

PROTECIONISMO LEGAL E OS EFEITOS NO MERCADO DE TRABALHO DA MULHER*

ALICE MONTEIRO DE BARROS
Juíza Togada do TRT 3ª Região e
Professora Adjunta de Direito do Trabalho
da Faculdade de Direito da UFMG

EXPOSIÇÃO FEITA NO 2º CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL DO TRABALHO (PAINEL: MERCADO DE TRABALHO DA MULHER) REALIZADO EM JOÃO PESSOA, EM NOVEMBRO DE 1993 E PROMOVIDO PELO TRT DA 13ª REGIÃO.

Uma das características do Direito do Trabalho é o seu cunho cosmopolita, a tendência de universalização de suas normas, à qual se contrapõem às diferenças decorrentes do progresso econômico e social existente nos diversos países. E o trabalho da mulher foi uma das primeiras matérias a constituir objeto de regulamentação específica no plano internacional.

As normas mais antigas sobre o emprego de mulheres tinham o propósito primordial de protegê-las contra a exploração de que eram vítimas no mercado de trabalho e salvaguardar sua integridade física, especialmente em relação à maternidade. Estas medidas consubstanciaram-se na adoção de Convenções Internacionais e Recomendações sobretudo da OIT dispondo a respeito de normas mínimas sobre proteção à maternidade, como se infere da Convenção nº 03 de 1919, revista pela de nº 103 de 1952 da OIT, ambas ratificadas pelo Brasil, sendo a primeira denunciada.

Em outros instrumentos estão previstas medidas de proteção, em esferas não relacionadas diretamente com a maternidade, **como a proibição às mulheres do trabalho noturno nas indústrias**. O assunto foi regulamentado inicialmente em 1906, quando da Conferência de Berna e posteriormente pela

* Texto mantido em sua versão original. Artigo publicado na *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região*, Belo Horizonte, n. 52, v. 23, p. 149-154, jul. 1992/jun. 1993.

Convenção Internacional nº 04 de 1919, revista pela de nº 41 de 1934, que por sua vez foi também revista pela de nº 89, de 1948, todas da OIT. Mais recentemente o Protocolo de 1990 reviu a Convenção 89.

De início, a proibição se aplicava a todas as mulheres empregadas em indústrias (Convenção nº 04), salvo se trabalhassem em oficinas de família. Posteriormente excluíram-se também da restrição as mulheres que ocupavam cargos diretivos de responsabilidade, desde que não executassem serviços manuais (Convenção nº 41). Esta exceção, não contida no primeiro documento (Convenção nº 04), dificultou sua ratificação.

Mais flexível do que as normas internacionais anteriores, foi a Convenção 89, que excepciona de sua esfera normativa as trabalhadoras na indústria, que ocupam postos diretivos ou de caráter técnico, com acentuada responsabilidade ou ainda que trabalham em serviços de saúde e bem estar, desde que não executem atividades manuais. As restrições impostas pelos três convênios não se aplicavam em caso de força maior e o de nº 89 permitia o trabalho noturno das mulheres quando houvesse interesse nacional.

Ressalte-se desde já a influência significativa destas normas internacionais na evolução da legislação brasileira, a começar pelo Decreto 21.417/32, que foi o primeiro diploma legal a dar proteção específica às mulheres. Por outro lado, o capítulo III da CLT, que trata do trabalho da mulher, é quase todo inspirado em normas internacionais. E assim é que o artigo 379, parágrafos 3º e 8º da CLT, antes e após a redação que lhe foi dada pela Lei 7189, de 04 de junho de 1984, foi sempre inspirado nos convênios citados, até a sua revogação em 1989 pela Lei 7855. Atualmente, não mais persiste no Brasil a restrição quanto ao trabalho noturno.

Vários autores sustentam que o trabalho nestas condições tem a probabilidade de ser contraproducente para as mulheres.

Estes tratadistas manifestaram-se favoravelmente à proibição do trabalho feminino à noite, justificando-a em face das condições físicas da mulher e também por causa da alta função social que lhe é atribuída, como mãe e esposa, como “senhora do lar operário”... (Segadas Vianna - Instituições de Direito do Trabalho. v. 02 - Editora Livraria Freitas Bastos S/A - 6ª Edição - 1974, pág. 673).

No mesmo sentido doutrina Amaro Barreto: “A regra é a proibição do trabalho noturno à mulher, em obséquio à delicadeza de seu organismo e à integridade e defesa do lar, da família e da sociedade. Mescla de interesses públicos e privados, norteia esta vedação, com a proteção da mulher aliada ao amparo dos filhos e da célula da sociedade” (Tutela Especial do Trabalho - v. 02, Edições Trabalhistas S/A, 1967, pág. 500).

Muitos países, entretanto, consideram o trabalho noturno tão necessário às mulheres como benéfico, pois a proibição pode reduzir as perspectivas de emprego e suas oportunidades de ganharem o mesmo salário que os colegas do sexo masculino (cf. Las normas Internacionales del Trabajo - Manual de educación obrera - Oficina Internacional del Trabajo - Ginebra, 1978, pág. 39 - Revista Jurídica - Rio de Janeiro, Ano 18, nº 121, Abril/junho de 1973; Estructura ocupacional y diferencias salariales entre mujeres y hombres - Katherine Terrel - Revista Internacional del Trabajo, v. 112, nº 1, 1993/1).

Em face das diversidades de opiniões, acabou a Convenção 89, por ser objeto de revisão pela OIT através do Protocolo de 1990. Este consiste em um documento especial, o qual poderá ser ratificado pelos países que aderiram à citada Convenção. O instrumento revê parcialmente o convênio, com o objetivo de dar-lhe maior flexibilidade. E assim é que autoriza à legislação nacional a permitir o trabalho noturno das mulheres empregadas na indústria, de conformidade com as condições estritamente definidas no Protocolo, compatibilizando a proteção das mulheres com os critérios de igualdade, de oportunidade e de competitividade. Permite também à legislação nacional que preveja exceções à proibição do trabalho noturno constante no art. 3º da Convenção Internacional 89, após prévia consulta às organizações mais representativas de empregados e empregadores. Entretanto, o Protocolo veda tal flexibilização às mulheres que se encontrarem no período de licença maternidade de pelo menos 16 semanas, das quais 8 antes da data presumida do parto, salvo se a trabalhadora solicitar expressamente seja afastada a vedação e desde que não exista perigo para sua saúde nem para a de seu filho.

Consta do mesmo instrumento que o trabalho nestas condições poderá ser proibido durante toda a gravidez e por um lapso determinado que prolongue o período posterior ao parto, mediante apresentação de um atestado médico, que demonstre a necessidade desta medida (art. 2º, parágrafos 1º, 2º e 3º, do Protocolo).

Durante os períodos mencionados, não se deverá permitir a dispensa da empregada, salvo por causa justificada não vinculada à gravidez ou parto, bem como deve ser assegurado salário capaz de mantê-la em nível suficiente a garantir o seu sustento e do filho, em condições de vida adequada. E para tornar eficaz esta garantia, deve-se conceder à mulher a alternativa de um trabalho diurno, quando possível, ou então prorrogar a licença maternidade ou ministrar-lhe prestações de seguridade social, por meio de qualquer medida apropriada ou, finalmente, uma combinação destas medidas (art. 2º, parágrafo 3º, alínea b, do Protocolo citado).

Em 06 de junho de 1990 foi aprovada a Convenção 171 da OIT sobre trabalho noturno, assim considerado aquele realizado por um período de 7 horas, compreendido obrigatoriamente o intervalo entre meia-noite e 5 da manhã. Seu alcance é amplo e são destinatários da norma homens e mulheres assalariados, gozando estas últimas de proteção especial no artigo 7º, apenas em função da maternidade, nos termos do Protocolo.

Outros instrumentos internacionais contendo medidas de proteção ao trabalho feminino, em esferas não relacionadas diretamente com a maternidade e que influenciaram sobremaneira a nossa legislação ordinária, foram: a Recomendação nº 04, as Convenções Internacionais nºs 5 e 127 da OIT. Elas se referem, respectivamente, à proibição do trabalho das mulheres em condições insalubres, nas minas em subsolo e com pesos máximos.

Ocorre que em uma segunda fase, e aí reside a grande contradição da ação internacional, esta se concentrou no favorecimento das perspectivas das mulheres no mercado de trabalho, assegurando-lhes igualdade de direitos e tratamentos com os homens, evitando discriminação no emprego. Editaram-se as Convenções 100 e 111 da OIT dispondo, respectivamente, sobre igualdade de remuneração entre homem e mulher, para trabalho de igual valor e sobre a não discriminação no emprego e profissão. No mesmo sentido é a Convenção das Nações Unidas de 1979, todas, aliás, ratificadas pelo Brasil, sendo esta última em 1984. Quatro anos depois, sob a influência destes documentos internacionais, a CF/88 preconiza em seu artigo 5º, I, que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” e no art. 7º, XXX, “proíbe diferenças de salários, de exercício de funções e de critério de admissão, por motivo de sexo, idade, cor e estado civil”.

Em consequência de tais mandamentos constitucionais adveio a Lei 7855/89 que derogou os dispositivos consolidados proibitivos do trabalho noturno das mulheres na indústria, do trabalho nos subterrâneos, nas minerações em subsolo, nas pedreiras e obras da construção pública ou particular e nas atividades perigosas ou insalubres.

Persistiu, entretanto, na CLT o artigo 376, que proíbe o trabalho extraordinário das mulheres, salvo por motivo de força maior. Ficou mantido também o artigo 390 do mesmo diploma legal, que veda o empregador exigir da mulher trabalho que implique esforço muscular superior a 20 kg para serviço contínuo, ou 25 kg para trabalho ocasional.

Na Conferência promovida pela ONU na cidade do México, no ano de 1975, que o considerou o Ano Internacional da Mulher, saiu vitoriosa a proposição de que a ela é permitida toda e qualquer atividade em que a força física não seja requisito primordial.

Evidentemente que a proibição do trabalho extraordinário constante do artigo 376 da CLT é inconstitucional, por atentar contra o princípio da isonomia consagrado no art. 5º, I, e 7º, XXX da CF/88, já citados. O dispositivo consolidado em exame poderá restringir o campo de trabalho da mulher e a mobilidade de mão-de-obra, acarretando menor possibilidade de ganho àquela. E exatamente considerando que a regra, em princípio voltada para a proteção da mulher, lhe era prejudicial, foi que as mulheres americanas conseguiram abolir em 1973, em quase todos os estados americanos, as leis de cunho tutelar, sobretudo as que dispunham a respeito do número máximo de horas. Estas leis, que de início tinham caráter protetor, passaram a ser restritivas, pois não seguiram o ritmo das modificações registradas nas condições de trabalho, como consequência da evolução tecnológica. Ademais, estas leis especiais nada mais eram do que atitude da sociedade a respeito da divisão do trabalho segundo o sexo, típica da primeira metade do século XX, constituindo na realidade as condições prévias essenciais à promulgação ulterior de leis que amparam por igual homens e mulheres. Na realidade, há provas de que o apoio dado por sindicatos às leis adotadas pelos distintos estados sobre a jornada máxima de trabalho para as mulheres, obedecia ao temor de que elas conquistassem postos ocupados por homens. Entre 1967 e 1973 foram submetidos aos Tribunais inúmeras causas, em sua maioria ações coletivas, contra as restrições contidas nas leis que fixavam jornadas máximas e proibiam o trabalho em serviços que demandassem emprego de força muscular, para carregamento de pesos. E os Tribunais acabaram por anular a maioria das leis, que implicavam discriminação, e o faziam com base no título VII da Lei de 1964 sobre direitos civis, a qual proíbe a discriminação por motivos de sexo (Ronnie Steinberg Ratner - Paradjica proteccion: leislacion sobre duracion maxima del trabajo en los Estados Unidos - Revista Internacional del Trabajo, v. 99. núm. 2, abril/junho de 1980, pág. 235).

Entendo que apenas fatores de ordem biológica são capazes de justificar tutela especial.

A meu ver, mesmo as atividades que exigem elevado vigor físico, podem ter diminuída tal característica mediante o emprego de modernos recursos da técnica e da automação, pelas quais as engrenagens mecânicas poderão substituir facilmente e até com mais eficiência a força masculina e o que é mais importante, com a vantagem de eliminarem o excessivo desgaste físico, na maioria das vezes, nocivo à saúde humana em geral.

Não estamos fazendo apologia ao trabalho insalubre, perigoso, noturno e extraordinário ou em outras condições penosas. Ao contrário,

se o trabalho nestas condições é arriscado, deve ser eliminado, reduzido ou compartilhado, pois o agente agressivo é capaz de ocasionar prejuízos indistintamente a homens ou a mulheres.

Pelo que afirmamos, constata-se facilmente que a evolução da legislação sobre o trabalho da mulher no Brasil tem sido mais sensível aos movimentos internacionais do que às exigências de nossa realidade social, ou seja, do que a reivindicação da população feminina, em face de suas necessidades.

Uma observação importante é a de que existe uma pronunciada diferença de ponto de vista a respeito de quando termina a proteção necessária às mulheres e quando começa a discriminação. Assim, em alguns países, como foi visto, proíbe-se o trabalho extraordinário às empregadas, a fim de que disponham de mais tempo para suas atividades do lar, enquanto que em outros, baseando-se em ponto de vista oposto, tem-se derogadas as proibições existentes a respeito, com a finalidade de eliminar a possível causa de discriminação contra as mulheres.

Também seguem-se políticas contrárias no tocante ao trabalho noturno das mulheres: alguns governos têm promulgado certas proibições como meio de proteção, enquanto outros as têm abolido para assegurar-lhes as mesmas oportunidades que os homens.

Todas estas divergências de ponto de vista são prova das dificuldades com que deparam as autoridades competentes, quando da aplicação de uma política eficaz e apropriada para eliminar a discriminação.

Mesmo as leis trabalhistas relacionadas com a maternidade revelam fatos que devem ser destacados. Muitas vezes, a norma, ao invés de proteger a mulher, na realidade, transforma-se em fato gerador de discriminação, o que aliás tem levado o legislador, certamente sob a influência da OIT, a corrigir tais distorções. E assim ocorreu no Brasil com a Lei 6.136 de novembro de 74, ao transferir para a Previdência Social a responsabilidade pelo pagamento do salário maternidade, correspondendo à exigência da Convenção Internacional 103, à qual aderiu há dez anos atrás. A medida visa a evitar discriminação no trabalho feminino, gravando-o com um ônus que deve ser suportado pela coletividade, através do seguro social. E foi nesta linha de idéias que quando do advento da CF/88 sustentamos, como relatora de vários Acórdãos do TRT da 3ª Região, que o artigo 7º, XVIII da referida Carta, que dilatou a licença maternidade de 84 para 120 dias não era auto-aplicável. É que, em se tratando de instituto jurídico de natureza previdenciária, a Constituição deveria ter previsto o custeio (art.195, parágrafo V), o que não ocorreu. Ora, transferir o encargo

relativo à diferença entre 120 e 84 dias para os ombros do empregador poderá, a médio prazo, constituir fator de segregação profissional entre homem e mulher, já que o trabalho feminino se tornará mais oneroso. Para corroborar nossa tese, citamos a Convenção nº 103 da OIT (art. 4º) ratificada pelo Brasil em julho de 66 e Acórdão do TST n o Ag-MI-1/88, TP 1173/89, cujo relator foi o Ministro Pazzianotto, publicado no Diário Judiciário de 8.9.89 (LTr 54-1/73). Consequentemente, passamos a deferir a licença integral somente a partir da lei previdenciária regulamentadora.

Por todas essas razões, filio-me à corrente segundo a qual a legislação protecionista não se justifica no Brasil de hoje, tendo suas raízes, também, em noções tradicionais acerca do papel da mulher na sociedade. Os motivos que a inspiraram são muito conservadores e evidentemente que poderão ser causa de discriminação no mercado de trabalho. À medida em que se acatam estas leis, ditas benignas, nem sempre na prática, revertem-se em benefício da mulher. Ao contrário, poderão agravar a concentração de mulheres em guetos profissionais, de baixa remuneração, expondo o contingente de trabalhadoras a condições de subemprego e inferioridade. Por esta razão, observa-se uma inclinação dos países mais desenvolvidos, como por exemplo Suécia e Dinamarca, em eliminar inteiramente tanto da legislação constitucional como na ordinária, as restrições consideradas protetoras, até mesmo no tocante ao caráter obrigatório da licença maternidade.

Tais situações podem contribuir para explicar porque há mais segregação na América Latina, onde proliferam as legislações protetoras, do que na Escandinávia e nos Estados Unidos, onde tais leis são muito menos comuns. Evidentemente que não se pode apontar a legislação trabalhista como única causa de geradora de discriminação, pois o problema é interdisciplinar e fatores diversos como tradições culturais, relações econômicas, condições de participação na vida política e social e característica das comunicações são também elementos responsáveis pela segregação no mercado de trabalho.

Finalizando, quero ressaltar que a integração da mulher na população econômica ativa tem exigido grande esforço de sua parte, pois além dos obstáculos encontrados, frequentemente luta não só contra preconceitos de uma sociedade patriarcal, mas contra os seus próprios preconceitos e estereótipos, que lhe foram transmitidos durante toda a existência.