contexto social brasileiro e medidas antidiscriminatórias*. – São Paulo: oliveira mendes, 1998, p. 02.

⁴³ CARLOS, Vera Lúcia. *Discriminação nas relações de trabalho*. – São Paulo: Método, 2004, p. 73.

⁴⁴ *idem, ibidem*, p. 05.

sistema econômico o acréscimo de mão-de-obra multiplicou-se, dotando de nova e abrangente complexidade a estrutura do mercado de trabalho. Sidney Webb afirmava: “as mulheres ganham menos que os homens não só por que produzem menos, mas também porque aquilo que produzem é avaliado no mercado de trabalho por um valor inferior”⁴⁵.

Digere-se a duras penas a infelicidade de reconhecer-se que “A evolução do Direito do Trabalho da mulher não foi acompanhada de igual evolução pelo Direito do Trabalho do homem”⁴⁶, todavia nem tudo está perdido, novas atitudes propiciam mudanças cedo ou tarde, apagando da memória o tempo obsoleto e obscuro de desigualdades laborais em função do sexo, desestigmatizando a mulher do dogma de ser considerada como sexo fraco, aparelhando-a à condição do homem, tanto em direitos, quanto em obrigações.

Quando exerciam atividades laborais idênticas às do homem, as mulheres eram obrigadas a suportar a percepção de salários inferiores estipulados a bel prazer dos patrões, que impunham tal condição com a certeza de que aceitariam ou seriam dispensadas.

Bem, se as mulheres não tinham reconhecida nem a condição de trabalhadoras capazes, sequer fantasiavam a possibilidade de alcançar a categoria elevada de chefia. Gustavo Felipe Barbosa Garcia preceitua:

Durante a Revolução Industrial, principalmente no século XIX, observam-se péssimas condições de trabalho, com a utilização do trabalho de mulheres, que recebiam salários inferiores.

As mulheres estavam expostas a trabalhos prejudiciais à saúde, com longas jornadas, colocando em risco a sua segurança e a sua vida, recebendo salários inferiores aos pagos aos homens.

Assim, naquela época nem se cogitava de proteção da gestação ou quanto à amamentação da mulher que exercia o trabalho.⁴⁷

Torna-se visível, agora, na idade contemporânea, vestígios deste passado inglório de discriminação explícita em que o Estado ficava inerte frente às explorações constantes contra as mulheres que, eram impedidas a ocupar somente cargos de baixo escalão; contempla-se, nessa ocasião, o fato de que todos os atos abusivos de subversão da mulher, cognominada “sexo frágil”, serviu de fagulha para inflamar a expectativa de sucesso das mesmas que, pelejaram sem medo e sem reconhecimento por muito tempo, e atualmente gozam de

⁴⁵ WEBB, Sidney *apud* BOSSA, Sônia. *Direito do Trabalho da mulher: no contexto social brasileiro e medidas antidiscriminatórias*. – São Paulo: oliveira mendes, 1998, p. 03.

⁴⁶ BOSSA, Sonia. *Direito do Trabalho da mulher: no contexto social brasileiro e medidas antidiscriminatórias*. – São Paulo: oliveira mendes, 1998, p. XI.

⁴⁷ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 4 ed. Editora Forense. – Rio de Janeiro: 2010 p. 957.

condições bem melhores no labor, longe de serem perfeitas, mas que se objetivam na transparência da pretensão almejada nas relações de trabalho aqui discutida austeramente, qual seja: a igualdade entre todos, desmotivando a discriminação inconseqüente, imprudente e injustificável dos gêneros.

Reafirme-se, portanto, que a Revolução Industrial foi “caracterizada pelo surgimento de profissões antes essencialmente femininas, trouxe a disputa sexual do trabalho”⁴⁸, as mulheres começaram a sair do anonimato e exigir direitos iguais, dado o grau da qualidade da prestação de serviços por elas proporcionada e o respeito à elas inerente. Imagina-se o quão pesaroso teria sido acatar as ordens de patrões que não preconizavam a ampliação legal dos direitos civis, políticos, e trabalhistas da mulher para equiparar seus direitos aos do homem, a sociedade era composta essencialmente por mentes repletas de ignorância, preconceito e machismo, o que marcou irreversivelmente a vida das vítimas, com a impressão duradoura de ofensas tanto morais, quanto patrimoniais, alheias à sua dignidade enquanto pessoa. Assim, “Como forma de combater a discriminação de gênero, teve início a legislação de promoção ao trabalho da mulher, para por fim às desigualdades então verificadas”⁴⁹.

E, diante da desigualdade estampada no gênero em questão, introduziu-se normas protetivas específicas do trabalho para diferenciar o tratamento dando ênfase à mulher, corroborando, assim, para a recepção de modificação parcial da distribuição de direitos, com a finalidade de combater a desigualdade real predominante. A Europa foi pioneira na criação desta legislação protetiva do labor feminino, começando pela Inglaterra, foi rapidamente assimilado pela França, Itália, Alemanha e outros do continente, sobrevivendo, posteriormente, no Brasil, onde, saliente-se, permanece até a atualidade, compondo, inclusive, toda a abordagem temática do presente estudo dirigido: a proteção do trabalho da mulher.

A primeira lei trabalhista protetora da mulher, o *Coal Mining Act*, foi editada pela Inglaterra, em 19 de agosto de 1842, proibindo o trabalho feminino em subterrâneos. Em 1847, a jornada de trabalho das mulheres foi limitada a dez horas pelo *Ten Hours Act*. O trabalho insalubre e perigoso lhes foi proibido em 1878, por meio do *Factory and workshop Act*.⁵⁰

A Inglaterra deu o passo inicial nesse sentido, talvez porque tenha sido o país que sediou a industrialização e a produção em massa e, portanto, vivenciou com mais clareza a

⁴⁸ *idem, ibidem*, p. 03.

⁴⁹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 4 ed. Editora Forense. – Rio de Janeiro: 2010 p. 958.

⁵⁰ CARLOS, Vera Lúcia. *Discriminação nas relações de trabalho*. – São Paulo: Método, 2004, p. 74.

miséria do trabalho exaustivo e sem escrúpulos nos seus estabelecimentos industriais, equipados com máquinas capazes de transformar ou produzir bens de produção, caminho aberto à exploração e ao capitalismo dissipador fomentador do consumo perdulário com a visão de panorama de lucro: “A mulher trabalhadora foi produto da Revolução Industrial, que fez aflorar as suas potencialidades num capitalismo destrutivo”⁵¹.

Nas indústrias não era somente as mulheres que suportavam altas jornadas de trabalho pesado e insalubre, as crianças também foram submetidas aos tratamentos degradantes que geravam grandes somas de lucros aos empregadores, sendo assim, milhares trabalhavam aproximadamente dezoito horas por dia para elevar o ganho líquido do patrão.

Pode-se citar, também, como forma de difusão da proteção da mulher no âmbito trabalhista:

Na França, foram editadas várias leis seguindo os passos da Inglaterra: a de 19 de maio de 1874 proibia o trabalho em minas e pedreiras e o trabalho noturno à mulher com menos de 21 anos; a de 2 de novembro de 1892 limitava a jornada de trabalho feminino a onze horas; a de 31 de dezembro de 1900 introduzia cadeiras nas empresas, de acordo com o número de mulheres; a de 28 de novembro de 1909 garantia repouso não-remunerado às mulheres grávidas e proibiam que carregassem objetos pesados; o decreto de 21 de junho de 1913 vedava o trabalho na parte exterior das lojas; o de 21 de abril de 1914 proibia o trabalho de confecção e distribuição de escritos e objetos de circulação vedados por lei penal porque contra os bons costumes.⁵²

A notícia logo foi difundida na Europa, confirmando o início da vocação protetora do trabalho dos desfavorecidos, afim de lhes proporcionar maiores chances de competitividade: “No ano de 1906, em Berna, surgiu o primeiro projeto de Convenção Internacional do Trabalho, incluindo a proibição do trabalho feminino à noite, na indústria, excluindo do seu campo de ação a força maior (...)”⁵³.

Na Alemanha, temos a Conferência de Berlim, de 1890, que regulamentava sobre as condições de trabalho inclusive da mulher; o Código Industrial, de 1891, que protegia o trabalho da mulher; o primeiro Congresso Internacional de Proteção Obreira realizado em Zurich, em 1897, que criou a Associação Internacional de Proteção aos Trabalhadores; sem mencionar a Constituição de Weimar, de 11 de agosto de 1919, que rogava a igualdade entre os sexos no que tange ao trabalho.

⁵¹ BOSSA, Sonia. *Direito do Trabalho da mulher: no contexto social brasileiro e medidas antidiscriminatórias*. – São Paulo: oliveira mendes, 1998, p. 04.

⁵² CARLOS, Vera Lúcia. *Discriminação nas relações de trabalho*. – São Paulo: Método, 2004, p. 75.

⁵³ BOSSA, Sonia. *Direito do Trabalho da mulher: no contexto social brasileiro e medidas antidiscriminatórias*. – São Paulo: oliveira mendes, 1998, p. 05/06.

Diga-se que, a primeira grande guerra (1914-1918) aproximou as nações para o combate e posteriormente à diplomacia, pois, seus efeitos devastadores causaram um alerta mundial; então, o Tratado de Versalhes, oriundo da Conferência da Paz, de 29 de janeiro de 1919, criou a Organização Internacional do Trabalho, designada a reparar e aperfeiçoar o quadro do trabalho feminino.

Demorou para que a tendência protetiva do trabalho da mulher chegasse até aqui, crê-se que fora necessária a obtenção de um ambiente fértil para tal ocorrência: a “era Vargas” (1930-1945), onde a mulher ficou em evidência no cenário sócio-político e trabalhista do país: “No Brasil, a primeira norma escrita sobre a situação da mulher obreira, altamente protecionista, foi o Decreto 21.417-A, de 17 de maio de 1932, decorrente do projeto do então Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, Lindolfo Collor”⁵⁴. Ademais, nem a Carta Política brasileira de 1824, nem a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, mencionou proteção especial à mulher, foi justamente na Constituição de 1934 que se possibilitou a inclusão da mulher na órbita política vigorante, prevendo a proteção legal diferenciada, com fins fim de apoiá-la e incentivá-la ao trabalho que, foi dotado de dignidade; tais normas protetivas consistiam em proibir a diferença de salário por motivo de sexo, vedou o trabalho em indústrias insalubres, instituiu Previdência a favor da maternidade e previu descanso pré e pós parto com remuneração sem prejuízo do emprego e do salário. A Constituição seguinte, (1937) do período do Estado Novo, garantiu os mesmos direitos, mas esqueceu de instituir Previdência a favor da maternidade, não proibiu a diferença de salário por motivo de sexo e retirou a estabilidade da gestante no emprego. A partir da Carta Magna de 1946, restabeleceram-se novamente os preceitos da Constituição de 1934, acrescentando-se a assistência médica preventiva e hospitalar para a gestante; e, por fim, tem-se o Diploma Maior 1967 que manteve os mesmos direitos de forma mais abrangente, como a proibição da diferença de critério de admissão e a aposentadoria da mulher aos trinta anos de serviços prestados⁵⁵. E, com o advento da Constituição de 1988, garantiu-se uma gama ainda maior de possibilidades à proteção do trabalho feminino.

Cumprе ressaltar que, a integração das normas internacionais ou mesmo sua influência no nosso sistema jurídico pátrio, afetou positivamente a estrutura social, econômica e política do país e possibilitou a propagação da igualdade entre os sexos, haja vista que o Brasil é signatário de pactos internacionais que têm por objeto tal pretensão. Por exemplo, tem-se a Convenção nº 4, de 1919, ratificada pelo Brasil (Decreto nº 66.875/70), que coíbia o trabalho

⁵⁴ CARLOS, Vera Lúcia. *Discriminação nas relações de trabalho*. – São Paulo: Método, 2004, p. 75.

⁵⁵ *idem, ibidem*, p. 79.

noturno da mulher, ou mesmo a Convenção nº 111, de 1958, que trata da não discriminação em matéria de emprego, também ratificada pelo Brasil, e convertida no Decreto nº 62.150/68.

Então, frente às considerações acima esplanadas, conclui-se que derivou da progressão e do avanço das atividades laborais a tendência inicial de proteção especial ao trabalho da mulher, destinada a igualá-la ao homem por meio de incentivos específicos que viabilizem o equilíbrio em detrimento das disparidades reais preexistentes, colocando ambos os sexos lado a lado, no mesmo patamar, seja pelo aspecto político, cível ou mesmo trabalhista, posto que todos sejam iguais em direitos e obrigações.

2.2 Discriminação do trabalho da mulher

A mulher, então, alvo da política protecionista do Estado, começou a ser vista como vítima do preconceito em razão do sexo nas relações de trabalho, e, em função disso, deveria ser amparada por uma legislação especial que lhe garantisse justas oportunidades na competição por emprego, por salários iguais e por cargos superiores. Deu-se a proteção, mas, com o transcorrer do tempo, percebeu-se que as normas protecionistas acabavam gerando efeitos indesejáveis: “Assim, de certo modo contraditório, a legislação que tinha o objetivo de proteger as mulheres passou a ser fonte de discriminação, prejudicando seu trabalho”⁵⁶.

Portanto, pondera-se que, tais incentivos legislativos específicos à mulher constituem-se em discriminação, e esta, por sua vez, pode ser direta ou indireta, positiva ou negativa.

Quando a intenção discriminatória é óbvia ela é direta, e ocorre quando tratamento desigual é inferido sem motivos relevantes, por exemplo em razão de sexo, cor, idade, credo e etc; a discriminação é indireta quando se confere aos iguais e aos desiguais tratamento igual, gerando a irregularidade, seu efeito prático é a exclusão de determinados grupos ou classes, por exemplo, quando, para desempenhar algum ofício, for cobrada alguma exigência aparentemente neutra (testes de aptidão, exames psicológicos, ou mesmo foto no currículo), que, embora direcionada a todos, na realidade possibilita a ampliação do campo de atuação da desigualdade que reside no comportamento discriminatório e contraproducente. Vera Lúcia Carlos tece argumentos relevantíssimos à compreensão do tema:

⁵⁶ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 4 ed. Editora Forense. – Rio de Janeiro: 2010 p. 958.

A conduta discriminatória pode se dar de forma direta ou indireta. A discriminação direta ocorre quando se estabelece um tratamento desigual fundado em razões arbitrárias e desmotivadas. Já a discriminação indireta acontece quando se confere um tratamento formalmente igual, mas que, no resultado, se traduz em efeito diverso sobre determinados grupos, acarretando a desigualdade; esse tipo de discriminação consiste em uma regra neutra à primeira vista e que se aplica igualmente a todos os empregados, mas que produz efeito discriminatório para um empregado ou para um grupo de empregados. A intenção discriminatória aparece sempre na discriminação direta, mas não na indireta.⁵⁷

Nesse mesmo sentido, postulando acerca das espécies de discriminação, Otávio Bueno Magano: “A direta se verifica quando o empregador adota diretriz de não admitir mulheres a seu serviço. A indireta se configura quando certos setores da economia se mostram estruturados de forma a mais favorecer o emprego dos homens”⁵⁸, e Daniel Proulx: “O vínculo causal com um motivo ilícito é elemento chave de discriminação direta, da mesma forma que o efeito é a pedra de toque de uma prova de discriminação indireta”⁵⁹.

Em se tratando de discriminação positiva (lícita) e negativa (ilícita), deve-se relevar os efeitos reais da discriminação e os motivos que a ensejaram, porque, como vimos, não deve ser pautado em sexo, raça, cor, religião.

Se a discriminação gera ganho e vantagens para um grupo de pessoas (que têm suas chances de competitividade adstritas pela desigualdade de fato) em detrimento dos demais o resultado é positivo, do contrário, se os benefícios legais que transmitem critérios de diferenciação do tratamento não são fundados em motivos sérios e não são praticados em favor das minorias, logo, os efeitos são negativos; independentemente da intenção, boa ou ruim, do legislador, do aplicador do direito ou do particular, toda conduta discriminatória que produza efeitos negativos deve ser rejeitada pela sociedade e pelo Estado, conforme preceitua a Constituição Federal vigente. Para enriquecer a elucidação da proposição, temos:

A discriminação negativa é aquela que não tem por fundamento a adoção de medidas tendentes a diminuir as diversidades sociais e econômicas, limitando-se a acentuar a regra da plena igualdade de todos perante a lei. Trata-se da concepção da igualdade jurídica em sentido subjetivo e pessoal, estabelecendo um desfavor à pessoa discriminada.

Por sua vez, a discriminação positiva acaba estabelecendo vantagens competitivas para um grupo de pessoas e ocasionando diretamente desvantagens aos demais.⁶⁰

⁵⁷ CARLOS, Vera Lúcia. *Discriminação nas relações de trabalho*. – São Paulo: Método, 2004, p. 31.

⁵⁸ MAGANO, Otávio Bueno *apud* CARLOS, Vera Lúcia. *Discriminação nas relações de trabalho*. – São Paulo: Método, 2004, p. 31.

⁵⁹ PROULX, Daniel *apud* CARLOS, Vera Lúcia. *Discriminação nas relações de trabalho*. – São Paulo: Método, 2004, p. 31.

⁶⁰ CARLOS, Vera Lúcia. *Discriminação nas relações de trabalho*. – São Paulo: Método, 2004, p. 32.

Se a discriminação gera ganho e vantagens para um grupo de pessoas (que têm suas chances de competitividade adstritas pela desigualdade de fato) em detrimento dos demais o resultado é positivo, do contrário, se os benefícios legais que transmitem critérios de diferenciação do tratamento não são fundados em motivos sérios e não é praticado em favor das minorias, logo, os seus efeitos são negativos, e, por conseguinte, tais dispositivos protecionistas devem ser afastados do ordenamento jurídico.

CAPÍTULO III – DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

3.1 Da inconstitucionalidade do artigo 384 da CLT

Inicia-se a argumentação reforçando o pensamento de Sônia Bossa:

O art. 384, da CLT, ao tratar dos descansos especiais para a mulher refletiram, isto é, quinze minutos antes de iniciar a prorrogação da jornada de trabalho, resulta na inconstitucionalidade da lei, por ferir o preceito constitucional do princípio da isonomia da Carta Magna.⁶¹

E, repise-se, as palavras de Gustavo Felipe Barbosa Garcia sobre o dispositivo em comento, marco teórico da presente pesquisa:

No entanto, essa previsão destinada apenas ao trabalho da mulher, confere tratamento diferenciado e protecionista, ausente para o homem, o que não se mostra razoável na atualidade, afrontando preceito constitucional da igualdade (artigo 5º, inciso I, e artigo 7º, inciso XXX), podendo gerar até mesmo a indesejada discriminação na contratação do trabalho da mulher, vedada pelo artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988.⁶²

Por conseguinte, destaca-se decisão relativamente recente do Tribunal Superior do Trabalho:

⁶¹ BOSSA, Sonia. *Direito do Trabalho da mulher: no contexto social brasileiro e medidas antidiscriminatórias*. – São Paulo: oliveira mendes, 1998, p. 56.

⁶² GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 4 ed., Editora Forense. – Rio de Janeiro: 2010, p. 970.

Recursos de embargos. Trabalho da mulher. Intervalo para descanso em caso de prorrogação do horário normal. Artigo 384 da CLT. Não recepção com o princípio da igualdade entre homens e mulheres. Violação do art. 896 da CLT reconhecida. O art. 384 da CLT está inserido no capítulo que se destina à proteção do trabalho da mulher e contempla a concessão de quinze minutos de intervalo à mulher, no caso de prorrogação da jornada, antes de iniciar o trabalho extraordinário. O tratamento especial, previsto na legislação infraconstitucional, não foi recepcionado pela Constituição Federal ao consagrar no inciso I do art. 5º que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. A história da Humanidade, e mesmo a do Brasil, é suficiente para reconhecer que a mulher foi expropriada de garantias que apenas eram dirigidas aos homens e é esse o contexto constitucional em que é inserida a regra. Os direitos e obrigações a que se igualam os homens e mulheres apenas viabilizam as estipulações de jornada diferenciada quando houver necessidade da distinção, não podendo ser admitida a diferenciação apenas em razão do sexo, sob pena de se estimular discriminação no trabalho entre iguais, que apenas se viabiliza em razão de ordem biológica. As únicas normas que possibilitam dar tratamento diferenciado à mulher dizem respeito àquelas traduzidas na proteção da maternidade, dando à mulher garantias desde a concepção, o que não é o caso, quando se examina apenas o intervalo previsto no art. 384 da CLT, para ser aplicado apenas à jornada de trabalho da mulher intervalo este em prorrogação de jornada, que não encontra distinção entre homem e mulher. Embargos conhecidos e providos.⁶³

Por se tratar de matéria já discutida no Superior Tribunal de Justiça sob a ótica do princípio da igualdade, temos:

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL Nº 70 - RJ - (89.0008291-4). Relator: Ministro Vicente Cernicchiaro. Publicado em 21/08/89, acesso em: 26/04/2011. Mandado de segurança – Trabalho da mulher. O princípio da igualdade veda distinção entre homem e mulher. Só se justificam as diferenças resultantes da natureza. Não é o caso de condições do trabalho. Distinguir a esse fundamento resulta prejuízo na disputa do mercado de trabalho, o que afeta a isonomia⁶⁴.

Entendimento semelhante pode ser depreendido em outra jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, proferida também pelo Ministro Relator Luiz Vicente Cernicchiaro, envolvendo argumento embasado no tratamento igualitário entre homens e mulheres, alicerçando-se no preceito da não discriminação, como veremos:

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 6.233- RS - (95.0048121-9). Relator: Ministro Luiz Vicente

⁶³ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – *Recurso de embargos* – TST. SBDI-I, E-RR-3886/2000-071-09-00.0. Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, m.v. – Publicado em: 25/04/2008, acesso em: 12 de novembro de 2011.

⁶⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - *REs Nº 70 - RJ - (89.0008291-4)* - Relator Ministro Vicente Cernicchiaro - 2ª Turma – Publicado em: 21/08/1989, acesso em: 26 de abril de 2011.

Cernicchiaro. Publicado em 07/11/95, acesso em: 30 de abril de 2011. RMS – Constitucional – Concurso – Idade – Limite. A Constituição, como todo conjunto de normas jurídicas, deve ser interpretada de maneira sistemática. O comando do art. 7º, XXX, a regra é – diferença de salários. Haverá igualdade desde que o trabalho seja igual. Não se pode distinguir pessoas por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. Todavia, se a função pública, por exemplo, for recomendada, por particularidade, ser exercida só por pessoas do sexo masculino, nenhuma censura. O raciocínio também é válido para as mulheres. Ocorre o mesmo com a idade. Daí, na hipótese prevalecer o princípio da legalidade. Em não havendo discriminação (sentido jurídico do termo) nenhuma censura ao limite de idade ⁶⁵.

Entretanto, o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho rejeitou o incidente de constitucionalidade do referido artigo, prevalecendo, então, a decisão de que os direitos advindos do dispositivo celetista em questão não ferem a igualdade entre homens e mulheres diante das diferenças naturais psicológicas e físicas inerentes de cada um. Mas, como justificar a agregação de quinze minutos à duração do trabalho da mulher, será que os empregadores adotam medidas discriminatórias na contratação de mão-de-obra feminina em decorrência desta proteção especial estipulada? Advém, daí, a possibilidade de cerceamento da mulher no mercado de trabalho, pois tal discriminação apresenta-se na forma direta ao passo que se estabelece um tratamento diferenciado em função do sexo, e negativa, pois não promove a inserção da mulher no mercado de trabalho, mas, obsta seu ingresso no mesmo.

3.2 Do tratamento diferenciado

Como já fora mencionado, existem hipóteses de admissão do tratamento diferenciado, são exatamente as discriminações positivas, que têm por intuito dirimir as discrepâncias existentes na sociedade em relação a um grupo ou classes de pessoas; trata-se da desigualdade imposta pelo Estado, por meio de incentivos específicos, para diminuir a desigualdade real existente. Manoel Gonçalves Teixeira filho apregoa em poucas palavras: “O princípio da igualdade não proíbe de modo absoluto as diferenciações de tratamento. Veda apenas aquelas diferenciações arbitrárias, desfundamentadas, ou seja, proíbe a discriminação” ⁶⁶. Portanto, a Constituição não dá guarida a má interpretação do princípio constitucional da isonomia, e frize-se, constitui como objetivos da república a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, que protege sim o trabalho feminino por meio de dispositivos especiais, mas repudia

⁶⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - RMS 6.233 – RS - (95.0048121-9) - Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro - 6ª Turma – Publicado em: 07/11/1995, acesso em: 30 de abril de 2011.

⁶⁶ TEIXEIRA FILHO, Manoel Gonçalves *apud* CARLOS, Vera Lúcia. *Discriminação nas relações de trabalho*. – São Paulo: Método, 2004, p. 24.

todo comportamento de cunho discriminatório, criando políticas públicas que fomentem a propagação da igualdade e não uma legislação protetiva exacerbada e infundada: Então, concluindo o presente, será aceitável a manifestação do tratamento diferenciado aos olhos do princípio da igualdade, quando se tratar de discriminação positiva do trabalho da mulher:

Havendo, portanto, uma diferenciação fundamentada em motivo legítimo, como a exigência de qualificação efetivamente necessária para o regular exercício de uma profissão, a distinção é considerada lícita, inexistindo discriminação. Também não se poderá considerar discriminação quando existir razão lógica, plausível e proporcional que justifique o *discrímen*, conforme vêm entendendo a doutrina e a jurisprudência.⁶⁷

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo se propôs a tratar da proteção especial do trabalho da mulher e sobre como esta tutela pode inferir positiva e negativamente na sociedade com reflexo principalmente nas relações trabalhistas. Diante da visualização da evolução das legislações trabalhistas, e de quanto caminho se percorreu para atingir esse patamar quase perfeito, percebe-se que as nações empenharam-se na construção de uma sociedade livre, justa e igual, lado a lado nessa batalha constante para derrubar o preconceito. A mulher começou a ser alvo da legislação protetiva do Estado, e a ganhar seu espaço no mundo por meio de incentivos específicos. Entretanto, a proteção quando exacerbada, infundada, irrazoável, prejudica a mulher na competição do mercado de trabalho, funcionando como uma barreira inibidora de seu ingresso neste. A propósito, a legislação protetiva do trabalho da mulher cada vez mais deixa de ser necessária, justo posto o desenvolvimento científico e tecnológico que se vivencia nos dias atuais, onde as profissões, por estarem mais aperfeiçoadas, exigem menos força e mais técnica.

Sendo assim, o artigo 384 da CLT, que garante proteção especial à mulher por meio do direito de quinze minutos de descanso antes de iniciar a jornada extraordinária de trabalho; tal garantia, deturpa a idéia de proteção porque obsta a inserção da mulher no mercado de trabalho, e porque a diferenciação se embasa na teoria de que as mulheres que exercem os afazeres domésticos e que os homens provêm o sustento da casa, realidade ultrapassada há muito tempo.

⁶⁷ CARLOS, Vera Lúcia. *Discriminação nas relações de trabalho*. – São Paulo: Método, 2004, p. 24.

Ademais, o comportamento legislativo protecionista imotivado, alicerçado em proposições ultrapassadas, como é o caso do dispositivo em comento, fere o pleno vigor do princípio constitucional da igualdade e, conseqüentemente, expõe toda coletividade às práticas discriminadoras decorrentes da violação. Portanto, frente a toda exposição de argumentos propostos, purga-se pela prevalência da isonomia entre homens e mulheres, questionando a eficácia do dispositivo infraconstitucional da CLT, julgando-se inconstitucional a provisão de descanso somente dirigida às mulheres, antes de iniciar o cumprimento das horas-extras. Portanto, merece prosperar aquela sociedade voltada para os valores sociais do trabalho e para a dignidade da pessoa humana, dotando de benevolência as leis, conforme vão evoluindo as relações sociais, de modo que a discriminação latente presente em todos os lugares e tempos, seja combatida por meios de incentivos próprios da lei, que, poderá prever o tratamento diferenciado baseado no princípio da isonomia e que possua fundamentos concretos, reais motivações para tal, desde que seja para reduzir os desníveis existentes, e para dar oportunidades iguais a todos os sexos, resguardando-se a supremacia da constituição.

Portanto, haja vista que, quando o tratamento diferenciado gera os efeitos da discriminação negativa o mesmo deve ser evitado, como ocorre pela interpretação do artigo 384 da CLT; entretanto, se utilizado para acabar com os desníveis preexistentes que desfavorecem certa classe de pessoas, no caso, as mulheres, esse tratamento diferenciado caracteriza-se como discriminação positiva e, logo, será plenamente recepcionado pelo ordenamento jurídico, pois, de maneira alguma afrontaria o princípio fundamental da igualdade.

REFERÊNCIAS

BÍBLIA. Português. *A Bíblia Sagrada*: contendo velho e novo testamento. – São Paulo: “Ave Maria” Ltda., 1987, 1v.

BRASIL, Consolidação das Leis do Trabalho. Arnaldo Oliveira Júnior. *Vade Mecum*. 1 ed. – Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

BRASIL. Constituição (1998). Constituição Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1998. Arnaldo Oliveira Júnior. *Vade Mecum*. 1 ed. – Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

BRASIL. Constituição (1998). Constituição Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1998. Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. *Vade Mecum*. 5 ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988): texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/1992 a 56/2007 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/1994. 29 ed. – Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2008, p. 08.

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

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

CARRION, Valentin . *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho: legislação complementar jurisprudencia*. 29. ed. – Sao Paulo: Saraiva, 2004.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. – São Paulo: LTr, 2004.

DELGADO, Maurício Godinho. *Introdução ao Direito do Trabalho: relações de trabalho e relações de emprego*. 3 ed. – São Paulo: LTr, 2001.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 4 ed., Editora Forense. – Rio de Janeiro: 2010.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson: *Curso de Direito do Trabalho*. 3 ed. Editora Forense. – Rio de Janeiro: 1968.

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

MONTESQUIEU. *L'Esprit des lois (O Espírito das Leis)*. 315 p. Disponível em: [file:///Lenin/Rede Local/Equipe/Michele/MONTESQUIEU - O Espírito das Leis2.txt](file:///Lenin/Rede%20Local/Equipe/Michele/MONTESQUIEU%20-%20O%20Esp%C3%ADrito%20das%20Leis2.txt). Acesso em 15/03/2011.

MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13 ed. – São Paulo: Atlas, 2003, p. 65.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - *REs Nº 70 - RJ - (89.0008291-4)* - Relator Ministro Vicente Cernicchiaro - 2ª Turma – Publicado em: 21/08/1989, acesso em: 26 de abril de 2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - *RMS 6.233 – RS - (95.0048121-9)* - Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro - 6ª Turma – Publicado em: 07/11/1995, acesso em: 30 de abril de 2011.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – *Recurso de embargos – TST. SBDI-I, E-RR-3886/2000-071-09-00.0*. Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, m.v. – Publicado em: 25/04/2008, acesso em: 12 de novembro de 2011.