

O DIREITO DO TRABALHO DA MULHER ENQUANTO “TETO DE VIDRO” NO MERCADO DE TRABALHO BRASILEIRO

Maria Cecília Máximo Teodoro¹

Resumo:

É possível falar em Direito do Trabalho da mulher? O Direito do Trabalho surge, enquanto ramo jurídico, do pressuposto fático da desigualdade entre as partes contratantes - empregado e empregador - a fim de conceder igualdade jurídica. Quando se fala em Direito do Trabalho da Mulher é preciso fazer um alerta de que certamente o tratamento dado ao trabalho das mulheres ainda se difere do que é dado ao trabalho dos homens, surgindo, assim, a necessidade de mecanismos compensadores das desigualdades. Mas a análise do sistema jurídico-trabalhista de proteção ao trabalho da mulher nos demonstra que este parece carecer de efetividade, representando, em última instância, verdadeiro “teto de vidro”, ou seja, criando um obstáculo invisível, porém rígido o bastante para evitar a ascensão profissional e salarial da mulher, além do reconhecimento de seus pares . A análise da situação real da mulher no mercado de trabalho, em comparação aos homens, demonstra que a igualdade promulgada na Constituição Federal e os instrumentos criados pelo ordenamento jurídico criam uma ilusória proteção ao mercado de trabalho da mulher, configurando-se como uma legislação meramente simbólica.

Palavras-chave: *mercado de trabalho, mulher, discriminação, teto de vidro.*

Abstract

Is it possible to talk about a Women's Labor Law? The Labour Law appears as a legal branch, of the factual assumption of inequality between workers and employers- to grant legal equality. To assume an Women's Labor Law is needed to realize that the treatment of women's labor is still different to that given to men labor, resulting in the necessity of compensatory mechanisms of equality. But the analysis of the legal and labor protection system to women's labor shows us that this seems to fail in effectiveness, becoming into a "glass ceiling", creating an invisible barrier, but rigid enough to prevent career and salary advancement as a lack of recognition. The analysis of the real situation of women in the labor market compared to men demonstrates that equality enacted in the Constitution

¹ Pós-Doutora em Direito do Trabalho pela Universidade de Castilla-La Mancha com bolsa de pesquisa da CAPES; Doutora em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela USP- Universidade de São Paulo; Mestre em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Graduada em Direito pela PUC/MG; Professora de Direito do Trabalho do Programa de Pós-Graduação em Direito e da Graduação da PUC/MG e membro reeleita do Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC/MG para o triênio 2014/2016; Professora Convidada do Mestrado em Direito do Trabalho da Universidade Externado da Colômbia. Pesquisadora; Autora de livros e artigos. Advogada.

and the instruments created by the legal system create an illusory protection of the labor market for women, configured as a symbolic legislation.

Keywords: labor market , woman, discrimination, glass ceiling .

1. Da ideologia e dos estereótipos da realidade.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, reconhece explicitamente que os direitos nela estabelecidos aplicam-se a todos os seres humanos, sem distinção de qualquer espécie, incluindo gênero.

No entanto, em 1979, a mesma Assembleia da ONU sentiu a necessidade de propor aos Estados uma "Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres". Contudo, de maneira persistente, as mulheres ainda vivenciam discriminações, preterições e violência no mercado de trabalho.

Em 1995 foi celebrada a Declaração e criada a Plataforma de Ação de Beijing, pela qual se comprometeram os governos e os povos de todo o mundo a lograr a igualdade de gênero e o empoderamento das mulheres. Em 2015, a ONU Mulheres, preparando-se para a celebração de Beijing + 20, lançou a campanha de compromisso político e público intitulada “Empoderando as mulheres, empoderando a Humanidade. Imagine!”,² em razão da necessidade de inúmeros avanços neste campo temático serem ainda urgentes.

Tal necessidade compõe a realidade de todas as partes do mundo, seja em países ricos ou pobres, estejam eles em paz ou em guerra. Afinal, tudo isso é o resultado de uma cultura antiga, que traz consigo ideologias e estereótipos baseados em tradições que se perpetuam e que só um novo modelo cultural é capaz de modificar.

Assim, a existência de um sistema de normas de proteção ao trabalho da mulher é cotidianamente justificada pelas diferenças tanto biológicas quanto sociais entre homens e mulheres. De fato, este estatuto das mulheres formado pelas normas constitucionais e infraconstitucionais na seara trabalhista refletem uma visão de mundo acerca do papel da mulher na sociedade.

Sob o prisma do mercado de trabalho, Calil explica que as mulheres sofrem discriminação pelo fator *biológico*, em razão da maternidade, enquanto a distinção fundada no fator *social* dataria da industrialização, desde quando mulheres são discriminadas pelo simples fato de serem mulheres³.

² ONU MUJERES. Informe anual. 2014-2015, p. 4.

³ CALIL, Léa Elisa Silingowschi. *Direito do Trabalho da Mulher: a questão da igualdade jurídica ante a desigualdade fática*. São Paulo: LTr, 2007, p. 15.

A própria igreja católica exerce forte influência na difusão da questão do "gênero", que surge quando a comunidade cristã começa a se organizar e a Igreja, ao se institucionalizar, estabelece os papéis e cria hierarquias. Neste ponto começa a implementar a exclusão das mulheres de papéis de liderança e das tarefas de condução da Igreja. Carmelina Chiara Canta⁴, a propósito da pesquisa de gênero junto à igreja, indaga quantas mulheres santas são conhecidas. O Martirológio romano, que registra o número de "santos oficiais, incluindo os "abençoados", os "servos de Deus" e do "venerável", mostra em torno de um mil e quinhentos santos femininos em comparação com cerca de nove mil e quinhentos santos masculinos: uma minoria que é a consequência lógica da exclusão anterior de mulheres de papéis de controle importantes.

Pela difusão de ideologia de base patriarcal, machista e até mesmo religiosa, pode-se também "negar à mulher, tanto seu papel histórico no desenvolvimento sócio-cultural e humano, quanto em seu próprio desenvolvimento pleno". Parece claro que o "oprimido não deseja e não colabore para a sua opressão, exploração ou discriminação ". Isto porque a opressão por vezes é sutil, utiliza ardis, ideologias e não raro se esconde atrás do nobre fim da norma que se diz protetiva e promocional.⁵

Ademais, os estereótipos do que mulheres e homens são e devem fazer são disseminados ainda pelo senso-comum, pela mídia, reproduzidos pela sociedade e também pelas próprias mulheres, ainda que involuntariamente. "Na fronteira entre sexo e gênero, os limites e as origens dessas diferenças são pouco questionados"⁶, perpetuando-se a ideia de que os papéis são distintos porque devem ser, mas que se complementam. E assim, homens e mulheres, cada um com suas "funções" seguem reproduzindo esta binariedade social.

Ellen Hazan conclama as mulheres contra os estereótipos:

Por mais que nos neguem um papel relevante na história humana e na atual sociedade;
por mais que queiram nos colocar como mão-de-obra barata ou como um exército de reserva quando o sistema capitalista quer reduzir o preço que paga pelo trabalho;
por mais que queiram que acreditemos que o ser humano masculino é o nosso inimigo natural;
por mais que queiram que acreditemos que somos pessoas invejosas que disputamos entre nós, os homens, o sucesso, a carreira, a roupa mais bonita, somos mulheres o suficiente para sabermos que todo esse discurso é mentiroso, que somos seres humanos e que

⁴ CANTA, Carmelina Chiara. *La santità al femminile*. FIDAE: federazione istituti di attività educative. Da confronti, n.9, 2007. (tradução livre)

⁵ HAZAN, Ellen Mara Ferraz. *Mulher, trabalho e emprego*. Belo Horizonte, RTM, 2013, p. 6.

⁶ CURVO, Isabelle Carvalho. *O Trabalho da mulher entre a produção e a reprodução*. In: Direito Material e processual do trabalho / Maria Cecília Máximo Teodoro (coordenadora). São Paulo: LTr, 2015, p. 88.

nosso papel, na história da humanidade, não vai ser apagado como querem algumas instituições⁷.

O poder desta ideologia é nefasto à emancipação das mulheres, à medida que conceitos machistas e opressores são assimilados e disseminados pelas próprias mulheres. Lya Luft nos explica que “a realidade objetiva – se existe – importa menos: o mundo chega a mim filtrado por minha visão pessoal”⁸.

Muitas destas ideologias fundam-se, portanto, em estereótipos, em argumentos ignaros advindos da divisão sexual do trabalho, que consistia em reservar aos homens o trabalho produtivo e às mulheres o trabalho doméstico, considerado improdutivo, não gerador de lucro e, portanto, não remunerado⁹.

Essa divisão sexual do trabalho acaba por propiciar uma grave dicotomia, em que se apresenta de um lado a *esfera da produção* - um espaço público, simbolizado pela fábrica e considerado campo masculino -, e a *esfera da reprodução* – espaço privado, representado pela casa, território feminino¹⁰.

A ausência de uma divisão harmônica dos afazeres domésticos e dos cuidados com os filhos persiste como obstáculo à emancipação das mulheres e à conquista e à permanência plena do mercado de trabalho, pois a sobrecarga a que se submete a mulher em razão das tarefas domésticas e do cuidado com a prole se traduzem em verdadeira segunda jornada de trabalho, minando sua disponibilidade e capacidade psíquica e física de manutenção do emprego¹¹.

Estas representações sociais estereotipadas contribuem para a “reprodução da noção da mulher como força e trabalho secundária”, fomentando as desigualdades entre homens e mulheres no mercado de trabalho¹².

Por uma questão de fato, a humanidade sempre foi afetada por misoginia. Assim, o movimento de emancipação feminina, no último século, busca uma igualdade formal e fundamentada entre homens e mulheres, que segundo Anita Amato¹³, pode ser o ponto de viragem

⁷ HAZAN, Ellen Mara Ferraz. *Mulher, trabalho e emprego*. Belo Horizonte, RTM, 2013, p. 6.

⁸ LUFT, Lya. Apud Calil, Léa Elisa Silingowschi. *Direito do Trabalho da Mulher: a questão da igualdade jurídica ante a desigualdade fática*. São Paulo: LTr, 2007, p. 18.

⁹ CALIL, Léa Elisa Silingowschi. *Direito do Trabalho da Mulher: a questão da igualdade jurídica ante a desigualdade fática*. São Paulo: LTr, 2007, p. 99

¹⁰ CURVO, Isabelle Carvalho. *O Trabalho da mulher entre a produção e a reprodução*. In: Direito Material e processual do trabalho / Maria Cecília Máximo Teodoro (coordenadora). São Paulo: LTr, 2015, p. 89.

¹¹ CALIL, Léa Elisa Silingowschi. *Direito do Trabalho da Mulher: a questão da igualdade jurídica ante a desigualdade fática*. São Paulo: LTr, 2007, p. 105.

¹² ABRAMO, Laís Wendel. *A inserção da mulher no mercado de trabalho: uma força de trabalho secundária?* Tese de Doutorado (USP). São Paulo. Data de defesa: 20 ago. 2007. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-23102007-141151/pt-br.php> Acesso em 30 jul. 2016.

¹³ AMATO MANGIAMELI, Agata C. *Religione e discriminazione di genere*. Roma: Università degli Studi di Roma Tor Vergata. Dipartimento di Giurisprudenza Istituto di Filosofia e Storia del Diritto. Disponível em: <

no desenvolvimento da nossa cultura, que poderia oferecer um grande ajuda para se repensar o direito, a política e a religião.

Como visto, a divisão sexual do trabalho permeia o imaginário social e produtivo, apresenta-se como argumento persistente na constituição da ações no mercado de trabalho e influí nas próprias políticas públicas do Estado, notadamente na produção de normas, cujo mote é a proteção da mulher no mercado de trabalho, mas que geram impactos adversos.

Nesse sentido, o Direito do Trabalho da mulher, ao fundamentar-se em pressupostos fáticos equivocados e que retratam a reprodução de ideologias e estereótipos, acaba por perder sua efetividade, tornando-se o próprio alvo da mulher em sua luta por igualdade jurídica no mercado de trabalho em relação aos homens. O conjunto de normas de proteção ao trabalho da mulher, notadamente em razão do fato de engravidarem, ao não estender tais proteções aos homens, acirram exclusão feminina do mercado ou subsidiam a sua permanência precária.

A reprodução desta conformação social, empresarial e pública, resiste aos dados objetivos extraídos da participação das mulheres no mercado laboral, num contexto em que o crescimento da população feminina no mercado de trabalho brasileiro foi uma das mais marcantes transformações sociais ocorridas no país nas últimas décadas.

A divisão sexual do trabalho apresenta-se, assim, inadequada para fundamentar a edição de normas trabalhistas voltadas apenas para as mulheres, na medida em que não representa as distintas realidades da presença feminina no mercado de trabalho, tornando-se “um dos elementos sobre os quais se estruturam e se reproduzem as hierarquias entre homens e mulheres e os padrões de discriminação e subordinação de gênero”¹⁴.

Hoffmann e Troncoso utilizando-se de dados da PNAD (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios) e analisando a evolução da participação da mulher no mercado de trabalho afirmam que, nos anos de 1990, a continuidade da ampliação das taxas de participação feminina, sobretudo entre mulheres não muito jovens, foi o único fator responsável pelo crescimento da PEA (população economicamente ativa)¹⁵. E as mulheres ainda continuam representando a maioria na PEA, na proporção de 43,6%, além de representarem 42,6% da população ocupada¹⁶.

<ftp://ftp.ngv.it/pub/ingrid.hunstad/CORSO%20Tor%20Vergata/Approccio%20culturaleProf.ssa%20Amato/Religione%20e%20discriminazione%20di%20genere.pdf>> Acesso em 31 jul. 2016. (tradução livre)

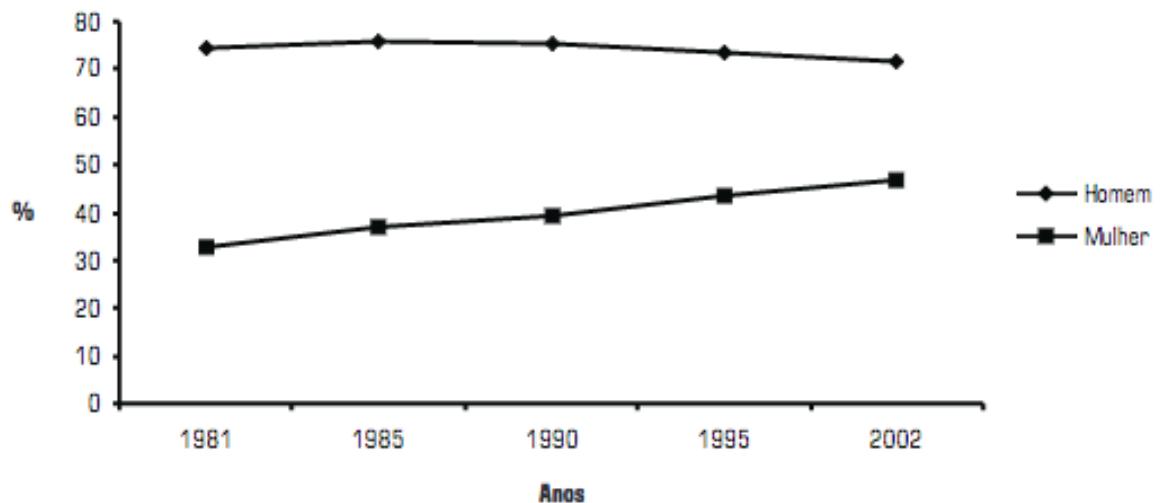
¹⁴ ABRAMO, Laís Wendel. *A inserção da mulher no mercado de trabalho: uma força de trabalho secundária?* Tese de Doutorado (USP). São Paulo. Data de defesa: 20 ago. 2007. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-23102007-141151/pt-br.php>> Acesso em 30 jul. 2016.

¹⁵ HOFFMANN, Rodolfo; LEONE TRONCOSO, Eugênia; *Participação da mulher no mercado de trabalho e desigualdade da renda domiciliar per capita no Brasil: 1981-2002*. Belo Horizonte: Nova Economia: Revista de Direito Econômico da UFMG, v. 14, n. 2, p. 35-58, maio-ago 2004.

¹⁶ PESQUISA NACIONAL POR AMOSTRA DE DOMICÍLIO – PNAD. Brasília: IBGE, 2013.

Entre 1981 e 2002 houve um acréscimo de 13,7 pontos percentuais na taxa de atividade feminina, que passou de 32,9 para 46,6%, enquanto a dos homens neste mesmo intervalo de 21 anos caiu de 74,6 para 71,4%, conforme se observa do Gráfico 1.

Gráfico 1_ Taxas de atividade por sexo (em %) – Brasil, vários anos



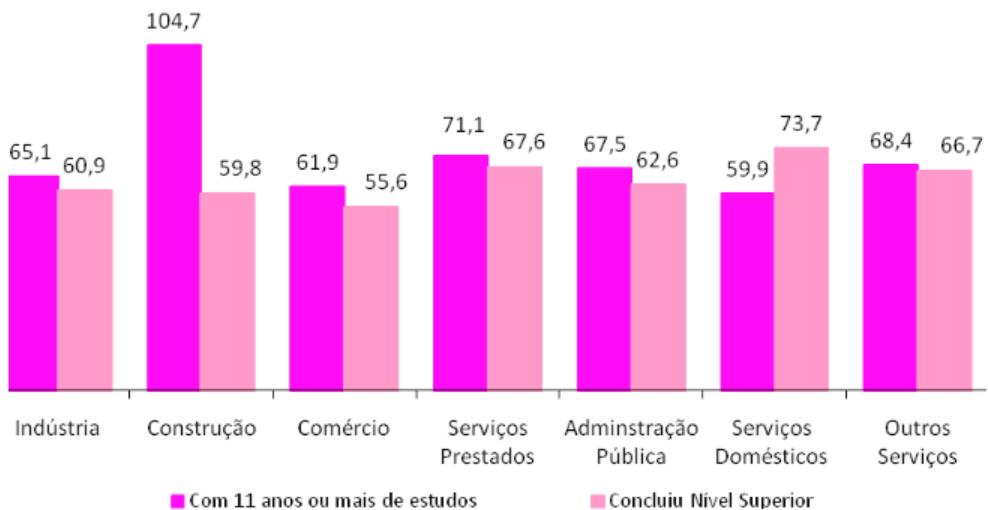
Fonte: PNAD do IBGE, (Hoffmann e Leone, 2004.)

Ademais, o Censo da Educação Superior, do INEP (Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira) demonstrou que o nível de instrução das mulheres é superior ao dos homens. Elas possuem um número médio de anos de estudo (7,5) superior ao deles (7) e 58,1% do contingente de brasileiros que têm mais de 15 anos de estudo. Em 2013, também foram maioria entre os matriculados (55,5%) e os concluintes (59,2%) do ensino superior.

Entretanto, segundo a PME (Pesquisa Mensal de Emprego) de 2010, realizada pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), a remuneração média das mulheres continua sendo inferior a dos homens, sendo que em média recebem em torno de 72,3% do rendimento recebido pelos homens. Em 2003, esse percentual era 70,8%. O mais curioso é notar que, mesmo em diversos grupamentos de atividade econômica, a graduação superior não aproxima os rendimentos recebidos por homens e mulheres, pelo contrário, a diferença acentua-se, conforme se verifica no gráfico abaixo¹⁷.

¹⁷ PESQUISA MENSAL DE EMPREGO – PME. Edição do Dia Internacional da Mulher. 08 mar 2010. Brasília: IBGE.

Razão do rendimento médio habitual da população ocupada feminina em relação a masculina, por escolaridade, segundo os grupamentos de atividade – 2009*.



*Média das estimativas mensais.

Fonte: PME – IBGE.

Ou seja, o salário das mulheres permanece em média 28% inferior aos dos homens, e mesmo nas ocupações em que é exigida a formação superior – que tem maioria feminina, a diferença salarial mostra-se elevada.

O Instituto Ethos e o Banco Interamericano de desenvolvimento traçaram o perfil social, racial e de gênero das 500 maiores empresas do Brasil e constatou que as mulheres, embora representem 51,4% da população brasileira, ainda continuam sub-representadas nesse grupo. Além da desigualdade em relação aos homens, enfrentam um afunilamento hierárquico que as exclui, em maior proporção, dos postos mais elevados da escala hierárquica. O quadro executivo apresenta-se como um reduto masculino, ficando as mulheres com uma singela participação de 13,6%¹⁸.

As estatísticas comprovam, pois, a existência do “teto de vidro”, nomenclatura originária do termo “glass ceiling”, que se tornou popular para expressar “a barreira que, de tão sutil, é transparente, mas forte o suficiente para impossibilitar a ascensão das mulheres” aos altos escalões hierárquicos empresariais¹⁹. O teto de vidro se refere à escassez de mulheres nos níveis superiores

¹⁸ INSTITUTO ETHOS. *Perfil social, racial e de gênero das 500 maiores empresas do Brasil e suas ações afirmativas* / Instituto Ethos e Banco Interamericano de Desenvolvimento. São Paulo, maio de 2016, p. 15.

¹⁹ STEIL, Andréa Valéria. *Organizações, Gênero e posição hierárquica – compreendendo o fenômeno do teto de vidro*. Revista de Administração, São Paulo, v. 32, n. 3, p. 62-69, julho/setembro 1997, p. 62.

de organizações, em razão de fatores invisíveis que mantêm as mulheres longe do topo. Serve ainda para explicitar que é pouco provável que estas influências ocultas desapareçam ao longo do tempo, pois um teto não é uma estrutura que se dissipe naturalmente. Enfim, embora este comprovado que a titulação e o desempenho das mulheres seja igual ou melhor que os dos homens, um teto é algo que mantém as pessoas para baixo, apesar de sua competência²⁰.

A realidade que se apresenta, portanto, é a de que a consolidação da participação da mulher no mercado de trabalho não significou igualdade de condições e de oportunidades de trabalho em relação aos homens. Diferenças salariais, ocupação de cargos inferiores e discriminações de várias espécies são alguns exemplos do tratamento diferenciado que é destinado às mulheres no mercado de trabalho.

Desse modo, a análise de um chamado Direito do Trabalho da Mulher implica na discussão central de em qual medida estas normas vêm representando um verdadeiro teto de vidro no mercado de trabalho feminino, tendo em vista a escassez de mulheres nos níveis superiores das organizações.

2. A igualdade simbólica

O que se pode adiantar então é que as normas de proteção ao emprego e ao mercado de trabalho da mulher no Brasil não estão sendo suficientes ou estão inadequadas, uma vez que apresentam-se ineficazes e desempenham, por vezes, funções meramente simbólicas.

A proteção deve significar a necessidade de se promover a igualdade de gênero no plano jurídico, em razão da desigualdade fática, o que implica rediscutir aspectos polêmicos sobre as normas protetivas exclusivas do gênero feminino tendentes a evitar a discriminação da mulher na esfera laboral, a maioria delas em razão da gravidez.

Como afirmou Bobbio²¹, “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”.

A Constituição da República de 1988 representou a formalização jurídica da transição democrática pela qual passou a sociedade brasileira e trouxe rol amplo de direitos fundamentais e sociais. No entanto, no que diz respeito às normas de proteção ao trabalho da mulher, lança programas que não regulamentados ou mal regulamentados se revestem de caráter simbólico.

A tipologia legislação simbólica é proveniente da doutrina alemã, defendida por Harald Kindermann e tratada no Brasil por Marcelo Neves²², segundo o qual o caráter ou a função simbólica

²⁰ VALIAN, Virginia. *Why so slow? The advancement of women*. The MIT Press, Cambridge MA & London, 1998, p.1.

²¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 5ª reimpressão. Editora afiliada. Pág. 24.

²² NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 50.

de uma legislação está presente “quando o legislador se restringe a formular uma pretensão de produzir normas, sem tomar qualquer providência no sentido de criar os pressupostos para a eficácia, apesar de estar em condições de criá-los”, ou quando a “produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertróficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico”²³.

Neste sentido, Kindermann cria seu modelo tricotômico para expressar as três funções que a legislação simbólica pode desempenhar: confirmar valores sociais, demonstrar a capacidade de ação do Estado e adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios²⁴.

Foucault também afirma que a legislação simbólica não possui normatividade, ou seja, a capacidade de se fazer valer, uma vez que ela reflete tão somente uma forma de exercício dos mecanismos de poder, através da criação de discursos de verdade, porque “somos igualmente submetidos à verdade, no sentido de que a verdade é a norma; é o discurso verdadeiro que, ao menos em parte, decide; ele veicula, ele próprio propulsa efeitos de poder”²⁵.

A Constituição da República é a norma máxima do país e, como tal, seu poder de produzir discursos de verdade é contínua. Há uma crença na norma, a ideia de que o que a Constituição diz é uma verdade em si mesma é um pensamento de senso comum, que permeia cotidianamente a sociedade moderna. Esse potencial que se traduz em um discurso de verdade contido na norma é a essência da força indutora que utiliza a legislação simbólica²⁶.

Arcelo e Gontijo²⁷, analisando a teoria de Foucault, afirmam que as normas simbólicas servem à violação de direitos fundamentais justamente porque produzem o efeito de declarar que esses direitos existem e devem ser reconhecidos. Contudo, apesar de declaradas, as normas simbólicas se caracterizam pela baixa normatividade.

Ao se tratar dos direitos das mulheres na Constituição e suas normas regulamentadoras, o caráter simbólico não aparece como baixa normatividade, mas como uma inadequada regulamentação jurídica que reproduz um discurso sexista secular.

²³ KINDERMANN, Harald. apud NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 32

²⁴ LOPES, Fernanda Ravazzano Azevedo. *O conceito não revelado e as funções não declaradas da ressocialização: a resposta garantista à manipulação da linguagem*. 2009. 244fls. (Dissertação de Mestrado em Direito). Universidade Federal da Bahia. Programa de Pós-Graduação em Direito Público, Bahia, 2009. p. 76. Disponível em http://www.bibliotecadigital.ufba.br/tde_arquivos/17/TDE-2010-05-24T064553Z-1652/Publico/FRavazzano%20seg.pdf. Acesso em 14 dez. 2012.

²⁵ FOUCAULT, Michel. *Em defesa da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 29.

²⁶ SILVA JÚNIOR, Arnaldo. *A legislação aparente na construção de uma constitucionalização simbólica*. Disponível em <<http://www.ribeirosilva.com.br/content/pdf/1410201171346.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2013.

²⁷ ARCELO, Adalberto Antônio Batista; GONTIJO, Lucas de Alvarenga. *A Biopolítica nos Estados Democráticos de Direito: a reprodução da subcidadania sob a égide da constitucionalização simbólica*. Belo Horizonte, 2011, p. 10.

A Constituição da República de 1988 prevê no rol dos direitos fundamentais, em seu artigo 5º, I, que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. Já no rol dos direitos sociais, em seu artigo 7º, XX, que o mercado de trabalho da mulher deve ser protegido, “mediante incentivos específicos, nos termos da lei”. Assim, a Constituição elenca importantes direitos fundamentais e sociais que devem balizar as ações legislativas e públicas.

Tais valores correspondem a direitos humanos fundamentais, os quais – sobretudo depois de positivados pela ordem jurídico-constitucional – constituem o guia superior e o rumo permanente das políticas públicas.

A função simbólica desempenhada pelo ordenamento jurídico trabalhista voltado à proteção do mercado de trabalho da mulher aparece quando há uma “hipertrofia da função normativa” – enaltecimento de valores sociais (igualdade entre homens e mulheres, proteção do mercado de trabalho da mulher mediante incentivos específicos...) - , em “detrimento de sua eficácia prática”, já que, na realidade, o que se observa é a discriminação da mulher no mercado de trabalho²⁸.

A par disso, como hipótese levantada, não parece ser o caso de insuficiência das normas trabalhistas, pois no ordenamento jurídico há inúmeras normas de proteção ao trabalho e ao mercado de trabalho da mulher. Por isso, nos parece que são, na verdade, inadequadas, pois confundem a proteção à criança e à família com a proteção à mulher e, em razão da desigualdade que criam em relação aos homens, acabam se tornando um Direito do Trabalho que desprotege.

Na verdade, a questão central que permeia este estudo é a de que o homem deve ter igualdade de direitos em relação à mulher, pois parece razoavelmente provado que a mulher encontra ainda hoje grande resistência na valorização do seu trabalho no que diz respeito ao salário, cargos e ascensão organizacional, porque as inúmeras normas de proteção a elas destinadas não são extensivas aos homens.

As primeiras inadequações surgem do próprio texto constitucional, que em duas importantes passagens, elencam apenas a “maternidade” como valor ou instituição merecedora de proteção.

A primeira diz respeito ao art. 6º, que inaugura o capítulo dos Direitos Sociais, afirmando que “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (grifo nosso). Ou seja, nos parece inadequado que a Constituição da República não tenha elevado a paternidade à categoria de direito social.

²⁸ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 67.

A segunda incoerência ou inadequação surge no capítulo que trata da Previdência Social, cujo artigo 201, II, prevê a “proteção à maternidade, especialmente à gestante. Mais uma vez, a paternidade não foi prestigiada no texto constitucional como merecedora da proteção da Previdência Social.

A par destas inadequações, a Constituição da República ainda confere tratamento diverso à maternidade e à paternidade no que diz respeito às licenças, sendo a da gestante prevista no artigo 7º, XVII, como de 120 dias e a do homem, prevista no mesmo artigo 7º, XIX, como sendo de 5 dias.

O artigo 10, II, do ADCT (ato das disposições constitucionais transitórias) prevê que “até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição, fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa “da empregada gestante”, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Ou seja, mais uma vez, confere-se apenas à mulher o direito, aqui especificamente a garantia provisória de emprego. Há que se questionar o porquê de o trabalhador homem não ter seu emprego protegido enquanto sua esposa ou companheira encontra-se gestante, haja vista que o fundamento dessa garantia à mulher é a proteção à vida do nascituro, que precisará de cuidados e demandará gastos por parte de ambos - pai e mãe. Assim, sensato seria que se garantisse o emprego e a renda de seus genitores, independente do gênero.

É de se frisar que, em alguns países, a proteção contra a dispensa não é direito apenas da gestante/mãe. No Chile, se a mãe morre, o pai da criança pode gozar o restante da “licença-maternidade” e ser protegido contra a dispensa por um ano após o fim do afastamento pós-natal. Na Macedônia, o pai pode gozar da licença-maternidade ao invés da mãe, e ele será protegido contra a dispensa durante o afastamento. Na Mongólia, a dispensa é proibida para pais solteiros com crianças abaixo de 3 anos de idade. Na Estônia, é vedado ao empregador terminar um contrato de emprego com uma gestante ou com uma pessoa que crie uma criança com idade inferior a 3 anos. A proteção também se estende a qualquer pessoa que cuide da criança na Rússia. Na Finlândia, na Alemanha, na Islândia, na Itália, na Noruega, em Portugal, na Espanha e na Suécia, a proibição da dispensa também se aplica a empregados em gozo de diferentes tipos de licença (licença-maternidade, licença-paternidade ou licença-parental). Em alguns países, como na Venezuela, licença-adoção também é coberta por proibições contra dispensa²⁹.

A análise do Direito Comparado demonstra o atraso do Brasil em termos de proteção à criança ao encarar a gestação como algo pertencente apenas à mulher, sem considerar que os efeitos bem como garantias dela decorrentes devem ser destinados, primeiramente, à criança e a quem vá cuidar dela - seja pai, mãe ou adotante.

²⁹ TEODORO, Maria Cecília Máximo; SOUZA E SILVA, Lidia Marina. *Gravidez no emprego: Reflexões sobre a tendência global de proteção ao emprego e ao mercado de trabalho da mulher*. XXII Congresso Nacional do CONPEDI. São Paulo: Uninove, 2013, p. 279 -299.

A distinção mais marcante entre o homem e a mulher, sem dúvida é a gravidez, uma vez que somente a mulher possui essa capacidade biológica. No entanto, o homem, apesar de também participar deste processo, pode se afastar do trabalho, no Brasil, em razão da paternidade, somente por cinco dias. O decreto 8737, de 3 de maio de 2016 que ampliou para 20 dias o período da licença paternidade importa em mudança singela e com função simbólica, tendo em vista o número quase irrisório de empresas que participam do programa empresa cidadã, desempenhando uma hipofetividade na sua função prática.

Em 2013, o artigo 391-A foi acrescentado à CLT (Consolidação das Leis do Trabalho – Decreto-lei n. 5452/43), passando a prever que “a confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado”, garante à mulher a referida estabilidade provisória prevista no art. 10º, II, b, do ADCT.

O TST (Tribunal Superior do Trabalho) desde 2012 já consubstanciava entendimento, pela Súmula 244, de que a estabilidade da gestante se estendia aos casos de contratação por tempo determinado³⁰.

Considerando-se, portanto, que a garantia de emprego existe para proteger o bebê, o emprego da mulher deve ser protegido - ainda que a gravidez ocorra no período do aviso prévio ou em contratos por prazo determinado. E, tendo em vista a relevância do bem a que visa proteger, este é um direito social conquistado que jamais poderá ser retirado. Assim, o que aqui se propõe, não é definitivamente, retirá-los. Mas por que não estendê-lo aos homens?

As Leis n. 8.212 e n. 8.213, ambas de 1991, foram modificadas ampliando o benefício previdenciário do salário maternidade à adotante ou guardiã, e ainda ao cônjuge ou companheiro em caso de morte da genitora. Mas não estendeu a estes a referida garantia provisória de emprego que vai desde a confirmação da gravidez até 5 meses após o parto.

Há, contudo, que se ressaltar que alguns avanços foram obtidos. A título de exemplo, a Lei 7.855/89 revogou expressamente os artigos 379 e 380 da CLT que proibiam, na redação original, o trabalho da mulher em período noturno. O mesmo ocorreu com a Lei 10.244/01 que revogou o art. 376 da CLT para permitir o trabalho em jornada extraordinária para a mulher.

A OIT (Organização Internacional do Trabalho) tem três convenções sobre a matéria: a Convenção n. 3, de 1919; a n. 103, de 1952, que reviu a n. 3; e a n. 183, de 2000, que reviu a n. 103. O grande foco da Organização, revelado pelas mencionadas Convenções, é a garantia de condições

³⁰ Súmula nº 244 do TST GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012
[...]

III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

para que as mulheres possam combinar suas funções reprodutiva e produtiva e para que se previna o tratamento desigual no emprego e no mercado de trabalho em razão da maternidade.

No entanto, as referidas convenções da OIT e os exemplos normativos nacionais, ao tentarem proteger o trabalho da mulher, acabavam por restringir seu acesso ao mercado, criando o referido teto de vidro. Assim, na lógica capitalista comandada pela lucro, o empregador terá a tendência natural de preterir a mulher – que do ponto de vista econômico é uma “mão-de-obra” mais cara – em preferência ao trabalhador masculino.

Além desta, há outras situações em que a equiparação de direitos do homem à mulher significariam a proteção do gênero feminino no mercado de trabalho, tais como o intervalo de 15 minutos antes do regime de sobrejornada. O TST em suas últimas decisões pareceu retroceder ao entender que este direito seria apenas das mulheres e que não implicaria em ofensa à Constituição da República, embora vozes importantes já vinham defendendo a extensão do intervalo ao homem³¹.

Há ainda outra proteção ao trabalho da mulher, prevista no artigo 390 da CLT³², que proíbe a contratação de mulheres para "serviço que demande o emprego de força muscular superior 20 quilos para o trabalho contínuo". Aos homens, nos termos do artigo 198 da CLT, é possível exigir o carregamento de até 60 quilos. A referida distinção não se justifica, sendo que a legislação deveria caminhar para estabelecimento de critérios considerando o trabalhador individualmente, independentemente do gênero, conforme seu vigor físico, por exemplo. Isso porque a mulher tendencialmente consegue carregar menos peso que o homem, porém, a imensa diversidade genética da população, nos demonstra que tal regra comporta inúmeras exceções, não havendo justificativa de a proteção se dar unicamente pelo critério de gênero. Ademais, há que se discutir a questão dos transgêneros, pois qual seria a solução da norma para a situação da mulher que se submete à mudança para o gênero homem, este passaria automaticamente a ter condições físicas de carregar até 60 quilos?

Ainda no que se refere à proteção, o artigo 373-A, VI, da CLT prevê que é vedado “proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias”. Por que restringir a proibição de revista íntima apenas às mulheres empregadas? A revista íntima em homens pode gerar constrangimentos de igual ordem.

Além disso, o ordenamento jurídico garante apenas à mulher empregada dois intervalos diários de 30 minutos para amamentação do filho até seis meses de idade (art. 396 da CLT) e o oferecimento de creche (art. 389, §2º, CLT), embora a CR, em seu artigo 7º, XXV, não restrinja o

³¹ A respeito, recomenda-se a leitura da decisão: RT 3º R. – RO 0000741-34.2012.5.03.0059– Belo Horizonte – Relª Juíza Martha Halfeld Furtado de Mendonça Schmidt– DJMG 26.04.2013 – p. 24.

³² Art. 390 - Ao empregador é vedado empregar a mulher em serviço que demande o emprego de força muscular superior a 20 (vinte) quilos para o trabalho contínuo, ou 25 (vinte e cinco) quilos para o trabalho ocasional.

direito à creche apenas às mulheres. Alguns argumentariam que apenas a mulher pode amamentar. Mas não é verdade, é comum que as mulheres ao voltarem para o trabalho estoquem leite e deixem para que as babás ofereçam ao bebê. Isso poderia ser perfeitamente feito pelo pai, caso a ele fosse dada a oportunidade de ter um intervalo para amamentar seu bebê.

Não se trata, obviamente, da retirada das referidas normas de proteção, notadamente porque o *caput* do Art. 7º, da CR expressa o Princípio da Progressividade dos Direitos Trabalhistas, o que implica uma restrição a qualquer retrocesso em direitos trabalhistas. Atendendo ao comando constitucional, o caminho é, pois, a ampliação da aplicação das normas de proteção ao trabalho a todos que necessitem, independentemente do gênero.

Essa extensão das normas de proteção ao trabalho da mulher aos homens, porque não se justificam em razão do gênero, promoveria a retirada do teto de vidro do mercado laboral feminino.

Recentemente, a lei 13257 de 2016 acrescentou o inciso XI, ao artigo 473 da CLT, prevendo que o empregado poderá deixar de comparecer ao serviço, sem prejuízo do salário, “por 1 dia por ano para acompanhar filho de até 6 anos em consulta médica”. Isto apesar da Sociedade Brasileira de Pediatria propor em torno de 8 consultas no primeiro ano de vida da criança, 4 consultas por ano a partir dos 2 anos de idade até os 7 anos, quando a recomendação passa a ser de 2 consultas ao ano, conforme o calendário de consultas pediátricas abaixo:

Idade da criança	Quantidade de consultas
5, 15 e 30 dias	3
2 aos 6 meses	1 vez por mês
A partir dos 7 meses	1 vez a cada 2 meses
A partir dos 2 anos	1 vez a cada 3 meses
A partir dos 6 anos	1 vez por semestre
Dos 7 aos 18/19 anos	1 vez por ano

Fonte: Site da SBP – Sociedade Brasileira de Pediatria.

A prática demonstra que estando o homem liberado pelo seu empregador a comparecer em uma consulta por ano, certamente a mulher irá em todas as demais consultas necessárias sozinha, assumindo para si a responsabilidade com o filho e pelas faltas ao trabalho.

A referida lei também acrescentou o inciso X ao artigo 473 da CLT, prevendo que poderá o empregado “deixar de comparecer ao serviço, sem descontos salariais, por até 2 dias para acompanhar consultas médicas e exames complementares durante o período de gravidez de sua

esposa ou companheira". Trata-se de um contra-senso, pois o Ministério da Saúde, através do Manual Técnico de Atenção Qualificada e Humanizada ao Pré-Natal e Puerpério define no item 6.3 que "durante o pré-natal, deverá ser realizado o número mínimo de seis consultas, preferencialmente, uma no primeiro trimestre, duas no segundo trimestre e três no último trimestre"³³. Portanto, a gestante irá em pelo menos 4 consultas sem seu cônjuge ou companheiro e terá, no mínimo, 4 abstenções a mais que o homem ao trabalho.

Há que se considerar que as mudanças legislativas recentes parecem apontar para a discussão aqui proposta; contudo, pecam pela timidez, pela falta de sensibilidade, pela cultura patriarcal. Assim, embora representem avanço, estão longe de alcançar o ideal de igualdade entre os gêneros.

3. Considerações finais

É fácil constatar que o mercado de trabalho já reconhece que o gênero, em si, nada diz sobre as aptidões e qualificações profissionais de um empregado, embora ainda se noticiem discriminações, como dito, com relação ao acesso ao mercado, bem como a salários e cargos.

Nessa perspectiva, parece que o grande problema é o fato da mulher ser a titular da garantia de emprego e de normas de proteção e o homem não. Assim, a mulher torna-se mais cara para um mercado que funciona sob a lógica do acúmulo de capital, submetendo-se ao teto de vidro, que impede a sua ascensão profissional em nome da lucratividade.

E se o que pode motivar a preferência do empregador pela contratação de um homem é temor de se ver obrigado a manter um emprego numa situação mais dispendiosa, nada mais justo do que estender as referidas garantias ao homem.

A fim de fundamentar essa extensão de direitos voltada a igualar os efeitos da contratação de um indivíduo do gênero masculino ou feminino, basta considerarmos que a mulher não é a única responsável pela concepção, sustento e criação do bebê, cuja vida e desenvolvimento saudável correspondem ao bem jurídico tutelado por quase todas as normas de proteção específica ao trabalho da mulher.

Por tais razões, tão razoável quanto urgente é a necessidade de se igualar, entre homens e mulheres, os imperativos protetivos que se destinam, no âmbito das relações de emprego, a preservar o bebê e a família. Isso traria mais segurança econômica tanto à relação de emprego como aos trabalhadores e não prejudicaria o acesso da mulher ao mercado de trabalho, pois o "custo" da

³³ MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Pré-natal e puerpério: atenção qualificada e humanizada*. Série A. Normas e Manuais Técnicos. Série Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos – Caderno nº 5, 2006, p. 32.

contratação de homens ou mulheres seria o mesmo. Este, ao contrário do atual arcabouço protetivo com efeitos práticos de desproteção, seria um cenário jurídico propício para a igualdade material entre homens e mulheres em termos de acesso e manutenção do emprego, bem como de ascensão e progressão na carreira profissional.

É preciso salientar que a notoriedade e a inquestionável importância dos direitos humanos, tidos como fundamentais, não conduzem ao seu cumprimento espontâneo e sincero. As estatísticas aqui reproduzidas demonstram que as diferenças hoje existentes nas condições de trabalho feminina e masculino, injustificáveis que são, violam a garantia constitucional básica de isonomia, vez que, ao tornar a mulher detentora exclusiva de determinadas garantias, acabam por tornar a sua mão-de-obra mais “cara” ao mercado produtivo.

Assim, se do ponto de vista Constitucional, há a declaração da isonomia entre homens e mulheres, em direitos e deveres, sabemos que, a fim de garanti-la em seu viés material – e não meramente formal – é preciso considerar que, do ponto de vista fático, homens e mulheres são diferentes. E as disposições legais, diante da necessidade de tratarem os diferentes de maneira desigual, a fim de que lhes seja conferida a igualdade, de fato, confere a eles tratamento diverso.

Contudo, o que aqui se questiona é que esse tratamento diferenciado, baseando-se unicamente na questão de gênero, a pretexto de igualar, acaba gerando as sérias desigualdades que aqui foram discutidas. Isso quer dizer que, para que a isonomia seja de fato alcançada, aspectos econômicos e sociais também devem ser avaliados e considerados.

É preciso, pois, que o Direito do Trabalho se redefina no que tange à proteção ao trabalho da mulher. As normas de proteção ao trabalho da mulher, quando não razoavelmente fundamentadas em características especiais do ser feminino que justifiquem tratamento diferenciado, geram um efeito contrário daquele esperado pelo legislador, ocasionando um afastamento da mulher do mercado de trabalho e a degradação das suas condições laborais, fortalecendo as desiguais divisões de tarefas domésticas e perpetuando a cultura patriarcal da sociedade brasileira.

Nessa perspectiva, ao mesmo tempo em que as garantias direcionadas exclusivamente às mulheres mostram-se aptas a garantir a sua permanência no mercado de trabalho enquanto grávidas, possuem o efeito rebote de excluí-las, preteri-las e discriminá-las tão logo se esgote a estabilidade. Seus desejáveis efeitos protetivos e emancipatórios em relação à mulher são subvertidos, e o resultado prático obtido é a intensificação da segregação da mão-de-obra feminina no mercado de trabalho - seja na ala dos desempregados ou na ala dos ocupantes de empregos precários.

Desse modo, o alcance da efetiva proteção da mulher num mercado regido pelo lucro, em que tudo se traduz em números e toda mão-de-obra se reduz a custos empresariais, pressupõe a

desvinculação de todas as garantias atualmente reservadas à mulher do gênero, de modo que, diante do empregador, todos sejam vistos, em suas condições humanas, como potenciais geradores da mesma produtividade e margem de lucratividade.

Referências bibliográficas.

ABRAMO, Laís Wendel. *A inserção da mulher no mercado de trabalho: uma força de trabalho secundária?* Tese de Doutorado (USP). São Paulo. Data de defesa: 20 ago. 2007. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-23102007-141151/pt-br.php> Acesso em 30 jul. 2016.

AMATO MANGIAMELI, Agata C. *Religione e discriminazione di genere.* Roma: Università degli Studi di Roma Tor Vergata. Dipartimento di Giurisprudenza Istituto di Filosofia e Storia del Diritto. Disponível em: <<ftp://ftp.ingv.it/pub/ingrid.hunstad/CORSO%20TOR%20VERGATA/Approccio%20culturaleProf.ssa%20Amato/Religione%20e%20discriminazione%20di%20genere.pdf>> Acesso em 31 jul. 2016.

ARCELO, Adalberto Antônio Batista; GONTIJO, Lucas de Alvarenga. **A Biopolítica nos Estados Democráticos de Direito:** a reprodução da subcidadania sob a égide da constitucionalização simbólica. Belo Horizonte, 2011.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Rio de Janeiro: Campus, 1992. 5ª reimpressão. Editora afiliada.

CALIL, Léa Elisa Silingowschi. *Direito do Trabalho da Mulher: a questão da igualdade jurídica ante a desigualdade fática.* São Paulo: LTr, 2007.

CANTA, Carmelina Chiara. *La santità al femminile.* FIDAE: federazione istituti di attività educative. Da confronti, n.9, 2007.

CURVO, Isabelle Carvalho. *O Trabalho da mulher entre a produção e a reprodução.* In: Direito Material e processual do trabalho / Maria Cecília Máximo Teodoro (coordenadora). São Paulo: LTr, 2015.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da Sociedade.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HAZAN, Ellen Mara Ferraz. *Mulher, trabalho e emprego.* Belo Horizonte, RTM, 2013.

HOFFMANN, Rodolfo; LEONE TRONCOSO, Eugênia; *Participação da mulher no mercado de trabalho e desigualdade da renda domiciliar per capita no Brasil: 1981-2002.* Belo Horizonte: Nova Economia: Revista de Direito Econômica da UFMG, v. 14, n. 2, p. 35-58, maio-ago 2004.

INSTITUTO ETHOS. *Perfil social, racial e de gênero das 500 maiores empresas do Brasil e suas ações afirmativas* / Instituto Ethos e Banco Interamericano de Desenvolvimento. São Paulo, maio de 2016.

KINDERMANN, Harald. apud NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LOPES, Fernanda Ravazzano Azevedo. **O conceito não revelado e as funções não declaradas da ressocialização:** a resposta garantista à manipulação da linguagem. 2009. 244fls. (Dissertação de Mestrado em Direito). Universidade Federal da Bahia. Programa de Pós-Graduação em Direito Público, Bahia, 2009. p. 76. Disponível em http://www.bibliotecadigital.ufba.br/tde_arquivos/17/TDE-2010-05-24T064553Z-1652/Publico/FRavazzano%20seg.pdf. Acesso em 14 dez. 2012.

LUFT, Lya. Apud Calil, Léa Elisa Silingowschi. *Direito do Trabalho da Mulher: a questão da igualdade jurídica ante a desigualdade fática*. São Paulo: LTr, 2007.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Pré-natal e puerpério: atenção qualificada e humanizada*. Série A. Normas e Manuais Técnicos. Série Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos – Caderno nº 5, 2006.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ONU MUJERES. Informe anual. 2014-2015.

PESQUISA MENSAL DE EMPREGO – PME. Edição do Dia Internacional da Mulher. Brasília: IBGE, 08 mar 2010.

PESQUISA NACIONAL POR AMOSTRA DE DOMICÍLIO – PNAD. Brasília: IBGE, 2013.

SILVA JÚNIOR. Arnaldo. **A legislação aparente na construção de uma constitucionalização simbólica**. Disponível em <<http://www.ribeirosilva.com.br/content/pdf/1410201171346.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2013.

STEIL, Andréa Valéria. *Organizações, Gênero e posição hierárquica – compreendendo o fenômeno do teto de vidro*. Revista de Administração, São Paulo, v. 32, n. 3, p. 62-69, julho/setembro 1997.

TEODORO, Maria Cecília Máximo; SOUZA E SILVA, Lidia Marina. *Gravidez no emprego: Reflexões sobre a tendência global de proteção ao emprego e ao mercado de trabalho da mulher*. XXII Congresso Nacional do CONPEDI. São Paulo: Uninove, 2013, p. 279 -299.

VALIAN, Virginia. *Why so slow? The advancement of women*. The MIT Press, Cambridge MA & London, 1998.