

**LEI 9.799/99: BREVES COMENTÁRIOS SOBRE O PAPEL
ISONÔMICO DA MULHER À LUZ DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 1988**

AURÉLIO GOMES DE OLIVEIRA(*)

Tema de grande relevância jurídica e de antiga polêmica, o papel da mulher no contexto atual foi despertado novamente com a promulgação e publicação da Lei 9.799 de 26 de maio de 1999.

A mulher, desde a antiguidade, possui tarefas diversificadas dos homens, submetida que foi a uma divisão do trabalho. No Egito Antigo, elas cuidavam da tecelagem, da ceifa do trigo e até, nos casos das mulheres mais pobres, trabalhavam em obras de construção. O Egito, à princípio, não discriminava a mulher, bem como a Grécia Antiga.

Na Idade Média, não havia grandes diferenças de salários entre os dois sexos. Havia inúmeras profissões comuns como mulheres escritoras, médicas e professoras. Com o Renascimento, atividades que antes pertenciam às mulheres como o trabalho com lã, seda e cerveja lhes são retiradas e, no século XIX, as tecelagens passam a ser fábricas, ocupadas por homens, fugindo da miséria que reinava no campo. Com a Idade Contemporânea, o distanciamento das condições de trabalho entre os dois sexos e a discriminação tornaram-se mais agudas. A mulher foi, por imposição masculina, relegada a atividades de cunho doméstico enquanto o homem passou a cuidar, com exclusividade, do sustento e da administração da família. Diversas convenções, no atual século, a despeito de perseguir o objetivo de garantir tratamento isonômico entre o homem e a mulher, reconheceram suas diferenças. Consideraram que a mulher possui um período de gestação de nove meses, bem como necessita ministrar cuidados e aleitamento a sua criança. Tais diplomas tratavam, em sua maioria, da empregada gestante, entre elas o de n.º 3 de 1919, a Recomendação n.º 12 de 1921, bem como a de n.º 103 de 1955.

Na mesma esteira de buscar normas que amenizem as naturais diferenças biológicas entre o empregado e a empregada, a Recomendação n.º 95 da OIT, sugere a proibição do trabalho extraordinário, noturno e prejudicial à saúde das mulheres grávidas e em fase de amamentação; proíbe-lhes o trabalho penoso, ou seja, aquele que impli-

5. A observação é de Leonardo Boff.

que em levantar grandes pesos, ou que requeira longo esforço físico a que a trabalhadora não esteja acostumada, como a longa permanência em pé, bem como o trabalho em máquinas de trepidação.

Buscando o paradigma constitucional, devemos reconhecer a igualdade jurídica, estabelecida logo no artigo 5º, inciso I da Constituição brasileira, quando formalmente, proclama a isonomia entre os sexos.

Dispõe o artigo 5º, inciso I da Constituição Federal atual: **I- homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.** A Constituição reforçou o desejo de isonomia entre os sexos, reservando nas normas programáticas que se seguem em seu bojo, a meta de alcançar tal desiderato. Todos são iguais perante a lei na medida de sua igualdade e são desiguais à proporção em que se desigalam. Trata-se da igualdade jurídica que busca tratar de forma especial as diferenças entre os dois sexos.

Dentro de uma nova postura, a melhor hermenêutica para o art. 5º, I da Carta Constitucional se traduz na concessão de todos os direitos provenientes do parto e do aleitamento (licença maternidade, horário especial) que estão esculpidos nos diplomas legais.

A esse respeito, escreve Roberto Salles Cunha (*id.* Os Novos Direitos da Mulher, p. 44) : "A Constituição de 1988 repete a regra básica das Constituições anteriores que proclamam a igualdade jurídica entre ambos os "sexos." Deu-lhe, porém, realce, reservando ao tema todo um inciso (art. 5o, II) e lhe deu dignidade, pois em vez de sexo, usa as palavras **homens e mulheres** numa colocação superior, pois afinal, sobrepõe à distinção meramente biológica esse enfoque de ambos como seres humanos, pessoas, figuras irmanadas."

O inciso I, não obstante o *caput* do art. 5º abranger também a isonomia em relação ao sexo, foi inserido no texto em busca de realce ao comando da norma. Não se trata de heresia jurídica ou de falha técnica do *bis in idem*. Não era suficiente o simples enunciado de igualdade dos sexos ou igualdade de todos em face da lei. Segue a mesma linha evolutiva das legislações pátrias que adotaram a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948: "Todo homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo..."

O legislador ordinário, baseado em decisões jurisprudenciais de tribunais trabalhistas e sensibilizado com os percalços enfrentados pela trabalhadora na busca de seu espaço social, fez inserir no capítulo III da CLT, que trata da Proteção do Trabalho da Mulher todo um artigo (373 A), bem como promoveu alterações e acréscimos em outros artigos da CLT. Cumpre-me, após a abordagem histórica preliminar, tecer alguns comentários a essas alterações:

Art. 373- A Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:

I- publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou à situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir.

Verifica-se aqui a preocupação do legislador com os chamados anúncios discriminatórios, muitas vezes, vistos em classificados de jornais diários ou nas portas de estabelecimentos. Creio que até mesmo aqueles empregos tradicionalmente ocupados por mulheres, como vagas para dactilógrafas, secretárias, balconistas de lojas de departamentos ou caixas de supermercados estão proibidos da discriminação e inseridos pela norma. Assim, um comerciante não poderá publicar, em anúncios de qualquer natureza, que possui vagas para secretárias ou vendedoras ou balconistas do sexo feminino. A exclusividade de contratação de pessoas de um sexo viola o art. 373 A, inciso I. Não escapa nem mesmo vagas para frentistas, açougueiro (desde que a mulher tenha porte adequado e força para o serviço) ou vigia (dentro das mesmas condições). A natureza da atividade, segundo o inciso I, parte final, deve exigir a inadaptabilidade para mulheres de forma pública e notória, isto é, deve ser conhecido de todos que o trabalho é inadequado para mulheres, como o trabalho na estiva (exige levantamento de muito peso); o trabalho avulso, o trabalho de segurança que requer porte físico avantajado.

II- recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível.

A vida pregressa da candidata em relação à sua situação financeira (se pobre ou rica) não podem ser levados em consideração para o acesso ao trabalho. Não importa se a empregada tem filhos ou não tem. É irrelevante o fato de ser mãe solteira e dessa forma, precisar cuidar de sua prole sozinha, desde que tais circunstâncias não prejudiquem o seu rendimento, produtividade, assiduidade e pontualidade no trabalho. Se a eficiência for mantida, é vedado estabelecer preferências por contratação de jovens a trabalhadoras idosas ou admitir homens preterindo mulheres.

III- considerar o sexo, a idade, a cor ou a situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional ou oportunidades de ascensão profissional.

Trata-se, creio, de norma desnecessária, constituindo em um *bis in idem* em face do que dispõe nosso diploma constitucional no seu artigo 7º, inciso XXX, bem como nos artigos 5º e 461 da Consolidação trabalhista.

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

XXX- proibição de diferenças de salários, de exercício de funções e de critério de admissão, por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

A esse inciso, tece o seguinte comentário o constitucionalista Gabriel Dezen Jr. "Tem-se aqui uma outra face do princípio da isonomia e da proibição de discriminação"

minação de salários já vistos. Salários, funções e critério de admissão não poderão ter fundamento discriminatório com base em sexo, idade, cor ou estado civil." Segundo o art. 5º da CLT, a todo trabalho igual, corresponderá salário igual, sem distinção de sexo, situação repetida pelo art. 461 da CLT que exclui, entretanto, de sua incidência, empregados de concessionárias de serviço público, tratados pelo Decreto-lei 855/69.

IV- exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego.

Prática condenável, que vinha sendo cada vez mais exigida nos estabelecimentos comerciais e industriais para a admissão ao emprego, era o atestado de esterilidade ou a imposição de uma cirurgia de laqueadura de trompas para a contratação. Empregadores inescrupulosos, no intuito de evitar a situação fática de arcar com um futuro afastamento de sua empregada por motivo de gravidez suportando o seu salário para só depois, ser restituído, já não admitiam trabalhadoras em idade fértil e sem esterilização. Tal prática discriminatória é vedada formalmente pela nova lei e enseja a propositura, pela empregada que foi preterida na vaga, de uma ação indenizatória por danos morais.

V- impedir o acesso e adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição e aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez.

Cumpra observar que tal inciso exclui algumas pessoas jurídicas de direito privado que são regidas pela CLT, como as empresas públicas e de economia mista. Isso, entretanto não as impede de observar o comando constitucional que proíbe a discriminação e de colocarem em seus contratos tais observações, vedando expressamente, nos editais de concursos públicos ou nos seus estatutos, critérios de pontuação diferenciada por produtividade ou qualquer critério que venha a estabelecer discriminação em razão de sexo, idade entre outros fatores.

VI- proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

Desnecessário foi o acréscimo do legislador da palavra "funcionárias". Funcionário era o servidor público antes da Constituição de 1988, assim como é o servidor público efetivo, temporário, honorário e todo aquele que age em nome da administração para efeitos penais. Para a CLT, existe tão somente empregados e empregadas. As revistas íntimas já estavam sendo repelidas por construções jurisprudenciais, ensejando indenizações por danos morais em muitos tribunais. O TRT 18ª. Região já proferiu acórdão em que admite a revista sem toque físico, *in verbis*:

TRT 18ª Região. Acórdão 4510/97 - Dano Moral - Sujeição à Revista - Não Caracterização. Hodiernamente, as empresas que trabalham com a comercialização de inúmeros produtos têm adotado a prática de proceder à revista de seus empregados com o escopo único de proteger o seu patrimônio. A sujeição à revista decorre do poder diretivo do empregador. Contudo, é um dos aspectos mais polêmicos da prática do dano moral no curso da rela-

ção do emprego. Em face da inexistência de leis que disciplinem tal procedimento, cumpre ao julgador analisar se a forma pela qual é realizada a revista não colide com o respeito à dignidade do trabalhador. A revista procedida de forma apenas visual onde não se permite o contato físico entre o vistoriado e o inspetor e é realizada sempre por pessoas do mesmo sexo na presença de testemunha, levando-se ainda em consideração de que seja imposta de forma genérica e não discriminatória, não caracteriza dano moral, pois não fere os incisos II a X do art. 5º da Constituição Federal. Relatora: Juíza Ialva-Luza Guimarães de Mello.

Posição semelhante é a do TRT 10ª Região, no que se refere a revista íntima causar dano moral.

Rescisão Indireta - Ofensa Moral - Tipificação - Revista Pessoal Desnecessária e Vexatória - Submeter a empregada a revista íntima e pessoal, sob suspeita de prática de ato que atentaria contra o patrimônio da empresa, significa imputar à trabalhadora, mesmo que genericamente, desconfiança desabonadora de sua integridade e lisura, enquanto pessoa de bem, e ofensa à sua honra subjetiva, o que abona e justifica pleito de rescisão indireta e de indenização por dano moral, quando posteriormente constata-se mero equívoco quanto ao prejuízo empresarial. (TRT 10ª Região - RO 4769/97 - 3ª T - Rel. Juiz Ricardo Alencar Machado - DJU 19.12.1997).

Não cabe a alegação de que muitos estabelecimentos trabalham com produtos de tamanhos diminutos e de alto valor, como as drogarias, pois creio, cumpre a esses empregadores contratar serviços de vigilância interna ou agir com maior cautela, fazendo uma investigação pregressa do candidato que pretende contratar.

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

Segundo Hebe Marinho Nogueira Fernandes (*id.* A Relação de Emprego e o Trabalho da Mulher, Synthesis, 12.91, p. 140), foram acolhidos três princípios pela Constituição de 1988: "o princípio da igualdade, o princípio da não discriminação e o princípio da proteção, que passaram a se refletir na legislação ordinária."

A Constituição veda leis ordinárias que firam o princípio da igualdade entre os sexos no trabalho, com exceção do tratamento diferenciado para situações especiais decorrentes da natureza da maternidade, situação de caráter transitório, massa muscular e proteção ao mercado de trabalho.

Convém ressaltar que, uma vez verificado graves distorções no acesso ao mercado de trabalho pelas mulheres, com predominância absoluta de homens empregados em determinada região, o Poder Público poderá adotar medidas protecionistas, podendo, de acordo com o parágrafo acima, estabelecer um percentual mínimo de vagas a ser ocupadas por mulheres. Trata-se, no entanto, de medida excepcional e, somente em casos extremos,

deve ser utilizada.

Art. 390B - As vagas dos cursos de mão de obra, ministrados por instituições governamentais, pelos próprios empregadores ou por qualquer órgão de ensino profissionalizante, serão oferecidas aos empregados de ambos os sexos.

Trata-se de mais um reforço ao imperativo constitucional que estabelece a igualdade do homem e da mulher em direitos e obrigações (art. 5º, I). Independente do novo diploma legal sancionado, já afigurava-se inconstitucional oferecer vagas em curso profissionalizante apenas a homens ou a mulheres. Qualquer entidade ou pessoa física promotora do curso estará abrangida pelo art. 390 B. Não só as empresas privadas, públicas, sociedades de economia mista ou fundações privadas que promovam cursos, mas também os serviços sociais autônomos, como o SESI, SENAI, SENAC, dentre outros.

Art. 390-C As empresas com mais de cem empregados, de ambos os sexos, deverão manter programas especiais de incentivos e aperfeiçoamento profissional da mão de obra.

Desnecessário, a meu ver, a inclusão da expressão: "de ambos os sexos", pois está claro pelos dispositivos constitucionais e anteriores dessa própria lei que é expressamente vedada a discriminação em razão do sexo para a admissão ao emprego. Se tal dispositivo está incluído no capítulo da proteção ao trabalho da mulher, torna-se evidente que não poderá excluir a mulher do seu quadro de empregados. O oposto pode induzir a uma interpretação equivocada do dispositivo, levando a entender que empresas, que por condições especialíssimas ou por infração à lei, não possuam empregados de ambos os sexos, não possam oferecer programas de aperfeiçoamento de mão-de-obra.

Art. 390-E A pessoa jurídica poderá associar-se a (sic à) entidade de formação profissional, sociedades civis, sociedades cooperativas, órgãos ou entidades públicas e entidades sindicais, bem como firmar convênios para o desenvolvimento de ações conjuntas, visando à execução de projetos relativos ao incentivo ao trabalho da mulher.

O legislador instituiu norma programática, visando estimular o acesso da mulher ao mercado de trabalho. Todas as pessoas jurídicas poderão, facultativamente, associar-se a entidades das mais diversas, visando o incentivo ao trabalho da mulher. Tais convênios, entendendo, poderão estabelecer até mesmo um percentual mínimo de vagas destinadas às mulheres da mesma forma que a lei eleitoral, hoje, exige. Não poderão estabelecer, entretanto, salários diferenciados, a maior ou a menor que os homens ou que mulheres possuam determinado grau de escolaridade e a mulher outro, para admissão, sob pena de violação ao artigo 7º, XXX da Constituição Federal.

Art. 392 § 4º - É garantido à empregada, durante a gravidez, sem prejuízo do salário e demais direitos:

I - Transferência de função, quando as condições de saúde o exigirem, assegurada a retomada da fun-

ção anteriormente exercida, logo após o retorno ao trabalho.

Norma de conteúdo salutar sancionada pelo legislador, vem preservar a mulher gestante de condições adversas que venham a prejudicar a sua gravidez dentre outros casos. É inconcebível obrigar a mulher a trabalhar em serviço de grande esforço físico durante a sua gravidez, principalmente no último mês de gestação. Entretanto, de forma a evitar prejuízo financeiro considerável ao empregador, com o remanejamento de várias empregadas para outras funções mais leves, deverá haver um intenso trabalho de conscientização sobre os prejuízos para a empresa e para as próprias empregadas (com uma futura falência) que poderão advir com a gravidez de inúmeras empregadas simultaneamente, principalmente naquelas atividades que exigem trabalho de esforço físico.

II- dispensa do trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares.

Não vislumbro a necessidade de compensação desse período, desde que a empregada apresente atestado médico comprovando as consultas e a necessidade dos exames, ou seja, que foram indicados por um médico. A lei, se determinasse compensação, teria declarado expressamente. Portanto, não poderá haver desconto de salário e prejuízo dos direitos trabalhistas com a referida dispensa.

A Lei n.º 9.799/99 representou uma sábia preocupação do legislador com esse tema cada vez mais atual, a mulher, que certamente será objeto de outras análises futuras. A prática tem demonstrado que as trabalhadoras empregadas ou servidoras públicas ocupam postos cada vez mais importantes no mercado de trabalho. No setor público, segundo a Revista Genesis de abril de 1998, 15 % dos postos de direção e assessoramento superior são ocupados por mulheres. No meio privado, infelizmente, as mulheres ainda recebem 2/3 do que ganha um trabalhador do sexo masculino na mesma função.

É hora de engajarmos em uma nova práxis transformadora, no sentido de utilizar o caminho aberto pelo legislador para o respeito à plena igualdade da mulher junto ao homem no mercado de trabalho. A mulher deve ser vista como o esteio da família e a companheira inseparável do homem em qualquer ambiente em que esta se encontrar. Nenhum ambiente profissional ou familiar conviverá na mais perfeita harmonia e de forma integrada sem a efetiva presença do elo feminino, trazendo, a mulher, missão indelegável de aparar as arestas, aplacar os ânimos, trazer o equilíbrio e a maturação a todo o instante. Assim, deve ser amada e respeitada, mas acima de tudo reconhecida nos seus mais sublimes valores, que a colocam em posição isonômica com o homem na busca de transformações sociais.

(*) Servidor da Diretoria de Serviço de Arquivo e Jurisprudência - TRT 18ª Região, bacharel em direito e pós-graduado em Direito Constitucional e Direito Processual Penal.