

CENTRO UNIVERSITÁRIO AUTÔNOMO DO BRASIL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

VINÍCIUS GABRIEL SILVÉRIO

**A PROTEÇÃO DO TRABALHO DA MULHER COMO DIREITO FUNDAMENTAL:
IGUALDADE DE GÊNERO, RECONHECIMENTO E EMANCIPAÇÃO**

CURITIBA

2018

V. G. SILVÉRIO

**A PROTEÇÃO DO TRABALHO DA MULHER COMO DIREITO FUNDAMENTAL: IGUALDADE DE GÊNERO,
RECONHECIMENTO E EMANCIPAÇÃO**

2018

VINÍCIUS GABRIEL SILVÉRIO

**A PROTEÇÃO DO TRABALHO DA MULHER COMO DIREITO FUNDAMENTAL:
IGUALDADE DE GÊNERO, RECONHECIMENTO E EMANCIPAÇÃO**

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação do Programa de Mestrado do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia.

Orientadora: Profa. Dra. Laura Jane Ribeiro Garbini Both.

CURITIBA

2018

S587

Silvério, Vinícius Gabriel.
A proteção do trabalho da mulher como direito fundamental: igualdade de gênero, reconhecimento e emancipação. / Vinícius Gabriel Silvério. – Curitiba: UniBrasil, 2018.
125 p.; 30 cm

Orientadora: Laura Jane Ribeiro Garbini Both

Dissertação – Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil. Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia, 2018.
Inclui bibliografia.

1. Direito – Dissertação. 2. Direitos fundamentais. 3. Trabalho da mulher.
4. Discriminação de gênero. I. Centro Universitário Autônomo do Brasil.
Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia. II. Título.

CDD 340

TERMO DE APROVAÇÃO

VINÍCIUS GABRIEL SILVÉRIO

A PROTEÇÃO DO TRABALHO DA MULHER COMO DIREITO FUNDAMENTAL:
IGUALDADE DE GÊNERO, RECONHECIMENTO E EMANCIPAÇÃO

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação *stricto sensu* (Mestrado) em Direitos Fundamentais e Democracia, Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora: Profa. Dra. Laura Jane Ribeiro Garbini Both
Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil

Membros: Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes
Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil

Profa. Dra. Nadia Maria Guariza
Universidade Estadual do Centro-Oeste - Unicentro

Curitiba, 09 de março de 2018.

AGRADECIMENTOS

Agradeço imensamente as pessoas que me cercaram durante a realização desse trabalho e do mestrado. Agradeço primeiramente a Deus por iluminar todo o meu caminho. Agradeço principalmente a minha esposa Rhafaela que sempre me apoiou e me incentivou incessantemente para os estudos, sendo sinônimo do mais puro companheirismo. Agradeço aos meus pais que sempre me oportunizaram a mais nobre educação. Agradeço em especial a minha orientadora, professora Laura, por me acolher, por dividir todo o seu conhecimento, pelas horas dedicadas e atenção despendida. Agradeço por fim, a todos os demais professores dos quais tive a honra de ser aluno ao longo do curso de mestrado, bem como aos colegas de turma que enfrentaram essa longa caminhada comigo.

“É pelo trabalho que a mulher vem diminuindo a distância que a separava do homem, somente o trabalho poderá garantir-lhe uma independência concreta.”

(Simone de Beauvoir).

RESUMO

Esta pesquisa busca analisar inicialmente a evolução histórica e sociológica que envolve o trabalho da mulher em critérios quantitativos e qualitativos, especialmente no que tange a discriminação de gênero e seus principais motivos ensejadores, bem como se utilizando da pesquisa empírica acerca de dados estatísticos modernos. Em um contexto de dominações sociais, a dominação de gênero também se faz presente em características de classe e de raça. Assim, tem-se que o panorama da mulher trabalhadora envolve uma série de medidas protetivas legais sustentadas pelo desenvolvimento do direito antidiscriminatório. Um dos preceitos mais importantes no direito nacional foi a elevação da proteção do trabalho da mulher à condição de norma fundamental. Desta forma, em razão do comando constitucional o Estado tem o dever de promoção e proteção do mercado de trabalho em que as mulheres estão inseridas. Neste cenário, inevitável o surgimento de discriminações positivas que envolvam justificativas protetivas em razão da natural condição da mulher. Sobre tal abordagem, será demonstrado um rol exemplificativo de leis e Convenções internacionais que versem sobre direitos das mulheres e suas principais conquistas, ainda mais sobre o enfoque do enfrentamento de um *hard case* pelo Supremo Tribunal Federal, objetivando demonstrar como decide a corte constitucional a respeito das discriminações positivas com fatores de gênero. Ao final, toda a sistemática deste estudo aportará em um comparativo acerca da busca pelo reconhecimento em uma das principais teorias sobre o assunto, buscando soluções aos problemas sociais que fujam das discriminações legais e consigam combater o cerne do problema da discriminação de gênero no mercado de trabalho para a tão sonhada emancipação.

Palavras-chave: Discriminação de gênero; Proteção ao trabalho; Direitos fundamentais; Reconhecimento.

ABSTRACT

This research seeks to analyze initially the historical and sociological evolution that involves the work of women in quantitative and qualitative criteria, especially regarding gender discrimination and its main motivational reasons, as well as using empirical research on modern statistical data. In a context of social domination, gender domination is also present in class and race characteristics. Thus, it has been shown that the panorama of working women involves a series of legal protective measures supported by the development of antidiscrimination law. One of the most important precepts in national law was the elevation of the protection of women's work to the status of fundamental norm. Thus, to the detriment of the constitutional command, the State has the duty to promote and protect the labor market in which women are inserted. In this scenario, the emergence of positive discriminations that involve protective justifications due to the natural condition of the woman is inevitable. On this approach, an exemplary role will be demonstrated of international laws and conventions that deal with women's rights and their main achievements, even more about the approach of facing a hard case by the Federal Supreme Court, aiming to demonstrate how the constitutional court decides on discrimination with gender factors. In the end, the whole systematics of this study will contribute in a comparative about the search for recognition in one of the main theories on the subject, seeking solutions to social problems that escape legal discrimination and can combat the core of the problem of gender discrimination in the market for the much-desired emancipation.

Keywords: Gender discrimination; Work protection; Fundamental rights; Recognition.

SOMMARIO

Questa ricerca cerca di analizzare inizialmente l'evoluzione storica e sociologica che coinvolge il lavoro delle donne in criteri quantitativi e qualitativi, in particolare per quanto riguarda la discriminazione di genere e le sue principali motivazioni, oltre a utilizzare ricerche empiriche su dati statistici moderni. In un contesto di dominio sociale, il dominio di genere è presente anche nelle caratteristiche di classe e di razza. Pertanto, lo scenario della donna lavoratrice comporta una serie di misure legali protettive supportate dallo sviluppo della legge antidiscriminazione. Uno dei precetti più importanti nella legislazione nazionale era l'elevazione della protezione del lavoro delle donne allo status di norma fondamentale. Pertanto, a scapito del comando costituzionale, lo Stato ha il dovere di promuovere e proteggere il mercato del lavoro in cui sono inserite le donne. In questo scenario, l'emergere di discriminazioni positive che comportano giustificazioni protettive dovute alla condizione naturale della donna è inevitabile. Su questo approccio, verrà mostrato un ruolo esemplare delle leggi e delle convenzioni internazionali che riguardano i diritti delle donne e le loro principali conquiste, ancor più sull'approccio di fronte a una dura causa da parte della Corte Suprema Federale, con lo scopo di dimostrare come la corte costituzionale decide discriminazione con fattori di genere. Alla fine, l'intera sistematica di questo studio contribuirà in modo comparativo alla ricerca di riconoscimento in una delle principali teorie sull'argomento, cercando soluzioni ai problemi sociali che sfuggono alla discriminazione legale e può combattere il nocciolo del problema della discriminazione di genere nella mercato per la tanto desiderata emancipazione.

Parole chiave: Discriminazione di genere; Protezione del lavoro; Diritti fondamentali; Riconoscimento.

LISTA DE SIGLAS

§ - Parágrafo

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADI – Ação Declaratória de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Art. – Artigo

BGB – Bürgerliches Gesetzbuch

Caput – Cabeça de artigo

CF – Constituição Federal

CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

EUA – Estados Unidos da América

FIVB – Federação Internacional de Voleibol

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

IPI – Imposto sobre Produtos Industrializados

OEA – Organização dos Estados Americanos

OIT – Organização Internacional do Trabalho

OMC – Organização Mundial do Comércio

ONU – Organização das Nações Unidas

PAT – Programa de Alimentação do Trabalhador

PCD – Pessoa Com Deficiência

PIB – Produto Interno Bruto

PLS – Projeto de Lei do Senado

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

TST – Tribunal Superior do Trabalho

WSPU – *Women's Social and Political Union*

SUMÁRIO

RESUMO	iv
ABSTRACT	v
SOMMARIO	vi
LISTA DE SIGLAS	vii
INTRODUÇÃO	1
1. A IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO DISCRIMINADO, AS CAUSAS DE DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO E SEUS REFLEXOS.	6
1.1. A CONCEITUAÇÃO ENTRE SEXO E GÊNERO	9
1.2. AS DOMINAÇÕES SOCIAIS E O PANORAMA DA MULHER	15
1.2.1. A dominação classista e econômica.....	18
1.2.2. A dominação de gênero	21
1.2.3. A dominação étnico-racial e a condição da mulher negra	25
1.3. OS PRINCIPAIS MOTIVOS DA DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO	27
1.3.1. Motivos históricos e tratamentos sociológicos: as ondas do feminismo	27
1.3.2. Fatores estatísticos	36
2. AS DISCRIMINAÇÕES POSITIVAS E O SEU TRATAMENTO JURÍDICO FRENTE AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE	44
2.1. A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO E O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO.....	47
2.2. A PROTEÇÃO AO TRABALHO DA MULHER COMO NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL	53
2.2.1. Substrato normativo	57
2.2.2. As discriminações positivas como hard cases, o direito como integridade e o papel do Poder Judiciário perante a análise de um caso concreto	62
3. A BUSCA PELO RECONHECIMENTO: UMA ANÁLISE DOS CONFLITOS SOCIAIS ATRAVÉS DA TEORIA DE AXEL HONNETH	73
3.1. A A TEORIA DO RECONHECIMENTO À LUZ DO GÊNERO.....	82
3.2. A DIMENSÃO DEFENSIVA DOS DIREITOS SOCIAIS E UMA ATUAÇÃO POSITIVA DO ESTADO: AÇÕES AFIRMATIVAS E O CAMINHO PARA A IGUALDADE.....	86
3.3. O GÊNERO FEMININO EM UM CONTEXTO NEOLIBERAL: PERSPECTIVAS DE TRABALHO, EMANCIPAÇÃO E RECONHECIMENTO ...	108
CONSIDERAÇÕES FINAIS	112

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS116

INTRODUÇÃO

É espantoso o fato de estarmos em pleno século XXI e as soluções pacíficas dos conflitos sociais ainda não serem reivindicadas de forma imediata. As amarras que nos prendem ao passado tenebroso da história humana ainda se fazem presentes nos dias atuais.

Práticas como a guerra militar, exploração sexual, condições laborais análogas ao de escravidão e muitas outras atrocidades nos fazem refletir qual será o mundo que virá para as próximas gerações.

Uma notícia veiculada nos principais jornais do mundo no início do ano de 2017 chocou a comunidade internacional e ainda provoca sérias críticas ao governo russo e o seu parlamento, que teriam aprovado, com maioria esmagadora, a chamada “lei da bofetada”,¹ que nada menos, altera o artigo 116 do Código Penal russo descriminalizando atos de agressão aos membros familiares dentro do seio doméstico, inclusive sobre mulheres idosos e crianças, quando não constatada lesões corporais graves e quando não ocorrem mais de uma vez por ano.

Em oposição, observamos um longo passo dado pela Constituição Federal de 1988, quando no rol do artigo 7º, especificamente no inciso XX, insere a proteção ao trabalho da mulher como um direito fundamental. Mas no que consistiria esta proteção? Proteger de quem ou do que? Desta maneira, a estrutura deste trabalho aborda a temática, a justificativa e o problema de pesquisa a seguir delineados.

Primeiramente é preciso entender os motivos originários dos conflitos sociais estabelecidos nas mais diversas formas de sociedades e como o direito pode contribuir para saná-los. Esta pesquisa compreende uma abordagem crítica ao entrelaço da submissão de um indivíduo (dominado) a outro indivíduo (dominante), suas origens, causas e motivos.

Assim, à guisa de delimitação do problema-tese, que não escapa do presente momento de conturbação política, é preciso questionar se as conquistas históricas realmente estão salvaguardadas de qualquer possibilidade de retrocesso jurídico? Trata-se ainda, de identificar a incidência e justificção da cláusula de

¹ RAINSFORD, Sarah. Por que a Rússia acredita que a violência doméstica não deve ser considerada crime. **BBC News**, Moscou, 31 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/internacional-38808430>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

vedação de retrocesso social aplicável ao tema por força da fundamentalidade desses direitos sociais. Logo, parece aceitável afirmar que o princípio da isonomia nas relações de gênero comporta um novo enfoque jurídico, de modo a exigir a contínua incorporação e o escrutínio dos critérios discriminadores, com vistas à equalização dos direitos sociais ligados ao trabalho, com a aplicação desses direitos fundamentais e realização de maior justiça social.

Desse modo, no campo das relações sociais, resulta claro que a implementação dos direitos e obrigações observa certas diferenças que exigem nivelamento, a serem protegidas e respeitadas, com o escrutínio desses critérios diferenciadores, pois o princípio da igualdade reprovava as condutas aprioristicamente discriminatórias.

Para a compreensão dogmática do direito fundamental à igualdade, não é suficiente a mera repetição da afirmação aristotélica em que se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

No Direito do Trabalho, seja a partir de sua matriz constitucional, seja por força do exame da legislação infraconstitucional, constata-se a presença de certas normas positivadas que foram criadas para proteger certo gênero, sexo ou grupo de trabalhadores em condições adversas. Desta forma, há que se discutir até que ponto são válidas as discriminações positivas no direito do trabalho. Verifica-se que, em alguns casos, tais proteções ainda são necessárias ou, em outras hipóteses, o tratamento do objeto ficou defasado pela própria evolução das relações sociais. Portanto, a problematização da matéria passa pelo exame das condições protetivas dispensadas em relação ao trabalho da mulher, com o exame dos critérios diferenciadores por um viés constitucional.

O caminho a ser percorrido nesta pesquisa faz conexão com as relações sociais, elevando a mulher ao status de sujeito de direito reconhecido e que possa ser inserido dentro da atual conjuntura da sociedade.

O gênero propaga uma imensa luta nas teorias sociais e através dos movimentos feministas apresenta o enfrentamento às formas de dominações ainda existentes no mundo contemporâneo.

Este trabalho é mergulhado dentro da teoria crítica, mais especificamente em sua perspectiva moral, aparada ainda por substratos normativos e resultados empíricos que dão suporte para repensar as críticas feministas em contraposição à

teoria moral.

Para tanto, o marco teórico parte de autores ligados à teoria crítica reconstrutiva, como Axel Honneth e Jürgen Habermas, mas sem distanciar do importante papel conferido pelas teóricas feministas, como por exemplo, Nancy Fraser, Judith Butler, Seyla Benhabib e Iris Young, assim como do conceito de interseccionalidade do gênero, por exemplo.

Vale lembrar, que as dominações sociais não são puramente manifestadas somente com relação ao gênero, mas se fazem presentes também nos aspectos classistas, de raça, nacionalidade, religiosidade, dentre outras, que na medida do possível, também poderão ser analisadas aqui, mesmo que de forma mais sucinta.

Conforme será iniciado no primeiro capítulo, prudente, antes de tudo, identificar quem é o sujeito que será alvo dessa dominação de gênero e que requer uma atenção especial protetiva do ordenamento jurídico. Aqui, toma vez ainda, a crítica voltada para a formação do conceito de novo sujeito de direito moderno, que colaborou para a formação de uma ordem jurídica, econômica e social-burguesa, sem espaço político-deliberativo às mulheres.

Todavia, não se pretende esgotar toda a realidade da identidade de gênero, apenas estabelecer quem é o novo sujeito que as correntes feministas tanto se esforçam a defender e entender as principais diferenças entre os termos sexo e gênero.

O segundo apontamento a ser feito, formulará os principais tipos de dominações preexistentes, que refletem na discriminação das mulheres. Portanto, a análise da dominação classista ou econômica refletirá em uma sujeição financeira, seja no âmbito familiar/doméstico ou empresarial. Não distante disso, estaria a dominação de gênero propriamente dita, onde o patriarcado teria forçado os movimentos feministas a estabelecerem novas estratégias de lutas.

Ao final desta primeira parte, mas não menos importante, estaria a dominação racial, especialmente no caso da mulher negra, que aos olhos da sociedade sofre uma dupla dominação.

A conquista dos direitos políticos foi o primeiro objetivo das mulheres, iniciado pelas sufragistas, logo após a busca por direitos à educação e acesso ao ensino superior. Ao mesmo tempo, as sindicalistas reivindicavam acesso ao trabalho e conseqüentemente a um trabalho considerado digno, entendendo-se por este, um

trabalho em iguais condições aos homens. E no próximo passo, dado no presente momento, uma emancipação completa do gênero feminino, totalmente independente de preconceitos e de controle.

Feito este primeiro aporte, chegaremos aos casos de discriminação dentro da sociedade, que por sua vez, irão refletir em esforços legislativos e algumas posições do Estado de maneira protetiva e inclusiva.

Antes disso, é de extrema importância revelar as causas e motivos que ainda sustentam tais desigualdades. Desta forma, será analisada toda contribuição histórica das passagens feministas, ou melhor, das ondas feministas que podem ser divididas em três momentos principais, mas cada qual com sua relevância.

Chegará o momento que este estudo enfrentará a pesquisa empírica com objetivo de comprovar estatisticamente a existência da discriminação de gênero, principalmente no âmbito do trabalho, onde a evolução nos últimos anos é absolutamente insignificante, demonstrando que as mulheres ainda não conseguiram soltar as correntes que as prendem à dominação masculina.

O segundo capítulo será o responsável em interligar toda essa trajetória de dominação social do gênero e os reflexos discriminatórios, com o aparato normativo. Assim, necessário compreender as intenções das primeiras leis trabalhistas destinadas às mulheres, não somente com a Consolidação das Leis do Trabalho, mas principalmente com o advento da Constituição Federal de 1988 e seu magnífico rol de direitos fundamentais visando proteger a integridade física da mulher e seu espaço no mundo do trabalho em uma perspectiva de eficácia horizontal desses direitos.

Todo arcabouço jurídico que envolve o princípio da igualdade na equiparação entre os gêneros terá vez aqui. As chamadas discriminações positivas merecem um tratamento específico nesta pesquisa. A funcionalidade do direito articula-se com as demandas sociais que envolvem a proteção de uma minoria, ou grupo desfavorecido em detrimento de outro.

Novamente debruçando sobre um viés empírico, será realizada uma análise de um caso concreto julgado pelo Supremo Tribunal Federal onde este considerou como constitucional uma norma trabalhista prevista na CLT (formulada em 1943) que de certa forma cria uma discriminação positiva em prol das mulheres, reconhecendo-se assim, a proteção do trabalho feminino e a vedação do retrocesso social, após

duras lutas sociais travadas ao longo da história.

O último capítulo terá dois marcos teóricos, sendo o primeiro uma nota introdutória na teoria do reconhecimento de Axel Honneth e o segundo a ligação com o dilema redistribuição-reconhecimento de Nancy Fraser, dentro das desigualdades de gênero, para aproximar-se ao conceito de justiça. Nesta oportunidade os remédios afirmativos e transformativos serão esgotados para articular o melhor caminho para o reconhecimento e emancipação.

Não obstante, é de uma maior insistência que se tome o rumo das chamadas políticas públicas de cotas para mulheres no mercado de trabalho, onde se passa a analisar a viabilidade, constitucionalidade e funcionalidade desse sistema, já que hoje existem algumas propostas legais que assim sugerem, tanto no setor privado, como na administração pública.

No Brasil essa temática pode ser encarada como uma novidade, mas em um comparativo internacional estas propostas já foram implementadas há anos e desde então, mostram alguns resultados que serão enfrentados e discutidos neste ponto.

Aliado a tais resultados, uma melhor compreensão destes projetos deve ser realizada no desígnio de incrementar a letra da lei à prática.

Ao final do trabalho, serão reafirmadas algumas propostas feitas inicialmente, no papel reconstrutivo da teoria crítica, para que dentro da teoria do reconhecimento, uma sociedade plural como a nossa, possa enfrentar os problemas das dominações e estabelecer condições justas e igualitárias para a mulher trabalhadora em busca da emancipação, utilizando o caminho e a proteção dos direitos e garantias fundamentais.

A importância do tema debruça sobre a necessidade de obtermos uma igualdade de gênero que esteja em consonância com a efetividade dos direitos sociais e fundamentais, estritamente relacionadas com questões trabalhistas e políticas públicas que possam alimentar a inclusão e o reconhecimento das mulheres em forma de renovação das perspectivas feministas ultrapassadas.

1. A IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO DISCRIMINADO, AS CAUSAS DE DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO E SEUS REFLEXOS.

Na dicotomia de gênero é de grande relevância destacar quais são os objetivos do feminismo em busca do reconhecimento e da emancipação. Tais propósitos mesclam-se ao longo da história com o envolvimento em lutas políticas e sociais por parte das mulheres, ou seja, nenhum desses objetivos foi alcançado somente no campo do diálogo e da compreensão.

Dentro dos liames do direito, sempre perseguido foi o conceito de justiça, o qual ao longo da passagem humana foi adquirindo significados diferentes acompanhando a transformação social de cada época específica.

A teoria crítica ao romper com o tradicionalismo procurou estabelecer elos entre o que tal teoria fomenta e a *práxis*, para então, em uma perspectiva autocrítica, combater as chamadas dominações sociais, que ao lado do desenvolvimento da filosofia social e política procuram enfrentar questões ligadas ao multiculturalismo e a diversidade.

Os enfrentamentos desses teóricos sob a perspectiva crítica, em especial Jürgen Habermas, Axel Honneth e tantos outros, estabeleceram grande relevância quanto ao tratamento da organização social moderna e a separação das esferas público e privada.

Habermas quando escreveu a sua obra *A teoria da ação comunicativa* deixou de retratar a questão de gênero, sendo que esta omissão passou a ser objeto de diversas críticas, principalmente de autoras feministas, como Nancy Fraser.

Essas autoras defendiam que a hierarquia do gênero influencia diretamente na esfera pública, principalmente na economia e no trabalho.

Mais tarde, na obra *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, Habermas vai dar uma maior atenção às questões de gênero, onde será possível perceber que na relação público-privada é preciso inserir a participação de todos os indivíduos afetados antes da tomada de decisões.²

Honneth, que foi sucessor de Habermas, retomando a teoria crítica em seus trabalhos, procurou elevar a ligação desta teoria com bases intersubjetivas,

² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003. p. 169.

analisando alguns conflitos sociais através de lutas por reconhecimento, que por sua vez, impulsionariam o desenvolvimento social.³

Mesmo assim, no prefácio de sua obra, Honneth deixa claro que renunciou qualquer envolvimento direto com discussões feministas e de gênero.⁴

Neste passo, importante complementar a teoria do reconhecimento com as disposições trazidas por autores que enfrentem essa temática, como será o caso de Nancy Fraser. Entretanto, antes de tudo, relevante destacar que as próprias relações sociais acabam gerando automaticamente sistemas de dominações, mesmo que de forma imperceptível. O convívio em coletividade não escapa do evidenciamento de diferenças naturais.

Socialmente, o discriminado é aquele que permanece fora do ciclo onde são tomadas as decisões. O seletivo grupo que detém o controle do poder exerce uma relação de dominação sobre o(s) outro(s) grupo(s).

Isto tudo é consequência e herança que foi deixada ao Estado moderno pela ideia de soberania do Estado absolutista. Óscar Correias explica tal assertiva traçando um paralelo com a terminologia oriunda da língua francesa da palavra *suzeraineté*, a qual remete a faceta de um estado de sujeição entre um indivíduo ao outro, exaltando o poder soberano que subsume tudo em sua volta.⁵ No absolutismo nenhum poder era maior ao da vontade do soberano, do rei ou imperador, este equiparado ao status de representante de Deus na terra.

Com o início da queda do Estado Absolutista e a grande ascensão do pensamento individualista radical pregado pela filosofia hobbesiana, o conceito de sujeito de direito passa a ser explorado pela burguesia, sobretudo, como a ausência de limites ao homem moderno, que vivenciava tempos de farta autonomia negocial e um “auto-interesse esclarecido dos participantes”.⁶

Destarte, que neste sistema não bastava tão somente o sujeito de direito ser livre, mas sim proprietário. Neste ínterim, a condição de súditos ainda era mantida para a grande maioria da população que não possuía expressivo poder aquisitivo,

³ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento:** a gramática moral dos conflitos sociais. Luiz Repa. (Trad.). São Paulo: Editora 34, 2003. p. 18.

⁴ Ibid., p. 25.

⁵ CORREAS, Óscar. **Acerca de los derechos humanos:** Apuntes para un ensayo. Ciudad de México: Ediciones Coyoacán, 2003. p. 58.

⁶ HABERMAS, op. cit., p. 122.

noção esta, que viria a ser protegida pelo movimento de codificação oitocentista.

Após as críticas marxistas a tal sistema e as grandes pressões populares, o Estado liberal passa a ceder terreno em matéria legislativa e projeta a mudança para o Estado social como um forte instinto de sobrevivência, assim como preceitua Paulo Bonavides:

Mas, aqui, ocorre o momento decisivo, em que abrindo mão compulsoriamente daquela franquia fundamental – da liberdade política como liberdade de classe – que antes lhe afixava o controle do Estado, a velha burguesia liberal reparte esse controle com as demais classes, notadamente a classe com a qual se achava envolvida num antagonismo de vida ou morte. [...] Por mais paradoxal que pareça, essa concessão salvou e preservou ideologicamente o que havia de melhor na antiga tradição liberal: a ideia de liberdade moderna, liberdade como valorização da personalidade, agora já no âmbito da democracia plebiscitária, vinculada ao Estado social.⁷

É neste contexto que a ideia de sujeito de direito moderno irá se firmar, através do modo capitalista de produção. Assim, Michel Mialle acentua que a noção de sujeito de direito afasta-se da noção de indivíduo, restando tão somente para os atuais sujeitos, direitos virtuais e abstratos.⁸

A partir deste momento é que as novas formas de soberania vieram a ser formadas. Para David Sanchez Rubio, tal sentimento de subsunção de um indivíduo sobre o outro é traduzido sob as dinâmicas de dominação e império, assim como de emancipação e libertação.⁹

Sentido este, que se entende o exercício do poder soberano nos tempos atuais, onde o mesmo poder não é mais exercido pela figura do rei, mas sim por um grupo dominante que articula seu domínio sobre outro grupo sem a mesma representatividade, seja ela econômica, política, racial ou sexual, que conseqüentemente irá refletir no mundo do trabalho.

Em busca de uma nova forma de juridicidade emancipadora, Antônio Carlos Wolkmer irá afirmar que os novos sujeitos coletivos não devem ser repensados através de termos de identidades humanas, “que sempre existiram, segundo

⁷ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 189.

⁸ MIALLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. Ana Prata (Trad.). 2. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1994. p. 117-118.

⁹ SÁNCHEZ RUBIO, David. A imigração e o tráfico de pessoas face a face com a adversidade e os direitos humanos: xenofobia, discriminação, exploração sexual, trabalho escravo e precarização do trabalho. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, Goiânia, v. 39, n. 1, p. 13-51, jan./jun. 2015.

critérios de classe, etnia, sexo, idade, religião ou necessidade”,¹⁰ mas sim em razão de uma nova postura “que permitiu que sujeitos inertes, dominados, submissos e espectadores, passassem a sujeitos emancipadores, participantes e criadores de sua própria história.”¹¹ Essa nova postura, assume as características dos movimentos sociais, que estão plenos de sujeitos coletivos titulares de direitos capazes de incrementar a produção jurídica.

Para tanto, Wolkmer vê os movimentos sociais como alternativas alheias a produção jurídica monopolizada pelo Estado, que sob esta nova ótica, se torna uma instituição democratizada, pois conta com a participação da cidadania individual e coletiva para auxiliá-lo.¹²

Mas antes de analisar os tipos de dominações existentes em nossa sociedade, se faz necessário identificar quem é o sujeito discriminado que busca emancipação, ou ainda, quem são esses sujeitos coletivos emergentes capazes de gerar novos direitos através de seu reconhecimento no meio social, tal classificação é primordial para o direcionamento desse estudo.

1.1. A CONCEITUAÇÃO ENTRE SEXO E GÊNERO

Impossível tratar de uma solução social para os problemas das dominações e das discriminações nas relações de trabalho, sem antes poder identificar toda a subjetividade inerente a quem se pretende emancipar. O aprofundamento se faz necessário visto que a própria palavra “gênero” é reconhecida em diversas áreas das ciências sociais e transcende uma singela análise monodisciplinar.

Mesclando o entendimento de cada área do conhecimento e utilizando cada tratamento empregado ao termo “gênero” é possível chegar a uma ideia de proteção jurídica mais adequada.

Algumas disciplinas chamam atenção por tratar o gênero como criação cultural, como é o caso da antropologia, por exemplo. Em outras áreas, como na psicologia, se faz necessário compreender sob qual ótica o indivíduo se enxerga, ou

¹⁰ WOLKMER, Antônio Carlos. Movimentos sociais: nova fonte de juridicidade. **Revista Direito em Debate**, Ijuí, v. 5, n. 7, p. 47-51, 1996.

¹¹ Ibid., p. 47.

¹² Ibid., p. 48.

melhor, a qual gênero crê pertencer.

Entretanto, não se almeja aqui esgotar toda a discussão sobre as ideologias de gênero ou sobre orientação sexual, que por si só renderiam um trabalho inteiro, mas sim, tentar diferenciar ou aproximar os conceitos entre os termos sexo e gênero na busca de um sujeito identificado que pretende se emancipar de possíveis dominações sociais, as quais serão abordadas adiante.

Para auxiliar nesta compreensão, uma visão interessante é retratada pelos sociólogos, sendo que a diferenciação entre o sexo e o gênero pode ajudar a entender o comportamento de homens e mulheres dentro do convívio social, familiar e no trabalho.

Analisando tal diferenciação, Anthony Giddens esclarece que sexo traduz “às diferenças anatômicas e fisiológicas que definem o corpo masculino e o corpo feminino.”¹³ Já o gênero representaria as diferenças psicológicas, sociais e culturais entre indivíduos do sexo masculino e do sexo feminino”.¹⁴ Sendo assim, o gênero não está associado ao sexo biológico.

Ainda para o sociólogo britânico, três vertentes de entendimentos diversos podem ser formadas sobre o prisma da diferenciação de sexo e gênero. Em uma primeira corrente, acreditar-se-ia que a distinção entre homens e mulheres se dá apenas no plano do sexo, da origem natural, percebida em todas as culturas de forma equivalente, ou seja, neste plano os fatores naturais e científicos são responsáveis pelas desigualdades entre os gêneros.¹⁵

Tal pensamento é vencido pela contraposição da segunda corrente, onde se criva o ideal de que as influências sociais interferem e abrem a possibilidade de escolha, tendo que “as diferenças de gênero não são determinadas biologicamente, mas geradas culturalmente”.¹⁶

Para os adeptos desta corrente apenas o gênero é construído socialmente, ao contrário do que entenderia a terceira vertente, ainda mais abrangente, figurando-se no polo da construção social total, ou seja, tanto o conceito de sexo como o de

¹³ GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Alexandra Figueiredo (Trad.). 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 109.

¹⁴ Id.

¹⁵ Id.

¹⁶ Id.

gênero seriam estabelecidos a partir de critérios puramente sociais.¹⁷

Em uma perspectiva filosófica, procurando estabelecer a legitimidade das mulheres como sujeitos políticos dotadas de representação, Judith Butler introduz a busca de uma identidade para o sujeito feminino por meio da discussão entre sexo e gênero.

Para esse estudo, empresta-se a conceituação dos termos ora discutidos, vez que a autora utiliza de um método desconstrutivo aplicado na base da teoria feminista que está estritamente apoiada no conceito de gênero culturalmente e socialmente construído e o sexo como algo natural do ser humano. Para ela, haveria um problema na identidade do sujeito que o movimento feminista procurava evidenciar, pois tal movimento não conseguia dissociar a noção de gênero com o modelo binário,¹⁸ crítica essa associada à corrente *Queer*.¹⁹

Assim, questionando a mutabilidade não somente do gênero, mas também do sexo, entende-se que o sexo poderia ser discursivo e construído culturalmente da mesma maneira que o gênero, de forma que não mais haveria razão para distinguir os conceitos entre esses termos. Nas palavras da autora, “se o sexo é, ele próprio, uma categoria tomada em seu gênero, não faz sentido definir o gênero como interpretação cultural do sexo.”²⁰

Em uma entrevista concedida para a Universidade de Chicago na década de 1990, Judith Butler respondeu algumas indagações sobre suas principais obras na época, *Gender Trouble* (1990) e *Bodies That Matter* (1993), onde, apesar de se concentrar mais na segunda obra, a autora esclareceu alguns pontos relevantes sobre *Gender Trouble*, enfatizando principalmente que:

¹⁷ Ibid., p. 114.

¹⁸ BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Renato Aguiar (Trad.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 24.

¹⁹ A corrente *Queer* desenvolveu-se em meados da década de 1980, rejeitando-se o padrão masculino dominante, com forte crítica ao movimento feminista da época que se preocupava apenas com uma noção bipolar entre sexo e gênero. Assim, sugere a criação de uma identidade múltipla e a desconstrução da dicotomia homo-hétero. Nas palavras de Teresa de Lauretis “conceber o sujeito social e as relações da subjetividade com a sociabilidade de outra forma: um sujeito constituído no gênero, sem dúvida, mas não apenas pela diferença sexual, e sim por meio de códigos linguísticos e representações culturais; um sujeito ‘engendrado’ não só na experiência de relações de sexo, mas também nas de raça e classe: um sujeito, portanto múltiplo em vez de único, e contraditório em vez de simplesmente dividido [...] necessitamos de um conceito de gênero que não esteja tão preso à diferença sexual a ponto de virtualmente se confundir com ela, fazendo com que o gênero seja considerado uma derivação direta da diferença sexual.” Cf. LAURETIS, Teresa De. A tecnologia do gênero. In: Heloisa Buarque de Hollanda. (Org). **Tendências e Impasses: O Feminismo como crítica da cultura**. Rio de Janeiro: Rocco, 1994. p. 208.

²⁰ BUTLER, op. cit., p. 25.

Minha ênfase inicial na desnaturalização não era tanto uma oposição à natureza quanto uma oposição à invocação da natureza como modo de estabelecer limites necessários para a vida gendrada. Pensar os corpos diferentemente me parece parte da luta conceitual e filosófica que o feminismo abraça, o que pode estar relacionado também a questões de sobrevivência.²¹

E sobre a necessária fuga do modelo binário, muitas vezes adotado pelas feministas, a autora explicou que:

Mas tenho lido muita história feminista que assume que tanto o que é adequado quanto o que é impróprio na sexualidade feminina são tipos de heterossexualidade (dentro do casamento e fora dele, ou seja, doméstica e profissional). A questão que quero colocar tem a ver com o que permanece fora desses binários, o que não é nem mesmo mencionável como parte do impróprio ou incorreto. Temo que a questão da homossexualidade feminina é silenciada exatamente por esses esquemas históricos feministas que permanecem acriticamente amarrados a esses binarismos.²²

Deixando de lado um pouco a concretização do movimento feminista, que será tratado em momento oportuno, importante destacar aqui quem seria o sujeito real para o qual o feminismo busca essa libertação das amarras históricas? E também, na ausência desse sujeito definido, quem deveríamos emancipar?²³

Esta desconstrução do gênero sugerida alteraria a divisão existente entre a dualidade sexo e gênero, sendo que tal rompimento com o conceito do natural ou a desnaturalização dos conceitos feministas seria o caminho para uma nova identidade nas lutas com um sujeito já identificado.

Porém, alcançar esta identidade do sujeito não basta. Em um paralelo com a psicanálise, pode-se afirmar que os processos da conquista e da construção da identidade estão à mercê de alguns determinismos conflitantes, onde esta superação também é necessária.²⁴

Tal como explica Christophe Dejours, três são esses determinismos importantes, sendo o primeiro o biológico formado pelo instinto do apego humano, o

²¹ PRINS, Baukje; MEIJER, Irene Costera. Como os corpos se tornam matéria: entrevista com Judith Butler. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 10, n. 1, p. 155-167, jan. 2002.

²² PRINS; MEIJER, op. cit., p. 155.

²³ BUTLER, Judith. Problema de los géneros, teoría feminista y discurso psicoanalítico. In: NICHOLSON, J. Linda (Org.). **Feminismo/posmodernismo**. Mária Averbach (Trad.). Buenos Aires: Feminaria Editora, 1992. p. 78-79.

²⁴ DEJOURS, Christophe. **Trabalho vivo 1: sexualidade e trabalho**. São Paulo: Paralelo 15, 2012. p. 159.

segundo seria um determinismo psicofamiliar estruturado pela conjuntura familiar e do inconsciente sexual infantil, e um terceiro se revela como um determinismo social que segundo o autor:

Um determinismo social que convoca cada indivíduo – depois de lhe haver dado uma atribuição social de gênero graças ao estado civil, com base na morfologia dos órgãos genitais externos conhecidos no nascimento –, a se definir e a se situar como identidade sexuada ou, mais propriamente, identidade “gendrada” – ou seja, uma identidade estabelecida pelo gênero – no curso de toda a sua existência, isso com uma insistência assustadora.²⁵

Observando o desenvolvimento dessas condições determinantes e a forma harmônica que elas se complementam, ou às vezes da forma em que divergem, “a identidade psicológica define-se como procura do sentimento de unidade da personalidade”,²⁶ ou ainda, “como sentimento de continuidade desta unidade”,²⁷ revelando que nestes conceitos estruturantes de identidade, “a alienação vem primeiro; a identidade como luta pela emancipação depois”.²⁸

Em outro aspecto, o psicanalista francês aduz que a problemática da identidade é estabelecida em uma relação do sujeito consigo mesmo, diferentemente de uma relação amorosa que é fixada ante o outro. Assim, conclui-se que as dominações na esfera privada são basicamente pré-estabelecidas pela dependência afetiva que entrelaçam dois parceiros envolvidos em uma relação de afeto e amor, que por trás de toda a roupagem de uma relação amorosa, revela-se à margem desta, uma relação de apego, que conseqüentemente enseja uma dependência psíquica ante o outro indivíduo, e é aqui que a dominação se manifesta.²⁹

Em uma análise empírica da clínica, revelou-se que homens e mulheres reagem de forma diferente diante de uma relação de dependência ou alienação, sendo que os homens tendem a negar tal relação, enquanto as mulheres a reconhecem, o que facilitaria sua submissão. Desta forma, em um conflito de

²⁵ Id.

²⁶ Ibid., p 160.

²⁷ Id.

²⁸ Id.

²⁹ Explica o autor que à sombra de uma relação amorosa existe uma relação de apego do ser, onde tal relação de apego é evidentemente uma relação de dependência ou de alienação. “A alienação da autonomia subjetiva desemboca na submissão voluntária em relação ao outro. No mesmo movimento, a alienação abre espaço para a dominação”. Ibid., p. 163.

interesses ou contraposição de forças, nos processos que refletem relações amorosas, no trabalho produtivo e reprodutivo, normalmente são as mulheres que se submetem perante os interesses dos homens.³⁰

Evidentemente, extrai-se que a problemática da identidade e da origem das relações de gênero, não está diretamente vinculada ao sexual – referencial biológico ou anatômico – mas sim, de plano é uma construção social. É neste contexto da construção social que as dominações se estabelecem, ganhando força desde a formação infantil do ser humano, revelando um caminho onde a luta pela emancipação das mulheres deve direcionar seus esforços.³¹

Assim, o próprio conjunto de desigualdade entre homens e mulheres não se revela no natural. Tal assertiva foi enfrentada por Simone de Beauvoir quando sua leitura da personagem feminina como uma criatura construída pelo cultural, que gerou a famosa colocação de que “não se nasce mulher, torna-se mulher”,³² ajudando a compreender qual a definição oriunda do sujeito feminino na sociedade.

Desta forma, seria possível afirmar que os papéis biológicos atribuídos as figuras femininas nada mais são do que construções sociais? E o status de submissão e opressão também seria algo socialmente construído?

Tal resposta parece percorrer um caminho tortuoso, mais do que isto, percebe-se que a condição humana em sua essência é plenamente e socialmente mutável e esta era a intenção quando Beauvoir afirmou sua célebre frase.

Somando-se a este entendimento, Butler explica que mesmo que se nasça fisicamente em um corpo feminino, para que tal sujeito torne-se mulher seria necessária uma apropriação e uma releitura das possibilidades culturais.³³

Podemos dizer que após duras críticas e o processo de desconstrução, o feminismo buscou uma nova reconstrução teórica, lideradas principalmente por ideologias de autoras como Seyla Benhabib e Nancy Fraser.

Benhabib, por exemplo, assevera que a teoria feminista deveria observar duas premissas, onde a primeira acarretaria que a dualidade sexo-gênero é essencial para o convívio social e prático, e a segunda relata que esse sistema

³⁰ Ibid., p. 166.

³¹ Ibid., p. 172.

³² BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**: a experiência vivida. Sérgio Milliet (Trad.). v. 2. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980. p. 9.

³³ BUTLER, Judith. Sex and Gender in Simone de Beauvoir's Second Sex. **Yale French Studies**, New Haven, n. 72, p. 35-49, 1986.

social dividido entre sexo e gênero é que contribui para o modo de opressão e exploração do feminino.³⁴

A partir dessas premissas, a autora propõe que através da teoria crítica, o feminismo busque “desenvolver uma teoria que seja emancipatória e reflexiva”³⁵ ao mesmo tempo, para então propor soluções que tenderiam a estudar os motivos históricos e culturais causadores da opressão masculina sobre o feminino, e também, chegar a saídas normativas que remodelem os valores da sociedade.

Chegar a um sujeito identificado que ofereça resistência a uma dominação imposta por um grupo dominante é fundamental para a investigação final que levará a emancipação e conseqüentemente ao reconhecimento desta classe subsumida. Viu-se que a diferenciação sexual e natural não é a origem de toda problemática existente entre a divisão que se estabelece entre dominante e dominado, mas sim a própria criação cultural do ímpeto do gênero socialmente construído e preestabelecido desde o infantil do ser autônomo e reconhecido.

Mesmo que toda essa conceituação acerca do gênero possa ser ampla nas diversas disciplinas do conhecimento, o sistema normativo enseja um tratamento peculiar sobre o assunto, justificadamente ou não, pois não consegue fugir da definição binômica, tratando os gêneros no formato restrito ao conceito de homem e mulher, tão somente.

Diversos são os exemplos legais em que o legislador parece ressaltar a diferenciação sexual entre homem e mulher, ao exemplo das disposições gerais do casamento no artigo 1.514 e seguintes do Código Civil de 2002 e da própria Constituição Federal em seu artigo 40 quando estabelece a idade mínima para aposentadoria.

Desta forma, nos seguintes passos será relevante entender as justificativas legislativas para tanto, até mesmo para compreender o tratamento de discriminações positivas na lei, bem como o envolvimento conceitual das dominações sociais e o que pode ser feito a respeito em tom de resistência.

1.2. AS DOMINAÇÕES SOCIAIS E O PANORÂMA DA MULHER

³⁴ BENHABIB, Seyla. **Feminismo como crítica da modernidade**. Rio de Janeiro: Rosa dos tempos, 1987. p. 91.

³⁵ Id.

Dentro de uma relação de submissão, após a identificação do sujeito subsumido que busca a emancipação através do reconhecimento, não somente com relação ao gênero, já que as dominações não se restringem apenas a tal categoria, importante entender as origens e os motivos que ensejam estas submissões, que conseqüentemente irão gerar fatores discriminatórios aos grupos sociais submissos.

Resgatando a ideia de Oscar Correas de *suzeraineté*, David Sánchez Rubio alerta que “quase todas as relações humanas se desenvolvem e se articulam, preponderantemente, sob dinâmicas de dominação e império”.³⁶

As relações de poder quase sempre se traduzem em submissão de um indivíduo em relação ao que se encontra em posição de controle ou comando. Esta hierarquia está presente na maioria das organizações sociais e regem o convívio social desde o nascimento do ser. Tal hierarquia é respeitada desde a concepção da criança que se sujeita as regras dos genitores dentro do âmbito familiar.

Porém, as relações humanas podem se expressar através de “dinâmicas de liberdade e emancipação. Por meio delas, são construídas tramas sociais de horizontalidades e reconhecimentos mútuos nas quais todos são tratados como sujeitos dignos em suas particularidades e diferenças”.³⁷

O autor explica ainda que as relações humanas de dominação e império podem ter diversas razões, mas as principais seriam as étnico/raciais, de gênero/sexuais e classistas/econômicas, as quais serão analisadas na sequência de forma específica.

Destaque-se ainda, que “as dinâmicas de emancipação se estabelecem através de relações em que os seres humanos se tratam uns aos outros como sujeitos, reciprocamente e de forma horizontal, solidária de acompanhamento e de respeito.”³⁸

Mas antes disso, a dominação exercida pelos homens às mulheres, comumente era praticada pelo uso impositivo da força física, tal situação era bastante clara na antiguidade e na época do feudalismo.

³⁶ SÁNCHEZ RUBIO, op. cit., p. 23.

³⁷ Ibid., p. 23-24.

³⁸ SÁNCHEZ RUBIO, David. **Encantos e desencantos dos direitos humanos:** de emancipações, libertações e dominações. Ivone Fernandes Morchillo Lixa; Helena Henkin (Trad.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 66.

Ainda na Idade Média, outro momento de relevo histórico foi a onda ocasionada pelo cristianismo e a ascensão da igreja católica, revelando ainda outra forma de dominação aparente retratada pelo “fator divino”,³⁹ onde a obediência e os sacrifícios impostos às mulheres levavam a uma submissão do medo e do pecado. Assim, quem ousava se opor a tal situação de domínio estabelecido pelos padrões religiosos “eram tidas como loucas, carecendo de purificação, tratamento e isolamento, quando não queimadas como bruxas”.⁴⁰

Posteriormente, no auge dos movimentos de codificação, a propriedade privada passou a ter grande importância retratando então uma dominação patrimonial, que por vezes “tem-se o cerceamento da sexualidade feminina devido à necessidade econômica de apropriação e controle sobre a transmissão por herança dos bens de família”,⁴¹ onde o papel da mulher foi limitado ao espaço doméstico.

Atualmente, os novos tempos revelaram uma nova forma de dominação, transcendendo o limite do local e figurando no polo global, retratando as amarras do colonialismo europeu, que ainda não se desfizeram sobre as antigas colônias do sul.

Esta discrepância entre perguntas fortes e respostas fracas é uma característica geral do nosso tempo, constitui o espírito epocal, mas os seus impactos nos países do norte global são muito distintos. As respostas fracas tem alguma credibilidade no Norte Global porque foi neste que mais se desenvolveu o pensamento ortopédico e porque, traduzidas em políticas, são as respostas fracas que asseguram a continuação da dominação neocolonial do Sul Global pelo Norte e permitem aos cidadãos deste último beneficiar dessa dominação sem que dela se deem conta. No Sul Global, as respostas fracas traduzem-se em imposições ideológicas e violências de toda a espécie no quotidiano dos cidadãos, exceto no das elites que constituem o pequeno mundo do Sul imperial, a “representação” do Norte Global no Sul.⁴²

Em tempos modernos a subsunção abrange outra forma de dependência dos indivíduos, voltada ao sistema capitalista que gera potenciais consumidores em uma demanda sem fim, com objetivos de lucratividade e competitividade.

Nesta perspectiva consumerista o aspecto financeiro se destaca, até mesmo

³⁹ SILVA, Jacson Leal da; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Desvelar da feminilidade: A construção da alteridade. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 11, n. 11, p. 224-243, jan./jun. 2012. p. 227.

⁴⁰ Id.

⁴¹ Id.

⁴² SANTOS, Boaventura de Sousa. A filosofia à venda, a douda ignorância e a aposta de pascal. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 80, p. 11-43, mar. 2008.

para que as relações econômicas sejam mantidas, assim, evidente que o trabalho passa a ter um caráter essencial à subsistência humana.

Nos três processos de dominação social que serão abordados em específico na sequência, pode-se notar sempre a existência de uma vinculação de cunho patrimonial-financeiro, que no final das contas, é o mais forte e remete sempre a esta ideia de submissão aos padrões atuais de dominação pelo sistema do consumo crescente.

1.2.1. A dominação classista e econômica

A hierarquização das classes ou dominação por fatores econômicos não se restringe somente as relações estabelecidas entre capital e trabalho, burguesia e proletariado, mas também se manifestam no modelo de submissão entre empregados e empresas.

Os estudiosos das teorias de Marx afirmam que o trabalho é o que define e separa o homem da natureza. Assim, o indivíduo se estabelece no convívio social através do trabalho, com intuito de fixar que os meios de trabalho, além de medirem a taxa de desenvolvimento da força de trabalho, indicam condições sociais em que é possível desenvolver o trabalho.

A detenção dos meios de produção e dos recursos financeiros apenas pela classe privilegiada gera automaticamente a impossibilidade de empoderamento daqueles que não detêm o acesso aos recursos.⁴³

A polarização de classes é um ciclo sem fim, pois subsume o menos favorecido as piores condições sociais, seja por moradia, sustento familiar, educação e conseqüentemente ao trabalho. Ao contrário, permite acesso para os detentores do capital aos melhores bens de consumo, melhores escolas, tendo assim uma melhor formação acadêmica que, por conseguinte trará a ocupação dos melhores postos de trabalho. Não é por acaso que esta posição já era visível quando Pierre Bourdieu afirmou que:

É, sem dúvida, no terreno da educação e da cultura que os membros das classes dominadas têm menos oportunidades, por um lado, de descobrir seu interesse objetivo e, por outro, de produzir e impor a problemática

⁴³ BOURDIEU, Pierre. **A distinção**: crítica social do julgamento. Porto Alegre: Zouk, 2007. p. 361.

conforme a seus interesses: de fato, a consciência dos determinantes econômicos e sociais do desapossamento cultural varia quase em razão inversa ao desapossamento cultural.⁴⁴

Para Bourdieu, ao capitalismo interessa essa constante luta de classes sociais – divisão de classes – sendo este o segredo do capitalismo para manter firmes as rédeas das dominações socioeconômicas, onde as classes dominantes se legitimam e exteriorizam as dominadas.⁴⁵

Porém, esse autor, que às vezes se aproxima da teoria marxista quando reconhece a divisão de classes, acaba se afastando dela quando nega às categorias que se aproximam do conceito de lutas de classes, pois entende que a dominação só pode ser empregada através da violência no sentido de coação física, ou ainda, através de violência simbólica, aquela que agride a consciência.

Especificamente sobre a dominação econômica no universo do trabalho feminino, antes tida com o patriarcado, onde o homem era o responsável pela direção da família, inclusive apropriando-se do salário da mulher (quando esta trabalhava fora de casa), e que nos reflete hoje, no que chamamos de divisão sexual do trabalho que gera consequências diretas na remuneração, implicando ainda em uma exclusão da mulher ao emprego formal, restando para elas o trabalho doméstico não remunerado em âmbito familiar e no pior dos casos, a marginalização e até mesmo a prostituição.

A vertente da discriminação de gênero submetida em disposição classista e econômica enseja o estudo da interseccionalidade⁴⁶ como proposta de interdependência das relações de poder. Tal assertiva será mais visível ainda no contexto entre sexo e raça.

Quando do surgimento da expressão “divisão sexual do trabalho” em meados das décadas de 1960/1970, foi possível perceber que essa divisão

⁴⁴ Ibid., p. 363.

⁴⁵ Id.

⁴⁶ Helena Hirata, citando Sirma Bilge, define a interseccionalidade como uma “teoria transdisciplinar que visa apreender a complexidade das identidades e das desigualdades sociais por intermédio de um enfoque integrado. Ela refuta o enclausuramento e a hierarquização dos grandes eixos da diferenciação social que são as categorias de sexo/gênero, classe, raça, etnicidade, idade, deficiência e orientação sexual. O enfoque interseccional vai além do simples reconhecimento da multiplicidade dos sistemas de opressão que opera a partir dessas categorias e postula sua interação na produção e na reprodução das desigualdades sociais”. HIRATA, Helena. Gênero, classe e raça interseccionalidade e consubstancialidade das relações sociais. **Tempo Social**, São Paulo, v. 26, n. 1, p. 61-73, jun. 2014.

desdobrava-se em dois princípios organizacionais “o princípio de separação (existem trabalhos de homens e trabalhos de mulheres) e o princípio hierárquico (um trabalho de homem ‘vale’ mais que um trabalho de mulher).”⁴⁷

Sobre a divisão sexual do trabalho no Brasil, já alertava Elisabeth Souza-Lobo que:

Permitiram relacionar divisão sexual do trabalho e dinâmica do mercado de trabalho, concluindo que as operárias não são simplesmente substituídas por operários, nem ao contrário. A divisão sexual do trabalho tende a preservar o equilíbrio entre emprego feminino e masculino, conforme a dinâmica de emprego dos distintos setores empregadores de mão-de-obra feminina ou masculina.⁴⁸

Este enfrentamento à hierarquização econômica classista frente às mulheres submissas operou uma forte ligação dos movimentos feministas na década de 1960 quando estes emprestaram alguns conceitos utilizados por Marx, adaptando-os para uma realidade do gênero. O conceito de libertação operária exponenciada pelo marxismo passa a ser utilizado por essa parte do movimento feminista como a libertação das mulheres, aliando-se a ideia de acabar com a propriedade privada e a divisão sexual do trabalho. Para essa corrente feminista classista, os esforços do movimento devem ser direcionados ao enfrentamento do sistema patriarcal-capitalista.

Neste aspecto, o embate que mais chamou a atenção no século XX e ainda parece estar no cerne das discussões sobre justiça social deste século, é a luta por reconhecimento. Aplicada sobre a dominação econômica e a divisão do trabalho, tende-se a solucionar por métodos de redistribuição, a respeito deste tema, Iris Marion Young já lecionava que:

Eu argumento que em vez de se concentrar na distribuição, uma concepção de justiça deve começar com os conceitos de dominação e opressão. Tal mudança traz à tona questões da tomada de decisão, da divisão do trabalho e da cultura que se relacionam com a justiça social, porém frequentemente ignoradas nas discussões filosóficas. Ela também apresenta a importância das diferenças de grupos sociais na estruturação de relações sociais e

⁴⁷ KERGOAT, Danièle; HIRATA, Helena. Novas configurações da divisão social do trabalho. **Cadernos de pesquisa**, São Paulo, v. 37, n. 132, p. 595-609, set/dez. 2007.

⁴⁸ SOUZA-LOBO, Elisabeth. O trabalho como linguagem: o gênero do trabalho. In: COSTA, Albertina de Oliveira; BRUSCHINI, Cristina (Orgs). **Uma questão de gênero**. São Paulo: Fundação Carlos Chagas, 1992. p. 258.

opressão; tipicamente, as teorias filosóficas de justiça têm operado com uma ontologia social na qual não há espaço para um conceito de grupos sociais. Eu argumento que onde existem diferenças de grupos sociais e onde alguns grupos são privilegiados enquanto outros são oprimidos, a justiça social necessita explicitamente reconhecer e acompanhar a essas diferenças de grupos a fim de minar a opressão.⁴⁹

Outrossim, em dado momento histórico, os interesses das minorias foram focados em ideologias de identidade e reconhecimento alheios aos interesses socioeconômicos, limitando esforços ao combate de discriminações de gênero, raça, etnia e mesmo os ligados aos direitos dos homossexuais, onde paulatinamente temas como a diminuição da pobreza e políticas para a erradicação da fome, por exemplo, foram perdendo força.⁵⁰

Apesar de esquecida, essa dominação é tão contemporânea quanto às demais, e as novas demandas do capitalismo moderno sustentam, nos países emergentes, padrões que determinam uma nova classe trabalhadora frente a uma classe média em expansão que vem se formando nas últimas décadas.

Diante desta tendência global, a acumulação de riquezas e o consumerismo incessante já estão inseridos no bojo das sociedades, e de forma imperceptível, mascaram a dominação aparente do capital em uma nova submissão das classes que acompanham tal evolução.

1.2.2 A dominação de gênero

A segunda forma de dominação que reporto aqui, diz respeito à dominação sexista ou de gênero, que inserida na natureza humana, ao que parece é mais antiga que a própria dominação econômica. Apesar de sofrer duras críticas⁵¹ de

⁴⁹ YOUNG, Iris Marion. *Justice and politics of difference*. New Jersey: Princeton University Press, 1990, p. 3. In: LIMA, Francisco Jozivan Guedes de. *Para além do dilema redistribuição-reconhecimento: Nancy Fraser e a concepção bidimensional de justiça*. **An international Journal for Moral Philosophy**, Florianópolis, v. 15, n. 1, p. 126-141, set. 2016. p. 127.

⁵⁰ Antes de analisar a perspectiva da teoria de Nancy Fraser sobre o dilema redistribuição-reconhecimento, o autor explora de forma sintetizada algumas críticas da filósofa americana sobre as reivindicações que têm por base a identidade e que deixam de lado prospectos de redistribuição econômica, por pura ausência de interesse. LIMA, Francisco Jozivan Guedes de. *Para além do dilema redistribuição-reconhecimento: Nancy Fraser e a concepção bidimensional de justiça*. **An international Journal for Moral Philosophy**, p. 126-141.

⁵¹ Diversos teóricos acusam Bourdieu de polarizar as questões de gênero, relativizando as questões mais graves e também pelo fato do mesmo ser homem. Ao exemplo de Michele Perrot e Carl G. Jung, dentre outros. Neste sentido: "Ignorando todos os trabalhos de pesquisa empírica ou de reflexão

diversos autores, inclusive feministas, o trabalho de Pierre Bourdieu se mostra suficiente para o esclarecimento da divisão sexual do trabalho aqui perquirido e também para uma pré-reflexão acerca do contexto de dominação de gênero, o que será levado em análise neste tópico, do qual não se pretende esgotar todas as teorias existentes, apenas propor uma breve noção acerca do tema. Assim, para Bourdieu “a ordem social funciona como uma imensa máquina simbólica que tende a ratificar a dominação masculina sobre a qual se alicerça”,⁵² posto isto, quando se refere que é na divisão social do trabalho, na estrutura do espaço e na casa, que tal dominação se manifesta.

Segundo esse autor, o substrato arbitrário do natural ou biológico, tolhendo a divisão entre o masculino e o feminino, alimenta a visão androcêntrica de divisão sexual do trabalho e a partir de então, de todo o resto, sendo que este conceito concede uma justificação teórica dos privilégios masculinos e fundam a dominação sexista.⁵³

Não é à toa que os papéis de homens e mulheres são dados na sociedade como um roteiro fixo, em que os padrões comuns dominantes impõem a serem seguidos, onde o masculino é o protagonista e o feminino o coadjuvante. Assim, a força da violência simbólica e a divisão do trabalho pelo fator sexual (atributos físicos característicos de cada sexo) é a princípio, o combustível desta dominação.⁵⁴

O sociólogo francês, que é filósofo de formação, quando adentra em

teórica feitos pelas feministas contra a hegemonia e a homogeneidade da dominação masculina — e aparentemente esquecendo seu próprio trabalho de desmistificação da relação entre homens na sociedade Cabila no que diz respeito aos arranjos de parcerias conjugais, que aparecem, *de fato*, na sua análise, como uma relação entre mulheres que aparecia *como se fosse feita entre homens* —, Bourdieu passa quase sem transição da análise de uma dominação que é *social* para uma dominação que é *masculina* e, dessa, para um modo de dominação no qual o *sexo* do dominante é determinante: homens e mulheres voltam à cena textual esquecidos de sua origem Cabila ou ocidental, das distinções de classe, ou outras, como *homens e mulheres*.” Cf. CORRÊA, Mariza. O sexo da dominação. **Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, n. 54, p. 43-53, jul. 1999. p. 45.

⁵² Bourdieu desenvolve sua análise sociológica, dentro de uma teoria da prática, tratando das relações sociais entre os gêneros, fundamentando as principais causas da dominação masculina sobre o universo feminino em diversas sociedades. A obra em questão tem como marco inicial um estudo antropológico da sociedade tribal da Cabília, uma região proveniente do norte da Argélia, que foi uma antiga colônia francesa. BOURDIEU, op. cit., p. 17.

⁵³ Para Bourdieu, a força da sociodicéia masculina vem, a princípio, dela condensar e acumular duas operações, sendo a primeira a legitimação da dominação através da natureza biológica e a segunda a construção social que envolve esse processo. *Ibid.*, p. 32

⁵⁴ Sobre violência simbólica, Bourdieu relata que seria efeito da dominação simbólica que possui efeitos não na lógica pura das consciências cognoscentes, “mas através dos esquemas de percepção, de avaliação e de ação que são constitutivos dos *habitus* e que fundamentam, aquém das decisões da consciência e dos controles da vontade, uma relação de conhecimento profundamente obscura a ela mesma”. *Ibid.*, p. 49.

questões econômicas e dos chamados bens simbólicos, nos brinda com a concepção de que a mulher inferiorizada e excluída é fruto de uma divisão estrutural das atividades técnico-rituais que por sua vez se fundamenta na estrutura de mercado e ao conceito de bem simbólico. Este princípio de divisão entre homem e mulher se encaixa no fracionamento universal que é estabelecido entre sujeito e objeto, agente e instrumento, ligados simbolicamente pela reprodução do capital, cujo mercado matrimonial é o maior exemplo.⁵⁵

A ideia de vincular a mulher como objeto de troca, manifestação expressa do patriarcado, do pátrio poder e da dominação masculina, foi habitualmente praticada e apoiada pelos dogmas religiosos, principalmente no cristianismo, onde a castidade e a reputação das mulheres importavam valorativamente na hora da negociação matrimonial.

Essa herança deixada pelo passado preceitua ainda mais o conceito de violência simbólica proposta por Bourdieu, onde a dominação masculina pautada em atos, até então legítimos, como no exemplo do contrato matrimonial daquela época, dissimulam as forças de resistência, pois já estariam naturalizadas (padrões sociais criados inconscientemente). Ou seja, a maior dificuldade para operar uma mudança é exatamente conseguir romper com a dominação que está cravada no subconsciente dos indivíduos e nas formas atuais de organização política e doméstica.

Apontando os fatores de mudança, Bourdieu leciona que a dominação masculina nos tempos mais atuais necessita de uma justificação para se impor e reconhece que algumas transformações somente foram possíveis pelas lutas sociais que demandaram alterações nas disposições estruturantes. Transição que caminha junto com a conquista de alguns objetivos principais, dentre eles explica que:

O questionamento das evidências caminha *pari passu* com as profundas transformações por que passou a condição feminina, sobretudo nas categorias sociais mais favorecidas: é o caso, por exemplo, do aumento do acesso ao ensino secundário e superior, ao trabalho assalariado e, com isso, à esfera pública; é também o distanciamento em relação as tarefas domésticas e às funções de reprodução (...).⁵⁶

⁵⁵ Uma perspectiva de mulher objeto. Objetos de trocas “definidos segundo os interesses masculinos”. *Ibid.*, p. 54-55.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 104-105.

Mesmo assim, a solução não é definitiva. A divisão sexual do trabalho, ainda parece ser uma questão emblemática evidenciada pela dominação masculina. Pierre Bourdieu vai alertar que quando se trata de hierarquia verticalizada de cargos, a predominância é a masculina, onde as mulheres têm pouco acesso aos cargos de poderes de mando e gestão. Outra questão parece ainda mais contemporânea, com a divisão de profissões, onde homens estariam destinados ao exercício de certas profissões (que empregam exercício de força física, mando, coordenação e tomada de decisões - consideradas masculinizadas) e as mulheres restritas às outras profissões (que envolvam atividades domésticas, manuseio de instrumentos delicados ou que envolvam cuidados e sedução - consideradas feminizadas). Porém, a inclinação feminina para o exercício de tais funções não seria o cerne do problema, mas sim a desqualificação ou desvalorização de tais áreas simplesmente por serem tomadas pelas mulheres.⁵⁷

Neste sentido, Dejours apontava que “as mulheres, por causa da dominação dos homens, encontram-se com frequência confrontadas à injustiça”⁵⁸ e retrata também que as mulheres, dentro da divisão sexual do trabalho, estão fadadas a trabalhos considerados de apoio aos masculinos, dando o exemplo da enfermeira que assessora o médico cirurgião durante uma cirurgia complicada, onde o reconhecimento do sucesso será designado todo ao médico, e completa aduzindo que “a injustiça em relação ao reconhecimento do zelo e da inteligência no trabalho é – deve-se admiti-lo – pior para as mulheres do que para os homens.”⁵⁹

Não há como negar que a dominação pelo ser masculino sobre o feminino está enraizada na cultura, no coletivo e na consciência de cada indivíduo, tudo isto, motivada pelos fatores históricos oriundos do patriarcado. Contudo, alguns rompimentos com os conceitos tradicionais de família e os esforços para a inclusão da mulher ao mercado de trabalho mais igualitário, que estamos vivenciando, mesmo que aos poucos, podem surtir efeitos a médio ou longo prazo, revertendo a questão do reconhecimento e assim, estabelecer uma harmonização entre as divergências sexistas.

⁵⁷ Ibid., p. 124-125.

⁵⁸ DEJOURS, op. cit., p. 52.

⁵⁹ DEJOURS, op. cit., p. 53.

1.2.3. A dominação étnico-racial e a condição da mulher negra

Existe ainda um terceiro tipo de dominação mais marcante que as anteriores e está pautada no critério racial do ser humano. Tal dominação quando posicionada frente às mulheres, eleva a condição de uma dupla, ou até mesmo tripla incidência de submissão.

A mulher que é negra e pobre sofre triplamente no conjunto discriminatório, sofre influência dos três principais tipos de dominações, sendo ultrajada ainda mais no seio social. Tal conceito adentra ao significado da interseccionalidade.⁶⁰

De certo que as influências advindas do colonialismo europeu e as atrocidades do regime escravocrata são os principais motivos que ainda alimentam essa forma de preconceito racial. Vale lembrar que o Brasil foi um dos últimos países a abolir a escravidão, fato que de longe trouxe uma situação de equiparação entre brancos e negros, pois os traços discriminatórios ainda se faziam presentes na sociedade, desta vez pela posição de dependência econômica que o negro liberto encontrava.

No período pós-abolição, a imigração dos trabalhadores europeus foi um dos fatores que contribuíram para o afastamento dos ex-escravos a uma situação de aproximação com o trabalho livre, considerando que o Brasil ainda era um país economicamente agrícola, devido à tardia industrialização, os grandes fazendeiros das regiões dominantes, como São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais, preferiam os imigrantes aos ex-escravos, que viveram um longo período de marginalização.⁶¹

O preconceito de estereótipos ligados a cor da pele ainda prevalecem no meio social, trazendo uma discriminação racial mais dissimulada, ou não explícita, que de certa forma, dificulta sua identificação e o seu combate.

Para Sueli Carneiro, as reflexões do combate ao racismo e a igualdade de gênero estão fortemente ligadas, pois na existência deste acúmulo discriminatório –

⁶⁰ Kimberlé Crenshaw, autora de referência neste assunto, assevera que “as experiências específicas de mulheres de grupos étnicos ou raciais definidos são muitas vezes obscurecidas dentro de categorias mais amplas de raça e gênero, a extensão total da sua vulnerabilidade interseccional ainda permanece desconhecida e precisa, em última análise, ser construída a partir do zero.” Cf. CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 10, n. 1, p. 171-188, 2002. p. 174.

⁶¹ KOWARICK, Lúcio. **Trabalho e vadiagem: A origem do trabalho Livre no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 11.

no caso da mulher negra – a questão gira em torno da discriminação intragênero, onde uma (sub)desigualdade é gerada, quando as próprias mulheres brancas se encontram em posição de vantagem em relação as mulheres negras, merecendo destaque a seguinte passagem:

A fortiori, essa necessidade premente de articular o racismo às questões mais amplas das mulheres encontra guarida histórica, pois a “variável” racial produziu gêneros subalternizados, tanto no que toca a uma identidade feminina estigmatizada (das mulheres negras), como a masculinidades subalternizadas (dos homens negros) com prestígio inferior ao do gênero feminino do grupo racialmente dominante (das mulheres brancas). Em face dessa dupla subvalorização, é válida a afirmação de que o racismo rebaixa o *status* dos gêneros. Ao fazê-lo, institui como primeiro degrau de equalização social a igualdade intragênero, tendo como parâmetro os padrões de realização social alcançados pelos gêneros racialmente dominantes. Por isso, para as mulheres negras atingirem os mesmos níveis de desigualdades existentes entre homens e mulheres brancos significaria experimentar uma extraordinária mobilidade social, uma vez que os homens negros, na maioria dos indicadores sociais, encontram-se abaixo das mulheres brancas.⁶²

A questão é ainda mais evidente quando envolvemos a segregação ocupacional. Sueli Carneiro, citando Márcia Lima, traz alguns dados importantes sobre a condição da mulher negra quando afastada de oportunidades educacionais condizentes:

O fato de 48% das mulheres pretas [...] estarem no serviço doméstico é sinal de que a expansão do mercado de trabalho para essas mulheres não significou ganhos significativos. E quando esta barreira social é rompida, ou seja, quando as mulheres negras conseguem investir em educação numa tentativa de mobilidade social, elas se dirigem para empregos com menores rendimentos e menos reconhecidos no mercado de trabalho.⁶³

A estruturação política decorrente de tal concepção social é o foco do ativismo feminista das mulheres negras, sendo que se faz necessário ainda “um imperativo ético e político que reflita os anseios coletivos da luta feminista de representar as necessidades e os interesses do conjunto de mulheres”.⁶⁴

Neste viés, além de comporem o maior percentual de mulheres que possuem um nível educacional mais baixo, devido a segregação social e evasão

⁶² CARNEIRO, Sueli. Mulheres em movimento. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 17, n. 49, p. 117-133, dez. 2003. p. 119.

⁶³ LIMA, Márcia apud CARNEIRO. *Ibid.*, p. 121.

⁶⁴ *Id.*

escolar, o agrupamento de mulheres negras é clarividente em alguns setores trabalhistas que também são segregados, principalmente em relação às atividades domésticas, sem registro em carteira de trabalho e com baixos salários.⁶⁵ Desta forma, começa a se revelar os motivos oriundos das principais discriminações que atingem as mulheres.

1.3. OS PRINCIPAIS MOTIVOS DA DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO

Após conhecer as origens e os efeitos das principais manifestações de dominações sociais, antes de passar a analisar especificamente o tratamento jurídico empregado, se faz necessário compreender os motivos precursores das discriminações de gênero e os seus reflexos no plano do trabalho, político, econômico e familiar.

Portanto, conveniente dividir esta parte em dois subitens que abordam, primeiramente, os fatores históricos provenientes de um tratamento sociológico absolutamente pautado no patriarcado, para então, por segundo, realizar uma pesquisa empírica com notas estatísticas sobre a evolução desse quadro histórico.

1.3.1. Motivos históricos e tratamentos sociológicos: as ondas do feminismo

Roger Chartier, interpretando e tentando responder uma das questões icônicas da historiadora francesa Christiane Klapisch-Zuber, se seria possível conceber a história das mulheres uma cronologia original?⁶⁶ Esclarece que a princípio parece não ser possível, isto porque a história das mulheres é vista apenas “como a história da relação entre os sexos, portanto, como uma medida dos efeitos das grandes mutações históricas sobre esta relação, seja qual for a ordem: econômica, social, política, religiosa, etc.”⁶⁷

⁶⁵ Em 2013 o Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos – DIEESE realizou um estudo que revelou que naquele período o contingente de trabalhadores domésticos era superior a 6,6 milhões de pessoas no país, onde a média nacional era de 92,6% de mulheres e 61% eram mulheres negras. DIEESE. **O emprego doméstico no Brasil**. 2013. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/estudosetorial/2013/estPesq68empregoDomestico.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

⁶⁶ Cf. KLAPISCH-ZUBER, Christiane. **Histoire des femmes en Occident**. Paris, Plon, 1991. p. 16

⁶⁷ CHARTIER, Roger. Diferenças entre os sexos e dominação simbólica (nota crítica). **Cadernos**

Assim, a história das mulheres, aparentemente em boa parte dela, esteve fadada ao domínio hegemônico do patriarcado, que preponderou e estabeleceu o controle absoluto das mulheres sobre a gerência do pai ou do marido, o papel feminino reduzia-se tão somente em esposa e genitora para as classes mais nobres e de trabalhos manuais no campo e domésticos para as classes menos abastadas.

Neste viés, importe destacar a contextualização histórica do feminismo, que sobremaneira vivenciou três *ondas*, onde cada uma delas trouxe conquistas primordiais para as mulheres.

Foi no século XVIII e também no início do século XIX, quando relegadas em direitos políticos e excluídas do parlamento, esta primeira onda passa a enfrentar o discurso iluminista pregado por Rousseau, de que a mulher ideal é aquela que é submissa aos mandamentos do homem.

Assim, a Revolução Francesa trouxe apenas conquistas indiretas às mulheres, ao passo de que estas somente estariam em uma situação melhor, simplesmente pelos homens estarem nesta situação melhor. As responsabilidades da vida civil e comercial não admitiam a participação das mulheres.⁶⁸

A igualdade política e o pleno exercício dos direitos civis era o principal objetivo na época. Em 1791, dois anos após a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), a promulgação da Declaração de Direitos da Mulher e da Cidadã tenta inserir a mulher no regramento jurídico internacional, mas ainda longe de alcançar os direitos políticos desejados.

O histórico percorrido por esta primeira onda ainda confunde-se com movimentos abolicionistas nos EUA e com o surgimento dos direitos humanos. A primeira onda do feminismo estaria estritamente ligada com as primeiras reivindicações das mulheres com relação ao sufrágio universal.

É a partir do século XIX que as coisas começam a mudar para as mulheres, sendo que dois marcos históricos merecem destaques, a revolução industrial e o movimento sufragista.

O primeiro ocorreu originariamente na Europa com a evolução dos processos de manufatura, onde o trabalho braçal deu espaço ao maquinário, movido

Pagu, Campinas, n. 4, p. 37-47, jan. 2008.

⁶⁸ NYE, Andrea. **Teoria feminista e as filosofias do homem**. Rio de Janeiro: Rosa dos tempos, 1995. p. 22.

pelo carvão e pelo vapor. O êxodo rural e o final dos períodos de escravidão e servidão contribuíram maciçamente para o aglomerado urbano que se formava nas grandes cidades e desta forma, servindo para fomentar a indústria.

A revolução industrial contribuiu para o aumento do PIB e do crescimento econômico dos países capitalistas que estavam se industrializando de forma relativamente rápida. Em contrapartida, a subsistência humana virou refém de uma exploração trabalhista jamais vista, onde jornadas de trabalho ultrapassavam 12, 14 e até mesmo 18 horas de trabalho, mulheres e menores eram explorados por constituírem uma mão de obra mais barata. O sociólogo polonês Zygmunt Bauman demonstra tal rotina de trabalho naquela época, afirmando que:

La otra manifestación de la misma estrategia para empujar a los trabajadores a una existencia precaria, manteniendo los salarios en un nivel tan bajo que apenas alcanzara para su supervivencia hasta el amanecer de un nuevo día de trabajo. De ese modo, el trabajo del día siguiente iba a ser una nueva necesidad.⁶⁹

É nesta época que as mulheres, movidas pela necessidade financeira, começam a deixar os afazeres domésticos e passam a trabalhar nas fábricas para ajudar na economia do lar. Além de já estarem submetidas a uma dupla jornada,⁷⁰ ensejando contínuos trabalhos dentro e fora do lar, ocasionalmente o desgaste físico sendo muito superior aos dos companheiros, indiferentemente da idade, as mulheres que pertenciam às classes mais baixas não tinham outra escolha.

Hobsbawn, organizando tal pensamento, acrescenta que para o setor mais pobre da sociedade:

A industrialização do século XIX (em oposição à industrialização do século XX) tendeu a fazer do casamento e da família a carreira principal da mulher da classe trabalhadora que não fosse forçada pela total pobreza a assumir outra atividade. Na medida em que ela trabalhava por salários antes do casamento, considerava o trabalho assalariado como uma fase temporária, embora sem dúvida desejável, em sua vida. Uma vez casada, pertencia ao proletariado não como trabalhadora, mas como esposa, mãe e dona-de-

⁶⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Trabajo, consumismo y nuevos pobres**. Barcelona: Gedisa, 2005. p. 31.

⁷⁰ A socióloga espanhola María Ángeles Durán aduz que o trabalho doméstico continua a ser desempenhado quase que exclusivamente pelas mulheres representando um grande desgaste às que trabalham fora de casa, asseverando ainda, que nos casos de desemprego do parceiro, não significa redução de trabalho doméstico para essas mulheres que executam uma dupla jornada. Cf. DURÁN, María Ángeles. **A dona de casa: crítica política da economia doméstica**. Rio de Janeiro: Graal, 1983. p. 18-20.

casa de trabalhadores.⁷¹

Mesmo assim, o receio causado pela organização econômica comunista que vinha ganhando força em alguns países, inclusive após a publicação das obras de Marx e Engels, forçou o capitalismo a ceder e tomar algumas medidas que vissem garantir seu *status quo*. Neste momento, começam a surgir as primeiras normas trabalhistas na tentativa de reverter este quadro ou simplesmente manter a máquina do capital girando.

A Igreja Cristã também incentivava a “aproximação” dos trabalhadores assalariados com os empregadores e o Estado, no intuito de garantir a “ordem” e a proteção da propriedade privada, destacando que as mulheres deveriam continuar seu papel no âmbito do lar.⁷²

Sobre o surgimento das primeiras normas trabalhistas, Wilson Ramos Filho entende que estes novos direitos foram a grande ilusão criada pelo capitalismo para ludibriar os trabalhadores. Para o autor, na verdade, o conjunto de normas com espírito protetivo servia apenas para manter a máquina capitalista girando, onde por trás se esconderia a verdadeira aparência dessa normatização: proteger a propriedade dos meios de produção e sua continuação no tempo.⁷³

Outro período importante foi o que sucedeu a Primeira Grande Guerra Mundial, com o advento das constituições mexicana (1917) e de Weimar (1919), as primeiras a assegurarem alguns direitos sociais aos trabalhadores, seguido ainda, pela criação da Organização Internacional do Trabalho em 1919, como parte do Tratado de Versalhes.

No Brasil, essas relações trabalhistas foram se formando um pouco em atraso com relação à Europa, mas eclodiram com a chegada dos imigrantes europeus, que de certa forma, importaram ao país alguns dos costumes praticados em seus países de origem, desenvolvendo aqui, o conceito de trabalho contraprestativo e assalariado, mas se moldando com o ritmo predominante agrícola.

⁷¹ HOBBSAWM, Eric John Ernest. **Mundos do Trabalho**: Novos estudos sobre a história operária. São Paulo: Paz e terra, 2008. p. 136.

⁷² A encíclica *Rerum Novarum* de 1891 editada pelo Papa Leão XIII, foi uma das primeiras cartas abertas a versar sobre as condições dos trabalhadores. Cf. IGREJA CATÓLICA. Papa (1878-1903: Leão XIII). **Rerum Novarum**: carta encíclica de Sua Santidade o Papa Leão XIII sobre a condição dos operários. 10. ed. São Paulo: Paulinas, 1997.

⁷³ RAMOS FILHO, Wilson. **Direito capitalista do trabalho**: histórias, mitos e perspectivas no Brasil. São paulo: Ltr, 2012. p. 91.

Quando o Brasil começou a entrar na fase industrial em uma escala mais larga, a Europa já vivenciava um avanço como relação ao regramento do Direito do Trabalho e também quanto ao surgimento dos movimentos feministas, que por aqui, demoraram a acontecer.

Em geral, foi após a crise de 1929 que “o Direito do Trabalho efetivamente se constituiu como disciplina autônoma”,⁷⁴ fundamentada na autonomia da vontade, intervencionismo estatal e pelo trabalho subordinado e assalariado.

As mulheres tiveram que alcançar esse protecionismo enfrentando não só os encaixos do Estado e dos empregadores que detinham o controle da mão-de-obra, mas também, passar por cima de uma sociedade que sufocava toda sua representação política e conseqüentemente, trabalhista.

O segundo marco desta primeira onda feminista é relacionada a conquistas importantes, como o direito à educação, ao controle dos direitos civis e principalmente ao voto.

Em plena Revolução Industrial a luta pela permissão ao voto feminino era um objetivo à parte das mulheres, buscando assim uma emancipação política com representatividade no parlamento, onde assuntos de interesses às mulheres poderiam enfim, serem debatidos em âmbito nacional. Assim, com o direito ao voto, outras conquistas poderiam ser almejadas através de representantes que estariam comprometidos com causas de ordem feminina.

Primeiramente, o direito ao sufrágio estava estritamente relacionado aos possuidores de bens, assim, apenas os homens que tinham poderes econômicos é que poderiam votar. Em 1848, a França foi um das primeiras nações a abolir esta prática suprimindo esse requisito financeiro da lei, posteriormente seguida pelos demais países. Entretanto, as mulheres ainda eram excluídas.

O motivo sexista de segregação feminina ao sufrágio era herança de uma sociedade jusnaturalista, onde imperava o fundamento da exterioridade política das mulheres, sobre este assunto, explica Joan Scott que:

Quando se legitimava a exclusão com base na diferença biológica entre o homem e a mulher, estabelecia-se que a ‘diferença sexual’ não apenas era um fato natural, mas também uma justificativa ontológica para um

⁷⁴ Ibid., p. 92.

tratamento diferencia do no campo político e social.⁷⁵

Os movimentos sociais feministas tiveram uma maior expressão no século XIX, principalmente no Reino Unido, com a organização das ativistas que foram chamadas de *suffragettes* (sufragistas) que traçaram um caminho árduo para convencerem o maior número de parlamentares a cederem à causa feminista. Mulheres de muitos países engajaram-se neste movimento, dando ao movimento uma repercussão mundial.

Lideradas por Kate Sheppard, as sufragistas da Nova Zelândia, em 1893, foram as primeiras mulheres a conseguirem regulamentar o voto feminino. Na Inglaterra, o *Women's Social and Political Union* – WSPU foi um movimento fundado por Emmeline Pankhurst, o qual incentivou não só as mulheres das classes mais altas a fazerem parte do movimento, mas também as operárias das classes menos abastadas, pregando atos como a greve de fome, vandalismos e rebeliões prisionais, para chamar a atenção da mídia da época e imprimir visibilidade ao movimento.

O principal intuito era dar às reivindicações um contorno mais amplo e através da comoção nacional, as sufragistas inglesas conseguiram construir um mártir, chamando a atenção da Corte Real, quando Emily Davison cometeu suicídio ao se colocar à frente do cavalo do rei, que corria no Derby de 1913.

Porém, após um longo período de debates políticos, somente em 1918 foi editado o *Representation of the People Act*, que enfim permitiu o voto das mulheres no Reino Unido, em um período que a Europa ainda se recuperava da Primeira Grande Guerra.

No contexto da América Latina, o Brasil foi o primeiro país a propor discussões sobre a participação das mulheres na política, sendo que alguns resquícios históricos apontam o ano de 1832 como o início de um agrupamento organizacional de mulheres, que ainda estava vinculado e apoiado aos pleitos abolicionistas.⁷⁶

⁷⁵ SCOTT, Joan Wallach. **A cidadã paradoxal**: As feministas francesas e os direitos do homem. Florianópolis: Mulheres, 2002. p. 26.

⁷⁶ Segundo Nísia Floresta, em sua obra “Direitos das mulheres e injustiças dos homens” que imprimia uma tradução das obras *A Vindication of the rights of woman* da autora inglesa Mary Wollstonecraft (1759-1797), e também de *Woman not inferior to man* de Mary Wortley Montagu (1689-1762), foi a

O ano de 1860 foi o marco inicial por uma forte pressão popular para a convocação de eleições diretas no Brasil, o que mais tarde seria atendido pelo Imperador D. Pedro II, que em 1878, convocou a realização de uma reforma eleitoral.⁷⁷

Naquele momento, o Senado se posicionou contrário a uma reforma eleitoral através de modificação à Constituição de 1824, sendo assim, restou ao Imperador, com a ajuda do Comendador José Antônio Saraiva, que posteriormente deu nome a lei, e também contando com a figura de Rui Barbosa, até então Deputado Geral, que não viram outra solução a não ser tentar a via ordinária.⁷⁸

A grande discussão no âmbito do legislativo foi a inclusão, ou não, dos analfabetos ao direito de votar. Em 1881 a Lei 3.029 foi aprovada e recebeu o nome de Lei Saraiva, mantendo a exclusão dos analfabetos do direito de participar da vida política no país.⁷⁹

Assim, até aquele momento, os requisitos para exercer o direito ao sufrágio no Brasil eram dois, ter renda mínima considerada suficiente (dois mil réis) e ser alfabetizado. No caso das mulheres, somente em 1926, no Rio Grande do Norte, a potiguar Celina Guimarães Viana, encontrando uma argumentação jurídica plausível, requereu o direito ao voto, que recebeu o posicionamento favorável do Judiciário, levando então a questão para discussão ao Legislativo nacional.

Deferido o pedido de Celina Viana, que se tornou a primeira eleitora brasileira, outras mulheres tomaram partido e de forma maciça postularam o mesmo direito.

Tal pressão popular levou o governo a ceder e em 1932, com o advento do Código Eleitoral⁸⁰ do governo Vargas, finalmente as mulheres encontraram o aparato

partir de 1870 que os movimentos feministas no Brasil lutaram em prol do voto feminino e ganharam força e representatividade. Cf. FLORESTA, Nísia. **Direitos das mulheres e injustiças dos homens**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 1989.

⁷⁷ LEÃO, Michele de. Lei Saraiva (1881): se o analfabetismo é um problema, exclui-se o problema. **AEDOS**, Porto Alegre, v. 4, n. 11, p. 602-615, set. 2012. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/aedos/article/view/30737/20890>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

⁷⁸ Id.

⁷⁹ BRASIL. SENADO FEDERAL. **Anais do Império**: 1879 a 1881. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/anais/asp/AP_Apresentacao.asp>. Acesso em: 06 jun. 2017.

⁸⁰ O artigo 2º do Código Eleitoral de 1932 declarava expressamente que “é eleitor o cidadão maior de 21 anos, sem distinção de sexo, alistado na fôrma deste Código”. BRASIL. **Decreto nº 21.076**, de 24 de fevereiro de 1932. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto->

legal que legitimava o sufrágio para elas no país.

A segunda onda do feminismo surge no período que sucedeu o término da Segunda Grande Guerra Mundial e fez parte de “de um esforço maior para transformar o imaginário político economicista que tinha centrado a atenção em problemas de distribuição entre as classes.”⁸¹ Segundo Nancy Fraser, esta segunda onda pode ser dividida em três fases.

Agora detentoras do direito ao sufrágio, à educação e com livre acesso ao mercado de trabalho, os objetivos feministas outrora reivindicados pareciam agora estagnados pela nova política de consumo ocidental.

A década de 1960 impulsionou esta primeira fase da segunda onda, inspirada por novos movimentos sociais da América do Norte e da Europa Ocidental, quando as “feministas buscaram ampliar o seu imaginário. Ao exporem uma ampla gama de formas de dominação masculina, feministas sustentaram uma visão expandida da política que incluísse 'o pessoal’.”⁸² Esta primeira fase tinha por objeto aproximar a luta do gênero ao preceito socialista.

Os esforços não foram bem sucedidos, pois não encontram meios capazes de acompanhar o evolucionismo político liberal e conservador que ganhava terreno no continente europeu e nos Estados Unidos da América, associados ainda à queda do comunismo do leste europeu e posteriormente com o fim da União Soviética.

Na segunda fase, vivenciada principalmente nos EUA, os esforços são voltados para a cultura e as questões que envolvem a identidade, porém, o insucesso desta tentativa é justificável ao ponto de que negligenciou políticas de cunho econômico, não podendo competir com um mundo neoliberal que pregava o livre mercado.⁸³

Assim, esta segunda fase preocupou-se em “reconhecer a diferença”,⁸⁴ ou seja, a busca da igualdade deixa de ser o principal objetivo e o foco passa a ser a valorização da diferença. Tal luta registrou-se contra os padrões do androcentrismo culturalmente instituído, mas sem mostrar forte oposição às injustiças da política econômica.

21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 06 jun. 2017.

⁸¹ FRASER, Nancy. Mapeando a imigração feminista: da redistribuição ao reconhecimento e à representação. **Estudos feministas**, Florianópolis, v. 15, n. 2, p. 291-308, maio/ago 2007. p. 293.

⁸² Id.

⁸³ Id.

⁸⁴ Ibid., p. 296.

É neste momento que Fraser descreve que houve uma tendência, mesmo não proposital, de destinar as lutas de cunho social (política de redistribuição), para lutas com características culturais (política de reconhecimento). Tal mudança ensejou um enfraquecimento nas duas frentes, somando-se a isto, o fato de coincidir com o retorno avassalador do neoliberalismo.⁸⁵

Para a autora, o resultado não podia ser pior. Sufocadas pela hegemonização do mercado, as feministas não puderam lutar de forma igualitária por uma política de reconhecimento, bem como não concentraram esforços nas políticas de redistribuição.

É nesta fase que o feminismo passa a ser dividido em algumas vertentes diversas. O feminismo liberal, defendido por Betty Friedan, direcionava a atenção contra situações de desigualdades vivenciadas pelas mulheres, principalmente na vida pública e política, mas não de opressão ao sistema como um todo. Já o feminismo socialista, da qual era adepta Iris Marion Young, foi nutrido pela ideologia marxista e definiu seu papel para atacar o sistema capitalista patriarcal e a divisão de classes.

Existe também a vertente radical do feminismo, que por sua vez, prega a extinção de toda forma de dominação masculina em todos os contextos sociais, culturais ou econômicos, dentre outros, combatendo o patriarcado que seria o responsável, segundo essa vertente, por tornar as mulheres oprimidas e marginalizadas, revestindo o gênero masculino a uma roupagem de classe que se beneficia da opressão feminina em todos os sentidos. São teóricas desta corrente do feminismo, autoras como Monique Wittig, Shulamith Firestone, Phyllis Chesler, dentre outras.

No momento atual reside a terceira fase desta segunda onda, quando as adeptas do movimento descobrem e interagem com “espaços políticos transnacionais no nosso mundo que se globaliza”.⁸⁶ O que Fraser chama de terceira fase da segunda onda, para determinadas correntes teóricas, já poderia ser considerada como a terceira onda do movimento feminista, que veio ganhando força desde a década de 1980.

O foco inicial desta terceira onda parte de ações voltadas ao combate da

⁸⁵ Id.

⁸⁶ Ibid., p. 293.

violência e assédio sexual ou doméstico sofrido pelas mulheres.

Mesmo assim, esta nova tendência não perde forças em outros conceitos, pois procura concentrar esforços às políticas de reconhecimento e de redistribuição, ao contrário das fases anteriores, mas de forma que extrapole os limites territoriais de cada Estado, mostrando assim, uma política desenvolvida globalmente. Essa terceira fase ou terceira onda utiliza algumas ferramentas importantes em seu favor, como a opinião pública transnacional, instrumentos tecnológicos e mídias digitais, ao exemplo da internet. Igualmente, os órgãos internacionais, como a OIT, ONU e a OMC desempenham um papel importante no auxílio das lutas feministas contra o regime de domínio patriarcal e a ideia de padrão cultural dominante.⁸⁷

Desta forma, Fraser revela uma terceira dimensão da justiça do gênero, a representação.⁸⁸ Essas dimensões da justiça de gênero serão retomadas adiante, quando da análise da emancipação.

1.3.2. Fatores estatísticos

Após todo esse aparato histórico e o processo de lutas de reconhecimento das mulheres, os momentos atuais revelam que existe um longo caminho para a igualdade.

A Organização Internacional do Trabalho – OIT, criada em 1919 com o Tratado de Versalhes, foi um reflexo ou um clamor mundial que vivenciava o período conturbado do final da Revolução Industrial.

O passar dos séculos ensinou a humanidade, principalmente após o término da Segunda Grande Guerra, diversas lições de humanidade e solidariedade. É neste momento que diversas organizações internacionais começam a serem criadas, ou se já instituídas, passam a ganhar mais força no cenário internacional.

Neste íterim, importante destacar também, a criação da Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH em 1948 pela Organização das Nações Unidas – ONU, que buscou promover em nível global negociações para conflitos armados, evitando-se assim novas guerras, onde deveria prevalecer o caminho da paz, da democracia e a instauração dos Direitos Humanos.

⁸⁷ Ibid., p. 304.

⁸⁸ Ibid., p. 305.

Voltando ao contexto da OIT, após a criação de diversos tratados e Convenções internacionais, com objetivos humanitários, evitando condições degradantes de trabalho, assim como riscos à integridade física e psíquica do trabalhador no ambiente laboral, foram o marco do desenvolvimento dos direitos sociais nos ordenamentos nacionais e o início de uma aproximação dos sindicatos representantes dos trabalhadores, com os empregadores.

Os movimentos feministas observam a grande relevância dessa discussão sobre Direitos Humanos e enxergam uma oportunidade quando esses direitos passam a serem instituídos nos Estados e usam uma nova retórica em sua argumentação contra a discriminação de gênero. Neste sentido, José Augusto Lindgreen Alves leciona que:

Grande parte das lutas identitárias se deve, sem dúvida, na origem, ao princípio basilar da não discriminação, e muitas das novas reivindicações comunitárias ainda se fundamentam na Declaração Universal de 1948 – é significativo, por exemplo, o esforço – bem-sucedido – do movimento internacional de mulheres para que as Conferências de Viena e de Beijing reconhecessem os direitos específicos da mulher como parte integrante dos Direitos Humanos (artigo 18 da Declaração de Viena e artigo 14 da Declaração de Beijing).⁸⁹

Merecem destaques ainda, a Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher (1952), a Convenção sobre a Nacionalidade da Mulher Casada (1957), e a Declaração sobre a Eliminação da Discriminação Contra a Mulher (1967). Esses mecanismos foram complementados mais tarde pela Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, aprovada em 1979. Na década de 1990, entra em vigor a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher (1993).

Não menos importantes, as Convenções 100 e 111 da OIT, onde estabelecem a igualdade remuneratória para homens e mulheres e a proibição de discriminação em matéria de emprego e profissão, respectivamente, dentre outros instrumentos normativos inseridos no âmbito internacional e ratificados pelo Brasil.

Os órgãos supranacionais têm desenvolvido um importante papel na equiparação das condições de trabalho e o combate às discriminações de trabalho

⁸⁹ ALVES, José Augusto Lindgren. A declaração dos direitos humanos na pós-modernidade. In: BOCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAUJO, Nadia de (Org.). **Os direitos humanos e o direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 150.

em razão do gênero, vinculando o conceito de trabalho digno às categorias de Direitos Humanos.

Em um estudo recente divulgado pela OIT, que estabeleceu um comparativo entre os últimos vinte anos analisados (1995-2015), tanto no aspecto quantitativo como qualitativo, da condição da mulher no mercado de trabalho e suas reais preocupações, a evolução apurada não foi nada satisfatória.

O estudo intitulado de *Mulheres no trabalho: tendências 2016* observou que na área de educação o progresso feminino foi muito superior de 1995 para a atualidade, porém quando se trata de regime e condições de trabalho, os resultados apontaram retrocessos.⁹⁰

A pesquisa foi dividida em duas partes, sendo que a primeira apresenta as tendências à nível mundial e regional da participação das mulheres no mercado de trabalho, considerando o marco temporal o ano de 1995, utilizando alguns indicadores estatísticos, como a taxa de atividade, taxa de emprego, desemprego e inatividade, bem como, levando em consideração a segregação profissional.

Já a segunda parte foi nomeada como “*diferencial entre homens e mulheres na qualidade do trabalho*”, e foi subdividida em três pilares principais: a segregação profissional e setorial; o diferencial salarial entre homens e mulheres e as políticas de conciliação.

A pesquisa concentrou-se em analisar a situação da mulher trabalhadora em mais de cento e setenta países, abrangendo todos os continentes, tomando-se assim, a construção de uma média a nível global.

Primeiramente, percebeu-se que a taxa de atividade mundial, tanto da população feminina, assim como da masculina, diminuíram. Todavia, as oportunidades de participação feminina no sistema de trabalho e a disparidade de gênero no ano de 2015 ficaram 25,5% em prejuízo das mulheres, sendo que em comparação ao ano de 1995, houve uma singela, senão irrelevante melhora de 0,6 pontos percentuais. Ou seja, durante os 20 anos que passaram, a desigualdade de gênero no mundo do trabalho diminuiu apenas 0,6%. Assim, importante analisar

⁹⁰ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Las mujeres en el trabajo: Tendencias 2016**. Genebra, 2016. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_483214.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2017.

especificamente os dados que levaram a esta conclusão.⁹¹

De início, a OIT considerou uma série de pesquisas internacionais, realizados por institutos parceiros, onde se percebeu que as mulheres participam da economia no mesmo grau do que os homens e quando as mulheres participam diretamente das atividades econômicas dos países, estas fazem um maior uso do seu potencial de maneira que impactam na elevação do PIB.⁹²

Contudo, em um exame planetário, a primeira comparação dos anos de 1995 e 2015 revelou que as taxas de participação com força de trabalho, também chamadas de taxas de atividade, ou o que podemos traduzir ainda, como sendo trabalho direto e indireto, formal ou informal, vem sendo reduzida para ambos os gêneros. Em 1995 a atividade laboral feminina no mundo era de 52,4% para as mulheres e 79,9% para os homens. Em 2015 o percentual de mulheres ativas passou para 49,6% e de 76,1% para homens.⁹³

Neste ponto, a redução da taxa de atividade foi menor para as mulheres do que para os homens. Alguns fatores principais podem ter contribuído para tanto, o êxodo rural que levam as pessoas a se aglomerarem em grandes centros urbanos, o maior acesso à educação e graus de formações acadêmicas para mulheres, e ainda, fatores relacionados à saúde e apoio a gestação, como aumento de serviços de cuidados para crianças.⁹⁴

Mesmo assim, se considerarmos a taxa de emprego em confronto com a população das regiões, é nítido, e isto em todos os continentes, que a taxa de homens empregados (72%) é muito superior à de mulheres (46%). Grande parte desta discrepância é devida a países onde os costumes populacionais ainda refletem certo conservadorismo em relação às mulheres, como na Ásia Meridional, África e Estados árabes.⁹⁵

Outra preocupação deste estudo realizado pela OIT foi quanto à qualidade dos trabalhos e empregos. Mais da metade das mulheres que são ativas, assim como os homens, são assalariados, porém, emprego formal não quer dizer emprego seguro e com boas condições.

⁹¹ Ibid., p. 4.

⁹² Ibid., p. 5.

⁹³ Ibid., p. 6.

⁹⁴ Ibid., p. 7.

⁹⁵ Ibid., p. 8.

Outra preocupação é com o descompasso na taxa de desemprego. Registrou-se que em 2015, 5,5% dos homens estavam desempregados, contra 6,2% de mulheres (na maioria jovens entre 15 a 24 anos). Sem embargo, a crise financeira que assolou o mundo a partir de 2007 contribuiu significativamente para o crescimento do desemprego, mas também, para uma aproximação entre as taxas entre os gêneros, resultado da crise econômica que atingiu setores de predominância masculina, como a construção civil e a abertura do mercado para mulheres que não compunham a renda familiar.⁹⁶

Em um modo geral, diversas outras estatísticas foram levantadas, todas representando e reafirmando uma desigualdade de gênero no mercado de trabalho em desfavor das mulheres. Viu-se que as mulheres são a maioria nos empregos à tempo parcial, que ocupam um maior índice de subempregos, que precisam trabalhar mais horas por dia para receberem a mesma remuneração dos homens, além de cumprirem jornadas maiores e serem responsáveis pelos afazeres domésticos, constituindo assim, uma dupla jornada.⁹⁷

Sobre a segregação setorial e profissional, o estudo apontou que a maioria das mulheres atua no setor de serviços (ultrapassando o setor agrícola), mas a informalidade é maior para as mulheres do que para os homens, principalmente nas categorias de trabalho doméstico. Além disso, esta segregação setorial e profissional seria prejudicial às políticas de afirmação de igualdade de gênero, na medida em que culturalmente homens e mulheres se vêem presos em setores específicos, consolidando estereótipos ao passo de que determinada profissão é “de/para mulher” ou “de/para homem”.⁹⁸

Segundo a OIT, culturalmente os setores que se identificam mais como “femininos” são aqueles que demandam mais delicadezas e cuidados com o trabalho, ao exemplo de trabalhos manuais com o emprego de habilidades, já setores “masculinos” seriam aqueles que demandam tarefas físicas, tomadas de decisões e com incidência de riscos, como no caso de cargos de direção.⁹⁹

Em outra perspectiva, uma série de pesquisas internacionais vêm

⁹⁶ Ibid., p. 12.

⁹⁷ Ibid., p. 17-19.

⁹⁸ Ibid., p. 23-25

⁹⁹ Ibid., p. 27.

demonstrando que a disparidade de gênero quando tratamos de cargos de gestão, direção ou confiança vem diminuindo entre homens e mulheres, sendo que também apontaram nítidas vantagens financeiras para empresas que inseriram mais mulheres em seus conselhos administrativos ou no comando de direções, registrando maiores rendimentos de capital social e lucratividade.¹⁰⁰

As perspectivas ainda não são das melhores quando comparado o conjunto remuneratório entre os gêneros. As mulheres até 2011 ganhavam 77% do que os homens ganham, mesmo mostrando uma redução da desigualdade neste quadro em determinados países avaliados.¹⁰¹

No setor público brasileiro a perspectiva não é muito diferente, apesar de hoje em dia termos um quadro quantitativo equilibrado entre homens e mulheres que ocupam cargos e empregos públicos, tanto na Administração direta ou indireta, equilíbrio talvez alcançado pelo sistema de ingresso através de concurso público, ainda temos em muitos setores certa discrepância, como por exemplo, considerando estatísticas atuais, divulgadas pelo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, levando em conta os servidores públicos federais ativos do Poder Executivo, onde 53,5% dos cargos são ocupados por homens e 46,5% por mulheres.¹⁰²

Esses números são ainda maiores quando observamos os ocupantes de cargos de direção e funções de confiança em alto escalão do Poder Executivo Federal (Administração Direta, Autarquias e Fundações), onde os servidores efetivos, com ou sem vínculo são sempre na maioria homens 57,5% e 42,5% mulheres.¹⁰³ Isto pode ser observado não só no serviço público federal, mas também nos Estados e Municípios.

Outro paradigma cruel é a diferenciação salarial entre as mulheres que são mães e as mulheres que não tem filhos, "*la sanción o penalización salarial de las madres que trabajan*", que transparecem números precisos em que quanto mais

¹⁰⁰ CREDIT SUISSE. **Gender diversity and corporate performance**. Zurique, ago. 2012. Disponível em: <<https://publications.credit-suisse.com/tasks/render/file/index.cfm?fileid=88EC32A9-83E8-EB92-9D5A40FF69E66808>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

¹⁰¹ A OIT indicou que, se nenhuma ação específica é tomada, no ritmo atual, salário igual para mulheres e homens não será alcançada até 2086. Cf. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, op. cit., p. 30.

¹⁰² BRASIL. MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO. **Boletim estatístico de pessoal e informações organizacionais**. Brasília, abr. 2016, p. 95. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/servidor/publicacoes/boletim_estatistico_pessoal/2016/140716_bol240_abr2016_parte_i-pdf.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2017.

¹⁰³ Id.

filhos, mais afastadas do trabalho se encontram as mulheres e com salários proporcionalmente em declínio.¹⁰⁴ Nota-se que a maternidade passa a ser um obstáculo feminino quando se pretende auferir um emprego bem remunerado e com continuidade.¹⁰⁵

Para a OIT, um dos caminhos para diminuir o impacto da discriminação de gênero setorial é investir em ações de inserção de mulheres em setores onde a predominância é a masculina e vice-versa. Tal política é tratada na base escolar, onde a formação dos indivíduos é criada. Desta forma, as próximas gerações que estão para ingressar no mercado de trabalho, não virão com certos estigmas setoriais.¹⁰⁶

Assim, em sentindo conclusivo, para o OIT é importante que o acesso feminino ao mercado de trabalho seja permissivo a trabalhos com igualdade de qualidade. Sendo que a qualidade em grande parte é valorada pela legislação trabalhista do Estado e por políticas que busquem o equilíbrio no trabalho e na vida familiar. As medidas implantadas devem promover também, a conservação do emprego juntamente com o progresso ao combate nas discriminações.

A redução da desigualdade de gênero faz parte do plano internacional da ONU chamado de *Agenda 2030 de desenvolvimento sustentável*,¹⁰⁷ onde foram

¹⁰⁴ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, op. cit., p. 30.

¹⁰⁵ Em Portugal, Virgínia Ferreira constatou que: “Com efeito, as trabalhadoras que foram mães antes dos 25 anos e têm 1, 2 ou 3 ou mais filhos/as, são penalizadas, respectivamente, em 10%, 12% e 15% do salário, relativamente às mulheres não mães. À semelhança do observado nos estudos já citados, os nossos resultados mostram que o diferencial salarial cresce com o número de filhos/as. Ou seja, o preço a pagar pelas mulheres jovens que decidem manter a actividade profissional depois de serem mães é tanto maior quanto maior é o número de crianças que têm.” Cf. FERREIRA, Virgínia. **A igualdade de mulheres e homens no trabalho e no emprego em Portugal**: políticas e circunstâncias. Lisboa: CITE, 2010. p. 33.

¹⁰⁶ Alguns países como Alemanha, Dinamarca, Finlândia, dentre outros, já investem em iniciativas para combater estereótipos de gênero no trabalho, apostando em programas escolares, tanto para meninas como para meninos, incentivando jovens a participarem e acompanharem de perto as profissões que não são de predominância do gênero a qual pertencem. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, op. cit., p. 46.

¹⁰⁷ O objetivo de número 5 foi intitulado de “Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas”, prevendo assim o seguinte rol de desdobramentos: “5.1 Acabar com todas as formas de discriminação contra todas as mulheres e meninas em toda parte. 5.2 Eliminar todas as formas de violência contra todas as mulheres e meninas nas esferas públicas e privadas, incluindo o tráfico e exploração sexual e de outros tipos. 5.3 Eliminar todas as práticas nocivas, como os casamentos prematuros, forçados e de crianças e mutilações genitais femininas. 5.4 Reconhecer e valorizar o trabalho de assistência e doméstico não remunerado, por meio da disponibilização de serviços públicos, infraestrutura e políticas de proteção social, bem como a promoção da responsabilidade compartilhada dentro do lar e da família, conforme os contextos nacionais. 5.5 Garantir a participação plena e efetiva das mulheres e a igualdade de oportunidades para a liderança em todos os níveis de tomada de decisão na vida política, econômica e pública. 5.6 Assegurar o

traçados dezessete objetivos firmados pelos Estados-membros para promover um desenvolvimento sustentável e erradicar a pobreza, incluindo entre eles, alcançar a igualdade de gênero através do empoderamento feminino.

Os números e as pesquisas comprovam que a discriminação de gênero é real e predomina em quase todos os países da mesma maneira.

Sem embargo, caberia ao Estado intervir quando necessário, incentivando e promovendo a igualdade de gênero no trabalho através de leis protetivas, que não prejudiquem a economia, não ofendam a livre iniciativa e por suposto, acabem criando uma discriminação invertida.

acesso universal à saúde sexual e reprodutiva e os direitos reprodutivos, como acordado em conformidade com o Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento e com a Plataforma de Ação de Pequim e os documentos resultantes de suas conferências de revisão. 5.a Realizar reformas para dar às mulheres direitos iguais aos recursos econômicos, bem como o acesso a propriedade e controle sobre a terra e outras formas de propriedade, serviços financeiros, herança e os recursos naturais, de acordo com as leis nacionais. 5.b Aumentar o uso de tecnologias de base, em particular as tecnologias de informação e comunicação, para promover o empoderamento das mulheres. 5.c Adotar e fortalecer políticas sólidas e legislação aplicável para a promoção da igualdade de gênero e o empoderamento de todas as mulheres e meninas em todos os níveis." ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas.** Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/ods5/>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

2 AS DISCRIMINAÇÕES POSITIVAS E O SEU TRATAMENTO JURÍDICO FRENTE AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A formação da identidade do indivíduo tende a seguir os padrões culturais dominantes, bem como a divisão sexual do trabalho é oriunda da distinção natural dos seres, assim, tem-se como marco simbólico o papel reprodutivo das mulheres e o papel de sustento e segurança aos homens. Dentro da divisão sexual do trabalho estes papéis de cada sexo irão “estabelecer na sociedade a separação central entre trabalho produtivo e remunerado e trabalho doméstico e reprodutivo”.¹⁰⁸

Com o advento do período industrial e a conseqüente dominação da produção de bens e serviços pelas indústrias, a mulher trabalhadora das classes menos abastadas acumula inevitavelmente uma dupla jornada de trabalho, tanto “dentro e fora de casa, ou se quisermos, dentro e fora da fábrica”.¹⁰⁹

Na produção fabril do período fordista-taylorista os trabalhos intelectuais ou aqueles exercidos com um maquinário mais sofisticado de capital intensivo eram predominantemente desempenhados por homens, enquanto o trabalho manual que demandavam funções de baixa qualificação e rudimentares eram executados por mulheres, criando-se assim, o que o Ricardo Antunes classificou como uma nova divisão sexual do trabalho.¹¹⁰

Esta representação iria repercutir na distribuição de ocupações na sociedade moderna, que em dado momento se daria em função do gênero. Desta forma, “encontramos 'funções masculinas' e 'atividades tipicamente femininas’”.¹¹¹

Por conseguinte, partindo do pressuposto histórico de Aristóteles sobre a igualdade, Aldacy Rachid Coutinho descreve que “a noção de igualdade é concretizada inicialmente em uma concepção negativa, qual seja, não tratar de forma distinta os iguais”.¹¹²

O direito nasce em geral de forma a não trazer em seu bojo jurídico fatores

¹⁰⁸ COUTINHO, Aldacy Rachid. Relações de gênero no mercado de trabalho: Uma abordagem da discriminação positiva e inversa. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 34, p. 13-34, dez. 2000. p. 14.

¹⁰⁹ ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo: Boitempo, 1999. p. 108.

¹¹⁰ Id.

¹¹¹ COUTINHO, op. cit., p. 15.

¹¹² Ibid., p. 20.

diferenciadores, exceto que exista motivo para tanto. Apesar de a natureza humana ser única, os seres humanos não são todos iguais. Existem diferenciações de raças, gêneros, idades, posições, dentre outras, que de certa forma vinculam o direito a observá-las, onde “a afirmação da desigualdade é reconhecimento de um direito à diferença”.¹¹³

A combinação dos elementos formal e material do princípio da igualdade permite ao Estado promover ações positivas que forcem uma correção automática das desigualdades geradas na sociedade. Essas ações positivas com ímpeto positivo desigualitário no âmbito de criação de leis podem ser vistas como discriminações positivas.

Tais discriminações possuem fundamentos antropológicos e axiológicos, podendo ser identificados como:

a) A compensação histórica de discriminações passadas; b) distintas oportunidades na concretude da vida real, por fatores econômicos, sociais ou culturais; situações essas que levam à necessidade da correção de distintas condições reais e fáticas, com a obrigação de diferenciação segundo critérios de racionalidade e proporcionalidade para diferença material.¹¹⁴

Assim, diante da realidade fática da condição da mulher no mercado de trabalho é possível identificar a presença de ambos os elementos acima descritos, vez que o precursor histórico¹¹⁵ se faz presente e também, na mesma senda a distinção de oportunidades no mercado de trabalho, tudo conforme comprovam as estatísticas mais modernas já mencionadas anteriormente.

Sem embargo, a combinação desses elementos é capaz de justificar a ação positiva do Estado em prol de um grupo segregado ou uma minoria desprivilegiada, com intuito de diminuir os níveis de desigualdades e promover “uma maior representatividade em todas as ocupações e posições sociais de grupos minoritários, como negros, asiáticos, mulheres, deficientes físicos,”¹¹⁶ dentre outros, assumindo um caráter temporário, ou seja, incidente até que a aparente

¹¹³ Ibid., p. 21.

¹¹⁴ Ibid., p. 22.

¹¹⁵ Joan Scott explica que: “Quando se legitimava a exclusão com base na diferença biológica entre o homem e a mulher, estabelecia-se que a ‘diferença sexual’ não apenas era um fato natural, mas também uma justificativa ontológica para um tratamento diferenciado no campo político e social.” SCOTT, op. cit., p. 26.

¹¹⁶ COUTINHO, op. cit., p. 24.

desigualdade desapareça por completo da sociedade.

O desenvolvimento das políticas de igualdade de oportunidades, que têm como “objetivo reduzir os graus de desigualdade e/ou mudar as bases que a justificam”,¹¹⁷ podem adotar estratégias diferentes nessa luta dependendo da forma que a discriminação se propaga.

Assim, a discriminação pode ser direta ou indireta. A primeira ocorre quando o tratamento diferenciado é destinado a uma pessoa ou grupo, apenas pela simples razão de pertencimento a uma categoria social diversa, influenciando um julgamento premeditado pelo gênero ou sexualidade, cor da pele, classe social, dentre outros. Segundo María Elena Valenzuela, a estratégia adotada para enfrentar a discriminação direta é a igualdade de tratamento que consiste na eleição de sanções legais para repreensão de tais condutas.¹¹⁸

Já a discriminação indireta, notadamente mais comum, se manifesta obscuramente através dos critérios estabelecidos pelos padrões institucionais de desigualdades, que não se limitam as simples condutas do sujeito, remanescendo mesmo “quando todos os indivíduos recebem tratamento igual”.¹¹⁹ Aqui, pode-se utilizar como exemplo a dificuldade de mulheres e negros ocuparem cargos de maior prestígio social. Em regra, as medidas de combate às discriminações indiretas se externam através de ações afirmativas.

É neste arcabouço jurídico que as discriminações positivas refletem uma tentativa social de promoção de condições aparentes para os indivíduos em perfeita sintonia como o princípio da igualdade, pois segundo Aldacy R. Coutinho, essas discriminações podem ser definidas como a “adoção de regras jurídicas que prevêm um tratamento desigual para certos grupos minoritários [...] com o fito de garantir-lhes igualdade de oportunidades na estrutura social”.¹²⁰

As discriminações positivas se traduzem tanto em leis de promoção da igualdade, como em ações afirmativas com intuito de compensação social, especialmente na criação de cotas, o que nem sempre trará um resultado esperado,

¹¹⁷ VALENZUELA, María Elena. Igualdade de oportunidades e discriminação de raça e gênero no mercado de trabalho no Brasil. In: POSTHUMA, Anne Caroline (Org.). **Abertura e ajuste do mercado de trabalho no Brasil: políticas para conciliar os desafios de emprego e competitividade**. São Paulo: Editora 34, 1999. p. 163.

¹¹⁸ Id.

¹¹⁹ Ibid., p. 164.

¹²⁰ COUTINHO, op. cit., p. 27.

podendo também, criar “situações inversas de discriminação”.¹²¹

Mesmo assim, o sistema de cotas produziu uma maior mobilização política acerca dos problemas de segregação racial do que de gênero, que por sua vez, ficaram limitados a “edição de regras jurídicas de combate”,¹²² que em determinado momento pareceu ser mais eficiente a esse tipo de discriminação, se revelando através do significado de igualdade salarial.

Quanto aos resultados do enfrentamento à segregação ocupacional pertinentes à discriminação indireta, foi notório que os países que adotaram estratégias de políticas afirmativas e de cotas, tiveram uma diminuição das desigualdades de forma mais considerável, no caso de resolução de questões de raça, do que aqueles países que utilizaram estratégias restritas apenas a vedações legais, principalmente direcionadas aos problemas de desigualdade de gênero.¹²³

De qualquer forma, a solução do problema de gênero sinalizou três diferentes soluções que passarão a ser exploradas daqui em diante.

A primeira um viés normativo impositivo através das discriminações positivas em um conteúdo jurídico que ganhou força com os movimentos constitucionalistas e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, elegendo em um segundo momento outra solução com características temporárias que ainda estariam em desenvolvimento, como é no caso das ações afirmativas, e por fim a resolução que propõe combater a segregação de gênero na percepção subjetiva da própria situação que gera o fato de desvantagem, de forma que o sujeito discriminado se sinta igual e tenha condições de pressionar a sociedade a aceitar a igualdade de oportunidades através do reconhecimento e da representação feminina.¹²⁴

2.1 A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO E O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO.

O fenômeno de constitucionalização dos Estados nacionais alavancaram, principalmente, após a Constituição francesa de 1848 e o constitucionalismo de cunho liberal, bem como, mais tarde, ao final da Segunda Grande Guerra, a

¹²¹ Ibid., p. 28.

¹²² Ibid., p. 30.

¹²³ VALENZUELA, op. cit., p. 168.

¹²⁴ COUTINHO, op. cit., p. 32-33.

formação do Estado Social e Democrático de Direito, que por sua vez, trouxe à baila do ordenamento jurídico a ideia de supremacia da Constituição, inerentes a todos os seus valores e princípios.

Contudo, em um sistema normativo pautado nesses valores e congruentes a esta hierarquização verticalizada de normas, devemos levar em conta que a constitucionalização dos ramos do direito em geral não enseja a “hiperinterpretação”¹²⁵ da Constituição Federal, com a consequente mitigação de regras de interpretação culturalmente aceitas de controle da cultura social sobre a atribuição de significado aos enunciados, de modo a gerar insegurança jurídica. Assim, a norma infraconstitucional deve ser interpretada com base no princípio da legalidade constitucional, que é um requisito imprescindível para uma uniformidade de interpretação, devendo ser afastada a simples referência aos códigos.¹²⁶

Após esse fenômeno, outra discussão ganhou terreno no campo jurídico, a chamada eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas entre os particulares, partindo do chamado *Drittwirkung*, expressão oriunda do cenário normativo alemão.¹²⁷

Assim, segundo Marcelo Schenk Duque, pode-se de pronto, levantar dois questionamentos específicos a cerca da fundamentabilidade da eficácia dos direitos e garantias fundamentais, sendo que o primeiro questionamento gira em torno de como uma norma de direito fundamental deve ser aplicada em uma relação jurídica entre particulares(?), derivando daí o segundo enfrentamento, que diz respeito a quais casos esses direitos vinculam os particulares (?).¹²⁸

Primeiramente, é necessário reconhecer quais direitos fundamentais podem ser aplicados entre os sujeitos particulares de forma a vinculá-los no campo obrigacional, para tanto o autor remete o estudo ao caso alemão *Drittwirkung der Grundrechte*, que poderia ser compreendido como a eficácia dos direitos

¹²⁵ PERLINGIERI, Pietro. Direito Civil Constitucional. In: **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Maria Cristina De Cicco. (Org.). Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p. 576.

¹²⁶ Id.

¹²⁷ Existe um debate jurídico na doutrina que confere ao direito norte-americano, com o *state action* instituído na 14ª Emenda à Constituição, o início de aplicação dos direitos fundamentais aos particulares, quando estes estavam investidos de alguma atribuição estatal. Cf. SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004. p. 226-237.

¹²⁸ DUQUE, Marcelo Schenk. Fundamentação em torno da chamada *drittwirkung* dos direitos fundamentais. In: **Direito privado, constituição e fronteiras**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 92.

fundamentais perante terceiros.¹²⁹

Duque explica ainda que, o ramo do direito que mais desenvolveu o *Drittwirkung* foi o campo do direito do trabalho, devido à peculiaridade de sua relação, onde temos um sujeito considerado mais forte (empregador) e outro mais fraco (empregado). Tais conceitos, também foram sendo incorporados por outros tipos de relações privadas, onde tal polarização é semelhante, ao exemplo das relações de consumo.¹³⁰

A pessoa humana passa a ser fundamento do Estado, e nas palavras deste mesmo autor: “Tal constatação fundamenta, no mínimo, a necessidade de observância dos direitos fundamentais nos negócios privados e, particularmente, pelas suas peculiaridades, nos contratos de consumo.”¹³¹ Destarte, que este tratamento dado aos direitos fundamentais como uma ordem de valores objetiva, abriu caminho para o reconhecimento de sua eficácia nas relações privadas em geral.

Um dos maiores desafios dos juristas é tentar buscar o equilíbrio entre os institutos do direito público e privado, ao modo em que um não sobreponha o outro, mas sim, haja uma sintonia entre essas esferas, sem que nenhuma saia do controle e prejudique a racionalidade efetiva do direito.

Ainda analisando a obra de Duque, o referido autor alia a ideia de que os direitos fundamentais também cumprem um papel importante na proteção de um indivíduo em face de outro indivíduo. Na perspectiva constitucional alemã, existem duas teorias que explicam a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, prevalecendo àquela que defende uma aplicabilidade indireta, ou seja, imediata, de tais direitos nas relações entre particulares.¹³²

Todo esse contexto está inserido no dever de proteção do Estado aos direitos fundamentais, entendendo-se como proteção, não somente na esfera

¹²⁹ Id.

¹³⁰ Ibid., p. 94-95. Neste sentido, conferir também a seguinte passagem “no contexto da sociedade contemporânea, só por mero preconceito se pode excluir os particulares, sobretudo os detentores de posição de poder social, da qualidade de destinatários dos direitos fundamentais (...). É por isso também que em certos domínios normativos, como o Direito do Trabalho e o Direito do Consumidor, que têm como premissa a desigualdade fática entre as partes, a vinculação aos direitos fundamentais deve mostrar-se especialmente enérgica, enquanto a argumentação ligada à autonomia da vontade dos contratantes assume peso inferior” na obra de SARMENTO, op. cit., p. 261 e 305.

¹³¹ Ibid., p. 100.

¹³² Ibid., p. 110.

estatal, mas também perante os sujeitos privados, sendo que “a ideia central é que no momento em que o Estado cria os pressupostos para manutenção da liberdade ele assume, com isso, a obrigação de manter e assegurar essa liberdade”,¹³³ sendo que quanto mais fraca for a parte relacionada, maior deve ser o dever de proteção e mais imediata será a eficácia dos direitos fundamentais abrangidos à relação jurídica, como é no caso dos empregados e consumidores.

Desta forma, no contexto do Estado moderno, percebeu-se que o dever de proteção do Estado também deve ser aplicado em face das ameaças à liberdade da pessoa nas relações privadas, isto diante do caráter especial que se auferiu ao desenvolvimento da personalidade do indivíduo e a nova roupagem dada ao princípio da dignidade da pessoa humana, que não mais se confundia com o conceito limitado de capacidade jurídica antigamente previsto no BGB alemão e no Código Civil brasileiro de 1916.¹³⁴

Assim, este dado momento histórico foi o estopim jurídico para o desenvolvimento da teoria de proteção normativa contra a discriminação entre particulares. O estudo da discriminação, que é multifatorial, pois se evidencia tanto quanto a raça, credo, etnia, condição social, gênero e outros, é um tema que não se esgota facilmente.

Paulo Mota Pinto ensina que a discriminação pode se manifestar juridicamente em três diferentes aspectos, manifestando-se através de “situações de discriminação (ou diferenciação) ilícita (proibida), situações de discriminação lícita (permitida), e, mesmo, situações de discriminação imposta (devida).”¹³⁵

Em casos de colisão entre princípios fundamentais em defesa de particulares, mesmo que um desses princípios envolvidos no conflito seja a igualdade, não poderia ela impor-se indistintamente perante a autonomia privada, “salvo em circunstâncias específicas, em que se deve afirmar a ilicitude da actuação discriminatória.”¹³⁶

Neste viés, a proteção contra a discriminação, que não pertence

¹³³ Ibid., p. 111.

¹³⁴ LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro. In: **A reconstrução do direito privado**. Judith Martins-Costa. (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 246.

¹³⁵ PINTO, Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Ingo Wolfgang Sarlet. (Org.). 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006. p. 367.

¹³⁶ Ibid., p. 371.

exclusivamente apenas ao indivíduo, mas pode ser invocada para refutar ações de desigualdade perante uma coletividade, ensina Paulo Mota Pinto que “tal protecção deve ser autonomizada, (...) e esta protecção visa não só evitar a exclusão do acesso a prestação, mas também salvaguardar a integridade dos membros do grupo.”¹³⁷

Este campo jurídico abre espaço para o desenvolvimento de um novo ramo do direito, agora denominado antidiscriminatório, que é uma variante decorrente do direito da diversidade,¹³⁸ auferindo a necessidade de protecção contra todo tipo de discriminação, fenómeno muito estudado no direito comunitário europeu, pelas grandes proporções teóricas e práticas instauradas naquele continente e pelo esforço das diretivas comunitárias que abordam o tema.

Com grande destaque no cenário europeu, a Diretiva 2000/43/CE, juntamente com a Diretiva 2000/78/CE e a Diretiva 2004/113/CE, foram marcos importantes, pois firmaram um conjunto de princípios que confere uma protecção mínima ao cidadão na União Europeia, contra a discriminação racial, religiosa, idade e orientação sexual, no caso da primeira, um tratamento igualitário no mercado de trabalho, no caso da segunda, e igualdade de tratamento entre homens e mulheres, na abordagem da terceira diretiva.¹³⁹

A partir de então, diversas diretivas foram estabelecidas na comunidade europeia no sentido de conferir protecção ao cidadão, inclusive em relações entre particulares, sendo que esta normatização supranacional obrigou os Estados a incluírem em seu bojo legislativo, atos e regulamentações semelhantes que cumprissem essas diretivas.

Esses movimentos ensejaram a criação, mesmo que de forma não expressa, de um princípio geral que compreende a proibição de discriminar na União Europeia, que pode também ser extensível ao direito privado.¹⁴⁰ Porém, cada país membro, dentro de sua esfera de competência deveria regular a introdução deste princípio

¹³⁷ Ibid., p. 372.

¹³⁸ Segundo Francisco J. Infante Ruiz, o direito da diversidade se considera como “un conjunto de valores y principios que se asienta sobre unas nuevas coordenadas de respeto de los sujetos y de la diversidad de las situaciones em que se encuentran.” INFANTE RUIZ, Francisco J. Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación en el derecho privado. In: **Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género**. Carolina Mesa Marrero. (Coord.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 191-192.

¹³⁹ Ibid., p. 198.

¹⁴⁰ Ibid., p. 205.

geral em seu ordenamento, de forma que conciliasse com os valores e regras já instituídas naquela sociedade.

Tomando como partida o direito alemão, Francisco J. Infante Ruiz, explica que a inserção do princípio antidiscriminatório no direito nacional alemão, foi uma das introduções mais intensas entre os países da União Europeia, que após as diretivas comunitárias, passou a adotar tal princípio, principalmente por causa do polêmico debate criado por um projeto de lei abrangente que inclui uma variedade de campos e disciplinas (AGG/2006), sendo uma lei que se preocupa com certa lógica para sistematizar os temas de directivas e torná-los aptos para o direito nacional alemão.¹⁴¹

Contudo, o autor faz o alerta, ressaltando que no direito privado a proibição de discriminar não é absoluta, demandando sempre uma razão objetiva para que haja a diferenciação. A doutrina alemã entende que essa razão objetiva existe para estabelecer um tratamento diferenciado no contrato quando pautada no interesse legítimo que se persegue pelo contratante e que o mesmo seja necessário. No caso da raça e etnia, a proibição, aí sim, seria absoluta.¹⁴²

Em sequência, o autor aborda mais especificamente o contexto da diversidade quanto à perspectiva do gênero feminino, ressaltando a importância das mulheres na construção da diversidade social e de cidadania, que por constituírem metade da população, na verdade não constituem uma minoria que precisaria de um tratamento protetivo específico, mas foi uma metade que ficou de fora da construção da sociedade e do direito ao longo dos séculos.¹⁴³

Infante Ruiz enumera algumas medidas que podem fazer parte de um programa de transformação social, sendo as principais delas, a equiparação da mulher e do homem nos cuidados dos filhos e dependentes; ações afirmativas em favor do gênero feminino; maior inclusão política das mulheres; uma normatização da discriminação diretamente por razões de sexo com a inversão do ônus da prova em favor do sujeito discriminado e uma tutela judicial com tramitação preferencial e sumária, em favor das vítimas de tais discriminações.¹⁴⁴

De forma conclusiva, o autor revela que não podemos nos dar por satisfeitos

¹⁴¹ Ibid., p. 206.

¹⁴² Ibid., p. 214.

¹⁴³ Ibid., p. 237.

¹⁴⁴ Ibid., p. 242-244.

com o trabalho realizado e afirmar que as atuais normas que buscam a igualdade de tratamento no direito em geral dos contratos estão estruturadas de uma maneira ótima, enquanto refletem normas meramente centralizadas na proibição das formas intoleráveis de discriminação.

Assim, ele propõe que se deve ir muito mais além, sendo o caminho transformar a diversidade na pedra angular do sistema e não um mero recurso dialético, ocupando o direito antidiscriminatório um papel estruturante.¹⁴⁵

2.2 A PROTEÇÃO AO TRABALHO DA MULHER COMO NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL.

Dentro do sistema normativo brasileiro, especificamente quanto a tutela constitucional, a figura feminina teve que aguardar a Constituição Federal de 1934 para obter a garantia de alguns poucos direitos, já que as Cartas anteriores não previam tais protecionismos.

Assim, com entrada em vigor da Constituição de 1934, o Estado Social e as regras trabalhistas começaram a constar expressamente no texto da norma maior e algumas delas especialmente destinadas às mulheres, umas constituindo avanços, como a proibição da diferenciação salarial por motivo do sexo e a licença maternidade, já outras significavam atrasos, como a proibição de trabalho em qualquer atividade insalubre.

Contudo, a evolução legislativa e o regramento protetivo às mulheres não se confundia com o desenvolvimento dos direitos fundamentais no Brasil. Em 1937, a chamada Constituição Polaca, derivada do Governo Vargas, restringiu diversos direitos e liberdades individuais, inclusive, instituindo a possibilidade de pena de morte e a censura prévia.¹⁴⁶

Em 1946 o quadro dos direitos e garantias fundamentais volta a mudar, principalmente com o banimento da pena de morte e a instituição de novos direitos trabalhistas, tais como o repouso semanal remunerado e o direito de greve.

Excetuadas as Constituições de 1964 e 1967 derivadas do golpe militar, que em parte mantiveram formalmente a Constituição de 1946, entretanto submeteram

¹⁴⁵ Ibid., p. 245.

¹⁴⁶ GUIMARÃES, Ylves José de Miranda. **Comentários à constituição**: direitos e garantias individuais e coletivas. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 2.

graves restrições aos direitos fundamentais através de seus atos institucionais antidemocráticos. Somente com o término do regime militar e a promulgação da Constituição de 1988 é que houve a ampliação e a consagração do rol de direitos e garantias fundamentais que conhecemos até os dias de hoje.

As Constituições modernas, não diferente a brasileira de 1988, seguem um processo de universalização dos valores do constitucionalismo, onde os direitos fundamentais compõem o seu núcleo essencial, até mesmo como forma de garantir a legitimação do sistema político vigente.¹⁴⁷

Não é à toa que “no mundo atual o reconhecimento constitucional de um rol mais ou menos extenso de direitos fundamentais é fenômeno facilmente constatável, sendo possível afirmar o mesmo em relação à democracia”.¹⁴⁸

É neste sentido, que o estado constitucional como sucessor do estado liberal aufere os direitos e garantias fundamentais como instrumento legítimo para que os indivíduos tutelados possam exercer a maioria desses direitos da melhor maneira.

Destarte, o constituinte de 1988 se preocupou de forma bastante insistente com os direitos fundamentais de uma nova ordem, pois conforme leciona Paulo R. Schier:

É, ademais, uma constituição preocupada e comprometida com a afirmação da democracia. Afinal, a sociedade brasileira vinha de longo período de experiência autoritária decorrente de um golpe militar levado a efeito em 1964 e que nada primou pelo respeito aos direitos fundamentais. Logo, a Lei Fundamental de 1988 buscou romper com um passado antidemocrático, marcado pela tortura, pelo medo e pela negação das liberdades constitucionais. Esta mesma constituição, igualmente, buscou garantir uns poucos direitos já incorporados ao patrimônio civilizatório nacional, bem como propor uma ampla gama de direitos sociais prestacionais e normas programáticas buscando a criação de um projeto emancipatório para a comunidade, o que implicou na tentativa de revisão do próprio papel do Estado.¹⁴⁹

Tamanha é essa preocupação com a manutenção do modelo atual, que além das cláusulas pétreas, é conferida especial prioridade na proteção dos direitos fundamentais, eis que a Constituição, além de rígida, estabelece critérios muito específicos em seu art. 60 para sua alteração ou modificação.

¹⁴⁷ FARIA, José Eduardo. **O Brasil pós-constituinte**. São Paulo: Graal, 1989. p. 11.

¹⁴⁸ SCHIER, Paulo Ricardo. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia: campo de tensão. **Revista direitos fundamentais e democracia**, Curitiba, v. 6, n. 6, p. 250-260, jul./dez. 2009. p. 251.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 254.

É certo mencionar ainda, que o rol de direitos fundamentais que foram consagrados na CF não se exaure apenas em seu Título II, pois conforme o próprio artigo 5º, §2º, tido como cláusula geral de abertura, elenca que não se excluem outros princípios previstos ao longo do texto constitucional, bem como àqueles incorporados por tratados internacionais em que o Brasil seja signatário.¹⁵⁰

Ingo W. Sarlet e Rodrigo Goldschmid descrevem que a noção de abertura material do rol de direitos fundamentais também é vista no *caput* do art. 7º da CF, quando dispõe que os direitos dos trabalhadores não se limitam à própria listagem de direitos ali previstos e que outros princípios que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores podem integrar esta base fundamental.¹⁵¹

Neste sentido, é possível verificar em outras passagens do próprio texto constitucional a fundamentabilidade do direito ao trabalho, como nos artigos 170 (valorização do trabalho humano na ordem econômica), 193 (primado do trabalho na ordem social) e 205 (base educacional para a qualificação ao trabalho), o que torna o rol do art. 7º, simplesmente exemplificativo.¹⁵²

Mas essa gama de direitos fundamentais destinada aos trabalhadores não se restringe aos princípios explícitos na CF, sendo que a própria fonte criadora do Direito do Trabalho é formada, pelo talvez mais importante deles, o princípio da proteção. Sobre o princípio da proteção, destaca-se a lição de Américo Plá Rodriguez:

O princípio da proteção se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador. Enquanto no direito comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes.¹⁵³

¹⁵⁰ Cf. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 113. E ainda: MELLO, Celso de A. O §2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo L. (Coord). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 1.

¹⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang; GOLDSCHMID. A assim chamada abertura material do catálogo de direitos fundamentais: Uma proposta de aplicação às relações de trabalho no Brasil. **Revista direitos fundamentais e democracia**, Curitiba, v. 17, n. 17, p. 25-42, jan./jun. 2015. p. 27.

¹⁵² *Ibid.*, p. 29.

¹⁵³ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios do direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2000. p. 83.

Para Maurício Godinho Delgado, o princípio da proteção constitui o chamado núcleo basilar de princípios especiais¹⁵⁴ que regem o Direito do Trabalho, no intuito de colocar em pé de igualdade, empregados e empregadores, corrigindo-se assim, a desigualdade socioeconômica ou “o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho”.¹⁵⁵

Esta noção de tutela obreira, em seu longo alcance, está inserida em quase todos os demais princípios do direito juslaboral, contudo, o princípio da proteção, conforme ensinou Américo Plá Rodriguez, se desdobra em três outros princípios: o princípio do *in dubio pro operario*, o princípio da norma mais favorável e o princípio da condição mais benéfica,¹⁵⁶ que não serão tratados especificamente nesta pesquisa.

O que importa refletir aqui, é que “o elenco de direitos fundamentais dos trabalhadores não poderá ser objeto de redução (no sentido de supressão de algum dos direitos enunciados), mas sim, de ampliação.”¹⁵⁷

Este leque protetivo da condição do trabalhador hipossuficiente, mais precisamente sobre o art. 7º da CF em seu *caput*, segundo Ipojucan Demétrius Vecchi, “estabelece um *modus* operativo e interpretativo que deverá ser seguido não só pelo Poder Judiciário, mas também pelos poderes Executivo e Legislativo (eficácia vertical), bem como alcançado aos particulares (eficácia horizontal).”¹⁵⁸

Destarte, que somente com essa base teórica já seria possível afirmar que o rol de direitos fundamentais elencados no art. 7º da CF e outros princípios implícitos “consiste numa espécie de 'patrimônio jurídico mínimo do trabalhador’”.¹⁵⁹

Assim, o constituinte originário visou assegurar em um rol, não taxativo, a base principiológica mínima para garantir condições de trabalho dignas aos empregados que estão do lado mais fraco da relação contratual. Todavia, como dito em notas introdutórias deste estudo, a proteção do trabalho da mulher não foi deixada de lado, ao revés, mereceu destaques no inciso XX do art. 7º da CF,

¹⁵⁴ Esta expressão corresponde a síntese do Capítulo II do livro Princípios de direito individual e coletivo do trabalho. Cf. DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2001.

¹⁵⁵ Ibid., p. 198.

¹⁵⁶ Ibid., p. 198-216.

¹⁵⁷ SARLET; GOLDSCHMID, op. cit., 30.

¹⁵⁸ VECCHI, Ipojucan Demétrius. **Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional**. 2. ed. Passo Fundo: UPF, 2007. p. 105.

¹⁵⁹ SARLET; GOLDSCHMID, op. cit., 31.

garantindo que a “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”¹⁶⁰ é um direito fundamental a ser assegurado e buscado pelo Estado.

Tal preocupação legislativa não enseja incoerência ao disposto no artigo 5º, I da CF, pelo contrário, efetiva o princípio da igualdade em seu plano material e compensa o histórico de desigualdades sofrido pelas mulheres.

No ano subsequente à promulgação da CF/1988 surgiram propostas legislativas tentando regulamentar o inciso XX da Carta Magna, aos exemplos dos projetos de lei que tramitaram na Câmara dos Deputados, nº 1.857/1989¹⁶¹ e nº 2.350/1989¹⁶² (posteriormente anexado ao primeiro), com justificativas de proteção ao mercado de trabalho da mulher, principalmente no que tange ao ingresso ao emprego, condenando condutas de empresas que exigiam atestados de gravidez de mulheres, revistas íntimas, transferência de funções no período da gestação com a finalidade de evitar trabalho insalubre, ou outras atividades que colocassem em risco a empregada gestante, dentre outros. Ambos os projetos citados não obtiveram sucesso e foram arquivados.

Mesmo assim, tal marco foi importante para estabelecer outras leis que vieram nos anos seguintes, inclusive suprimindo e renovando a legislação trabalhista que outrora visava proteger o trabalho feminino.

2.2.1 Substrato normativo

A proteção à mulher foi uma das diretrizes pertencentes a um sistema global de promoção dos direitos humanos, desencadeada no período que sucedeu a Declaração Universal dos Direitos dos Homens de 1948 pela ONU, apresentando nas décadas seguintes a real necessidade do estabelecimento de um documento próprio para as mulheres, que ganhou o nome de Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979).

¹⁶⁰ BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 17 jun. 2017.

¹⁶¹ BRASIL. Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 1.857/1989. Dispõe sobre a proteção do mercado de trabalho da mulher. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 29 mar. 1989. p. 1493.

¹⁶² BRASIL. Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 2.350/1989. Regulamenta o inciso XX do art. 7º da Constituição Federal, referente a proteção do mercado de trabalho da mulher, e da outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 23 maio. 1989. p. 3888.

Mesmo o texto desta Convenção não ser o pioneiro da ONU a tratar sobre direitos das mulheres, foi um dos mais importantes por diversos fatores, em especial pela linha de objetivos traçados e idealizados em seu artigo 1º, que preconiza:

Para os fins da presente Convenção, a expressão "discriminação contra a mulher" significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.¹⁶³

Merecem destaque ainda, para a finalidade desse estudo, os textos dos artigos 4º e 11º da presente Convenção, onde o primeiro permite a adoção de “medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher”¹⁶⁴ pelos Estados signatários, prevendo assim, a promoção de políticas públicas como é o caso das ações afirmativas. Já o segundo, prevê a adoção de “medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera do emprego”,¹⁶⁵ com um vasto rol de garantias peculiares ao trabalho feminino.

Contudo, apesar das grandes conquistas advindas pela Convenção da ONU a mesma não trouxe nenhuma previsão de combate a violência doméstica na esfera privada, que junto ao pleito de melhores condições de trabalho era uma das principais reivindicações dos movimentos feministas da época.

Posteriormente, na década de 1990 partes dos anseios pelo combate a violência foram atendidos e sobreveio a Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, adotada 1994 pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos - OEA, também ratificada pelo Brasil. Tal Convenção foi de grande relevância para o cenário nacional, pois a mesma ficou conhecida como Convenção de Belém do Pará.¹⁶⁶

¹⁶³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres**. 18 dez. 1979. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001393/139389por.pdf>>. Acesso em 15 nov. 2017.

¹⁶⁴ Id.

¹⁶⁵ Id.

¹⁶⁶ A Convenção de Belém do Pará foi pioneira em reconhecer a violência (física, sexual e psicológica) explícita contra a mulher, tanto na esfera pública, como privada, entendendo que tais atos incorporam o conceito de discriminação. BRASIL. Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher,

Antes disso, a legislação trabalhista de proteção ao trabalho da mulher estava restrita ao Capítulo III da CLT (artigos 372 a 401) somada a outras leis esparsas de pouca visibilidade. Na época da formação da Consolidação Trabalhista, o Capítulo III que foi intitulado como “Da proteção ao trabalho da mulher” foi subdividido em seis seções diferentes, onde cada uma delas buscou tratar especificamente (I) da duração do trabalho e da discriminação contra a mulher; (II) do trabalho noturno; (III) períodos de descanso; (IV) métodos e locais de trabalho; (V) proteção à maternidade e (VI) penalidades no descumprimento.¹⁶⁷

Ao longo dos anos diversos artigos ali previstos foram caindo em desuso, revogados ou substituídos para acompanharem a evolução e as conquistas das mulheres no plano trabalhista. Dentro desses exemplos, teríamos a revogação dos artigos que proibiam o trabalho noturno pela mulher (considerado aquele exercido entre as 22:00 horas até as 05:00 horas) e a proibição do trabalho em locais insalubres ou perigosos, inclusive em minerações, pedreiras e obras da construção civil.

É nítido que a intenção do legislador da década de 40 era resguardar o trabalho da mulher considerando os costumes da sociedade patriarcal e a própria condição de submissão da mulher. Mesmo assim, alguns dos artigos deste capítulo que foram trazidos originariamente com a CLT, ou que foram inseridos posteriormente através de leis complementares e que remanescem até hoje, continuam sendo de grande importância no seio protetivo, ao exemplo do art. 373-A, com redação inclusa pela Lei 9.799/1999, que por sua vez em combinação com a Lei 9.029/1995 tornam a prática de exigir exame ou atestado da condição de esterilidade ou gravidez, na admissão ou na permanência do emprego, como crime passível de detenção de um a dois anos e multa, outorgando como sujeitos ativos deste ato criminoso a pessoa física do empregador, seu representante, ou dirigente, sendo este não somente das instituições privadas como também o da administração pública que assim o fizer.¹⁶⁸

concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2 ago. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm>. Acesso em: 15 nov. 2017.

¹⁶⁷ BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 25 nov. 2017.

¹⁶⁸ BRASIL. Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e

Outro dispositivo importante que continua vigorando é o art. 377 que confere às medidas de proteção ao trabalho feminino o *status* de ordem pública. Pode-se citar também o artigo 384, que apesar de revogado pela nova Lei 13.467/2017, estabeleceu uma importante discriminação positiva em favor do gênero feminino, abordagem que será merecedora de comentários específicos no tópico posterior. Tem-se ainda o art. 392 e seus parágrafos, que dentro da seção de proteção à maternidade, estabelece em seu §4º, inciso I, que é assegurado a empregada gestante a transferência de função durante a gravidez que enseje cuidados especiais ou risco ao feto, garantindo o retorno a função original após o período de encerramento do afastamento.

Inexorável mencionar que durante a criação da CLT, estava em vigor o Código Civil de 1916,¹⁶⁹ que além de outras restrições, condicionava a mulher casada como incapaz de realizar certos atos da vida civil e profissional. Somente em 1962, com a Lei nº 4.121, que ficou conhecida como Estatuto da Mulher Casada é que a situação começa a traçar outros rumos, mesmo que de forma tardia.¹⁷⁰

Contudo, somente com a convocação do Poder Constituinte em 1985 e a promulgação da Constituição Cidadã, que contou com grande apoio da população e do sistema político, é que os traços do paternalismo do Código Civil de 1916 foram deixados de lado. Dentro deste contexto normativo, impossível deixar de citar uma

esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 abr. 2000. p. 1.

¹⁶⁹ Gustavo Tepedino esclarece que o Código Civil de 1916 “é fruto das doutrinas individualistas e voluntarista que, consagradas pelo Código de Napoleão e incorporadas pela codificação do século XIX, inspiravam o legislador brasileiro quando na virada do século, redigiu o nosso Código Civil de 1916. Aquela altura o valor fundamental era o indivíduo. O direito privado tratava de regular, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito, notadamente o contratante e o proprietário, os quais por sua vez, a nada aspiravam senão ao inquilinamento e todos os privilégios feudais: pode contratar, fazer circular riquezas, adquirir bens como expansão da própria inteligência e personalidade, sem restrições ou entraves legais. Eis aí a filosofia do século XIX, que marcou a elaboração do tecido normativo consubstanciado no Código Civil.” Cf. TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 2.

¹⁷⁰ Paulo Luiz Netto Lôbo faz a seguinte abordagem sobre o advento da Lei nº 4.121/1962, a qual “representou o marco inicial da superação do poder marital na sociedade conjugal e do tratamento legal assimétrico entre homem e mulher. Foi saudada como a lei da abolição da incapacidade feminina. Com efeito, foram revogadas diversas normas consagradoras da desigualdade, mas restaram traços atenuados do patriarcalismo, como a chefia da sociedade conjugal e o pátrio poder, que o marido continuou a exercer “com a colaboração da mulher”; o direito do marido de fixar domicílio familiar, embora com a possibilidade de a mulher recorrer ao juiz; e, o que é mais grave, a existência de direitos e deveres diferenciados em desfavor da mulher.” Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Igualdade conjugal direitos e deveres. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 226.

passagem relevante encontrada no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, em seu art. 10º, inciso II, alínea “b”, onde é prevista a garantia da mulher gestante contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, desde o momento em que seja confirmada o estado gravídico até cinco meses após o parto do nascituro.

A própria Constituição Federal de 1988 estabelece um leque de princípios e regras de cunho protetivo às mulheres, algumas disposições já mencionadas anteriormente, e outras de relevo que constituem exceções ao princípio isonômico previsto no art. 5º, I. São exemplos claros a possibilidade de aposentadoria com idade ou tempo de contribuição inferior para as mulheres em relação aos homens (arts. 40, §1º, III, “a” e “b”; e 201, §7º, I e II da CF) e a exclusão do serviço militar obrigatório em tempo de paz (art. 143, §2º da CF).

Além disso, o art. 226 da CF quando trata do núcleo familiar, em seu §5º estabelece condições iguais para o exercício de direitos e deveres entre homens e mulheres na sociedade conjugal.

O artigo 226 da CF em conjunto com os dispositivos da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher foram utilizados como referência para a criação da Lei 11.340/2006, que ficou conhecida como Lei Maria da Penha, representando um dos maiores avanços no que tange à proteção da mulher contra a violência doméstica e familiar.

Outras legislações também merecem destaques especiais nesta conjuntura, como a Lei nº 9.504 de 1997, a qual adota uma cota mínima para candidatas do sexo feminino nas eleições em geral, reservando e garantindo que 30% das candidaturas dos partidos políticos ou coligações sejam compostas de mulheres.

Recentemente a Lei 13.271/2016 criou mecanismos que visem coibir, que empresas dos setores público e privado adotem práticas de revista íntima em funcionárias e clientes mulheres, sob pena de aplicação de multa que são revertidas aos órgãos de proteção dos direitos das mulheres.

Todo este arcabouço jurídico faz parte de uma rede de reivindicações por parte de mulheres do mundo todo, onde cada um dos três poderes desempenha o seu papel em questão. Na sequência, será possível analisar o trabalho do Poder Judiciário no que tange a aplicação das leis de cunho protetivo ao gênero feminino, especialmente no que se refere a execução das chamadas discriminações positivas.

2.2.2 As discriminações positivas como *hard cases*, o direito como integridade e o papel do Poder Judiciário perante a análise de um caso concreto.

É no controle de constitucionalidade que o papel do Judiciário tem relativizado o cenário de atuação do Legislativo e do Executivo, às vezes ensejando uma estabilização da democracia e por outras “tem mais contribuído para a lesão à democracia pela sua inação do que, propriamente, por uma postura ativista”.¹⁷¹

Conforme destaca Paulo R. Schier, quando se refere sobre o ativismo judicial, “que tem gerado, inclusive, certa preocupação. Sabe-se que no contexto dos chamados estados constitucionais o Poder Judiciário desempenha papel relevante no quadro de afirmação dos direitos fundamentais, mormente os sociais.”¹⁷² Assim, este ativismo que se propõe, pode se enquadrar no limite do aceitável pelas novas tensões institucionais existentes nos estados democráticos.¹⁷³

Sobre o papel da Corte Constitucional, Ronald Dworkin desenvolveu uma teoria jurídica completamente autônoma e capaz de fazer frente aos velhos padrões do positivismo, convencionalismo, jusnaturalismo e inclusive do pragmatismo, na busca de soluções para os chamados *hard cases*.

Em suas principais obras, como “*Levando os direitos a sério*” e “*O império do direito*”, que serão aqui analisadas conjuntamente, Dworkin descreve o que pretende com uma visão de conjunto ao ter o direito como integridade, rejeitando a discussão se os juízes descobrem ou inventam o direito, mas propondo o raciocínio de que eles fazem ambas as coisas e nenhuma delas.¹⁷⁴

Antes disso, traz uma série de críticas ao convencionalismo jurídico¹⁷⁵ e ao pragmatismo.¹⁷⁶ No caso do convencionalismo, Dworkin revela que em casos de

¹⁷¹ BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 174.

¹⁷² SCHIER, op. cit., p. 259.

¹⁷³ Id.

¹⁷⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 271.

¹⁷⁵ O convencionalismo pode ser fracionado ou visto em diversas formas, mas no campo jurídico, Dworkin o vê como um modelo teórico do direito onde sua força normativa estaria fundada na prática e no convívio social, estritamente ligado a decisões políticas passadas, estendendo este debate com o filósofo do direito H. L. A. Hart. Cf. HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

¹⁷⁶ Já o pragmatismo não está ligado aos pressupostos fundantes do direito e a sua moral, mas diretamente ao conteúdo prático e racional (razoabilidade) do que pode ser feito no futuro. Tal embate

soluções simples não há nenhum embaraço, pois tal teoria justifica uma coerção limitada e subordinada aos fatos previamente e universalmente conhecidos, demandando da autoridade ou do julgador aplicar a norma de forma individualizada a tal questão de fato, seja ela justa ou não.¹⁷⁷

Para Dworkin, o problema do convencionalismo surge quando os julgadores se deparam com os chamados casos difíceis, diante da ausência de normas aplicáveis aos casos concretos, ou pelo conflito de duas ou mais normas aplicáveis ao mesmo caso. É neste ponto que Hart tenta explicar seu complexo sistema que transcende a união de regras primárias, onde as regras secundárias intermetem critérios de validade às normas estabelecendo limites ao liame do direito. A chamada “zona de penumbra”¹⁷⁸ é tida como um setor inatingível pelas regras de reconhecimento, ensejando assim, inevitavelmente um poder discricionário por parte do juiz.

Assim, Dworkin irá afirmar que o convencionalismo não é capaz de solucionar tal revés, acarretando pontos de contradição teórica sobre o que seria o direito e apontando que na discricionariedade judicial existem medidas baseadas em decisões pessoais do juiz. Este conceito já havia sido criado por Dworkin, quando o mesmo explica que essas regras secundárias de reconhecimento levariam a um genuíno teste de *pedigree*, onde tais regras, de forma impositiva, submeteriam outras regras a determinadas condições (formais) para validar o status de verdadeira regra jurídica ou não.¹⁷⁹

Com relação ao pragmatismo jurídico, que de certa forma rejeita as decisões políticas ultrapassadas, mas que por razões estratégicas adota disfarçadamente a decisão real, é uma teoria que segundo as críticas de Dworkin, trataria os juízes como “arquitetos de um futuro melhor, livres da exigência inibidora de que, em princípio, devem agir coerentemente uns com os outros”.¹⁸⁰ Ou seja, o julgador aqui, teria autonomia para ignorar as coerências articuladas em decisões do passado (valores), em prol do melhor futuro para a comunidade. Para o autor, os pragmatistas

foi travado entre Dworkin e Richard A. Posner. Cf. POSNER, Richard A. **The problematic of moral and legal theory**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2002.

¹⁷⁷ DWORKIN, 2007, op. cit., p. 145.

¹⁷⁸ HART, H. L. A, op. cit., p. 158.

¹⁷⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 27-28.

¹⁸⁰ DWORKIN, 2007, op. cit., p. 489.

não conseguem explicar com veemência como os juízes devem decidir o que seriam essas melhores consequências para o futuro.

Em resposta a tais teorias, Dworkin sugere que o direito seja interpretado como uma integridade de princípios que estão à disposição e são comuns a uma determinada comunidade, exigindo aos juízes que estes solucionem as demandas através dos argumentos jurídicos e normativos mais coerentes, interpretando as práticas sociais juntamente com a moral, tornando assim, um ideal político. Aqui a ideia positivista de lacuna no direito é descartada e o direito passa a estabelecer uma relação mais próxima à moral.

Neste sentido, Dworkin não crê na criação de novos direitos quando solucionados casos difíceis, pois ao julgador não cabe tal tarefa, mas acredita que as respostas podem ser obtidas sempre através da luz interpretativa dada aos princípios, fundada em um direito preexistente, ao qual o juiz deve indicar. Para tanto, cria a metáfora do “Juiz Hércules”¹⁸¹ que é a figura de um julgador super humano que poderia responder qualquer questão para determinados casos jurídicos.

O Juiz Hércules deve pautar-se em razões de equidade limitando a “força gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar tais decisões.”¹⁸² Assim, Hércules deve fundamentar suas decisões de forma equânime entre os princípios justificadores e as decisões já tomadas anteriormente pelo tribunal em casos semelhantes.¹⁸³

Logicamente, seguindo essa explanação, Hércules então não estaria criando direitos e muito menos inserido na discricionariedade, mas utilizando de princípios e teses basilares já existentes no direito, para solucionar de forma mais adequada os casos difíceis que cheguem ao seu gabinete.

Contudo, ao se deparar com a ideia de que os juízes antecessores ao Juiz Hércules, possam ter sido descuidados ou desatentos, diferentemente de Hércules, Dworkin desenvolve a teoria dos erros institucionais, dividindo tal em duas partes principais.

A primeira parte menciona quais seriam as consequências de se considerar um fato como um erro institucional, subdividindo-se em duas suposições diferentes.

¹⁸¹ DWORKIN, 2002, op. cit., p. 165.

¹⁸² Ibid., p. 177.

¹⁸³ Ideia de “trama inconsútil”. Ibid., p. 182.

A primeira subdivisão elenca a capacidade da autoridade de produzir um determinado evento e afetar a força gravitacional desse mesmo evento sem comprometer essa autoridade. A segunda subdivisão trata dos erros enraizados e erros passíveis, onde os primeiros dizem respeito aqueles erros que não perdem a autoridade específica mesmo que percam a força gravitacional, já os segundos seriam erros em que se perdendo a força gravitacional, se perde também a autoridade específica.¹⁸⁴

A segunda parte da teoria dos erros institucionais envolve um esquema de princípios, onde o Juiz Hércules poderá utilizar de duas máximas, sendo que “a equidade vincula-se á história institucional não apenas enquanto história, mas como um programa político ao qual o governo se propõe a dar continuidade no futuro”¹⁸⁵ e que “o argumento da equidade que exige consistência não é o único argumento de equidade ao qual devem responder o governo em geral, e os juízes em particular.”¹⁸⁶ Em outras palavras, caso Hércules entenda que a justificação dada a um princípio no passado não serve mais para novas decisões no presente, a equidade perde suas forças e se mostra inutilizada, bem como se tal justificação dessa base principiológica tiver se tornado injusta, a equidade agora se torna inválida.

Em busca do que seria considerada como a “resposta correta”, Dworkin propõe em outro texto, uma segunda metáfora, a do romance em cadeia, que diz respeito ao diálogo dos juízes com a história construtiva da decisão judicial. A noção de romance em cadeia sugere que vejamos os diversos juízes que atuam em um determinado caso (processo), como autores literários que devem dar continuidade à obra (romance), de onde o julgador (autor) anterior parou, incluindo aqui a sua autoria crítica própria, escrevendo assim, um novo capítulo.¹⁸⁷

Mais tarde, em seu livro *“Uma questão de princípio”*, Dworkin irá complementar este ideário afirmando que:

Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira

¹⁸⁴ Ibid., p. 189-190.

¹⁸⁵ Ibid., p. 191.

¹⁸⁶ Id.

¹⁸⁷ “Deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes.” DWORKIN, 2007, op. cit., p. 276.

como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance escrito até então. [...]. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturadas, convenções e práticas são a história.¹⁸⁸

Este aporte é relevante para o conceito de direito como integridade proposto por Dworkin, que segundo a leitura de José Emílio Ommati, podemos entender que o Juiz Hércules não necessita decidir todos os casos sozinho, ressaltando que o direito para ser enxergado como integridade requer “atenção à história e se essa história jurídica se produziu a partir de decisões passadas, decisões essas que foram produzidas em um processo, logicamente esse processo para ser válido utilizou-se dos argumentos das partes para a produção da decisão.”¹⁸⁹

Revela-se assim, que é através do conceito de integridade que o julgador deve buscar sempre a melhor saída para o litígio, levando em consideração um panorama moral do ordenamento jurídico.

Deste modo, para adequar a teoria de Dworkin às noções das discriminações positivas no âmbito laboral, de modo exemplificativo, elege-se a análise de um caso concreto bastante peculiar ao Supremo Tribunal Federal, que envolveu a discussão sobre a constitucionalidade ou não do art. 384 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Mesmo perante o futuro desuso do atual artigo 384 da CLT, diante de sua revogação pela Lei. 13.467/2017 que ficou conhecida como Reforma Trabalhista, não existe exemplo mais específico do que este em matéria trabalhista e a respeito de diferenciação de gênero, para a compreensão do entendimento do Supremo sobre o assunto.

A (in)constitucionalidade do artigo 384 da CLT foi muito debatida pela doutrina e jurisprudência após o advento da CF/88. Instaurado o conflito quando a Carta Magna firmou em seu art. 5º, *caput* e inciso I, o princípio da igualdade em sua roupagem formal.

De início, por conceder um intervalo especial somente às mulheres, excluindo a princípio os homens desta prerrogativa, restou subentendido que o

¹⁸⁸ DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 238.

¹⁸⁹ OMMATI, José Emílio Medauar. A teoria jurídica de Ronald Dworkin: o direito como integridade. In: DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. (Coord.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 162.

referido artigo violava os preceitos insculpidos na Constituição de 1988, sendo assim, considerado inconstitucional e revogado tacitamente pela maioria esmagadora da doutrina e jurisprudência pátria.

Por outro lado, surgia timidamente outro entendimento a respeito do assunto, que nos últimos anos veio ganhando força no Judiciário, visão esta que pregava pela constitucionalidade do referido dispositivo, relatando que o mesmo não conflita com o princípio da isonomia.

Assim, dois entendimentos foram firmados. A primeira corrente defendia a inconstitucionalidade do artigo 384, basicamente por não encontrar guarida constitucional, alegavam ainda que não havia nenhuma base científica que sustente a proteção especial de conceder um descanso específico somente as mulheres em detrimento aos homens. Além de tudo, se observava que a referida norma, na prática, era prejudicial às mulheres, pois se sustentava que os empregadores iriam preferir a contratação de empregados homens, já que estes não precisavam ter este intervalo concedido no caso de prestação de serviços em jornada extraordinária.

Por outro lado, a corrente que defendia a constitucionalidade do artigo 384 da CLT focava em bases argumentativas no sentido de que o referido dispositivo trata de uma norma de saúde, sendo questão de ordem pública e assim não podendo ser revogado. Qualquer revogação deste artigo seria uma afronta ao princípio do não retrocesso social e ao longo processo histórico de conquistas por parte das feministas.¹⁹⁰

O Pleno do Tribunal Superior do Trabalho se pronunciou em novembro de 2008, no julgamento do incidente de inconstitucionalidade em recurso de revista nº IIN-RR-1.540/2005-046-12-00.5,¹⁹¹ decisão na qual a corte trabalhista reconheceu

¹⁹⁰ A questão em comento foi abordada na 1ª Jornada de Direito do Trabalho. A jornada foi realizada em novembro de 2007, sendo obra conjunta da Anamatra (Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho), do Tribunal Superior do Trabalho e da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados do Trabalho (Enamat), com apoio do Conselho Nacional das Escolas de Magistratura do Trabalho (Conematra). No meio de toda polêmica que o assunto gerava, foi aprovado naquela oportunidade, enunciado totalmente inovador: Enunciado 22. ART. 384 DA CLT. NORMA DE ORDEM PÚBLICA. RECEPÇÃO PELA CF DE 1988. Constitui norma de ordem pública que prestigia a prevenção de acidentes de trabalho (CF, 7º, XXII) e foi recepcionada pela Constituição Federal, em interpretação conforme (artigo 5º, I, e 7º, XXX), para os trabalhadores de ambos os sexos. ANAMATRA. **1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2008. p. 32.

¹⁹¹ “EMENTA: MULHER - INTERVALO DE 15 MINUTOS ANTES DE LABOR EM SOBREJORNADA - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 384 DA CLT EM FACE DO ART. 5º, I, DA CF. 1. O art. 384 da CLT impõe intervalo de 15 minutos antes de se começar a prestação de horas extras pela

pela primeira vez, por maioria dos votos, a constitucionalidade do intervalo de quinze minutos para uma trabalhadora que cumpria horas extras.

Vários argumentos foram utilizados pelos Ministros do TST para justificar a constitucionalidade do artigo 384 da CLT, embora o mais contundente seja ainda, o fato da diferenciação da compleição física entre homem e mulher, justificativa exemplificada nos acórdãos que seguiram para julgamento.

Não obstante, após a decisão final do TST, o processo pioneiro sobre o tema que chegou ao STF utilizando de supostas violações constitucionais dos artigos 5º, I e 7º, XXX da CF, criou a repercussão geral nº 528 e conseqüentemente o Recurso Extraordinário nº 658.312/SC¹⁹² foi recebido pelo Plenário do Supremo possuindo nítida matéria constitucional por afrontar o princípio da isonomia a fim de justificar o tratamento diferenciado entre trabalhadores homens e mulheres no cerne desta discriminação positiva.

Na ocasião, o relator dos autos foi o Ministro Dias Toffoli, que em seu voto expôs todo o caminho trilhado pelo processo, juntamente com o histórico da evolução legislativa alcançada pelas mulheres ao longo do tempo. Do seu voto, é importante destacar algumas premissas principais que ensejaram sua conclusão pela constitucionalidade do artigo 384 da CLT.

Em primeiro lugar, o Ministro relator entendeu que os argumentos que pesam pela constitucionalidade remetem a exclusão histórica da mulher ao mercado

trabalhadora mulher. Pretende-se sua não-recepção pela Constituição Federal, dada a plena igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres decantada pela Carta Política de 1988 (art. 5º, I), como conquista feminina no campo jurídico. (...) Nesse diapasão, levando-se em consideração a máxima albergada pelo princípio da isonomia, de tratar desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades, ao ônus da dupla missão, familiar e profissional, que desempenha a mulher trabalhadora corresponde o bônus da jubilação antecipada e da concessão de vantagens específicas, em função de suas circunstâncias próprias, como é o caso do intervalo de 15 minutos antes de iniciar uma jornada extraordinária, sendo de se rejeitar a pretensa inconstitucionalidade do art. 384 da CLT. Incidente de inconstitucionalidade em recurso de revista Rejeitado." BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Mulher - intervalo de 15 minutos antes de labor em sobrejornada - constitucionalidade do art. 384 da clt em face do art. 5º, i, da cf. Incidente de inconstitucionalidade em recurso de revista nº 1.540/2005-046-12-00.5.** Recorrente: Simone de Fátima Vaz de Jesus Junkes. Recorrido: Comércio e Indústria Breithaupt S.A. Relator: Ives Gandra Martins Filho. Brasília, 13 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTst.do?conscsjt=&numeroTst=1540&anoTst=2005&varaTst=046&trtTst=12&seqTst=00&consulta=Consultar>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

¹⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Direito do trabalho e constitucional. Recepção do art. 384 da consolidação das leis do trabalho pela Constituição Federal de 1988. **Recurso Extraordinário n. 658.312.** Recorrente: A. Angeloni e Cia Ltda. Recorrida: Rode Keila Tonete da Silva. Relator: Dias Toffoli. Brasília, 10 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1950017>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

regular de trabalho, a diferenciação biológica existe entre homens e mulheres (menor resistência física destas), e ainda, o fator de *discrímen* social pelo acúmulo das atividades domésticas comumente destinadas as mulheres.¹⁹³

Por outro lado, os argumentos que imperavam pela inconstitucionalidade do referido dispositivo, diziam respeito basicamente que tal desigualdade não mais se justificaria em razão do avanço temporal da sociedade, sob a tese de que sua vigência poderia implicar uma dificuldade maior da mulher na obtenção de um emprego, pois em termos simples, o empregador, no momento de uma contratação, poderia dar mais preferência ao candidato homem que não necessita gozar deste intervalo especial, do que a candidata mulher que obrigatoriamente precisaria. Além, disso, tal intervalo por não ser computado no período da jornada de trabalho, evidenciaria um tempo maior de permanência da mulher no trabalho, pois nas ocasiões de prestação de serviço extraordinário precisaria elastecer em quinze minutos.¹⁹⁴

Em sentido conclusivo, o Ministro Relator documentou que:

Por sua vez, diante desses argumentos jurídicos, não há espaço para uma interpretação que amplie, sob a tese genérica da isonomia, a concessão da mesma proteção ao trabalhador do sexo masculino, pois além de os declinados raciocínios lógico e jurídico impedirem que se aplique a norma ao trabalhador homem, sob o prisma teleológico da norma, não haveria sentido em se resguardar a discriminação positiva diante das condicionantes constitucionais mencionadas. Adotar a tese ampliativa acabaria por mitigar a conquista obtida pelas mulheres.¹⁹⁵

De forma antecipada, é possível revelar que por maioria de votos os Ministros do Supremo negaram provimento ao recurso extraordinário interposto pelo setor patronal e entenderam pela validade do artigo 384 da CLT, apenas em prol das mulheres. Entretanto, as discussões que levaram a tal resultado devem ser analisadas especificamente.

Nota-se que o STF não pôde se desvencilhar da carga valorativa dos princípios que são fundamentais na teoria de Dworkin. Desta forma, necessário investigar se a decisão que ensejou a constitucionalidade do artigo 384 da CLT obedeceu a critérios coerentes de maneira a atingir uma adequação do direito em

¹⁹³ Ibid., p. 7.

¹⁹⁴ Ibid., p. 10.

¹⁹⁵ Ibid., p. 12.

sua aplicação na sociedade.

Retomando a verificação do caso concreto, em um cenário de adequação, é possível dizer que todas as posições, seja pela constitucionalidade ou não deste intervalo especial conferido às mulheres, não afrontaram a integridade apontada pela teoria dworkiana. Ou seja, a argumentação passaria no teste de *pedigree*.

Destarte, a decisão pairou em discussões sobre critério de justificação, que considera testes de conteúdo, cabendo a cada magistrado escolher as interpretações argumentativas que em seus conceitos caminham para a melhor solução do caso à luz do direito.

Interpretar o princípio da igualdade da forma mais coerente possível, sem que a decisão afete de modo ruim à sociedade como um todo é o maior desafio do magistrado constitucional. O mesmo não pode se deixar levar por suspicácias exteriores e nem mesmo por uma contaminação da opinião pessoal.

Essa passagem é ainda mais importante no caso das magistradas, que como mulheres, não podem levar em consideração o simples fato de a norma estabelecer um direito específico a todas as mulheres trabalhadoras.

Neste caso, participaram da sessão a Ministra Rosa Weber e Ministra Cármen Lúcia, que na ocasião, presidiu o julgamento.

O voto da Ministra Rosa Weber merece um destaque especial. Apesar de não ter sido a relatora do caso, a Ministra enfrentou o tema buscando a integridade, conciliando a sua decisão através da interpretação dada ao princípio da igualdade, de forma fundada em um direito preexistente.

De proêmio, a Ministra Rosa Weber levantou a seguinte questão sobre a argumentação de que a concessão do intervalo do artigo 384 da CLT iria prejudicar o ingresso da mulher ao mercado de trabalho no momento da contratação, explanando que “parece-me que deixar de admitir uma mulher porque, em sendo mulher, terá quinze minutos de intervalo antes de começar a jornada de trabalho afrontará sim o direito fundamental. A não admissão irá afrontar.”¹⁹⁶

Feito isso, a Ministra pautou-se em razões de equidade quando observou a força gravitacional de decisões anteriores e similares da Corte. Citou como exemplo o julgamento da ADC 19 e da ADI 4424.¹⁹⁷

¹⁹⁶ Ibid., p. 31.

¹⁹⁷ Ibid., p. 44.

Inúmeros são os casos permissivos estejam eles previstos na Constituição, ou não, que se reconhece a possibilidade de distinções legislativas atinentes ao gênero. As discussões mais comuns são quanto à diferença de idade e tempo de contribuição para aposentadoria, o serviço militar obrigatório aos homens, maior tempo de licença maternidade, dentre outros.

Sem embargo, a tese que se seguiu e tomou conta do voto da Ministra Rosa Weber, reconhece as peculiaridades dos gêneros, enfrentando o princípio da igualdade em uma dimensão absoluta e sem precedentes.

Levando em consideração toda a carga histórica que envolveu a criação deste direito em questão, em sua esfera social, com a promoção do compêndio do que foi decidido pelo TST, em uma espécie de análise em cadeia, a Ministra Rosa Weber, que também teria participado da discussão na Corte trabalhista, respeitou o diálogo dos juízes com a história construtiva da decisão judicial.

E assim, dando continuidade ao “romance em cadeia” os Ministros que participaram da discussão, de um modo geral, escreveram da sua forma a continuação literária do que resultaria o desfecho do processo.

Ao final, a intenção dos Ministros participantes que votaram pela constitucionalidade do artigo 384 celetista, foi de interpretar o princípio da igualdade de forma inversa, assim como havia sedimentado o TST, sendo que pelo próprio argumento da proibição do retrocesso social, seriam os homens excluídos de um direito ao qual devem buscar equiparação e não simplesmente reduzir o que já foi conquistado ao longo do tempo pelas mulheres.¹⁹⁸

Neste rumo, José Affonso Dallegrave Neto preceitua que:

Quando o constituinte assegurou em seu art. 5, I, que ‘homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição’, por óbvio que pretendeu conferir isonomia em todas as situações em que o tratamento desigual não se justifica.¹⁹⁹

Em outra interpretação que foi realizada no julgamento do RE 658.312 sobre a intenção do constituinte de 1988, a Ministra Rosa Weber ressaltou que a

¹⁹⁸ Ibid., p. 51.

¹⁹⁹ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade civil no direito do trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 293.

originalmente, a ideia foi vedar desigualdades referentes à capacidade civil,²⁰⁰ onde a distinção de gênero sem justificativa seria proibida, pois à época, ainda em vigor o Código Civil de 1916, que era recheado de características patriarcais.²⁰¹

Assim, ao final dos debates instaurados no plenário, por maioria de votos, os Ministros negaram provimento ao recurso extraordinário interposto pela empregadora, e entenderam pela recepção do artigo 384 da CLT à luz da Constituição Federal, no sentido de que a criação de uma discriminação positiva em matéria trabalhista, desde que concentrada em argumentos plausíveis que justifiquem a diferenciação existente entre os gêneros, não afrontaria o princípio da igualdade insculpido no inciso I do artigo 5^a da CF.²⁰²

Logicamente essa discussão não se encerrou ali, pois novos atos processuais ainda teriam postergado seus efeitos, contudo, o que vale destacar deste caso paradigma é a sua importância para o direito laboral como um todo, dado que é um dos únicos que trouxe um debate tão rico em questões de diferenciação de gênero.

²⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2015, op. cit., p. 55.

²⁰¹ Sobre as características do Código Civil de 1916, Fachin explica que “no sistema originário de família o Código vertia uma família matrimonializada, hierarquizada e patriarcal”. FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 206.

²⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2015, op. cit., p. 87.

3. A BUSCA PELO RECONHECIMENTO: UMA ANÁLISE DOS CONFLITOS SOCIAIS ATRAVÉS DA TEORIA DE AXEL HONNETH.

Inspirado pela teoria crítica desenvolvida na Alemanha, mais precisamente na chamada “Escola de Frankfurt” no período pós Segunda Grande Guerra, Axel Honneth, que foi primeiramente assistente de Jürgen Habermas no Instituto de Filosofia da Universidade de Frankfurt e depois seu sucessor, apresentou em 1992 sua tese de docência intitulada de *Luta por reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais*, que no período subsequente se tornaria uma das obras mais importantes desse autor alemão.

Nesta obra, o autor tem como objetivo central elevar o conflito social ao cerne da teoria crítica, de modo a vislumbrar critérios normativos, conforme proposto pelo modelo conceitual de Hegel na época de Jena. Contudo, desde o primórdio, o autor deixa claro que teve que renunciar um maior envolvimento com as questões feministas, pois fugiriam naturalmente do seu conhecimento.²⁰³ Para tanto, se fará necessário uma complementação das contribuições interpostas pelas autoras feministas, ao exemplo de Nancy Fraser.

Assim, Honneth tem como ponto de partida de sua teoria os próprios conflitos sociais e institucionais, para então, aportar seu raciocínio em uma teoria social com aplicações empíricas. É por isso, que Hegel irá se tornar um marco referencial, pois este alia problemáticas universalistas e desenvolvimento individual em sua filosofia.

Honneth irá explorar a definição de vida social para a filosofia social moderna, que a receberia como fundamento de uma “relação de luta por autoconservação.”²⁰⁴ Honneth se opõe a este tipo de luta, pois se trata de uma preservação do indivíduo em um contexto individualista, que refletiria a subsunção do sujeito ou grupo dominado, ao sujeito ou grupo dominante.

Mas antes disso, ao esboçar as ideias iniciais de Hegel, após a superação do direito natural, Honneth descreve que para este autor os traços de uma coletividade ideal aproximada de um conceito de totalidade ética estaria evidenciado na pólis, apoiados pelos costumes, que por sua vez seriam capazes de fornecer ao

²⁰³ HONNETH, op. cit., p. 25.

²⁰⁴ Ibid., p. 31.

indivíduo uma liberdade ampliada, o que quer dizer que nem as leis previstas pelo Estado, nem as convicções morais dos sujeitos isolados poderiam fornecer uma base concreta para o exercício dessa liberdade, que seria conquistada somente através de comportamentos praticados intersubjetivamente.²⁰⁵

Em relação à solução dos conflitos, Hegel reinterpretou a teoria da intersubjetividade, e para tentar chegar ao conceito de coletividade ética, teve que encontrar algumas respostas através de uma releitura da doutrina do reconhecimento de Johann Gottlieb Fichte, conferindo assim, um novo significado ao conceito de “luta” incorporado por Thomas Hobbes, embora Hegel também tenha se inspirado em Rousseau, quando este afirmou que o reconhecimento recíproco é uma dimensão central da socialização humana.²⁰⁶

Fichte concebe o reconhecimento como “uma 'ação recíproca' entre indivíduos, subjacente à relação jurídica”.²⁰⁷ Hegel aplica esse modelo de Fichte sobre “as distintas formas de ação recíproca entre indivíduos; desse modo, ele projeta o processo intersubjetivo de um reconhecimento mútuo para dentro das formas comunicativas de vida”²⁰⁸ o que levará a conclusão de que “a comunidade necessária dos sujeitos contrapondo-se entre si são assegurados por um movimento de reconhecimento”.²⁰⁹

É através da universalização jurídica que as novas relações sociais vão se desenvolver e Honneth irá explicar que o direito formal de transações negociais, somente é possível pelo reconhecimento recíproco de um indivíduo pelo outro, que também é portador de uma pretensão legítima (ambos proprietários), o que se assemelha ao conceito de capacidade jurídica. Assim, as relações jurídicas constituídas pelos sujeitos de direitos, formam um estado social com relações de eticidades absolutas, onde a organização social que depender de formas jurídicas de reconhecimento, não conseguirá incluir os sujeitos constitutivamente, senão por liberdades negativas, traduzida pela capacidade de negar ofertas sociais.²¹⁰

²⁰⁵ Ibid., p. 41.

²⁰⁶ Ibid., p. 45.

²⁰⁷ Ibid., p. 46.

²⁰⁸ Id.

²⁰⁹ Id.

²¹⁰ Explica o autor, que na hipótese de um conflito entre dois sujeitos juridicamente capazes, temos de um lado o demandante da ameaça, que se importa apenas com o seu interesse particular, e do outro lado, o ameaçado que é o sujeito lesado que luta pela resistência de sua integridade e subjetividade. Assim, o conflito já estaria pré-definido em favor do ofendido, pois somente o sujeito agredido tem a

Hegel procura demonstrar que as estruturas sociais de reconhecimento são devastadas pela exteriorização da liberdade negativa, e também que através dessa devastação é que as relações de reconhecimento se tornam mais fortes, para então formar “uma comunidade de cidadãos livres”.²¹¹

Para Honneth, o reconhecimento ideal é o intersubjetivo, que revela a própria identidade do sujeito, sendo o único caminho para exterminar o domínio exercido pelo sujeito ou grupo dominante. Mas também, fica claro que para o autor, os indivíduos não devem buscar um conflito interminável contra a cultura dominante, mas sim, através das três esferas do reconhecimento, alcançar a sua própria identidade e impor o respeito mútuo e assim, estabelecer um reconhecimento pleno dentro da sociedade.

As três formas propostas que intercalam o objeto e o modo de reconhecimento intersubjetivo seriam, primeiramente, no âmbito da intuição (afetivo) com as carências do indivíduo, a *família*, exteriorizada pelo *amor*. Por segundo, no âmbito conceitual e cognitivo da pessoa (autonomia formal), a *sociedade civil*, exteriorizada pelo *direito*. E por fim, no seio da intuição intelectual (afeto que se tornou racional) com o sujeito particular e individual, teríamos o *Estado*, exteriorizado pelo elemento da *solidariedade*.²¹²

Assim, a luta pelo reconhecimento intersubjetivo e a formação da identidade de um sujeito ou de um grupo ao qual ele pertence, é um processo que demanda a manifestação dessas três diferentes dimensões; o amor, o direito e a solidariedade.

Honneth explica ainda, que é através da filosofia da consciência que Hegel irá perquirir um novo sentido para o tão aclamado *sistema da eticidade*, onde o “conflito representa uma espécie de mecanismo de comunitarização social”,²¹³ forçando os sujeitos ao reconhecimento mútuo e conseqüentemente a uma “consciência universal”²¹⁴ que servirá de base para a ideia de comunidade ideal que teria esse reconhecimento recíproco como uma forma de interação social ecumênica.

Contudo, Honneth não concorda com o rumo que a pesquisa hegeliana

prevalência de sua personalidade inteira. Ibid., p. 54.

²¹¹ Ibid., p. 57.

²¹² Ibid., p. 60.

²¹³ Ibid., p. 64.

²¹⁴ Id.

tomou após adotar o modelo da filosofia da consciência, ainda mais quando Hegel utilizou a chamada filosofia do espírito que marcaria o quadro da *Realphilosophie*, que consistiria na mudança de paradigma do seu objetivo inicial. Honneth declara que esta mudança significou um enfraquecimento na filosofia de Hegel, pois esse, agora teria passado a subordinar o reconhecimento ao movimento de constituição do espírito. Desta forma, Hegel teria abandonado o seu propósito original que era fazer uma revisão crítica da filosofia do sujeito através das relações intersubjetivas baseadas na eticidade, contudo a teria deixado incompleta.²¹⁵

Nos próximos passos da obra do sucessor de Habermas, ele procura demonstrar como deve ser construída uma estrutura ideal da teoria social com teor normativo e com base na luta por reconhecimento.

Destarte, que para retomar o modelo conceitual hegeliano sob os olhos de novas condições teóricas, Honneth apresenta três propostas ou soluções, sendo elas; a hipótese de se estabelecer uma sequência ordenada de etapas de reconhecimento resistentes a considerações empíricas, por segundo, a possibilidade de atribuir às formas de reconhecimento experiências decorrentes de desrespeito social, e por fim, se existem comprovações históricas e sociológicas de que esse desrespeito social é a fonte motivadora dos confrontos sociais.²¹⁶

Para solucionar as três questões, primeiramente quanto às duas primeiras, o autor propõe dar continuidade aos estudos de Hegel, através de uma análise das três dimensões do reconhecimento descritas pelo psicólogo social americano George Herbert Mead, que viriam a ser a complementação da teoria hegeliana para chegarmos à luz de uma teoria social de teor normativo.

Os sucessores de Mead na “*Escola de Chicago*” nomearam seu sistema teórico de interacionismo simbólico, visto que o mesmo era um pragmatista que pregava que os indivíduos possuem sua identidade graças ao reconhecimento intersubjetivo, porém, diferente de Hegel, Mead desenvolveria um quadro teórico pós-metafísico da teoria da intersubjetividade com uma roupagem materialista da teoria hegeliana, enquanto essa originalmente era desencadeada por conflitos idealistas.

Para Honneth, Mead parte da ideia de que “um sujeito somente dispõe de

²¹⁵ Ibid., p. 117.

²¹⁶ Ibid., p. 122.

um saber sobre o significado intersubjetivo de suas ações quando ele está em condições de desencadear em si próprio a mesma reação que sua manifestação comportamental causou.”²¹⁷

Antes de continuar nessa linha de raciocínio, fazendo um breve aporte sobre a contribuição de Mead, nas poucas passagens desse autor quanto à relação social, ele passa a objetivar um projeto de um modelo de desempenho funcional do trabalho, de forma a vincular a autorrealização e a experiência do trabalho socialmente útil. Desta forma, a divisão social do trabalho irá desempenhar um papel fundamental na consciência particular do indivíduo.²¹⁸

Contudo, Honneth irá desacreditar integralmente nessa concepção de Mead, alegando que o modelo de divisão funcional do trabalho não supera os problemas da integração ética das sociedades modernas, já que as cargas valorativas atribuídas às funções reguladas por esta divisão dependem inteiramente das finalidades abrangentes da coletividade.²¹⁹

Deixando de lado, ao menos por enquanto, essa discussão da divisão funcional do trabalho, podemos afirmar que as teorias de Hegel e Mead se assemelham quando estabelecem os três pilares do reconhecimento recíproco. Em síntese, ambos chegam à distinção dessas três formas de reconhecimento, enquanto Hegel separa em esferas do amor, direito e solidariedade, Mead as elenca como dimensão da dedicação emotiva, das relações amorosas e das amizades, e por fim, a dimensão do reconhecimento jurídico e a do assentimento solidário.²²⁰

Todavia, Honneth irá repensar essas três formas de interação social e de reconhecimento recíproco, propondo uma visão própria das esferas do amor, do direito e da solidariedade.

Sobre a primeira delas “o amor” Honneth irá descrever que essa esfera faz parte das relações primárias desenvolvidas por ligações emotivas, manifestadas não somente no aspecto sexual, mas também da família, consistindo a primeira etapa do reconhecimento recíproco. Tem-se ainda, que o autor irá explorar essas ligações emotivas através da ajuda da psicanálise de Freud e Winnicott, inteirando os

²¹⁷ Ibid., p. 128-129.

²¹⁸ Ibid., p. 150.

²¹⁹ Ibid., p. 153.

²²⁰ Além de Hegel e Mead, outros autores irão diferenciar de forma tripartida as esferas do reconhecimento, como ao exemplo de Max Scheler e Helmuth Plessner. Ibid., p. 158.

sentimentos humanos desde a infância, chegando ao consenso de que o amor constitui e constrói a primeira sensação do autorrespeito.²²¹

Ao contrário do amor, a segunda dimensão que compreende o direito e o reconhecimento jurídico, é evidenciada através da consciência em face do *outro*. Ou seja, é preciso reconhecer outros indivíduos que também são portadores e titulares de direitos no desenvolvimento da vida em sociedade. Tal esfera do reconhecimento pode se desdobrar em duas vertentes, ensejando um respeito universal a partir da premissa de que todos os homens são livres e iguais e ainda, um respeito social que valoriza o indivíduo por características individuais relevantes. O reconhecimento jurídico é primordial para a concretização do autorrespeito coletivo, de grupos marginalizados, por exemplo.²²²

Por fim, a terceira dimensão abrange a solidariedade ou estima social, que é partilhada entre os sujeitos envolvidos requerendo um convívio social que distinga as diversas formas de habilidades e qualidades dos cidadãos, pois essa esfera vincula-se a um julgamento de critérios intersubjetivos, fazendo-se que todos esses valores que formam a cultura de um povo cooperem mutuamente entre si. Em uma comunidade de valores, os objetivos serão semelhantes. O seguinte trecho da obra merece o devido destaque: “Quanto mais as concepções dos objetivos éticos se abrem a diversos valores e quanto mais a ordenação hierárquica cede a uma concorrência horizontal, tanto mais a estima social assumirá um traço individualizante e criará relações simétricas.”²²³

Desta forma, a sociedade moderna que pregue o pluralismo e forneça condições de igualdade aos indivíduos, se desenvolverá na estima social pela própria valorização de características individuais que automaticamente se nivelarão sem a adoção de critérios hierárquicos entre os seus membros.

Em outra passagem, Honneth destaca um conflito social de longa duração, que se estabelece:

nas sociedades modernas, as relações de estima social estão sujeitas a uma luta permanente na qual os diversos grupos procuram elevar, com os meios da força simbólica e em referência às finalidades gerais, o valor das

²²¹ Ibid., p. 177.

²²² Ibid., p. 198.

²²³ Ibid., p. 200.

capacidades associadas à sua forma de vida.²²⁴

Nos dias de hoje, os movimentos sociais procuram se afirmar e chamar a atenção da esfera pública às causas que representam em uma forma de afirmação da estima social.

Na continuidade, o autor irá destacar as formas inversas de reconhecimento, ou seja, de desrespeito que representam conceitos negativos à espécie, pois atentam a intersubjetividade do indivíduo.

O primeiro deles são atos de maus-tratos, em que exista violação corporal e lesão física, ao exemplo da tortura e do estupro, sendo que a dor não se restringe somente a parte corporal, mas possui estrita ligação com a parte sentimental do sujeito agredido. Os maus-tratos são a antítese da esfera do amor.²²⁵

A segunda forma de desrespeito é exclusão social e negação de direitos, que passa a se manifestar na negativa de imputabilidade moral do sujeito que fica proibido de exercer livremente um ou mais direitos permitidos aos demais membros da coletividade.²²⁶ Aqui, podemos tomar como um exemplo histórico, a proibição do sufrágio universal às mulheres, que ficaram impedidas de votar por um longo período, até que conquistassem esse direito expressamente.

E a terceira manifestação do desrespeito, cinge-se a desvalorização ou assentimento social, que traduz a impossibilidade do sujeito referir-se à condução de sua vida livremente na sociedade.²²⁷

Para Honneth, a experiência de um desrespeito social pode motivar o indivíduo a entrar em uma luta ou conflito prático, sendo que essa batalha pode alcançar um viés muito maior na medida em que “a possibilidade de que a injustiça infligida ao sujeito se lhe revele em termos cognitivos e se torne o motivo da resistência política”.²²⁸

Na terceira parte de sua obra, Honneth tenta apresentar a solução para o problema de que se existem comprovações históricas e sociológicas de que o desrespeito é a fonte dos conflitos sociais. Após a análise das teorias de Hegel e

²²⁴ Ibid., p. 207.

²²⁵ Ibid., p. 215.

²²⁶ Ibid., p. 216.

²²⁷ Ibid., p. 218.

²²⁸ Ibid., p. 224.

Mead, o autor chega a conclusão de que a luta por reconhecimento, encarada como força moral, é capaz de promover o desenvolvimento e o progresso na esfera social.

Por conseguinte, Honneth irá resgatar a concepção pré-científica de três importantes autores da tradição teórica, Karl Marx, Georges Sorel e Jean-Paul Sartre, que cada qual na sua época, fizeram uma autocompreensão dos movimentos sociais em que estavam engajados, através da análise conceitual do reconhecimento. Contudo, sem esboçarem uma experiência sociológica empírica de relevo, esses teóricos, na visão do autor, não conseguiram desenvolver fundamentos para uma teoria social de teor normativo que sobrevenha o conceito de luta social, onde tem como base, sentimentos morais de injustiça, ao invés de interesses de dados.²²⁹

E com o intuito de reconstruir algumas concepções de um paradigma alternativo, onde habita um nexo entre desrespeito moral e luta social, o autor irá começar a construir sua teoria, pela qual veio desenvolvendo ao longo de sua obra, afirmando que nenhuma das três esferas do reconhecimento é capaz de se expor sem fazer referência ao um conflito. Assim, somente podemos chamar uma luta de “social” se os objetivos inerentes a ela extrapolam todos os interesses individuais presentes.²³⁰

Neste viés, a esfera do amor não enseja experiência moral que possa formar um conflito social. Isto porque, nesta esfera, a relação primária do conflito não consegue ultrapassar um círculo generalizado que abrangeria interesses públicos. Já nas esferas do direito e da estima social, essas sim, são construídas representações axiológicas sociais que afetam outros sujeitos de uma coletividade.²³¹

Na medida em que os desrespeitos individuais influenciam as exigências coletivas e se interpretarmos a luta social em um contexto de experiências morais, como sugere o autor, é possível compreender que os movimentos sociais que desconhecem intersubjetivamente a moralidade de sua resistência, irão interpretar equivocadamente o ideário de luta social, sendo facilmente manipulados pelas categorias de interesses individuais. É fácil entender essa afirmativa, pois na

²²⁹ Ibid., p. 255.

²³⁰ Ibid., p. 256.

²³¹ Honneth chega a conclusão de que a luta social resulta de um processo prático onde condutas de desrespeitos individuais são tomadas como experiências típicas de um grupo inteiro, capazes de influenciar as exigências coletivas por relações de reconhecimento. Ibid., p. 256-257.

formação de uma rebelião coletiva estão evidenciadas experiências morais proveniente de expectativas individuais de reconhecimento frustradas. Essas expectativas normativas estão vinculadas a formação da identidade pessoal, e quando violadas ou desapontadas pela sociedade, geram conseqüentemente um sentimento de desrespeito.²³²

Os interesses coletivos formados por expectativas morais demandam por pretensões normativas dotadas de reconhecimento. Este é o contexto em que estão inseridos os grupos sociais segregados e desfavorecidos normativamente ou socialmente, os quais clamam por respeito e reconhecimento. Contudo, o caminho deve ser trilhado no sentido de deixar de lado a busca por interesses coletivos e mirar os holofotes para a moral das lutas sociais.

Nesse sentido, pode-se afirmar que:

A investigação das lutas sociais está fundamentalmente ligada ao pressuposto de uma análise do consenso moral que, dentro de um contexto social de cooperação, regula de forma não oficial o modo como são distribuídos direitos e deveres entre os dominantes e os dominados.²³³

Não restam dúvidas que os conflitos sociais se desenvolvem segundo padrões de uma luta por reconhecimento, inclusive com comprovações empíricas.²³⁴

Entretanto, para o autor a desvantagem obtida a partir dos resultados que esses estudos mostraram, diz respeito a formas passivas de resistência meramente esporádicas e episódicas, pois não revelam seu desenvolvimento moral de forma clara, como ao exemplo de revoltas espontâneas e greves organizadas.²³⁵

Para tanto, é necessário buscar além de um quadro explicativo do surgimento dessas lutas sociais, mas também o seu processo de formação, com uma ampliação universal das relações de reconhecimento. Assim, somente através da soma das três esferas do conhecimento é que os seres humanos poderão agir positivamente com seus semelhantes. E isso, graças aos processos históricos de

²³² É neste ponto que as experiências de desrespeito podem se tornar motivos morais de uma luta coletiva por reconhecimento. Ibid., p. 258-259.

²³³ Ibid., p. 263.

²³⁴ Honneth irá citar os estudos de Edward P. Thompson e Barrington Moore no campo da pesquisa empírica em que ambos concluíram que inovações políticas impostas que provoquem o desrespeito social a um determinado grupo da coletividade, ferem a própria identidade desse grupo. Tal ameaça ao autorrespeito coletivo gera a resistência política, bem como revoltas sociais. Ibid., p. 264.

²³⁵ Ibid., p. 265.

conflitos, que ampliaram progressivamente as relações de reconhecimento.

Todo esse esforço para articular a teoria do reconhecimento em uma concepção normativa está situada entre o limbo da teoria moral pregada por Kant e as éticas comunitaristas. Essa eticidade que se fala, remonta a condição intersubjetiva em que se concretiza a autorrealização individual.²³⁶

Para Honneth, tanto Hegel como Mead fracassaram em seus objetivos iniciais em idealizar uma sociedade moderna com um sistema de valores novo em que os sujeitos aprendessem a estimar de forma recíproca suas metas de vida por eles livremente escolhidas. Desta forma, o autor indica que para obtermos a plenitude de uma concepção formal de uma eticidade pós-tradicional é necessário incluir valores materiais, o que somente foi possível com as transformações socioestruturais advindas em períodos posteriores às épocas de Hegel e Mead, que conferiram à autorrealização individual e coletiva um status de movimentos políticos.²³⁷

De forma conclusiva, ressalta o autor que os valores materiais ao qual se referiu, apontam o caminho e o futuro das lutas sociais, não mais no aspecto teórico, mas no campo prático.²³⁸

3.1. A TEORIA DO RECONHECIMENTO À LUZ DO GÊNERO

Nancy Fraser, filósofa americana e importante pensadora feminista, também afiliada à escola de pensamento da teoria crítica, se preocupa em evidenciar nos seus estudos as concepções de justiça através de três dimensões principais; a distribuição o reconhecimento e a representação. Neste aspecto ela irá travar um importante debate com Axel Honneth acerca da teoria do reconhecimento.

Para essa autora o reconhecimento é a melhor solução para as injustiças socioeconômicas e culturais. Assim, ela busca asseverar que para obtermos um status de justiça social, precisamos nos concentrar tanto na redistribuição como no reconhecimento, de forma a integrar esses dois conceitos.²³⁹

²³⁶ Ibid., p. 271-272.

²³⁷ Ibid., p. 279-280.

²³⁸ Ibid., p. 280.

²³⁹ FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era "pós-socialista". **Cadernos de campo**. São Paulo, v. 15, n. 14-15, p. 231-239, mar. 2006.

Para tanto, inicialmente é proposto uma distinção analítica de duas formas de injustiça, a econômica e a cultural ou simbólica. A primeira delas se manifesta no setor econômico-político da sociedade e pode ser exemplificada através de situações de exploração no trabalho, marginalização econômica e privação ao trabalho. Já a segunda forma de injustiça, a cultural ou simbólica, se manifesta nos padrões sociais de representação, interpretação e comunicação, sendo exteriorizadas por dominações culturais, ocultamento e desrespeito.²⁴⁰ Destarte, que para cada tipo de manifestação da injustiça existe um remédio apropriado.

No caso da injustiça econômica “é alguma espécie de reestruturação político-econômica”²⁴¹ ao qual Fraser irá classificá-lo com o termo genérico de “redistribuição”. Cita-se o exemplo das políticas de redistribuição de renda, reorganização da divisão do trabalho e transformações das estruturas econômicas básicas.

No caso da injustiça cultural, o seu remédio consistirá em uma mudança cultural ou simbólica, como ao exemplo de revalorização das identidades desrespeitadas e o reconhecimento da diversidade cultural. Neste caso a autora usará o termo genérico “reconhecimento”.²⁴²

No passo seguinte, Fraser relaciona as lutas sociais como forma de compensação das injustiças. Quando o foco da luta social é o reconhecimento, elas tendem a realçar a faceta de um determinado grupo minorizado, com a pretensão de reafirmar o seu valor perante os demais membros da coletividade, promovendo involuntariamente a diferenciação dos grupos. Porém, quando a luta social tem o intuito de proporcionar uma redistribuição, a tendência é acabar com os arranjos econômicos que fomentam a segregação de um determinado grupo. Neste caso, em contraste, se criará uma *desdiferenciação* do grupo.²⁴³

É nesta tensão entre os dois tipos de lutas sociais, que a autora irá criar o dilema chamado de redistribuição-reconhecimento, tentando chegar a uma resposta de como é possível combater injustiças econômicas e culturais em favor dos indivíduos que necessitam de redistribuição e ao mesmo tempo de reconhecimento.

²⁴⁰ Ibid., p. 232.

²⁴¹ Id.

²⁴² Id.

²⁴³ Ibid., p. 233.

À vista disso, Fraser ressalta que:

As coisas são bem claras nas duas extremidades de nosso espectro conceitual. Quando lidamos com coletividades que se aproximam do tipo ideal da classe trabalhadora explorada, encaramos injustiças distributivas que precisam de remédios redistributivos. Quando lidamos com coletividades que se aproximam do tipo ideal da sexualidade desprezada, em contraste, encaramos injustiças de discriminação negativa que precisam de remédios de reconhecimento. No primeiro caso, a lógica do remédio é acabar com esse negócio de grupo; no segundo caso, ao contrário, trata-se de valorizar o 'sentido de grupo' do grupo, reconhecendo sua especificidade.²⁴⁴

Este contexto parece ter uma solução bastante lógica e descomplicada, entretanto, são em situações bivalentes que os problemas aparecem, quando existem casos de grupos ou indivíduos que se localizam no meio da linha tênue do espectro conceitual dos dois modelos, que conseqüentemente precisarão dos dois remédios simultaneamente. Normalmente os paradigmas mais comuns desse tipo de classificação bivalente condizem com critérios de raça e gênero.²⁴⁵

Mais especificamente no caso do gênero, quando se aborda a dimensão econômica e política, frise-se que o gênero “estrutura a divisão fundamental entre trabalho 'produtivo' remunerado e trabalho 'reprodutivo' e doméstico não-remunerado, atribuindo às mulheres a responsabilidade primordial por este último”.²⁴⁶

Além dessa segregação setorial, existe ainda a segregação verticalizada, onde os homens possuem ocupações laborais melhores remuneradas, enquanto os serviços ligados a atividades domésticas e pior remuneradas ficam em sua grande maioria com as mulheres.

Estes critérios diferenciadores do trabalho em relação ao gênero dotam-os de características de classe manifestada através de uma injustiça distributiva. Para eliminar essa exploração será preciso abolir a divisão do trabalho conforme acima apontado, erradicando a concepção de qualquer diferenciação pelo gênero.²⁴⁷

Quando se aborda a dimensão cultural, que por sua vez traz elementos de

²⁴⁴ Id.

²⁴⁵ Aduz Nancy Fraser, que as comunidades bivalentes podem sofrer da má distribuição socioeconômica e ao mesmo tempo da desconsideração cultural, de forma que ambas as injustiças tenham um efeito originário e primário, necessitando simultaneamente dos remédios de redistribuição e de reconhecimento. Id.

²⁴⁶ Id.

²⁴⁷ Ibid., p. 234.

sexualidade e não de classe, a injustiça de gênero é revelada através do androcentrismo e do sexismo cultural,²⁴⁸ como no caso de violência doméstica, exploração sexual, assédio, dentre outros inúmeros exemplos, que causam danos na esfera de uma injustiça do reconhecimento. Para remediar esse tipo de injustiça, é necessário constituir esforços na mudança dos valores culturais, um descentramento das normas androcêntricas, concedendo reconhecimento positivo a esse grupo feminino desvalorizado na sociedade.²⁴⁹

A junção dessas injustiças, se não remediadas, tem como resultado “um círculo vicioso de subordinação cultural e econômica”.²⁵⁰ Para solucionar este dilema, a autora irá apresentar dois conceitos de remédios contra as injustiças, os afirmativos e os transformativos.

Os remédios afirmativos são aqueles voltados a corrigir desigualdades sociais sem provocar interferência na estrutura latente que os engendra. Já por remédios transformativos, entende-se que são aqueles voltados para correção dos efeitos da desigualdade através da remodelação da estrutura latente que gera tal desequipação.²⁵¹

Aplicando tais remédios no caso da injustiça cultural do gênero, em primeiro caso, através dos remédios afirmativos de reconhecimento, teríamos uma compensação do desrespeito pela revalorização das identidades que se pretende proteger. Assim, ressalta-se a diferenciação do grupo ou da minoria para então valorizá-lo na tentativa de equiparação. Agora, caso se decida aplicar remédios de caráter transformativo na injustiça cultural, o resultado seria a desconstrução social e a transformação da estrutura cultural, ou seja, desestabilizam-se as diferenças com o intuito de gerar novos agrupamentos, como é o caso da teoria *queer*.²⁵²

Na conjuntura da injustiça econômica, os remédios afirmativos tendem a compensar a má distribuição de renda, concedendo privilégios as classes menos favorecidas, porém, mantendo-se a estrutura econômica-política atual. Enquanto os remédios transformativos compensariam as injustiças transformando a estrutura

²⁴⁸ Define a autora o conceito de androcentrismo como sendo a construção autorizada de normas que privilegiam os traços associados à masculinidade. Quanto ao sexismo cultural refletiria a desqualificação generalizada das coisas codificadas como femininas. Id.

²⁴⁹ Id.

²⁵⁰ Id.

²⁵¹ Ibid., p. 237.

²⁵² Id.

econômico-política já existente, pondo fim a divisão social do trabalho, aproximando do conceito socialista.²⁵³

Para a autora, os remédios afirmativos em geral não são plenamente eficientes, pois não dissolvem o cerne da injustiça, tendo um “efeito perverso de promover a diferenciação de classe”²⁵⁴ estigmatizando os grupos desprivilegiados e incentivando o menosprezo social.

Desta maneira, Fraser irá concluir que são com os remédios transformativos que se põe fim as diferenciações sociais, promovendo “a solidariedade, ajudando a compensar algumas formas de não-reconhecimento”,²⁵⁵ mesmo que em nosso contexto social e político contemporâneo, ao menos no Brasil, apenas os remédios afirmativos têm sido aplicados no âmbito normativo, ainda que em baixa escala quando tratamos de desigualdade de gênero.

3.2. A DIMENSÃO DEFENSIVA DOS DIREITOS SOCIAIS E UMA ATUAÇÃO POSITIVA DO ESTADO: AÇÕES AFIRMATIVAS E O CAMINHO PARA A IGUALDADE

Como foi exposto anteriormente, a luta por reconhecimento se traduz à luz da gramática dos conflitos sociais, sendo assim, diante de um aporte normativo fracassado, a proteção do trabalho da mulher como direito fundamental constitucionalmente garantido exige mais do que leis escassas que criam discriminações sejam elas positivas ou negativas.

A polêmica sistematização das ações afirmativas, assim como qualquer novidade legislativa quando tratamos de cotas, além de dividir opiniões, transcende a matéria relacionada ao seu objeto e passa a ser uma discussão multidisciplinar.

Os dois projetos de leis de referência que serão abordados aqui, que tramitam atualmente perante o Legislativo Federal são considerados um salto enorme sobre as barreiras das desigualdades de gênero que cercam o mercado de trabalho brasileiro. Anos atrás, inimaginável pensar que seria possível instituir cotas em empresas privadas, ainda mais estipulando 30% dos postos de trabalho nas

²⁵³ Ibid., p. 238.

²⁵⁴ Ibid., p. 239.

²⁵⁵ Id.

atividades-fim de empresas com mais de dez empregados, apenas e exclusivamente para mulheres.

Mostrando que esta prática é possível, a lei nº 8.213/1991 que dispõe sobre cotas para pessoas com deficiência nas empresas da esfera privada, há muito tempo comprova que estes estabelecimentos estão prontos para cumprirem um importante papel na sociedade, com ares mais humanizadores, em auxílio do Estado na dura batalha aos problemas sociais pontuais.

É possível pensar em invasão ou intromissão estatal na iniciativa privada quando o Estado institui e vincula os particulares a uma gama de obrigações, que de certa forma feriria os conceitos mais arcaicos da livre iniciativa. Isto implica em colocarmos de frente para um embate os princípios da livre iniciativa e a função social.²⁵⁶

Entretanto, tais argumentos não mais se sustentam na medida em que no Estado Social e Democrático de Direito promove-se a função social da empresa, passando a possibilitar que o estabelecimento empresarial esteja a serviço da população e não o contrário. Mesmo assim, não se trata de esvaziar a livre iniciativa, pois esta continuaria assegurada, porém com delimitações necessárias para que um bem maior seja promovido.

Sobre o instituto da função social, Eros R. Grau descreve que:

Por isso, tendo em vista a integração dela (função) como elemento inerente às estruturas dos direitos de propriedade, a introdução do conceito de função social no sistema que reconhece e garante a propriedade implica a superação da contraposição entre público e privado, isto é, a evolução da propriedade em sentido social implica em uma verdadeira metamorfose qualitativa no Direito, na sua realização concreta, destinada à satisfação de exigências de caráter social. Passa então a propriedade a ser vista desde uma visão prospectiva comunitária e não mais sob uma visão individualista. A propriedade continua a ser um direito subjetivo justificado exclusivamente pela sua origem, mas que remanesce na medida em que entendemos que o seu fundamento é inseparável da consideração do seu uso. Trata-se, então, de um direito subjetivo com uma função necessariamente social.²⁵⁷

²⁵⁶ Para Polido, a função social da propriedade foi prevista expressamente, por primeiro, no artigo 153 da Constituição de Weimar. "O modelo ali adotado prevê que a propriedade possa ser objeto de desapropriação por meio de lei, sem eventualmente incluir direito de indenização. Na concepção de Weimar, a propriedade não admite uma abordagem individualista, inviolável ou sacralizada, pois submete o exercício pelo titular ao interesse da coletividade." Cf. POLIDO, Fabrício. Ensaio: A Constituição de Weimar de 1919 e o conteúdo normativo da "função social" dos direitos proprietários. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 27, p. 3-47, 2006.

²⁵⁷ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 120.

Mesmo diante da omissão do legislador, é possível sustentar que o Código Civil de 2002 em seu art. 421, quando trata da função social do contrato, estabelece certo limite à livre iniciativa, sendo este limite a própria função social que via de regra, serve para regular a atividade empresarial privada, falando-se assim, em função social da empresa.

Sobre a função social da empresa, Maria Chrsitina Almeida indaga se o fato de auferir outras características para a empresa, que não estejam ligadas a obtenção do lucro ofende a ordem capitalista de mercado? Em sua resposta, esclarece que:

O paradoxo que parece defluir da nova concepção da empresa como sujeito de direito no Estado contemporâneo, é a indagação de se atribuir uma função social à empresa numa organização moldada sob a ótica capitalista. Isso não inviabilizaria as empresas por se atribuir funções outras que não as diretamente relacionadas à produção de riquezas? Essa postura não anularia ou dificultaria o fim último das mesmas, que é o lucro? Parece que não, e é importante dizer que essa instituição não irá renunciar à sua finalidade lucrativa ao voltar-se para a sua função social. É que as empresas, na atualidade, acabam sendo tão responsáveis quanto o Estado, no que se refere a assegurar os direitos individuais do cidadão, dando-se ênfase na melhora não apenas do aspecto econômico, mas também do social e da comunidade na qual está inserida, o que, em última análise, beneficia todas as partes.²⁵⁸

Por isso, a alegação anterior que tal empreitada supera e transcende o enfoque trabalhista e passa a ser visto como uma questão multidisciplinar se torna verdadeira, sendo que as tutelas plurais aos interesses da coletividade conferem uma nova visão, ou uma transformação da livre iniciativa sob um aspecto de intervenção na ordem econômica.

De certo, que sobre este contexto os respaldos legais que visem proteger um determinado grupo social que se encontra em alguma desvantagem perante outro grupo dominante vão de encontro com os preceitos fundamentais instituídos em nossa Constituição, exemplo disso é o próprio entendimento do Supremo Tribunal Federal ao votar pela constitucionalidade da lei que criou cotas raciais,

²⁵⁸ ALMEIDA, Maria Christina de. A função social da empresa na sociedade contemporânea: perspectivas e prospectivas. **Argumentum Revista de Direito**, n. 3. Marília: UNIMAR, p. 141-152, 2003.

índigenas e para estudantes de escolas públicas em universidades federais.²⁵⁹

Assim, como já exposto, mecanismos de proteção ao trabalho justo e igualitário é um ideal longinquamente buscado, mas ainda não alcançado. É correto afirmar ainda, que a própria origem da discriminação de gênero no trabalho ofende o princípio da função social da empresa. Tais ideais ora buscados fomentam as ações afirmativas que se inserem tanto na concepção derivada da função social, como da responsabilidade social dos entes privados.

Nesta esfera, as medidas implementadas pelos governos, bem como por órgãos internacionais, compreendem em sua maioria a proteção do trabalho em sua forma mais comum que é a do emprego (conhecidos como celetistas) ou a dos servidores públicos (conhecidos como estatutários), deixando de lado aquelas categorias que estão fora dessa roupagem.

O paradigma da proteção jurídica trabalhista, hoje conhecida, se desenha e se amolda tão somente sobre a espécie do emprego, levando a marginalização das outras categorias que não se encaixam neste viés, como ao exemplo dos trabalhadores eventuais, autônomos, representantes comerciais, avulsos, estagiários, desportistas, dentre outras que são denominadas como formas não empregatícias de trabalho.

Tais formas de trabalho não empregatícias “foram deslocadas para o âmbito de uma pura contratualidade civil, que nada mais é que uma espécie de status de sujeição, como se aí já não houvesse qualquer desigualdade estrutural”.²⁶⁰

Para Leonardo Wandelli se faz necessária uma desejável proteção a este tipo de trabalho, mesmo que se reconheçam as peculiaridades de cada tipo de trabalho, onde o conceito estrutural é o requisito da subordinação (onde o trabalho subordinado é protegido e o não subordinado não é), sendo tal critério, para o autor, deficiente.²⁶¹

Sem embargo, todas as políticas públicas em formato de ações afirmativas que foram suscitadas anteriormente, não alcançariam a desigualdade de gênero instituída também no mercado de trabalho não empregatício. Desta forma, o

²⁵⁹ Cf. Julgamento no STF da ADPF 186 em julho de 2009, bem como do Recurso Extraordinário (RE 597285/RS) julgado em maio de 2012.

²⁶⁰ WANDELLI, Leonardo Vieira. **O Direito humano e fundamental ao trabalho**: fundamentação e exigibilidade. São Paulo: Ltr, 2012. p. 333-334.

²⁶¹ Id.

problema se revela ainda maior, pois o cenário das trabalhadoras empregadas já é preocupante e de certa forma, nos últimos 20 anos, quase não progrediu, conforme demonstrado nas pesquisas citadas, então o que esperar do combate das desigualdades de gênero no mercado de trabalho de um modo geral?

As mulheres, segundo pesquisas, possuem o comando de mais de um terço das empresas do mundo, porém em sua maioria se tratam de micro ou pequenas empresas, acopladas em setores de baixa rentabilidade ou áreas mais saturadas do mercado, o que também repercute em uma lucratividade menor do que nas empresas comandadas por homens.²⁶²

Estas são as típicas e fantasiosas tendências “que se expressam no aumento do número de empregados precarizados, iludidos com o aceno do mundo da liberdade e autonomia, que só depois revela suas perversidades.”²⁶³

Um exemplo recente de discriminação de gênero, desta vez no plano remuneratório, ocorreu no mundo desportivo, em julho de 2016 os noticiários miraram seus holofotes para uma publicação em uma rede social feita pela melhor jogadora de vôlei do campeonato mundial.

A brasileira Natália Pereira tornou pública duas fotos em que demonstravam a gritante diferença das premiações concedidas aos melhores atletas do campeonato mundial de vôlei masculino e feminino dadas pela Federação Internacional desse esporte (FIVB). Naquela oportunidade a brasileira foi eleita a melhor jogadora e recebeu um prêmio equivalente à metade da premiação do melhor jogador de vôlei masculino, o sérvio Marko Ivovi, sendo que ambos jogaram igualmente o mesmo número de partidas.²⁶⁴

Evidente que o controle judicial neste aspecto estaria inerte, pois nada pode fazer. Quem se encontra fora do manto do emprego, não pode esperar ou contar com qualquer protecionismo direto do Estado, seja através do Poder Judiciário, ou por políticas públicas.

Outrossim, a flexibilização trabalhista pelas mulheres é incompatível com as instituições formais do mercado, onde um avanço na legislação protetiva, ainda mais

²⁶² ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, op. cit., p. 42.

²⁶³ WANDELLI, op. cit., p. 335.

²⁶⁴ KNOPLOCH, Carol. **Presidente da FIVB promete rever premiação feminina no vôlei: 'Absurdo'**. Rio de Janeiro, jul. 2016. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/esportes/presidente-da-fivb-promete-rever-premiacao-feminina-no-volei-absurdo-19736594>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

no que tange à maternidade que é o grande anseio feminino e uma das principais causas de afastamento das mulheres do mercado formal, por exemplo, poderia acarretar efeitos pejorativos através de discriminações positivas, conforme visto no capítulo anterior.

Não foge ao debate, a única solução viável e que deve imergir do plano sociológico e cultural dos indivíduos.

Algumas tecnologias mais modernas, ao exemplo da internet, aplicada ao caso da atleta brasileira de vôlei, podem ser uma via utilizada a favor da segurança e busca de equiparação, não só remuneratória, mas também de iguais condições qualitativas. Tais assuntos, nos dias de hoje, são mais debatidos na sociedade pela forte presença dos movimentos feministas que se dedicam a igualdade de gênero, utilizando a velocidade e o alcance da rede mundial de internet como principais aliados.

Além disso, se faz necessário a criação de uma cultura de inclusão, onde o combate a desigualdade deve agir na raiz, tendo como base a instrução social desde a educação infantil.

No plano legislativo, o Estado deve agregar o maior número de leis específicas a cada categoria profissional não protegida pelo vínculo empregatício, com o fomento de métodos onde a equiparação remuneratória seria um ideal, contando para tanto com uma democracia deliberativa e a participação do empresariado.

O conjunto desses esforços deve ser aplicado diretamente onde o problema tem início. A dominação de gênero é o grande cerne a ser derrubado, assim explica o filósofo político Will Kymlicka:

Se devemos confrontar estas formas de injustiça, precisamos conceituar novamente a desigualdade sexual como um problema, não de discriminação arbitrária, mas de dominação.[...] A subordinação das mulheres não é fundamentalmente uma questão de diferenciação irracional com base no sexo, mas de supremacia masculina, sob a qual as diferenças de gênero são tornadas relevantes para a distribuição dos benefícios, para desvantagem sistemática das mulheres. Como o problema é a dominação, a solução não é apenas a ausência de discriminação, mas a presença de poder. A igualdade requer não apenas igual oportunidade de buscar papéis definidos por homens, mas também igual poder de criar papéis definidos por mulheres ou de criar papéis andróginos, que homens e mulheres tenham igual interesse em preencher. [...] A partir de uma posição de igual poder, não teríamos criado um sistema de papéis sociais que definem os trabalhos

“masculinos” como superiores aos trabalhos “femininos”.²⁶⁵

Assim, talvez a solução não esteja visível aos olhos dos envolvidos, sendo que se trata de um problema social complexo, uma dominação aparente, mais ainda por estar enraizado historicamente e sociologicamente no convívio da raça humana, muito antes até das relações trabalhistas passarem a serem codificadas.

Necessário que a sociedade entenda o problema antes de tentar enfrentá-lo, buscando agir onde o mesmo se inicia, para então chegarmos a uma emancipação do gênero feminino e o seu reconhecimento.

Aliado a esse papel paternalista do Estado, que se faz necessário em alguns casos específicos, principalmente para garantir os direitos sociais e fundamentais, sugerindo uma demanda pelo empoderamento feminino quando relacionamos políticas públicas com o desmantelamento da igualdade formal, prescreve-se certo cuidado, para que não se torne um empoderamento antagônico.

Neste sentido, sobre as novas tendências da condição feminina em um novo perfil de família, Rosalice Fidalgo Pinheiro e Laura Garbini Both, analisando uma perspectiva de empoderamento às avessas, dentro de políticas públicas, como no caso do Programa Bolsa Família, ensinam que:

Os últimos anos apontam um novo perfil das famílias brasileiras. Em face do princípio da pluralidade familiar, a Constituição da República acolhe as famílias monoparentais, formadas por apenas um dos cônjuges e seus filhos, no artigo 226. Dados do IBGE revelam que 37,3% das famílias brasileiras têm como responsável a mulher, o que se deve ao alto índice de divórcios e separações e ao crescimento da gravidez na adolescência. E nas famílias monoparentais, 87,4% das mulheres são apontadas como responsáveis pelo grupo.²⁶⁶

Sem embargo, o programa de distribuição de renda criado no ano de 2003, concedeu prioritariamente às mulheres o poder de manuseamento dos valores correspondentes. Assim, o Estado estaria reconhecendo a desvantagem social das mulheres e por outro lado, dando ênfase na importância delas dentro do seio doméstico e na regência familiar.

²⁶⁵ KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**: uma introdução. Trad. Luís Carlos Borges e Marilene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 312-313.

²⁶⁶ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; BOTH, Laura Garbini. O direito humano e fundamental à alimentação adequada e à condição feminina no programa Bolsa Família: empoderamento às avessas?. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 14, n. 1, p. 98-112. 2017. p. 107.

Contudo, surge um novo embate, onde de um lado algumas críticas a respeito dessa forma de empoderamento sustentam que tal prática “reforça a divisão sexual das tarefas no lar e enfraquece a participação das mulheres com o mercado de trabalho”.²⁶⁷ Do outro lado, teóricos “identificam o fortalecimento da participação das mulheres no Programa, o que lhes confere maior autoridade no espaço doméstico em razão do aumento do poder de aquisição e recursos para consumo”.²⁶⁸

Para responder tal dilema, as autoras se apoiam em pesquisas estatísticas, mas principalmente analisando as categorias de reconhecimento, redistribuição e representação, que foram problematizadas por Nancy Fraser, conforme abordagem anterior.

As conquistas sociais em diversos seguimentos da civilização, advindas do final do século XIX e início do século XX foram primordiais, pois permitiram fixar o norte principiológico da igualdade em diversas Constituições, inclusive inserido formalmente no art. 5º da nossa Constituição Federal de 1988.

Alguns resquícios dessas desigualdades ainda permanecem presentes no cotidiano da sociedade, bem como explica Yara Maria Pereira Gurgel:

O grande desafio à igualdade de gênero, no tocante à discriminação em matéria de ocupação, não diz respeito unicamente ao acesso aos postos de trabalho, mas sobretudo ao respeito aos méritos e talentos profissionais da mulher e sua conseqüente ocupação em atividades qualificadas e que proporcionem perspectivas de crescimento.²⁶⁹

Sabe-se da importância do trabalho em si, não só por questões econômicas ou por reflexo do assalariamento, mas sim, principalmente pelo fato do trabalho atingir a subjetividade do indivíduo como forma de realização do ser humano e a manifestação da dignidade humana.²⁷⁰

Neste viés, temos que o trabalho é o principal elemento social para o desenvolvimento do sujeito, não só pela estruturação financeira necessária para sobrevivência familiar, mas também no ímpeto da saúde mental do indivíduo.

Sendo assim, com a projeção do *Welfare State* ou Estado do Bem-Estar

²⁶⁷ Ibid., p. 108.

²⁶⁸ Id.

²⁶⁹ GURGEL, Yara Maria Pereira. Discriminação nas relações de trabalho por motivo de gênero. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**. Natal, v. 3, n. 1, p. 1-14, 2010. p. 4.

²⁷⁰ WANDELLI, op. cit., p. 42.

Social, o Estado observando a importância do labor para o sujeito, bem como para toda a economia, passou a ser promovedor de uma sociedade justa e economicamente organizada, envolvendo atitudes diretamente ligadas às ações afirmativas, ou mais especificamente, às discriminações positivas. Fez-se necessário um investimento nesta seara a fim de identificar e tentar resolver alguns problemas enraizados na sociedade com a promoção das minorias.

Um dos principais artifícios deste Estado, objetivando atender as novas necessidades relacionadas ao princípio da igualdade, foi instituir meios de inserção, através de leis que buscassem de forma rápida e segura mudar as estatísticas, diminuindo as desigualdades aparentes na sociedade.

As ações afirmativas e implantação de políticas públicas de inclusão social foram encaradas como meios eficazes de buscar um equilíbrio, mas de forma discutível, dividiram a população quando se iniciou a implementação de algumas políticas de cotas em alguns seguimentos.

Para Clèmerson Merlin Clève, no cenário atual, o exercício pleno das práticas de liberdade e igualdade entre os indivíduos pressupõem “obviamente, um atuar positivo do Estado concretizado através da adoção de políticas públicas capacitantes. Nesse sentido, as ações afirmativas e, entre elas, as cotas são apenas algumas das políticas que podem ser adotadas.”²⁷¹

Em nosso modelo atual, as cotas são o meio mais radical de inserção de um grupo minoritário que se encontra em posição de inferioridade, seja por qual motivo for, em um sistema gerido por outro grupo que se encontra em posição dominante.

Conceder igualdade a uma parcela da população que está em posição de desigualdade não é das tarefas mais fáceis, pois existem muitos anos de preconceito inserido no seio da sociedade.

Muitos são os grupos sociais que formam estas “minorias” que de certo modo, encontram-se em desvantagens. Podemos citar como exemplo, os pobres, os imigrantes, idosos, pessoas com deficiência, indígenas e principalmente os negros e as mulheres.

As desvantagens mais nítidas são atribuídas na base educacional e acesso ao mercado de trabalho. Uma está ligada diretamente à outra, pois uma boa

²⁷¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ações afirmativas, justiça e igualdade. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, São Paulo, v. 3, n. 3, p. 542-557, 2016. p. 546.

educação leva conseqüentemente a melhores oportunidades no mercado de trabalho.

Neste sentido, as cotas com cunho educacionais foram de longas datas debatidas, onde surgiu uma divisão de opiniões acerca de sua constitucionalidade ou não.

O caso mais emblemático foi aquele vivenciado e trazido por Ronald Dworkin em sua obra “Uma questão de princípios”, onde ele analisou a implementação de cotas raciais de ensino superior citando o caso *Regentes da Universidade da Califórnia contra Allan Bakke*, em que se discutia uma ação movida por Bakke contra a Universidade a qual teria adotado um programa de cotas raciais com a finalidade de admitir alunos negros e de outras minorias no curso de medicina. Bakke, que era um estudante de pele branca, sustentava que seus direitos constitucionais tinham sido violados, pois a reserva de vagas para os negros teria tirado sua chance de ingressar na Universidade e também pelo fato de que ele teria alcançado uma pontuação maior do que os cotistas no exame.²⁷²

Da interpretação deste caso paradigmático, o filósofo americano menciona que:

Muitas vezes se diz que os programas de ação afirmativa têm como objetivo alcançar uma sociedade racialmente consciente, dividida em grupos raciais e étnicos, cada um deles como grupo, com direito a uma parcela proporcional de recursos, carreiras ou oportunidades. Essa é uma análise incorreta. [...] Os programas de ação afirmativa usam critérios racialmente explícitos porque seu objetivo imediato é aumentar o número de membros de certas raças nessas profissões. Mas almejam a longo prazo reduzir o grau em que a sociedade norte-americana, como um todo, é racionalmente consciente.²⁷³

O referido autor explica ainda que esses programas se baseiam em dois juízos, sendo o primeiro referente à teoria social, em que os EUA “permanecerão impregnados de divisões raciais enquanto as carreiras mais lucrativas, gratificantes e importantes continuarem a ser prerrogativa de membros da raça branca [...]”.²⁷⁴ Já o segundo juízo seria o cálculo de estratégia, em que com o passar do tempo e com o aumento do número de negros nas profissões mais valorizadas, irão diminuir as

²⁷² DWORKIN, 2001, op. cit., p. 438-439.

²⁷³ Id.

²⁷⁴ Id.

injustiças e os constrangimentos sofridos por esta raça e em contrapartida aflorará naturalmente nos negros o sentimento de auto-sucesso.²⁷⁵

No Brasil, em 2014 o Supremo Tribunal Federal, julgando a ADPF 186-DF deu a última palavra sobre o tema e entendeu como constitucional o mecanismo de cotas raciais em universidades, considerando que a regra tem o objetivo de superar distorções sociais e históricas. O mesmo rumo deve ser tomado quando da discussão da ADC 41-DF que pretende declarar constitucional o mecanismo de cotas raciais para concursos públicos.

Hoje, além da Lei nº 12.711/2012 que dispõe sobre o ingresso dos negros nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e da Lei 12.990/2014 que reserva aos negros 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, temos as Leis nº 9.100/1995 e nº 9.504/1997 que reservam cotas para mulheres no âmbito partidário eleitoral.

Deixando de lado um pouco a base educacional, que não é o foco principal deste estudo, no âmbito trabalhista temos a Lei 8.213/1991 que garante cotas às pessoas portadoras de deficiências (PCD's), no acesso ao mercado de trabalho.²⁷⁶ Outro exemplo, é na obrigação que as empresas têm de contratação de jovens aprendizes, nos termos do Decreto nº 5.598/2005.²⁷⁷

De acordo com o Projeto de Lei que tramita na Câmara Federal (PL nº 1495/2011), apresentado pelo Deputado Carlos Souza (PP/AM), pretende acrescentar à Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso) o artigo 27-A, que prevê cotas para os idosos, de 2 a 5% dos cargos em empresas privadas com cem ou mais funcionários, nos mesmos moldes das cotas já existentes e

²⁷⁵ Id.

²⁷⁶ O artigo 93 da Lei 8.213/91 determina que: “Art. 93 - a empresa com 100 ou mais funcionários está obrigada a preencher de dois a cinco por cento dos seus cargos com beneficiários reabilitados, ou pessoas portadoras de deficiência, na seguinte proporção: - até 200 funcionários..... 2% - de 201 a 500 funcionários..... 3% - de 501 a 1000 funcionários..... 4% - de 1001 em diante funcionários... 5%.”

²⁷⁷ O artigo 9º do Decreto nº 5.598/05 determina que: “Art. 9º Os estabelecimentos de qualquer natureza são obrigados a empregar e matricular nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem número de aprendizes equivalente a cinco por cento, no mínimo, e quinze por cento, no máximo, dos trabalhadores existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação profissional.”

destinadas às pessoas com deficiência (Lei 8.213/91).

Sem adentrar ao mérito sobre a constitucionalidade ou não desses projetos legais, o que por si só renderiam alguns estudos isolados, importa aqui destacar algumas questões relevantes.

Primeiramente, a questão sobre identificar se tais projetos são ou não necessários no cenário atual, já pode ser considerada respondida pelo que foi tratado ao longo desse estudo. Ao exemplo da desigualdade de gênero no mercado de trabalho, é nítida a diferenciação salarial percebida entre homens e mulheres, bem como o gênero masculino é plenamente maioria quando falamos em ocupação dos melhores cargos.

As estatísticas do cenário internacional, já expostas anteriormente, demonstram isso. Mesmo no conjunto nacional, apesar das mulheres já serem a maioria da população, nos últimos anos as pesquisas realizadas pelo IBGE, comparando a média anual dos rendimentos dos homens e das mulheres, observaram que, em média, as mulheres ganham em torno de 27,7% a menos que os homens. Outra informação relevante foi apurada e mostrou que o grau de escolaridade das mulheres é muito maior que a dos homens.²⁷⁸

Outra estatística importante levantada no Brasil foi mostrada na pesquisa do Instituto Ethos em 2010,²⁷⁹ onde as mulheres ocupavam apenas 26,8% dos cargos de supervisão das empresas pesquisadas; 22,1% dos cargos de gerência e 13,7% nos cargos de direção. Ou seja, quanto maior o cargo no escalão da empresa, menor é o número de mulheres à frente destes.

Os países que adotaram políticas semelhantes já vivenciam, estatisticamente, uma redução no quadro de desigualdades. Assim, a prática de instituir cotas nos setores público e privado vem sendo cada vez mais frequente a nível mundial.

Em 1993, Israel, de forma inovadora, adotou lei semelhante que destinava que 30% dos cargos dos conselhos de administração fossem ocupados

²⁷⁸ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Algumas características da inserção das mulheres no mercado de trabalho**. 2008. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/estudos_mulher_merc_trabalho.shtm> Acesso em: 06 jan. 2017.

²⁷⁹ INSTITUTO ETHOS. **Perfil social e de gênero das 500 maiores empresas do Brasil e suas ações afirmativas**. 2010. Disponível em: <http://www1.ethos.org.br/EthosWeb/arquivo/0-A-eb4Perfil_2010.pdf>. Acesso em: 6 jan. 2017.

pelas mulheres. O exemplo de sucesso foi seguido por diversos países nos anos que se sucederam, como na África do Sul, Finlândia, Irlanda, Suíça, Dinamarca, França, Áustria e muitos outros, sendo o caso mais recente da Alemanha, que em 2015 aderiu a mesma prática. Talvez o caso da Noruega tenha sido o mais emblemático, pois este país em 2003, de forma mais radical, aplicou as cotas de gênero em 40% das vagas em assentos de conselhos, não apenas para as empresas de participação pública, mas também para as empresas privadas.²⁸⁰

E por segundo, necessário compreender e considerar a efetividade destas propostas interligando com o papel do Estado e o que poderia ser feito para que tal objetivo legal seja perfeitamente atendido, observando as necessidades, tanto do setor empresarial, como dos trabalhadores que as leis pretendem atingir e colocar em pé de igualdade com a aplicação das cotas, o que será discutido adiante.

Thereza Cristina Gosdal faz um comparativo entre opiniões desfavoráveis e favoráveis quanto à política de cotas no país e destaca, citando o jurista Rodolfo E. Piza Rocafort, que nos posicionamentos contrários as cotas, existem uma crença no sentido de que elas “igualam e equilibram artificialmente a representação dos grupos sub-representados”, sendo medidas “dramáticas e estereotipantes”.²⁸¹

Entre outros argumentos, com relação às cotas de gênero para cargos de chefia, gerência e administração nas empresas públicas e privadas, os críticos entendem que a interferência governamental neste caso não seria necessária, pois o acesso das mulheres aos cargos diretivos não é proibido e nem ilícito, sendo a instituição de cotas que tenha esse objetivo viola em si o princípio da igualdade para como os trabalhadores do sexo masculino.²⁸²

Já nas opiniões favoráveis, Gosdal destaca que tais políticas de cotas propostas pelo Estado são absolutamente necessárias para que haja certo equilíbrio no âmbito social e do trabalho em relação às mulheres, mas sempre em caráter temporário, até que se alcance a meta previamente pretendida com um “papel transformador em preconceitos e estereótipos”.²⁸³

²⁸⁰ SILVÉRIO, Vinícius Gabriel. As novas propostas para o combate de velhos problemas: ações afirmativas e discriminação de gênero nas relações de trabalho. In: Alberto Israel Barbosa de Amorim Goldenstein; Laércio Cruz Uliana Junior; Pedro Henrique Bruken Flores. (Org.). **Direitos Fundamentais & Democracia: Estudos em homenagem aos 10 anos do Mestrado em Direito do Unibrasil**. 1. ed. Curitiba: Instituto Memória, v. 1, p. 74-89, 2016.

²⁸¹ GOSDAL, Thereza Cristina. **Discriminação da mulher no emprego: relações de gênero no direito do trabalho**. Curitiba: Genesis, 2003. p. 128.

²⁸² Id.

²⁸³ Ibid., p. 129.

Aqui, necessário adentrar especificamente nos teores dos projetos de leis que tramitam no Senado Federal onde destinam cotas às mulheres no mercado de trabalho, sendo eles o PLS 112/2010 que inicialmente previa o percentual mínimo de 40% (posteriormente reduzido para 30%) de ocupação das vagas por mulheres nos conselhos de administração das empresas públicas, sociedades de economia mista e demais empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha maioria do capital social com direito a voto e também o PLS 216/2016 que se destina ao setor privado, pretendendo reservar para as mulheres pelo menos 30% dos postos de trabalho nas atividades-fim de empresas com mais de dez empregados.

O texto original do projeto de lei 112/2010 previa:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a participação de mulheres nos conselhos de administração das empresas públicas e sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas e demais empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto.

Art. 2º Nos conselhos de administração das empresas públicas e das sociedades de economia mista de que trata esta Lei, pelo menos quarenta por cento dos membros serão mulheres.

Parágrafo único. Fica facultado às empresas o preenchimento gradual dos cargos definidos no caput, desde que respeitados os limites mínimos a seguir definidos:

I – dez por cento, até o ano de 2016;

II – vinte por cento, até o ano de 2018;

III – trinta por cento, até o ano de 2020;

IV – quarenta por cento, até o ano de 2022. [...].²⁸⁴

O projeto de autoria da Senadora Maria do Carmo Alves (DEM-SE), apresentado em 27/04/2010, tem como principal justificção “tornar efetiva a presença de mulheres na composição dos conselhos administrativos das empresas cujo capital majoritário seja da União”,²⁸⁵ sendo necessário “pela necessidade de que haja a devida correspondência entre a participação das mulheres na produção dos bens públicos e sua presença nos órgãos que decidem os destinos dos recursos produzidos (...)”.²⁸⁶

O referido projeto foi aprovado no Senado, com alterações em sua redação original, sendo que o percentual de ocupação feminina, que inicialmente era de 40%,

²⁸⁴ BRASIL. SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 112, de 2010**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/96597>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

²⁸⁵ Id.

²⁸⁶ Id.

foi reduzido para 30%,²⁸⁷ e se encontra a caminho da Câmara dos Deputados para iniciar as deliberações naquela casa legislativa.

O PLS 112/2010 está pautado pelo disposto no artigo 18 da Constituição Federal, que confere autonomia e auto-organização aos entes federados, neste caso a União Federal, bem como encontra margem segura no inciso III do art. 1º e I do art. 5º da mesma norma. Os defensores do projeto orientam que sem a interferência legislativa será impossível a equiparação do quadro ideal entre homens e mulheres nos processos de tomadas de decisões das grandes empresas.

Vemos nas justificativas oficiais do PLS 112/2010 que os exemplos internacionais de sucesso inspiraram a criação desta lei aqui no Brasil.

Em se tratando de penalidade, esta é a principal crítica que se faz ao PLS 112/2010 no Brasil, o qual não prevê expressamente nenhuma punição em seu descumprimento, com exceção de tornar eventuais cargos não ocupados por mulheres nulos,²⁸⁸ nos casos de não atendimento da cota, tão somente, o que acaba retirando a força desta lei e abrindo brechas para que a mesma não seja atendida da forma pretendida.

Importante destacar e limitar aqui, que o projeto se destina somente aos empregados das empresas públicas, sociedades de economia mista e demais empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto. Ou seja, nos guiando pela classificação dos servidores públicos em que a maioria da doutrina nos apresenta, o referido projeto pode ser considerado muito restrito, pois tem como objeto os *servidores públicos empregados*, ou seja, aqueles que se submetem ao regime trabalhista, conforme leciona Cármen Lúcia Antunes Rocha:

B.1) *servidor público estatutário* (também, aqui, reprisa-se a designação *funcionário público*, o que anteriormente fora o paradigma normativo acolhido, mas que, na Constituição de 1988, somente pode ser considerado unindo-se a natureza do vínculo a reger a relação estabelecida e a entidade

²⁸⁷ A redação final do PLS 112/2010 foi aprovada no Senado contendo a seguinte redação: “Art. 2º Nos conselhos de administração das empresas públicas e das sociedades de economia mista de que trata esta Lei, pelo menos 30% (trinta por cento) dos membros titulares serão mulheres. § 1º É facultado às entidades a que se refere o caput o preenchimento gradual dos cargos definidos no caput, desde que respeitados os seguintes limites mínimos: I – 10% (dez por cento), até 2018; II – 20% (vinte por cento), até 2020; III – 30% (trinta por cento), até 2022. § 2º No cálculo previsto neste artigo, será desprezada a fração, se inferior a 1/2 (meio), e igualada a 1 (um), se igual ou superior.” Id.

²⁸⁸ Cf. Redação final do PLS 112/2010 em seu art. 4º. Id.

estatal, portanto da Administração Direta, com a qual é ela estabelecida. Isso porque o regime estatutário também rege servidores públicos autárquicos e fundacionais, pelo que o único critério ser esse regime não é mais concebível, porque não se tem considerada a figura do *funcionário público* fora dos quadros da Administração direta); B.2) *servidor público contratado* (adotado para situações previstas no art. 37, IX), tendo esse servidor contratado um regime próprio em geral, normalmente de direito administrativo, que constitui o seu estatuto, conquanto distinto daquele incidente nas situações comuns do servidor nomeado; B.3) *servidor público empregado*, que se submete, na relação firmada, ao regime trabalhista e não titulariza cargo público. [...].²⁸⁹

Porém, se formos levar a terminologia à risca e em um sentido mais estrito, devemos afirmar que o projeto legal se refere aos empregados das empresas estatais, que levando em conta o “elemento subjetivo, a classificação não permite o acolhimento da designação servidor público para tal categorização”,²⁹⁰ pois segundo Cármen Lúcia Antunes Rocha a expressão “público” não poderia ser utilizada nas relações estabelecidas às empresas estatais, que tem natureza de direito privado e se regem pelo regime trabalhista das empresas privadas.²⁹¹

Em versão mais polêmica e atual, o PLS 216/2016²⁹² de autoria da Senadora Regina Sousa (PT/PI), pretende acrescentar à CLT o artigo 373-B, com o intuito de obrigar as empresas privadas, com mais de dez empregados, a contratarem na proporção mínima de 30% de mulheres em suas atividades-fim. Vale lembrar que se considera como atividade-fim toda aquela “essencial ao desenvolvimento de uma atividade empresarial”,²⁹³ enquanto atividade-meio representaria a “desenvolvida como meio, apoio ou suporte para o desenvolvimento da atividade principal”.²⁹⁴

Na justificção deste projeto de lei, a Senadora pautou-se pelo inciso XXX,

²⁸⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 83.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 85.

²⁹¹ *Id.*

²⁹² Texto original do PLS 216/2016: “Art. 373-B. As empresas com mais de dez empregados deverão observar a proporção mínima de 30% (trinta por cento) de mulheres em suas atividades-fim. § 1º Até que o percentual estabelecido no caput seja atingido, as contratações de empregados destinadas às atividades-fim deverão observar a proporcionalidade mínima de 50% (cinquenta por cento) de mulheres. § 2º O Ministério do Trabalho regulamentará as hipóteses em que o cumprimento dos percentuais previstos no caput e no § 1º deste artigo poderão ser dispensados, em face da inexistência de mulheres interessadas na função ou da indisponibilidade de candidatas suficientes ao cumprimento da norma, habilitadas ao exercício das atividades-fim desenvolvidas pela empresa”. BRASIL. SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 216, de 2016**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/125805>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

²⁹³ BELMONTE, Alexandre Agra. Aspectos jurídicos atuais da terceirização trabalhista. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, v. 74, n. 4, p. 26-52, out./dez. 2008. p. 27.

²⁹⁴ *Id.*

do artigo 7º da Constituição e argumenta que as políticas de cotas têm produzido bons resultados e que seria um método válido para combater os preconceitos sociais e estabelecendo parâmetros para o controle da discriminação. Além disso, menciona também os exemplos internacionais que deram certo neste sentido.²⁹⁵

Como mencionado nos capítulos predecessores, as políticas de ações afirmativas para se tornarem eficientes precisam além da participação efetiva estatal, o chamamento do resto da sociedade para buscar-se um resultado significativo. Neste ponto é que o Estado adentra no setor privado e insere uma norma que cria a obrigação das empresas a contratarem um seleto grupo, para assim, tentar combater alguma desigualdade nítida.

Da mesma forma que o PLS 112/2010, o PLS 216/2016 também não prevê uma penalização expressa no caso de descumprimento ou não atendimento das cotas necessárias. Neste ponto, ambos os projetos apresentados possuem fraquezas similares.

Outra questão a ser discutida é a fiscalização. Deixar tudo a cargo do dos órgãos fiscalizadores, como o Ministério Público do Trabalho e o Ministério do Trabalho e Emprego, parece não ser muito viável, mais ainda no caso do PLS 216/2016, que se aplicaria de uma forma muito ampla em todo o território nacional e pela diversidade de empresas e setores que seriam alvo de implementação desta política.

Uma possível solução habita em outro campo das atribuições do Estado. Em nosso sistema tributário nacional, que pode ser considerado um dos mais complexos do mundo²⁹⁶ pela grande quantidade de tributos e campeão em proporcionar o pior retorno do que foi arrecadado à população,²⁹⁷ quando falamos em incentivos, benefícios ou isenções fiscais, logo pensamos em uma ideia de sacrifício estatal em

²⁹⁵ BRASIL, 2016, op. cit.

²⁹⁶ Segundo estudo realizado em 2013 pelo site do IBPT, o Brasil apresenta quase o dobro da média de carga tributária dos demais países do BRICS. INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO E TRIBUTAÇÃO. **Carga tributária brasileira é quase o dobro da média dos BRICS**. 2013. Disponível em: <<http://www.ibpt.com.br/noticia/1443/Carga-tributaria-brasileira-e-quase-o-dobro-da-media-dos-BRICS>>. Acesso em: 06 jan 2017.

²⁹⁷ Segundo estudo realizado em 2015 pelo site do IBPT, “entre os 30 países que possuem as maiores carga tributárias do planeta, o Brasil é o que proporciona o pior retorno à população pelos tributos arrecadados nas esferas federal, estadual e municipal. INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO E TRIBUTAÇÃO. **Carga Tributária/PIB x IDH – Cálculo do Índice de Retorno de Bem Estar à Sociedade – IRBES**. 2015. Disponível em: <<https://www.ibpt.com.br/noticia/2171/Pelo-5o-ano-seguido-Brasil-arrecada-muito-mas-nao-da-retorno>>. Acesso em: 06 jan 2017.

prol de um determinado setor da economia que se pretende alavancar. Tais incentivos caracterizam-se direta ou indiretamente, pela limitação, redução ou até mesmo eliminação do referido ônus tributário concentrado em um setor da economia destinatário.

Não nos cabe aqui esgotar toda diferenciação terminológica encontrada na doutrina, apenas tomar como base a ideia superficial de incentivos fiscais interligando a matéria discutida com o conceito de que tais esforços sejam encarados como um instrumento para que o Estado possa atingir seus interesses, sendo necessário abrir mão de parte da arrecadação para que as empresas indiretamente possam incentivar algumas áreas como cultura, educação, alimentação, agricultura, entre outros.²⁹⁸

De certo, que tais subsídios ou isenções devem estar previstos em lei específica, consoante determina o §6º do artigo 150 da Constituição. Além disso, devem observar os requisitos estabelecidos pelo artigo 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) que principalmente preceitua que a referida legislação deve estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro e tal meta não poderá afetar os resultados fiscais previstos no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias e ainda, estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no *caput* do artigo 14, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.²⁹⁹

De pronto, podemos mencionar diversas categorias de incentivos fiscais em todas as unidades da Federação, aos exemplos da dedução do imposto de renda, programas especiais de exportação, incentivos aos projetos culturais, artísticos ou tecnológicos, incentivos ao desporto, dentre outros. Porém, na esfera que envolve diretamente o trabalho, ou incentivo ao trabalho, não temos nenhum exemplo concreto em vigor, por exceção do PAT – Programa de Alimentação ao Trabalhador, que pode ser deduzido do imposto de renda das empresas participantes do programa.

²⁹⁸ FABRETTI, Lúaudio Camargo. **Contabilidade Tributária**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

²⁹⁹ BRASIL. Lei Complementar nº 101/2000, 04 de maio de 2000. **Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 mai. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 09 jan. 2017.

Infelizmente em todo o território nacional, os benefícios fiscais são utilizados apenas com a visão concorrencial entre os Estados membros, sendo que aquela entidade que oferece melhores condições ou os menores volumes de impostos ao setor privado, ganha a concorrência e recebe as grandes empresas em seu limite geográfico. Não que esta polarização industrial não seja importante para o desenvolvimento econômico e social do país, mas não é viável que o instituto do incentivo fiscal seja limitado apenas a categorias produtivas do mercado, mas deveria alcançar projetos mais audaciosos.

Outra questão importante a ser levada em consideração, é que os incentivos fiscais normalmente são direcionados à setores da indústria ou do comércio, com o intuito de alavancar a economia que vai mal em determinado setor e em determinado período, como aos exemplos recentes das isenções do IPI para carros novos em 2014 e para eletrodomésticos da linha branca em 2016.

Sem adentrar nas questões práticas geradas pela extrafiscalidade,³⁰⁰ temos que tal prática, indiretamente acaba por contribuir com a promoção do emprego, gerando novos postos de trabalho.

Neste ponto, pode-se propor um casamento entre os institutos das ações afirmativas com os benefícios fiscais, reiterando que é perfeitamente possível que as desigualdades entre os indivíduos vivenciadas no ambiente de trabalho, sejam combatidas, ou pelo menos reduzidas, através dos incentivos fiscais concedidos pelo Estado às empresas privadas.

Nos sistemas das ações afirmativas voltadas ao mercado de trabalho, notamos que tais políticas são “incentivadas” apenas pelas desvantagens econômicas e o medo criado por isto. Explica-se: Com a obrigação legal de cumprimento de determinada meta, as empresas devem estar atentas a preencher o percentual de trabalhadores em tal situação desvantajosa, ao exemplo das cotas aos

³⁰⁰ José Casalta Nabais elucida que a extrafiscalidade “tem por finalidade principal ou dominante a consecução de determinados resultados económicos ou sociais através da utilização do instrumento fiscal e não a obtenção de receitas para fazer face às despesas públicas. Trata-se assim de normas (fiscais) que, ao preverem uma tributação, isto é, uma ablação ou amputação pecuniária (impostos), ou uma não tributação ou uma tributação menor à requerida pelo critério da capacidade contributiva, isto é, uma renúncia total ou parcial a essa ablação ou amputação (benefícios fiscais), estão dominadas pelo intuito de actuar directamente sobre os comportamentos económicos e sociais dos seus destinatários, desincentivando-os, neutralizando-os, nos seus efeitos económicos e sociais ou fomentando-os, ou seja, de normas que contêm medidas de política económica e social”. NABAIS, José Cassalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra, 2009. p. 269.

PCD's (Lei 8.213/1991) e no caso de restar constatado o descumprimento, o que geralmente acontece, gera-se a institucionalização das multas administrativas.

A punição como única ou principal medida não parece a melhor solução para o caso das ações afirmativas. O esforço estatal condicionado aos incentivos fiscais pode ser uma solução bem mais vantajosa a todos, alcançando-se resultados muito mais gratificantes e desejados.

Os incentivos de natureza fiscal são ao mesmo tempo um chamariz para o empresariado, que visivelmente busca a lucratividade do seu negócio e também uma possível solução para o combate das desigualdades sociais, como as que estão presentes no mercado de trabalho.

Tais incentivos não precisam ser isenções totais de tributos ou redução de grandes montas que prejudiquem a arrecadação da verba pública, mas que sejam suficientes para atraírem e despertarem o interesse do setor privado, que como dito acima, é movido pelo lucro.

Repassar, em parte, o problema do combate à desigualdade para a iniciativa privada parece ser a melhor solução, que não só ficaria com o dever de inclusão social na contratação, mas também, dando continuidade ao processo natural com a habilitação, preparação e profissionalização do indivíduo.

Neste viés, como ainda não tratamos de um sistema propriamente implantado, impossível assegurar que tal ação efetivamente vingaria, reduzindo os quadros de desigualdade no mercado de trabalho nacional, porém podemos nos apoiar em exemplos internacionais que de forma similar assim o fizeram e também, em alguns exemplos destinados a outras áreas de concentração que já vivenciam os mesmos preceitos.

De modo geral, são muitos os países que adotaram leis que estabelecem cotas no mercado de trabalho, visando proteger o acesso ao emprego para uma determinada minoria que se encontra em situação adversa, por outro lado, não são todos os países que criaram incentivos tributários ou previdenciários para o cumprimento de tal medida.

Tomando de exemplo as ações afirmativas para PCD's, sistema de cota mais comum na ordem internacional, podemos citar a Espanha, que em 1997 editou a Lei nº 66, que ratificou o art. 4º do Decreto Real nº 1.451/83, o qual assegura o percentual mínimo de empregados com deficiência em 2% para as empresas com

mais de 50 trabalhadores fixos. Em complementação a Lei Consolidada nº 63/1997³⁰¹ concede incentivos fiscais, mais especificamente de natureza previdenciária, com a redução de 50% a 100% das cotas patronais da seguridade social, para aquelas empresas que observarem o percentual fixado no Decreto Real nº 1.451/83.

Na América Latina, vários são os países que adotam sistema de cotas para o ingresso ao mercado de trabalho. Em grande maioria, não criam obrigações legais das empresas privadas contratarem este seleto grupo, obrigando apenas a Administração Pública a cumprir tal cota. Mas em contrapartida, criam incentivos fiscais e previdenciários como forma de atrair as empresas para que também participem deste programa. O exemplo mais próximo é o da Argentina, no qual excluí as empresas privadas da obrigação de contratar, mas obriga todos os órgãos públicos a admitir PCD's em 1% dos seus cargos. Para as empresas privadas que contratarem PCD's de forma livre, a Lei Provincial de Buenos Aires nº 25.687/1998 defere a redução em 50% das contribuições previdenciárias dos empregadores.³⁰²

Outro exemplo próximo é o da Colômbia, que com a Lei nº 361/1997 concede benefícios de isenções de tributos nacionais e taxas de importação para as empresas que tenham, no mínimo, 10% de seus trabalhadores com deficiência.³⁰³ Outras leis similares podem ser encontradas no Peru, Uruguai, Panamá, etc.

Ou seja, em diversos sistemas legislativos internacionais, tal realidade já é incentivada durante anos, especialmente quando se trata de cotas referentes aos portadores de necessidades especiais. Demais sistemas que impliquem a inclusão de outras minorias, ao exemplo de mulheres e idosos, ainda estão engatinhando nos ordenamentos jurídicos dos países, mas em pouco tempo podemos ter essa realidade modificada.

³⁰¹ ESPANHA. **Lei Consolidada nº 63/1997, 26 de dezembro 1997.** *Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo y el Fomento de la Contratación Indefinida.* Artículo 12.3: "Las empresas que celebren contratos para la formación con trabajadores minusválidos tendrán derecho a una reducción del 50 por 100 en las cuotas empresariales a la Seguridad Social previstas para los contratos para la formación". BOE, Madrid, 30 dez. 1997. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1997-27989>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

³⁰² NERI, Marcelo; CARVALHO, Alexandre Pinto de; COSTILLA, Hessia Guillermo. Política de cotas e inclusão trabalhista das pessoas com deficiência. **Ensaio Econômico**. Rio de Janeiro: FGV, n. 462, nov. 2002. p. 31.

³⁰³ COLÔMBIA. Lei nº 361/1997, 7 de fevereiro 1997. *Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones.* **Diário Oficial nº 42.978**, Bogotá, 7 fev. 1997. Disponível em: <http://www.mintic.gov.co/portal/604/articulos-3673_documento.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2017.

Desta breve análise, percebemos que o Brasil fica muito atrás dos demais países quando se trata de incentivos fiscais para o preenchimento de cotas de emprego nas empresas.

Alguns casos legislativos internos de incentivos, aplicados em outros segmentos estão em situação mais adiantada, como na área ambiental, onde alguns projetos de leis já tramitam perante o Congresso Nacional, na real tentativa de conceder incentivos fiscais às pessoas físicas ou jurídicas que quiserem doar parte do imposto de renda para instituições sem fins lucrativos que promovam o uso sustentável dos recursos naturais e a preservação do meio ambiente.³⁰⁴

Justificável a intromissão estatal na esfera do particular, ou mais precisamente, do empresariado, sendo que a propriedade privada não é um bem inatingível.

O princípio da função social da propriedade acolhido pela Carta Magna entra no ditame social e vincula à empresa particular com os direitos sociais estabelecidos na própria Constituição, inclusive o direito social ao trabalho (art. 6º, *caput* da CF/88).

Para José Afonso da Silva, a função social da empresa tem "configurada a sua direta implicação com a propriedade dos bens de produção, especialmente imputada à empresa pela qual se realiza e efetiva o poder econômico, o poder de dominação empresarial."³⁰⁵ Sendo que complementa o autor, "disso decorre que tanto vale falar de função social da propriedade dos bens de produção, como de função social da empresa, como de função social do poder econômico".³⁰⁶

O choque conflituoso entre dois grandes alicerces da ordem econômica atual, o valor social do trabalho e a livre iniciativa, de longe está para acabar. O Estado Democrático é o elo de ligação entre estes dois valores sociais. Não somente isto, mas a busca de desigualdades sociais, o alcance da justiça e o combate ao

³⁰⁴ Texto original do PLS 5974/2005: "Art. 1º As pessoas físicas e jurídicas poderão deduzir do imposto de renda devido, respectivamente, até 80% (oitenta por cento) e até 40% (quarenta por cento) dos valores efetivamente doados a entidades sem fins lucrativos, para aplicação em projetos destinados a promover o uso sustentável dos recursos naturais e a preservação do meio ambiente". BRASIL. SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 5.974, de 2005**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=301799>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

³⁰⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 814.

³⁰⁶ Id.

desemprego são objetivos primordiais de nosso Estado.

O sacrifício da propriedade privada em prol do alcance desses objetivos sociais é um fator possível e plenamente aplicável, pois justificável não só pela ordem constitucional vigente, mas presente na história desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Indubitavelmente, a partir do advento da Constituição Federal de 1988, a função social da empresa passou, essencialmente, ser pautada no princípio da dignidade da pessoa humana e atender os chamados dos direitos fundamentais, sendo assim, deve alinhar-se com necessidades importantes da sociedade, como o combate ao desemprego e a igualdade entre os indivíduos.

De relevante aqui, não podemos esquecer o que preconiza o artigo 170 da CF e seus incisos, os quais especificamente, alinhados no título VII (da ordem econômica e financeira), definem que tal ordem é fundada na valorização do trabalho, assegurando a todos uma existência digna, principalmente observando os princípios da função social da propriedade, redução das desigualdades e a busca do pleno emprego.

Sem embargo, é correto afirmar que a ordem econômica e a livre iniciativa caminharão de mãos dadas rumo ao combate das desigualdades, sejam elas em que condições se encontrem, e também buscarão a manutenção saudável do pleno emprego.

Esta é a justificativa válida e o alicerce que permite qualquer intervenção estatal na esfera privada, objetivando igualdade das chamadas minorias que sofrem com alguma condição de desigualdade.

Na situação social atual, não é conhecida nenhuma outra medida de inserção no plano trabalhista, tão abrupta como o sistema de cotas, que apesar de sua característica temporária, deve receber estímulos do Estado, sendo que este deve falar a mesma língua do setor econômico produtivo das empresas, que, por sua vez, ao receberem motivações (incentivos), poderão de certa forma, muito significativamente, ajudar na solução dos problemas de desigualdades, como um aliado importante nessa guerra, que notadamente ainda não está perto de acabar.

3.3. O GÊNERO FEMININO EM UM CONTEXTO NEOLIBERAL: PERSPECTIVAS DE TRABALHO, EMANCIPAÇÃO E RECONHECIMENTO

Em uma análise sugestiva de Nancy Fraser, é possível perceber o esvaziamento do imaginário feminista em sua segunda fase que demasiadamente procurou, através da necessidade do “reconhecer a diferença”,³⁰⁷ resolver todos os problemas enfrentados pelas mulheres. Segundo a autora, “a luta por reconhecimento capturou de forma tão completa a imaginação feminista que serviu mais para deslocar do que aprofundar o imaginário socialista”³⁰⁸ mesmo que essa não fosse a intenção original.

Sendo assim, o foco dos esforços feministas foi desviado tão somente ao reconhecimento, deixando o avanço do neoliberalismo crescer, em desfavor da igualdade social, sem nenhuma resistência.³⁰⁹

Assim, os princípios componentes do livre mercado vieram ganhando força, alavancados pelos efeitos da revolução tecnológica e das relações de consumo, que por sua vez, acabaria acarretando mudanças na divisão do trabalho.

Fraser irá revelar um descontentamento com o que foi conseguido pela segunda onda do feminismo até então, pois as conquistas culturais provocadas pelo movimento parecem em nada ter afetado a estrutura social-institucional, em suas palavras:

Assim, as críticas feministas de, por exemplo, assédio sexual, tráfico sexual e desigualdade salarial, que pareciam revolucionárias não faz muito tempo, são princípios amplamente apoiados hoje; contudo esta mudança drástica de comportamento no nível das atitudes não tem de forma alguma eliminado essas práticas. E, assim, frequentemente se argumenta: a segunda onda do feminismo tem provocado uma notável revolução cultural, mas a vasta mudança nas *mentalités* (contudo) não tem se transformado em mudança estrutural, institucional.³¹⁰

Desta forma, a autora sugere que a nova fase do feminismo que ora se revela, revise a relação entre as políticas de redistribuição e de reconhecimento, de forma que tais dimensões sejam reintegradas, o que não foi praticado corretamente na segunda fase.³¹¹

³⁰⁷ FRASER, 2007, op. cit., p. 296.

³⁰⁸ Ibid., p. 297.

³⁰⁹ Id.

³¹⁰ FRASER, Nancy. O feminismo, o capitalismo e a astúcia da história. **Mediações Revista de Ciências Sociais**, v. 14, n. 2, Londrina, p. 11-33, 2009. p. 13.

³¹¹ FRASER, 2007, op. cit., p., 298.

A nova fase do feminismo busca espaço em políticas transnacionais, atuando em um campo cosmopolita sem encontrar fronteiras ou limites territoriais. Isto porque, normalmente as decisões que são tomadas dentro de um território podem refletir na vida das mulheres que estão fora dele. Apostando na força da opinião pública transnacional, bem como alinhando os mecanismos da *internet*, a junção de forças globais pode ser um desafio às estruturas de governança econômica mundial que tanto isola a tomada de decisões democráticas sob questões de gênero.³¹²

Esta nova fase do feminismo mira o combate ao “mau enquadramento”³¹³ superando os aspectos de redistribuição e reconhecimento, abrindo caminho para uma terceira dimensão de justiça, a representação.³¹⁴ Tal dimensão não fica restrita a participação das mulheres na política já existente, mas enquadra “as disputas sobre justiça que não podem ser propriamente contidas nos regimes estabelecidos.”³¹⁵

Agora, com a expansão do neoliberalismo que passou a utilizar o mercado para regular a política, e não mais o contrário como era aplicado no modelo passado de capitalismo, o dirigismo estatal da vez a um modelo de Estado muito mais enxuto. E qual seria a relação atual entre o feminismo que busca uma justiça de gênero com o neoliberalismo, se é que existe alguma?

Para Fraser, se existe qualquer ligação entre os dois, ela se encontra na “crítica da autoridade tradicional”.³¹⁶ Essa autoridade que a autora cita, diz respeito a um alvo do ativismo feminista e do movimento neoliberal também, explica:

Tal autoridade é um alvo do ativismo feminista existente há muito tempo, que buscou, pelo menos desde Mary Wollstonecraft, emancipar as mulheres da sujeição personalizada aos homens, sejam eles os pais, irmãos, padres, anciões ou maridos. Mas a autoridade tradicional também aparece em alguns períodos como um obstáculo à expansão capitalista, parte do

³¹² Segundo a autora: “Atualmente, as demandas feministas por redistribuição e reconhecimento estão cada vez mais conectadas a lutas para alterar esse quadro. Diante da produção transnacionalizada, muitas feministas vão além das economias nacionais. Na Europa, por exemplo, feministas miram as políticas e estruturas econômicas da União Europeia, enquanto correntes feministas ente as que protestam contra a OMC desafiam as estruturas de governança na economia global.” *Ibid.*, p. 304.

³¹³ Este termo foi utilizado por Fraser para explicar a situação do Estado territorial que impõe fontes transnacionais de injustiça, das quais resultam a desigualdade de poder. Cf. FRASER, Nancy. **Reframing justice in a globalizing world**. *New left review*, v. 36, 2005. p. 69-88.

³¹⁴ FRASER, 2007, op. cit., p. 305.

³¹⁵ *Id.*

³¹⁶ FRASER, 2009, op. cit., p. 30.

conteúdo social circundante em que os mercados historicamente foram incorporados e que serviu para delimitar a racionalidade econômica dentro de uma esfera limitada. No momento atual, estas duas críticas à autoridade tradicional, a feminista e a outra neoliberal, parecem convergir³¹⁷

Contudo, em sinal de divergência, o feminismo e o neoliberalismo são contrapostos no que diz respeito às formas “pós-tradicionais de subordinação de gênero – coações na vida das mulheres que não adotam a forma de sujeição personalizada.”³¹⁸

A proposta neoliberal pressupõe uma ideia de liberdade financeira às mulheres e desvinculada ao trato de submissão androcêntrica, porém na verdade, “substitui um modo de dominação por outro”.³¹⁹ Assim, os esforços agora devem se voltar para esse novo sistema de dominação, onde a participação democrática das mulheres em uma forma transnacional possa oferecer resistência e sugerir novos contornos para o movimento, inclusive na esfera do mercado de trabalho, bem como em reivindicações por reconhecimento em uma perspectiva emancipatória.

³¹⁷ Id.

³¹⁸ Id.

³¹⁹ Id.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final deste trabalho, foi possível perceber que a conceituação entre as terminologias do sexo e do gênero não se restringem a conceitos vazios e binários apenas definidos pelo ser humano “homem” e “mulher”, é muito mais do que isso. As disciplinas sociais em geral caminham juntas para reconhecer a identidade do sujeito através das diferenças que cercam a humanidade.

Contudo, em toda a trajetória legislativa e codificada, temos que aos olhos da lei, a noção de gênero é restrita ao sexo.

Esta abordagem inicial foi essencial para estabelecer uma definição sobre o sujeito discriminado e todo o panorama da mulher em um contexto atual.

Por isso, imprescindível a análise evidenciada no primeiro capítulo acerca dos tipos de discriminações sociais, como é o caso da dominação econômica ou de classe, a discriminação de gênero, e por fim, a discriminação racial, onde foi possível notar que a mulher negra e pobre, pode sofrer uma tripla incidência discriminatória e sofrer com dificuldades de inserção social de um modo muito mais abrupto.

Como uma relação em cadeia, os tipos de discriminações estão estritamente ligados aos motivos que as geraram, nesta senda, foi analisado, primeiramente, o desencadeamento histórico. Repisa-se que a história das mulheres esteve atrelada ao domínio hegemônico do patriarcado, que estabeleceu o controle absoluto das mulheres sobre a gerência do pai ou do marido.

Em busca de direitos sociais e políticos, as mulheres desencadearam mundo afora ondas feministas reivindicando melhores condições de trato e reconhecimento legal, não somente ao seio político, mas também em âmbito doméstico.

O período da Revolução Industrial foi determinante para alocar as mulheres, pertencentes às classes mais baixas, fora de suas casas e conseguirem o direito de trabalhar, apesar das condições precárias e insalubres, as dificuldades técnicas e a dupla jornada dentro e fora do lar.

Muito após, o movimento de constitucionalização dos países ocidentais e as primeiras leis protetivas trabalhistas começaram tutelar de forma arcaica, mas importante, o labor e demais condições femininas na esfera social.

Aliado aos motivos históricos, esta pesquisa também se baseou em fatores

estatísticos através de uma pesquisa de nível global realizada pela OIT, onde foram avaliados os dados colhidos entre os anos de 1995 e 2015 sobre as condições da mulher no mercado de trabalho e freqüentes situações de discriminação. O estudo chegou a um resultado impressionante, sendo que do comparativo entre os 20 anos envolvidos na pesquisa, os avanços no campo de combate a fatores discriminatórios no trabalho da mulher foram praticamente nulos.

Estas circunstâncias preocupantes ensejam alguns esforços por parte do Estado para a diminuição dos fatores de *discrímen*. No campo de criação legal, o legislador se preocupou em conceder direitos e garantias especiais somente as mulheres, como citados no capítulo número dois.

As discriminações positivas foram encaradas em um primeiro momento como uma salvaguarda legal. Entretanto, na prática, se mostraram mais uma pedra no caminho das mulheres, que agora precisam driblar preconceitos dos empregadores no momento de contratação, por exemplo.

Antes de entrar em toda essa discussão, tanto em efeitos práticos, como jurídicos, foi necessário entender o início da vinculação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, e a carga valorativa de desenvolvimento do direito antidiscriminatório que vem ganhando força, principalmente no continente europeu.

Quanto ao sistema normativo brasileiro, viu-se que após longa evolução legal, a Constituição de 1988 deu especial importância ao preceito da igualdade entre homens e mulheres, bem como destinou proteção estatal singular ao mercado de trabalho feminino. Este foi um pressuposto notável para garantir, não só a efetividade das discriminações positivas, mas também o alcance de políticas públicas no plano trabalhista.

Encerrando qualquer tipo de discussão sobre a constitucionalidade ou não de tais mecanismos, foi apresentada a posição do STF no julgamento do RE. 658.312, onde os ministros daquela Corte entenderam que a CF recepciona qualquer dispositivo, que mesmo em hipotética afronta ao princípio da igualdade, resguarda conquistas obtidas pelas mulheres e apresentem uma justificativa plausível para a diferenciação de trato.

Ao final, o presente estudo caminhou em direção à teoria do reconhecimento que foi incrementada por Axel Honneth nos conflitos sociais. Tal aporte teve um

motivo justificável.

Os conflitos sociais envolvendo mulheres e sua condição de sujeito dominado revelou que não é somente através de leis protetivas que chegaremos a soluções para esses conflitos. Honneth pôde elucidar a ideia de que o direito formal de transações negociais, somente é possível pelo reconhecimento recíproco de um indivíduo pelo outro, que também é portador de uma pretensão legítima. Ou seja, o problema que envolve a discriminação de gênero no campo trabalhista, se mostrou enraizado na esfera do reconhecimento intersubjetivo, ou melhor, na ausência desse nas três dimensões, amor, direito e solidariedade.

Aliando tais conceitos com a teoria da filósofa americana Nancy Fraser, a busca pelo *status* de justiça social ideal, revelou três novos caminhos no combate às formas de injustiça: o reconhecimento, a redistribuição e a representação.

Agarrando nessa justificativa, as ações afirmativas e políticas de cotas empregatícias se mostraram uma solução viável.

Alguns projetos de leis que miram a possibilidade do equilíbrio entre os gêneros no mercado de trabalho, tanto quantitativamente, como qualitativamente, horizontalizado ou verticalizado, remetem para uma nova discussão.

Menos gravosa a intensidade da questão no que se refere a implantação de cotas no setor público. Todavia, é na esfera privada que o debate torna-se mais categórico.

Foi por isso, que os breves apontamentos sobre a função social da propriedade e posteriormente a função social da empresa apareceram em papel de destaque. A empresa está vinculada a cumprir sua função social, assim deve cobrir os anseios sociais e ajudar no enfrentamento ao combate das discriminações.

Muito embora os projetos de lei não tenham instrumentalizado nenhum tipo de fiscalização e aplicação de penalidades no caso de descumprimento da cota mínima, existe uma forte objeção às penas de caráter extremamente pecuniárias.

Exemplos advindos de outros países se tornam sugestões para o Brasil. O esforço estatal condicionado aos incentivos fiscais pode ser uma solução bem mais vantajosa a todos, alcançando-se resultados muito mais gratificantes e desejados, como já dito no terceiro e último capítulo.

Desta forma, priorizando os incentivos de natureza fiscal, que são mais bem quistos pelo setor empresarial, evitar-se-iam também aplicações de sanções

injustas.

Como visto anteriormente, a ordem econômica, juntamente com a livre iniciativa e o trabalho como meio de emancipação, devem caminhar de mãos dadas propondo novas soluções ao combate das desigualdades de gênero, seja dentro, ou fora do mercado de trabalho formal, ainda mais em um novo panorama voraz e incerto que o neoliberalismo reserva para as trabalhadoras do sexo feminino.

É imprescindível que existam esforços no enfraquecimento dos sistemas de dominação social, sendo que a representação feminina em um contexto transnacional em um crivo político é o único meio de oferecer resistência e sugerir novos contornos para o movimento, inclusive no que é pertinente ao trabalho como único meio de atender a falta de reconhecimento e garantir uma verdadeira emancipação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Maria Christina de. A função social da empresa na sociedade contemporânea: perspectivas e prospectivas. **Argumentum Revista de Direito**, n. 3. Marília: UNIMAR, p. 141-152, 2003.

ALVES, José Augusto Lindgren. A declaração dos direitos humanos na pós-modernidade. In: BOCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAUJO, Nadia de (Org.). **Os direitos humanos e o direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ANAMATRA. **1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo: Boitempo, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Trabajo, consumismo y nuevos pobres**. Barcelona: Gedisa, 2005.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**: a experiência vivida. Sérgio Milliet (Trad.). v. 2. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

BELMONTE, Alexandre Agra. Aspectos jurídicos atuais da terceirização trabalhista. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, v. 74, n. 4, p. 26-52, out./dez. 2008.

BENHABIB, Seyla. **Feminismo como crítica da modernidade**. Rio de Janeiro: Rosa dos tempos, 1987.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOURDIEU, Pierre. **A distinção**: crítica social do julgamento. Porto Alegre: Zouk, 2007.

_____. **A dominação masculina**. Maria Helena Kühner (Trad.). 2 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 25 nov. 2017.

_____. **CONSTITUIÇÃO FEDERAL (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 17

jun. 2017.

_____. Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2 ago. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm>. Acesso em: 15 nov. 2017.

_____. **Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

_____. Lei Complementar nº 101/2000, 04 de maio de 2000. **Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 mai. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 09 jan. 2017.

_____. Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 abr. 2000.

_____. MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO. **Boletim estatístico de pessoal e informações organizacionais**. Brasília, abr. 2016, p. 95. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/servidor/publicacoes/boletim_estatistico_pessoal/2016/140716_bol240_abr2016_parte_i-pdf.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2017.

_____. Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 1.857/1989. Dispõe sobre a proteção do mercado de trabalho da mulher. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 29 mar. 1989.

_____. Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 2.350/1989. Regulamenta o inciso XX do art. 7º da Constituição Federal, referente a proteção do mercado de trabalho da mulher, e da outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 23 maio. 1989.

_____. SENADO FEDERAL. **Anais do Império: 1879 a 1881**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/anais/asp/AP_Apresentacao.asp>. Acesso em: 06 jun. 2017.

_____. SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 112, de 2010**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/96597>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

_____. SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 216, de 2016**. Disponível

em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/125805>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

_____. SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 5.974, de 2005.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=301799>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Direito do trabalho e constitucional. Recepção do art. 384 da consolidação das leis do trabalho pela Constituição Federal de 1988. **Recurso Extraordinário n. 658.312.** Recorrente: A. Angeloni e Cia Ltda. Recorrida: Rode Keila Tonete da Silva. Relator: Dias Toffoli. Brasília, 10 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1950017>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Mulher - intervalo de 15 minutos antes de labor em sobrejornada - constitucionalidade do art. 384 da clt em face do art. 5º, i, da cf. Incidente de inconstitucionalidade em recurso de revista nº 1.540/2005-046-12-00.5.** Recorrente: Simone de Fátima Vaz de Jesus Junkes. Recorrido: Comércio e Indústria Breithaupt S.A. Relator: Ives Gandra Martins Filho. Brasília, 13 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTst.do?conscsjt=&numeroTst=1540&anoTst=2005&varaTst=046&trtTst=12&seqTst=00&consulta=Consultar>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

BUTLER, Judith. Problema de los géneros, teoría feminista y discurso psicoanalítico. In: NICHOLSON, J. Linda (Org.). **Feminismo/posmodernismo.** Mária Averbach (Trad.). Buenos Aires: Feminaria Editora, 1992.

_____. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade.** Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. Sex and Gender in Simone de Beauvoir's Second Sex. **Yale French Studies,** New Haven, n. 72, p. 35-49, 1986.

CARNEIRO, Sueli. Mulheres em movimento. **Estudos Avançados,** São Paulo, v. 17, n. 49, p. 117-133, dez. 2003.

CHARTIER, Roger. Diferenças entre os sexos e dominação simbólica (nota crítica). **Cadernos Pagu,** Campinas, n. 4, p. 37-47, jan. 2008.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ações afirmativas, justiça e igualdade. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional,** São Paulo, v. 3, n. 3, p. 542-557, 2016.

COLÔMBIA. Lei nº 361/1997, 7 de fevereiro 1997. *Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones.* **Diário Oficial nº 42.978,** Bogotá, 7 fev. 1997. Disponível em:

<http://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-3673_documento.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2017.

Corrêa, Mariza. O sexo da dominação. **Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, n. 54, p. 43-53, jul. 1999.

CORREAS, Óscar. **Acerca de los derechos humanos**: Apuntes para un ensayo. Ciudad de México: Ediciones Coyoacán, 2003.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Relações de gênero no mercado de trabalho: Uma abordagem da discriminação positiva e inversa. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 34, p. 13-34, dez. 2000.

CREDIT SUISSE. **Gender diversity and corporate performance**. Zurique, ago. 2012. Disponível em: <<https://publications.credit-suisse.com/tasks/render/file/index.cfm?fileid=88EC32A9-83E8-EB92-9D5A40FF69E66808>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 10, n. 1, p. 171-188, 2002.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade civil no direito do trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2010.

DEJOURS, Christophe. **Trabalho vivo 1: sexualidade e trabalho**. São Paulo: Paralelo 15, 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: Ltr, 2007.

_____. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2001.

DIEESE. **O emprego doméstico no Brasil**. 2013. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/estudosetorial/2013/estPesq68empregoDomestico.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

DUQUE, Marcelo Schenk. Fundamentação em torno da chamada drittwirkung dos direitos fundamentais. In: **Direito privado, constituição e fronteiras**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014, p. 92.

DURÁN, María Ángeles. **A dona de casa**: crítica política da economia doméstica. Rio de Janeiro: Graal, 1983.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Uma Questão de Princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ESPAÑA. **Lei Consolidada nº 63/1997, 26 de dezembro 1997**. *Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo y el Fomento de la Contratación Indefinida*. BOE, Madrid, 30 dez. 1997. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1997-27989>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

FABRETTI, Lúcio Camargo. **Contabilidade Tributária**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIA, José Eduardo. **O Brasil pós-constituente**. São Paulo: Graal, 1989.

FERREIRA, Virgínia. **A igualdade de mulheres e homens no trabalho e no emprego em Portugal**: políticas e circunstâncias. Lisboa: CITE, 2010.

FLORESTA, Nísia. **Direitos das mulheres e injustiças dos homens**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 1989.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “pós-socialista”. **Cadernos de campo**. São Paulo, v. 15, n. 14-15, p. 231-239, mar. 2006.

_____. Mapeando a imigração feminista: da redistribuição ao reconhecimento e à representação. **Estudos feministas**, Florianópolis, v. 15, n. 2, p. 291-308, maio/ago 2007.

_____. O feminismo, o capitalismo e a astúcia da história. **Mediações Revista de Ciências Sociais**, v. 14, n. 2, Londrina, p. 11-33, 2009.

_____. **Reframing justice in a globalizing world**. *New left review*, v. 36, 2005.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Alexandra Figueiredo (Trad.). 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

GOSDAL, Thereza Cristina. **Discriminação da mulher no emprego**: relações de gênero no direito do trabalho. Curitiba: Genesis, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GUIMARÃES, Ylves José de Miranda. **Comentários à constituição**: direitos e garantias individuais e coletivas. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

GURGEL, Yara Maria Pereira. Discriminação nas relações de trabalho por motivo de

gênero. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**. Natal, v. 3, n. 1, p. 1-14, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HIRATA, Helena. Gênero, classe e raça interseccionalidade e consubstancialidade das relações sociais. **Tempo Social**, São Paulo, v. 26, n. 1, p. 61-73, jun. 2014.

HOBBSAWM, Eric John Ernest. **Mundos do Trabalho: Novos estudos sobre a história operária**. São Paulo: Paz e terra, 2008.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Luiz Repa. (Trad.). São Paulo: Editora 34, 2003.

IGREJA CATÓLICA. Papa (1878-1903: Leão XIII). **Rerum Novarum: carta encíclica de Sua Santidade o Papa Leão XIII sobre a condição dos operários**. 10. ed. São Paulo: Paulinas, 1997.

INFANTE RUIZ, Francisco J. Igualdad, diversidad y protección contra la discriminación en el derecho privado. In: **Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género**. Carolina Mesa Marrero. (Coord.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Algumas características da inserção das mulheres no mercado de trabalho**. 2008. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/estudos_mulher_merc_trabalho.shtm> Acesso em: 06 jan. 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO E TRIBUTAÇÃO. **Carga tributária brasileira é quase o dobro da média dos BRICS**. 2013. Disponível em: <<http://www.ibpt.com.br/noticia/1443/Carga-tributaria-brasileira-e-quase-o-dobro-da-media-dos-BRICS>>. Acesso em: 06 jan 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO E TRIBUTAÇÃO. **Carga Tributária/PIB x IDH – Cálculo do Índice de Retorno de Bem Estar à Sociedade – IRBES**. 2015. Disponível em: <<https://www.ibpt.com.br/noticia/2171/Pelo-50-ano-seguido-Brasil-arrecada-muito-mas-nao-da-retorno>>. Acesso em: 06 jan 2017.

INSTITUTO ETHOS. **Perfil social e de gênero das 500 maiores empresas do Brasil e suas ações afirmativas**. 2010. Disponível em: <http://www1.ethos.org.br/EthosWeb/arquivo/0-A-eb4Perfil_2010.pdf> Acesso em: 6 jan. 2017.

KERGOAT, Danièle; HIRATA, Helena. Novas configurações da divisão social do

trabalho. **Cadernos de pesquisa**, São Paulo, v. 37, n. 132, p. 595-609, set/dez. 2007.

KLAPISCH-ZUBER, Christiane. **Histoire des femmes en Occident**. Paris, Plon, 1991.

KNOPLOCH, Carol. **Presidente da FIVB promete rever premiação feminina no vôlei: 'Absurdo'**. Rio de Janeiro, jul. 2016. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/esportes/presidente-da-fivb-promete-rever-premiacao-feminina-no-volei-absurdo-19736594>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

KOWARICK, Lúcio. **Trabalho e vadiagem: A origem do trabalho Livre no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1987.

KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea: uma introdução**. Trad. Luís Carlos Borges e Marilene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LAURETIS, Teresa De. A tecnologia do gênero. In: Heloisa Buarque de Hollanda. (Org). **Tendências e Impasses: O Feminismo como crítica da cultura**. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.

LEÃO, Michele de. Lei Saraiva (1881): se o analfabetismo é um problema, exclui-se o problema. **AEDOS**, Porto Alegre, v. 4, n. 11, p. 602-615, set. 2012. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/aedos/article/view/30737/20890>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

LIMA, Francisco Jozivan Guedes de. Para além do dilema redistribuição-reconhecimento: Nancy Fraser e a concepção bidimensional de justiça. **An international Journal for Moral Philosophy**, Florianópolis, v. 15, n. 1, p. 126-141, set. 2016.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Igualdade conjugal direitos e deveres. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro. In: **A reconstrução do direito privado**. Judith Martins-Costa. (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MELLO, Celso de A. O §2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo L. (Coord). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. Ana Prata (Trad.). 2. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1994.

NABAIS, José Cassalta. **O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo**. Coimbra, 2009.

NERI, Marcelo; CARVALHO, Alexandre Pinto de; COSTILLA, HESSIA GUILLERMO. Política de cotas e inclusão trabalhista das pessoas com deficiência. **Ensaios Econômicos**. Rio de Janeiro: FGV, n. 462, nov. 2002.

NYE, Andrea. **Teoria feminista e as filosofias do homem**. Rio de Janeiro: Rosa dos tempos, 1995.

OMMATI, José Emílio Medauar. A teoria jurídica de Ronald Dworkin: o direito como integridade. In: DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. (Coord.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/ods5/>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

_____. **Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres**. 18 dez. 1979. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001393/139389por.pdf>>. Acesso em 15 nov. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Las mujeres en el trabajo: Tendencias 2016**. Genebra, 2016. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_483214.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2017.

PERLINGIERI, Pietro. Direito Civil Constitucional. In: **O Direito Civil na legalidade constitucional**. Maria Cristina De Cicco. (Org.). Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; BOTH, Laura Garbini. O direito humano e fundamental à alimentação adequada e à condição feminina no programa Bolsa Família: empoderamento às avessas?. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 14, n. 1, p. 98-112, 2017.

PINTO, Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Ingo Wolfgang Sarlet. (Org.). 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

POLIDO, Fabrício. Ensaio: A Constituição de Weimar de 1919 e o conteúdo normativo da “função social” dos direitos proprietários. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 27, p. 3-47, 2006.

POSNER, Richard A. **The problematic of moral and legal theory**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2002.

PRINS, Baukje; MEIJER, Irene Costera. Como os corpos se tornam matéria: entrevista com Judith Butler. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 10, n. 1, p. 155-167, jan. 2002.

RAINSFORD, Sarah. Por que a Rússia acredita que a violência doméstica não deve ser considerada crime. **BBC News**, Moscou, 31 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/internacional-38808430>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

RAMOS FILHO, Wilson. **Direito capitalista do trabalho**: histórias, mitos e perspectivas no Brasil. São paulo: Ltr, 2012.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios do direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2000.

SÁNCHEZ RUBIO, David. A imigração e o tráfico de pessoas face a face com a adversidade e os direitos humanos: xenofobia, discriminação, exploração sexual, trabalho escravo e precarização do trabalho. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, Goiânia, v. 39, n. 1, p. 13-51, jan./jun. 2015.

_____. **Encantos e desencantos dos direitos humanos**: de emancipações, libertações e dominações. Ivone Fernandes Morchillo Lixa; Helena Henkin. (Trad.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A filosofia à venda, a douda ignorância e a aposta de pascal. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 80, p. 11-43, mar. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; GOLDSCHMID. A assim chamada abertura material do catálogo de direitos fundamentais: Uma proposta de aplicação às relações de trabalho no Brasil. **Revista direitos fundamentais e democracia**, Curitiba, v. 17, n. 17, p. 25-42, jan./jun. 2015.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004.

SCHIER, Paulo Ricardo. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia: campo de tensão. **Revista direitos fundamentais e democracia**, Curitiba, v. 6, n. 6, p. 250-260, jul./dez. 2009.

SCOTT, Joan Wallach. **A cidadã paradoxal**: As feministas francesas e os direitos do homem. Florianópolis: Mulheres, 2002.

SILVA, Jacson Leal da; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Desvelar da feminilidade: A construção da alteridade. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 11, n. 11, p. 224-243, jan./jun. 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVÉRIO, Vinícius Gabriel. As novas propostas para o combate de velhos problemas: ações afirmativas e discriminação de gênero nas relações de trabalho. In: Alberto Israel Barbosa de Amorim Goldenstein; Laércio Cruz Uliana Junior; Pedro Henrique Bruken Flores. (Org.). **Direitos Fundamentais & Democracia**: Estudos em homenagem aos 10 anos do Mestrado em Direito do Unibrasil. 1. ed. Curitiba: Instituto Memória, v. 1, p. 74-89, 2016.

SOUZA-LOBO, Elisabeth. O trabalho como linguagem: o gênero do trabalho. In: COSTA, Albertina de Oliveira; BRUSCHINI, Cristina (Orgs). **Uma questão de gênero**. São Paulo: Fundação Carlos Chagas, 1992.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VALENZUELA, María Elena. Igualdade de oportunidades e discriminação de raça e gênero no mercado de trabalho no Brasil. In: POSTHUMA, Anne Caroline (Org.). **Abertura e ajuste do mercado de trabalho no Brasil: políticas para conciliar os desafios de emprego e competitividade**. São Paulo: Editora 34, 1999.

VECCHI, Ipojucan Demétrius. **Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional**. 2. ed. Passo Fundo: UPF, 2007.

YOUNG, Iris Marion. Justice and politics of difference. New Jersey: Princeton University Press, 1990, p. 3. In: LIMA, Francisco Jozivan Guedes de. Para além do dilema redistribuição-reconhecimento: Nancy Fraser e a concepção bidimensional de justiça. **An international Journal for Moral Philosophy**, Florianópolis, v. 15, n. 1, p. 126-141, set. 2016.

WANDELLI, Leonardo Vieira. **O Direito humano e fundamental ao trabalho: fundamentação e exigibilidade**. São Paulo: Ltr, 2012.

WOLKMER, Antônio Carlos. Movimentos sociais: nova fonte de juridicidade. **Revista Direito em Debate**, Ijuí, v. 5, n. 7, p. 47-51, 1996.