

SÉRIE PENSANDO O DIREITO

Nº 11/2009

IGUALDADE DE
DIREITOS ENTRE
MULHERES E HOMENS

ISSN 2175-5760



9 772175 576000



SÉRIE PENSANDO O DIREITO

Nº 11/2009 – versão publicação

Igualdade de Direitos entre Mulheres e Homens

Convocação 01/2007

Núcleo Direito e Democracia do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento
(NDD/CEBRAP)

Coordenação Acadêmica

Marcos Nobre

José Rodrigo Rodriguez

Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL)

Esplanada dos Ministérios, Bloco T, Edifício Sede – 4º andar, sala 434

CEP: 70064-900 – Brasília – DF

www.mj.gov.br/sal

e-mail: sal@mj.gov.br



Secretaria
de Assuntos Legislativos

Ministério
da Justiça



CARTA DE APRESENTAÇÃO INSTITUCIONAL

A Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL) tem por objetivo institucional a preservação da ordem jurídica, dos direitos políticos e das garantias constitucionais. Anualmente são produzidos mais de 500 pareceres sobre os mais diversos temas jurídicos, que instruem a elaboração de novos textos normativos, a posição do governo no Congresso, bem como a sanção ou veto presidencial.

Em função da abrangência e complexidade dos temas analisados, a SAL formalizou, em maio de 2007, um acordo de colaboração técnico-internacional (BRA/07/004) com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), que resultou na estruturação do **Projeto Pensando o Direito**.

Em princípio os objetivos do *Projeto Pensando o Direito* eram a qualificação técnico-jurídica do trabalho desenvolvido pela SAL na análise e elaboração de propostas legislativas e a aproximação e o fortalecimento do diálogo da Secretaria com a academia, mediante o estabelecimento de canais perenes de comunicação e colaboração mútua com inúmeras instituições de ensino públicas e privadas para a realização de pesquisas em diversas áreas temáticas.

Todavia, o que inicialmente representou um esforço institucional para qualificar o trabalho da Secretaria, acabou se tornando um instrumento de modificação da visão sobre o papel da academia no processo democrático brasileiro.

Tradicionalmente, a pesquisa jurídica no Brasil dedica-se ao estudo do direito positivo, declinando da análise do processo legislativo. Os artigos, pesquisas e livros publicados na área do direito costumam olhar para a lei como algo pronto, dado, desconsiderando o seu processo de formação. Essa cultura demonstra uma falta de reconhecimento do Parlamento como instância legítima para o debate jurídico e transfere para o momento no qual a norma é analisada pelo Judiciário todo o debate público sobre a formação legislativa.

Desse modo, além de promover a execução de pesquisas nos mais variados temas, o principal papel hoje do Projeto Pensando o Direito é incentivar a academia a olhar para o processo legislativo, considerá-lo um objeto de estudo importante, de modo a produzir conhecimento que possa ser usado para influenciar as decisões do Congresso, democratizando por consequência o debate feito no parlamento brasileiro.

Este caderno integra o conjunto de publicações da *Série Projeto Pensando o Direito* e apresenta a versão resumida da pesquisa denominada **“Mulheres e Políticas de Reconhecimento no Brasil”**, conduzida pelo Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP).

Dessa forma, a SAL cumpre seu dever de compartilhar com a sociedade brasileira os resultados das pesquisas produzidas pelas instituições parceiras do *Projeto Pensando o Direito*.

Pedro Vieira Abramovay

Secretário de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça

CARTA DE APRESENTAÇÃO DA PESQUISA

A pesquisa sobre o Direito no Brasil raramente o aborda como objeto de disputa entre as forças sociais a partir de sua racionalidade interna. Quais são as categorias utilizadas pela regulação? Como elas são definidas pelas leis e modificadas no momento de aplicação? Qual o papel da jurisprudência na definição do sentido do direito? Como a sociedade pode tomar parte neste processo de definição deliberativa de sentido? Foi para colocar este tipo de questão que o Núcleo Direito e Democracia do CEBRAP (NDD) tem desenvolvido suas pesquisas no campo do Direito.

Esta pesquisa, desenvolvida no contexto do projeto “Pensando o Direito”, levado adiante pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL) em parceria com o PNUD, procurou tocar em todas estas questões no que diz respeito à regulação dos direitos da mulher, especialmente no campo trabalhista e das cotas políticas. O trabalho foi desenvolvido por uma equipe interdisciplinar de pesquisadores em Direito e Filosofia, que se propôs a realizar uma pesquisa útil aos gestores públicos e operadores do direito, mas sem perder o viés crítico.

Para o NDD, o debate teórico e normativo sobre os valores e categorias que orientam o pensamento sobre a sociedade deve ser feito em relação estreita com a pesquisa empírica. A teoria deve reconstruir abstratamente os dados obtidos por meio de pesquisas, afastando-se da tentação de deduzir os rumos da sociedade de princípios construídos em apartado da realidade social. Por isso mesmo, esta iniciativa da SAL é tão importante para o desenvolvimento da pesquisa em Direito e para as atividades do NDD.

Como dissemos acima, a pesquisa em Direito no Brasil, tradicionalmente, não tem se preocupado com os problemas que tratados neste relatório. O pensamento crítico no Brasil, de sua parte, tem carecido de um diálogo mais estreito com a empiria, seja por desinteresse puro e simples, seja pelo efeito da excessiva especialização dos pesquisadores em ciências humanas. Com esta pesquisa, o NDD procura dar sua contribuição para que este quadro seja modificado.

Percebe-se claramente, portanto, porque a continuidade e a ampliação de iniciativas como esta, da SAL e do PNUD, são estratégicas para disseminar uma nova cultura de pesquisa em Direito e, no que diz respeito especificamente à pauta do NDD, para ajudar a consolidar uma vertente do pensamento crítico que opera em outra chave. Esperamos que o projeto se fortaleça e sirva de inspiração para novas iniciativas, nascidas de outros órgãos do estado, em nível federal, estadual e municipal.

Marcos Nobre

Coordenador Acadêmico

Esta pesquisa reflete as opiniões dos seus autores e não do Ministério da Justiça

Ministério da Justiça
Secretaria de Assuntos Legislativos – SAL
Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD

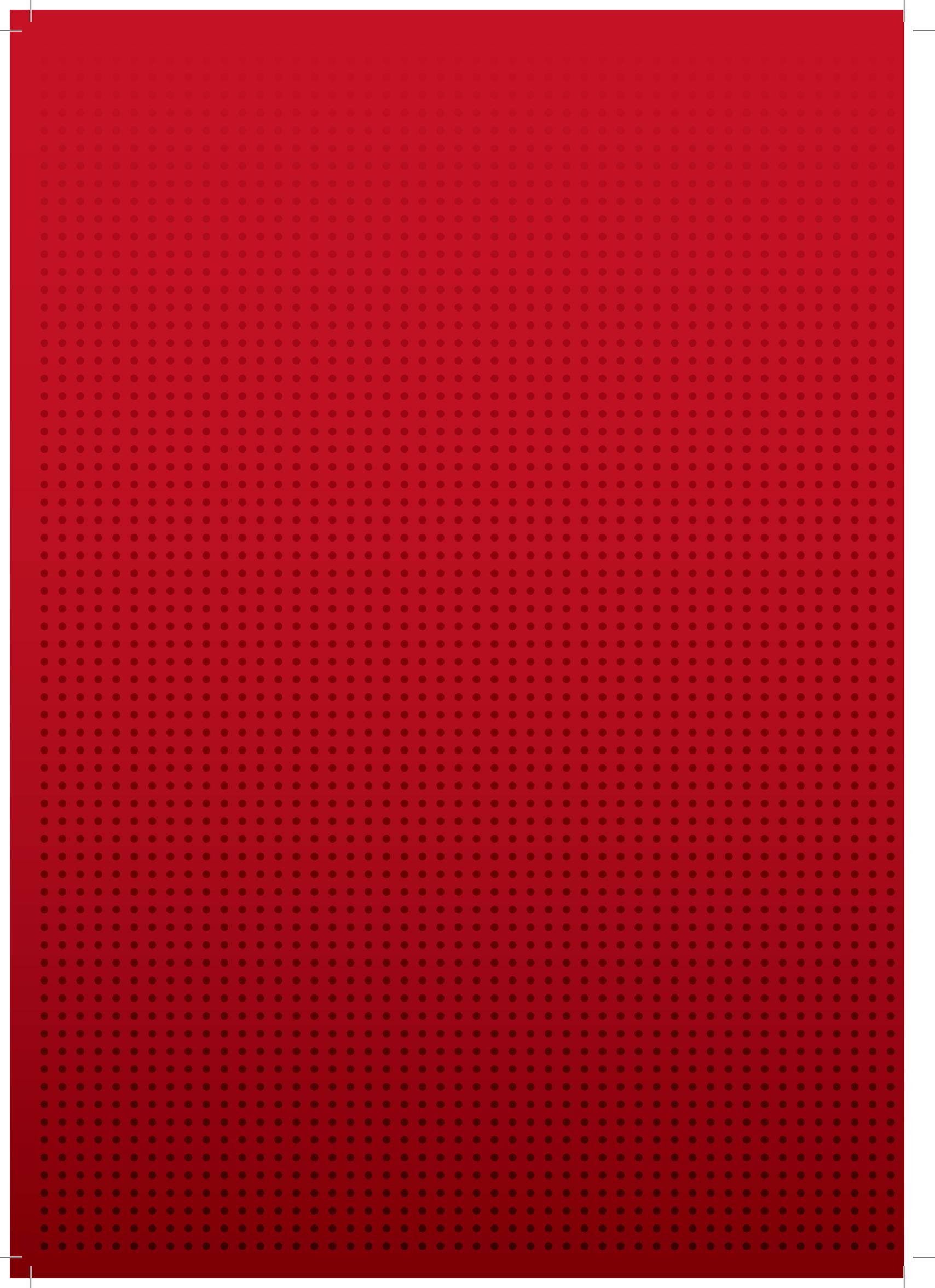
Projeto BRA/07/004
Democratizando Informações no Processo de Elaboração Normativa
“Projeto Pensando o Direito”

Marcos Nobre (Coordenação), José Rodrigo Rodriguez (Coordenação),
Maria Filomena Gregori (Consultoria), Marta Rodriguez de Assis Machado,
Geraldo Miniuci, Felipe Gonçalves, Nathalie Bressiani, Evorah Lusci Costa Cardoso,
Fabiola Fanti, Ana Carolina Alfinito Vieira, Carolina Cutrupi Ferreira,
Luciana Silva Reis, Marina Zanatta Ganzarolli, Mariana Giorgetti Valente

TEXTO SÍNTESE DO RELATÓRIO

Projeto de pesquisa:
“Mulheres e Políticas de Reconhecimento no Brasil”

Instituição proponente:
Núcleo Direito e Democracia do Centro Brasileiro de
Análise e Planejamento (NDD/CEBRAP)



SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO 11

2. PESQUISA LEGISLATIVA 13

2.1 Metodologia 13

2.1.1 Coleta de material e delimitação do banco de dados 13

2.1.2 Características técnicas do SISGÊNERO 16

2.1.3 Critérios para a classificação das leis e projetos de lei 17

2.2 Apresentação dos principais resultados quantitativos obtidos 22

2.2.1 Descrição geral dos dados 22

2.2.2 Ambientes regulados 24

2.2.3 Objeto da proteção 25

2.2.4 Caráter da política 26

2.2.5 Agente responsável pela implementação 29

2.2.6 Natureza Jurídica 31

2.2.7 Criminalização e descriminalização 33

2.2.8 Tratamento diferenciado à mulher 34

2.2.9 Agentes na implementação x ambiente regulado 35

3. PESQUISA JURISPRUDENCIAL 37

3.1 Direito do trabalho 37

3.1.1 Metodologia de pesquisa 37

3.1.2 Descrição dos dados obtidos 38

3.1.3 Considerações sobre os dados obtidos 48

Esta pesquisa reflete as opiniões dos seus autores e não do Ministério da Justiça

3.2 Cotas Eleitorais 52

4. LEGISLAÇÃO COMPARADA 57

4.1 Resultados e sugestões 57

5. CONSIDERAÇÕES SOBRE A CRIAÇÃO DE UMA LEI UNIFICADA SOBRE DIREITOS DA MULHER 59

REFERÊNCIAS 63

1. INTRODUÇÃO

Esta pesquisa trata das relações entre a política de reconhecimento das mulheres e o Direito e se desenvolveu em três frentes: uma análise do trabalho legislativo, uma análise de casos levados ao Judiciário e uma discussão de direito comparado.

As três partes da pesquisa estão diretamente relacionadas. Os dois primeiros eixos têm como objetivo central identificar as categorias utilizadas pelo direito brasileiro para regular os direitos das mulheres. Tais categorias delimitam um universo de sentido para a regulação, ou seja, dão determinado tratamento (penal, civil etc.) para as demandas sociais. Estes vários regimes regulatórios implicam em maneiras diferentes de formular os direitos das mulheres, atribuir-lhes conseqüências jurídicas e definir os responsáveis por sua efetivação.

A definição destas categorias não é imutável: trata-se de um processo de disputa política e interpretativa que tem como arenas principais o legislativo e o judiciário, daí a importância atribuída a estas duas instâncias na pesquisa. Estas categorias podem ser criadas e recriadas pelo Legislativo, mas também no momento de sua aplicação pelo Poder Judiciário. Faz muito tempo que a visão sobre a aplicação do direito entende a atividade do juiz como constitutiva de sentido e não como mera reprodução das leis. Por isso mesmo, disputar o sentido destas categorias, tendo em vista interesses sociais quaisquer, implica criticá-las, seja à luz de determinadas demandas sociais, do aprofundamento da democracia ou de qualquer outro ponto de vista. O terceiro eixo – discussão de direito comparado – permite ampliar a análise e a discussão desses processos a partir de experiências internacionais.

Os resultados obtidos nesta pesquisa pretendem facilitar a crítica acima mencionada, tendo em vista o aprimoramento da regulação brasileira. Em uma palavra, procuramos identificar aqui as principais categorias utilizadas para regular o direito das mulheres nos campos citados, com o fim de preparar o terreno para sua crítica. Como será visto a seguir, realizamos esta tarefa da seguinte maneira:

- (i) No âmbito do poder legislativo:
 - 1) Mapeamento e sistematização da legislação existente e de proposições normativas que trazem políticas de reconhecimento com viés de gênero; para tanto, recorreremos a bancos, compilações e informações legislativas de entidades governamentais e não governamentais.
 - 2) Criação de banco de dados (tabela Excel) a partir das informações obtidas pela pesquisa legislativa, com o desenvolvimento de uma metodologia de classificação das leis e das proposições normativas encontradas;
 - 3) Construção de um software sistema (SIGGÊNERO) com recursos de consulta dinâmica simplificada e cruzamentos de categorias, que permite a apresentação de forma sistemática da legislação e da atividade legislativa pesquisada.

(ii) No âmbito do poder judiciário:

- 1) Compilação e classificação de casos julgados pela segunda instância em matéria de cotas políticas e discriminação no trabalho;
- 2) Análise crítica e propositiva da legislação de cotas políticas e de discriminação no trabalho.

(iii) No âmbito da legislação comparada:

- 1) Descrição de institutos de ordenamentos jurídicos em que houve uma maior positividade de instrumentos de proteção aos direitos da mulher;
- 2) Discussão de alguns paradigmas regulatórios, a fim de fornecer subsídios para a reforma legislativa no Brasil.

Os elementos apresentados a partir desses três eixos permitem melhor compreender a regulação existente e seu funcionamento e contribuem para um debate crítico sobre o possível aperfeiçoamento da regulação brasileira dos direitos das mulheres.

Passamos a seguir a apresentar os resultados das pesquisas legislativa, jurisprudencial e de direito comparado de forma resumida. Note-se que, no âmbito da pesquisa legislativa, o resultado principal foi a construção de um banco de dados organizado de forma inovadora, que poderá ser consultado livremente na Internet. Trata-se do SIGÊNERO - Consulta integrada da atividade legislativa brasileira sobre gênero -, que será apresentado na primeira parte deste relatório. Não cabe neste texto, no entanto, descrever sua funcionalidade, o que foi feito em detalhes na íntegra do relatório final.

Uma indagação resultante da pesquisa será examinada na parte final deste texto: a conveniência ou não em se criar um diploma legislativo para unificar as normas relativas à discriminação à mulher dos mais diversos assuntos. Como foi verificado na pesquisa de direito comparado, uma lei com estas características existe na Espanha, reunindo num só diploma a regulação dos mais diferentes assuntos.

2. PESQUISA LEGISLATIVA

2.1 METODOLOGIA

2.1.1 Coleta de material e delimitação do banco de dados

O banco de dados legislativos desta pesquisa foi construído a partir do banco de leis elaborado pelo Centro Feminista de Estudos e Assessoria (CFEMEA), informações legislativas prestadas pelo Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados (CEDI) e propostas legislativas encaminhadas pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ). Todos esses bancos e informantes acumularam informações relevantes para o tema que estudamos, mas sem organizar vias de acesso que permitissem obter informações relevantes para a reflexão sobre a produção legislativa brasileira. Estas compilações de dados foram reorganizadas pela metodologia que detalharemos adiante. Antes disso, faremos algumas considerações sobre as informações que coletamos inicialmente.

Nossa primeira fonte foi o banco de dados do CFEMEA, uma organização não-governamental, sem fins lucrativos, que trabalha pela cidadania das mulheres e pela igualdade de gênero, e tem como um de seus objetivos promover a presença das mulheres e as pautas feministas nos espaços e processos de participação e de representação política. Esta entidade, fundada em julho de 1989 por um grupo de mulheres feministas de Brasília, assumiu a luta pela regulamentação de novos direitos conquistados na Constituição Federal de 1988¹. O CFEMEA possui ampla experiência no acompanhamento das atividades do Poder Legislativo e dos direitos das mulheres, e seu trabalho está disponível na internet², onde obtivemos as informações utilizadas em nossa pesquisa. Foram coletadas por esta fonte 216 leis³, que compreendem o período entre 1888 e 2006 (até maio).

Considerações sobre o banco de leis do CFEMEA: O banco de leis apresenta um aumento significativo no número de leis em dois momentos: o primeiro de dez anos (entre 1990 e 2000), com uma média de 7,5 leis/ano, e o segundo de cinco anos (entre 2001 e 2005), com uma média de 18 leis/ano. Todavia, nem todas as leis que compõem o banco do CFEMEA

1 Mais informações disponíveis em: <http://www.cfemea.org.br/quemsomos/apresentacao.asp>.

2 Banco de leis: <http://www.cfemea.org.br/normasjuridicas/leis.asp>. Outras formas de acompanhamento legislativo do CFEMEA, como constituições, decretos, instruções normativas, portarias, tratados internacionais e proposições legislativas tramitando no Congresso não compõem o banco de dados elaborado pela presente pesquisa.

3 O banco de leis do CFEMEA tem 216 leis, que após análise foram reduzidas a 204. Alguns números ou ano das leis eram incorretos.

dizem respeito diretamente a questões de gênero⁴. No primeiro período foram 81 leis, sendo 25 com proteções ou tratamentos diferenciados à mulher. No segundo período, foram 86 leis, sendo 15 com proteções ou tratamentos diferenciados à mulher. É possível que tais leis tenham sido inseridas no banco por conta da transversalidade de gênero ou da solidariedade entre movimentos sociais no reconhecimento de direitos: ambos aproximariam a pauta da instituição às demandas de outros grupos (negros, indígenas, pessoas portadoras de deficiência, etc.). Sendo assim, é possível que a primeira onda de posituação esteja também relacionada aos reflexos da mobilização de atores sociais em torno da Constituição de 1988 ou da necessidade de regulamentação de dispositivos constitucionais.

O site do CFEMEA disponibiliza ainda projetos de lei. Em entrevista com o responsável pela atualização das propostas legislativas⁵, foi possível saber que a instituição acompanha semanalmente todas as propostas apresentadas no Congresso Nacional, selecionando aquelas que são do interesse da instituição. O acompanhamento é feito a partir do sistema de busca do site da Câmara dos Deputados. As propostas são selecionadas e discutidas entre os membros para que a instituição construa o seu plano de ação e acompanhamento das iniciativas. São no total 458 propostas, atualizadas até 2008. O sistema de busca não permite a identificação das propostas por ano de apresentação, para que se possa dizer qual é o marco inicial do período compreendido pelo banco. Outra fonte utilizada nesta pesquisa foi o CEDI, órgão da Câmara dos Deputados responsável por prestar informações legislativas ao público⁶. Por meio das informações prestadas pelo CEDI, tivemos acesso à publicação da Câmara dos Deputados, *Legislação da mulher* (2007)⁷, à atualização das leis não incluídas no livro e a propostas legislativas. Foram coletadas por esta fonte 35 leis, no período entre 1972 e 2007, e 169 proposições legislativas, entre 1989 e 2008.

Considerações sobre a compilação de leis da Câmara dos Deputados: O propósito da compilação de leis pelo CEDI parece ter sido ilustrativo/exemplificativo da legislação da mulher em cada ano. Ou seja, não procura ser exaustiva, de modo que não se pode traçar, a partir da compilação, um perfil da legislação. Das 35 leis, 23 apresentam proteção ou tratamento especial para a mulher, mas todas as leis dizem respeito diretamente a questões de gênero.

4 Por exemplo, Lei 8.160 de 8 de janeiro de 1991, que dispõe sobre a caracterização de símbolo que permita a identificação de pessoas portadoras de deficiência auditiva.

5 A entrevista foi realizada com Juliano, no dia 21/11/2008, na sede do CFEMEA, em Brasília.

6 As informações legislativas foram obtidas por meio de consulta por email a corpi.cedi@camara.gov.br, nos dias 10/12/2008 (leis) e 16/12/2008 (propostas legislativas). O órgão correspondente de prestação de informações legislativas do Senado Federal não foi encontrado. Outras proposições legislativas provenientes desta casa poderão complementar o atual banco de dados da presente pesquisa.

7 A publicação compila trechos da Constituição, de leis, decretos lei, decretos legislativos, resoluções, decretos. Para fins do presente banco de pesquisa, foram incorporadas apenas as leis. Câmara dos Deputados, *Legislação da mulher*, Brasília, 2007, 371 p. (Série fontes de referência. Legislação. N. 60). Disponível em: http://www2.camara.gov.br/internet/publicacoes/edicoes/elivros.html/Legislacao_mulher.pdf.

Considerações sobre a compilação de proposições legislativas da Câmara dos Deputados: É expressivo o pico de tematização de proposições relativas a mulheres em 2007 e 2008 (com uma média de 32/ano). Das 169 proposições legislativas informadas pelo CEDI, 122 apresentam proteção ou tratamento especial para a mulher e, se destacarmos os anos de pico de proposição (2007-2008), todas as 63 proposições do período apresentam proteção ou tratamento especial para a mulher.

Nossa terceira fonte de informações foi a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ), que selecionou e encaminhou proposições legislativas para a equipe de pesquisa. Foram coletadas por esta fonte de pesquisa 100 proposições, sendo 76 proposições novas (não constavam nas informações prestadas pelo CEDI da Câmara dos Deputados), no período entre 1990 e 2008. Em entrevista com o responsável pela seleção das proposições legislativas⁸, foi possível descobrir que as proposições foram selecionadas a partir do sistema de busca por proposições legislativas do site da Câmara dos Deputados, com termos livremente escolhidos por ele.

Considerações sobre as proposições legislativas selecionadas pela SAL/MJ: O gráfico das proposições legislativas aponta para uma constante, com algumas variações, entre 2001 e 2008 (média de 10/ano).

Em suma, o banco de dados legislativo da presente pesquisa é composto atualmente por 202 leis e 595 proposições legislativas, que podem ser conferidas tanto na tabela Excel[®], quanto no programa SISGÊNERO.

Considerações sobre o banco legislativo integrado: Em razão do interesse em publicizar o banco de dados legislativos para consulta, elaboramos o SISGÊNERO, mecanismo de consulta integrada à atividade legislativa brasileira sobre gênero. Para fins de análise ilustrativa dos potenciais de utilização do SISGÊNERO como fonte de pesquisa em legislação de gênero, apresentaremos abaixo alguns resultados a partir de dados gerais presentes neste mecanismo, após a descrição de suas características técnicas e metodológicas.

É importante ressaltar que o SISGÊNERO reorganizou completamente a forma de acesso e produção de informação de outros bancos de dados existentes, que são inertes e buscam apenas compilar informações sem critérios teoricamente justificados. O resultado da construção de bancos de dados com este perfil é um sub-aproveitamento do material acumulado, pois as vias de acesso para obtenção de informações relevantes não são claras e tampouco resultaram de reflexão teórica. Como veremos, a construção de um novo banco de dados foi fundamental para que se pudesse construir, de fato, uma fonte de informações relevante para a reflexão sobre a produção legislativa brasileira.

8 Entrevista realizada em 21.11.2008 com Humberto Caetano De Sousa.

2.1.2 Características técnicas do SISGÊNERO

O SISGÊNERO permite realizar consultas às leis e proposições legislativas sobre gênero, conforme critérios definidos. Em primeiro lugar, ele dá acesso às leis e proposições legislativas de 3 formas:

Tabela: apresenta uma lista em forma de tabela com dados resumidos das leis e proposições. A tabela terá, quando disponível, um link para a página que exhibe a lei/proposição no site do Congresso.

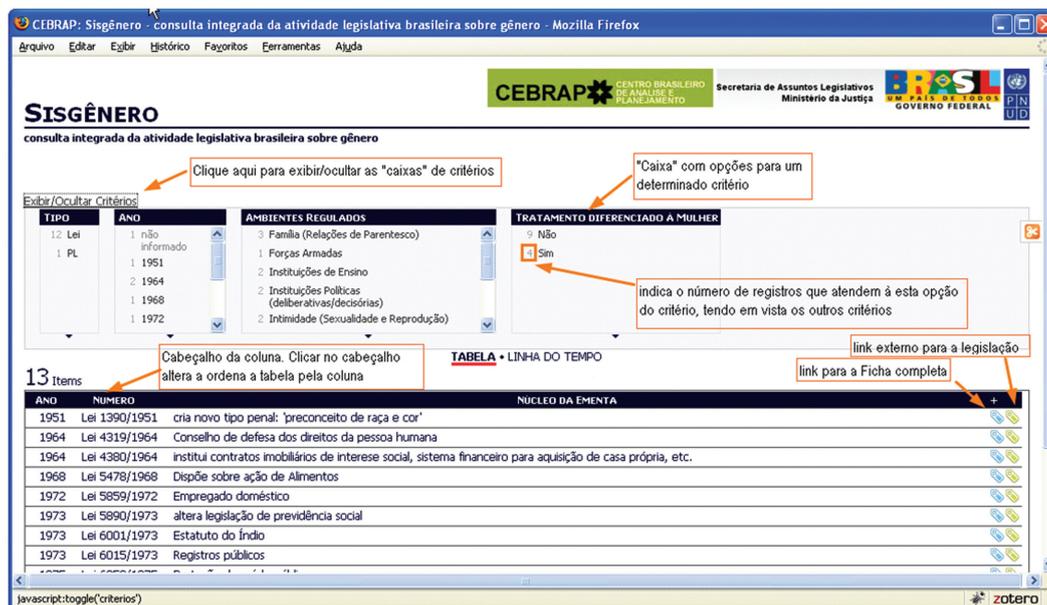
Linha do tempo: exhibe as leis e proposições dispostas em uma linha do tempo conforme o ano de publicação ou propositura.

Ficha Completa: exhibe o detalhe da lei ou projeto descrevendo as características, critérios, observações e notas metodológicas.

Para filtrar os dados conforme os critérios, o SISGÊNERO dispõe de uma área com os seletores dispostos em “caixas” que, ao serem clicados, filtram automaticamente o resultado, seja ele visualizado na forma de tabela ou linha do tempo.

A seguir, imagens das telas descrevendo as funcionalidades:

FIGURA 6: DESCRIÇÃO DAS FUNCIONALIDADES DO SISGÊNERO



O sistema consiste em uma página em *html/javascript* com recursos de consulta dinâmica simplificada para que seja apresentada de forma sistemática a legislação e atividade legislativa pesquisada. Esse desenvolvimento foi feito a partir de uma ferramenta chamada *Exhibit*, recurso *open source* desenvolvido pelo projeto *Simile* do *Massachusetts Institute of Technology* (MIT), que é de uso gratuito conforme uma licença BSD de distribuição de

software. Com isso, a página conterà uma relação de leis e proposições que poderão ser filtrados conforme critérios pré-definidos (ver Anexo 1).

Considerando as limitações de tempo e orçamento do projeto, o sistema não contempla alimentação de dados nem controle de acesso através de senhas. Entretanto, foi desenvolvido também um programa open source e de distribuição gratuita que permite converter os dados de uma planilha Excel em um formato (JSON) compatível com o Exhibit. Assim, qualquer atualização futura poderá ser realizada no arquivo Excel fonte e gerado outro Exhibit com a ferramenta desenvolvida.

É necessário acesso à internet para que essa página de consulta possa ser utilizada, já que será feito o download dos recursos do Exhibit a partir dos sites do MIT.

Essa página foi originalmente concebida para uso interno. No entanto, sua utilização em sites do Ministério da Justiça e/ou do CEBRAP é possível de ser implementada pelos técnicos de cada instituição.

2.1.3 Critérios para a classificação das leis e projetos de lei

Como já dissemos acima, um dos objetivos centrais desta pesquisa foi criar um banco de dados útil para reflexão sobre a produção legislativa brasileira sobre gênero. As categorias que orientaram a construção do SISGÊNERO têm como objetivo identificar como a legislação e os projetos de lei sobre direitos da mulher desenham as relações tanto do ponto de vista vertical, o das relações entre sociedade e Estado, quanto do ponto de vista horizontal, o das relações entre cidadãos. O objetivo é conseguir divisar, como será explicado em detalhes abaixo, a estratégia legislativa adotada no que diz respeito à atribuição de poder para efetivar direitos nos diversos campos sociais e em cada setor do direito. Por essa razão, os eixos vertical e horizontal foram pensados em função de diversos assuntos regulados e em função de determinados ambientes sociais visados pela legislação.

Além disso, nosso objetivo foi descobrir se as leis e projetos de lei criam tratamento diferenciado para a mulher e, se sim, em que termos. O SISGÊNERO é capaz de fornecer dados sobre os diplomas legislativos voltados especificamente para as mulheres, compreender a racionalidade de seu modelo regulatório e verificar, em termos gerais, se a regulação dos direitos da mulher é pensada de maneira diferenciada pelo poder legislativo ou se fica subsumida a diplomas de natureza mais abstrata.

Deixemos estes pontos um pouco mais claros. Um exemplo: o legislador pode escolher uma estratégia de criminalização de condutas, que coloca o Executivo no centro da ação de implementação das leis, com o dever de investigar as condutas criminosas e iniciar a ação penal, ao lado do Judiciário, responsável por julgar as causas que lhe sejam apresentadas para impor penas aos infratores. Além disso, o legislador pode realizar este objetivo criando

uma lei geral ou uma lei especial, que trate especificamente de crimes que envolvam a condição feminina, por exemplo, criminalizando a violência doméstica.

Outra estratégia regulatória possível seria criar comissões, de natureza pública ou privada, responsáveis por tematizar determinados conflitos sobre direitos (em geral ou especificamente da mulher). Essas comissões podem eventualmente ter poder de investigação, delegado pelo Estado, com a finalidade de promover a conciliação ou, por exemplo, a restauração, se estivermos diante de um mecanismo de justiça restaurativa.

Identificar a estratégia regulatória utilizada pelo legislador é importante para comparar resultados e pressupostos, com o fim de refletir sobre qual deve ser a estratégia regulatória escolhida em cada campo social e sobre cada assunto. Por exemplo, pode-se perguntar, ainda segundo o exemplo citado acima, se é eficaz e aconselhável criminalizar todos os assuntos e todos os ambientes sociais ou se não há outras alternativas para a regulação de determinados temas.

Com, efeito, estratégias regulatórias com as características acima, para que nos atenhamos aos exemplos citados, podem estar relacionadas a assuntos variados e a ambientes sociais variados. Pode-se, por exemplo, escolher criminalizar uma conduta relacionada ao ambiente “família”, criando-se um crime contra a “mulher casada” e um modelo de tutela que implica a realização de investigação policial, intervenção do Ministério Público e um processo penal presidido por um juiz penal.

Esse não é o único caminho possível. É possível também submeter o mesmo conflito (ou outro, de natureza diversa) a mecanismos de justiça restaurativa ou organismos voltados para a conciliação entre as partes. Claro, estas duas hipóteses construídas em abstrato podem aparecer conjugadas. Uma conduta pode ser classificada como crime e também ser submetida a outras estratégias de tratamento.

Em suma, nosso instrumento de análise tem como objetivo identificar estas estratégias regulatórias em função de diversos ambientes sociais, ou seja, como elas pretendem intervir nos conflitos sociais que tratam de questões relacionadas à mulher. É importante ressaltar que nosso material de pesquisa nesta parte do projeto são leis e projetos de lei e, por isso mesmo, somos capazes apenas de visualizar a voz do Legislativo.

Para captar todas as dimensões do problema, a legislação vigente e as propostas legislativas foram tabuladas por meio de categorias que expressam os ambientes sociais transformados em objeto de regulação (ou seja, na visão do legislador), bem como as maneiras específicas de implementar a regulação:

- (i) Ambiente regulado:
 - (a) cárcere;
 - (b) instituições político-decisórias;
 - (c) instituições de ensino;

- (d) forças armadas;
 - (e) família (relações de parentesco);
 - (f) meios artístico-culturais;
 - (g) mídia;
 - (h) saúde;
 - (i) ambiente de trabalho;
 - (j) intimidade (sexualidade e reprodução);
 - (k) outros.
- (ii) Objeto da Proteção:
- (a) integridade física;
 - (b) integridade moral;
 - (c) igualdade de oportunidades;
 - (d) igualdade de remuneração;
 - (e) igualdade de tratamento;
 - (f) liberdade de iniciativa;
 - (g) liberdade sexual;
 - (h) liberdade de reprodução;
 - (i) cultura, etnia, comunidade;
 - (j) direitos da pessoa humana não especificados;
 - (k) outros.
- (iii) Conteúdo da Norma:
- (a) direitos civis;
 - (b) direitos políticos;
 - (c) direitos sociais;
 - (d) criminalização;
 - (e) descriminalização;
 - (f) outros.
- (iv) Agentes responsáveis pela implementação:
- (a) Executivo;
 - (b) Judiciário;
 - (c) atribuição de competências normativo-decisórias a instituições não-estatais;
 - (d) criação de conselhos deliberativos;
 - (e) órgão especificamente criado para fiscalização e implementação;

- (f) meios específicos de enforcement;
 - (g) outros.
- (v) Ação requerida para a implementação
- (a) criação de normas;
 - (b) fiscalização/ investigação;
 - (c) punição;
 - (d) serviços públicos;
 - (e) outros.
- (vi) Natureza jurídica da regulação (categorias tradicionais):
- (a) civil;
 - (b) penal;
 - (c) administrativa;
 - (d) trabalhista;
 - (e) comercial;
 - (f) previdenciária;
 - (g) tributária;
 - (h) eleitoral;
 - (i) direitos sociais/políticas públicas;
 - (f) outros.

No que se refere ao eixo vertical, a questão central é a porosidade do Estado diante das demandas sociais, a possibilidade e as modalidades de participação dos cidadãos na gestão dos negócios públicos, seja pela criação de organismos específicos, conselhos etc., seja no que se refere ao modelo de regulação utilizado para lidar com determinados conflitos sociais (direito penal, direito civil, direito administrativo etc.), afinal, cada modelo implica na mobilização de alguns órgãos estatais e não de outros e, portanto, desenhará uma certa relação entre cidadãos e Estado. É diferente a maneira pela qual uma questão criminal é processada pelo Estado comparada com uma questão cível ou administrativa. Numa palavra, o que está em questão aqui é pensar se o Estado é institucionalmente mais ou menos centralizado, mais ou menos autárquico, mais ou menos aberto às demandas e à participação social.

Neste sentido, pretendemos identificar se a legislação e os projetos de lei apresentados pressupõem o modelo de regulação legalista liberal, ou seja, centrado no Estado e no Poder Judiciário, ou se reconhecem outros instrumentos regulatórios como organismos públicos e privados com competência normativa, conselhos deliberativos ou participativos com ou sem poder de decisão etc. A idéia é identificar se estes projetos propõem um redesenho do Estado para criar *locus* de deliberação e tomada de decisão diferentes do Parlamento, do Executivo e Judiciário.

Tal preocupação liga-se a uma literatura que mostra como o Estado tem desenvolvido estruturas para acolher a sociedade civil em seu interior, estruturas estas que não se enquadram facilmente no modelo tradicional de separação de poderes e colocam em questão o instituto da representação parlamentar tradicional, universal e independente (WERLE; MELO, 2007). No campo da teoria política, tem sido desenvolvida toda uma reflexão com o objetivo de liberar a imaginação para se pensar em novas formas institucionais capazes de dar conta dos problemas contemporâneos (COELHO, NOBRE, 2004).

Para captarmos essas mudanças institucionais, será analisado em que medida o arcabouço normativo nacional propõe a criação de organismos estatais que não se enquadram no modelo tradicional da separação de poderes ou que procuram a colaboração de organismos privados na regulação, fiscalização e eventual implementação de políticas públicas. Pesquisaremos tal conjunto normativo para identificar se ele prevê a criação de conselhos ou outros organismos deliberativos, com ou sem poder de decisão, e se atribuem competência normativa e/ou decisória a entes não estatais.

Quanto ao eixo horizontal o problema é outro. Trata-se de pensar o papel da legislação (e do modelo regulatório escolhido) sobre a relação dos cidadãos entre si. A preocupação aqui é com a extensão da esfera pública e privada, ou seja, para colocar a questão de forma esquemática, quais problemas serão resolvidos diretamente pelos cidadãos e quais problemas serão resolvidos pelos órgãos estatais.

A questão central é a atribuição do poder normativo a órgãos privados ou a particulares, ou seja, a possibilidade dos particulares de definirem, eles mesmos, a natureza da regulação de suas relações e os parâmetros que elas deverão seguir. Em suma, trata-se de saber se a sociedade tem maior ou menor poder de se auto-regular, mais ou menos autonomia. Por exemplo, a escolha entre definir legalmente ou não o que seja casamento implica retirar ou atribuir autonomia à sociedade. É diferente a lei atribuir direitos aos casados e definir o que será um casamento ou deixar tal definição a cargo da sociedade, reconhecendo como casados todos aqueles que assim se auto-declararem.

Essas duas dimensões da pesquisa estão ligadas aos ambientes regulados. A definição desses ambientes se deu após um exame preliminar de alguns projetos de lei, além do exame da literatura jurídica sobre o assunto. A idéia foi identificar como a legislação figura a sociedade no que diz respeito aos campos de regulação mais específicos.

Dessa forma, o cruzamento da análise dos eixos horizontal e vertical permite descobrir, em cada ambiente social selecionado, a estratégia do legislador para definir e tutelar direitos. Pode-se verificar, tomando-se um ambiente social escolhido, se o legislador adota uma estratégia de tutela que coloca o estado e seus organismos como responsável pela implementação da regulação ou se adota uma estratégia que dá poderes aos indivíduos, para que regulem entre si, no plano social. Além disso, pode-se descobrir também quais são os ambientes sociais mais visados pela legislação.

Esclarecemos que não seria possível realizar, neste relatório, todos os cruzamentos possíveis entre as categorias criadas, que serviram de organização para o SISGÊNERO. Faremos aqui a apresentação dos principais resultados obtidos no que diz respeito às grandes categorias criadas, utilizando os dados sobre as leis, excluídos os projetos de lei. Ademais, realizaremos alguns cruzamentos entre as categorias para demonstrar as possibilidades heurísticas do programa, que pode servir de base para inúmeras análises sobre o conteúdo da legislação brasileira sobre gênero.

2.2 APRESENTAÇÃO DOS PRINCIPAIS RESULTADOS QUANTITATIVOS OBTIDOS

2.2.1 Descrição geral dos dados

O banco de dados integrado gerado nesta pesquisa alimenta o sistema de busca SISGÊNERO de maneira a possibilitar a consulta da produção legislativa nacional sobre políticas de reconhecimento com viés de gênero. Tal consulta serve não apenas ao conhecimento das cidadãs e dos cidadãos acerca dos direitos que incidem em ambientes sociais e campos jurídicos específicos, mas também para a produção de diagnósticos mais amplos acerca dos processos históricos de positivação de tais direitos. Nesse sentido, ela tanto pode ser utilizada como instrumento de pesquisa, como também auxilia no exercício da cidadania.

Como já dito anteriormente na nota metodológica referente à pesquisa legislativa, nosso banco de dados unificado foi composto de todas as leis oferecidas pelas fontes consultadas (CFEMEA, CEDI, SAL/MJ). Nesse sentido, praticamente todas as incidências foram consideradas como leis que, de alguma forma, com maior ou menor ênfase, abordam questões de reconhecimento com viés de gênero. Este modo de proceder foi motivado por um desejo de respeitar o critério de seleção dos bancos de dados que nos cabia organizar: nosso pressuposto inicial foi que tudo o que neles constava guardavam alguma relação com o assunto. No entanto, a análise dos textos em detalhe fez com que esse pressuposto fosse relativizado. Encontramos material legislativo que não parecem ter qualquer relação com o tema e, por isso, esse ele foi excluído do banco.

Seja como for, grande parte do material analisado não atribui proteções ou tratamentos diferenciados à mulher: são leis gerais que também se aplicam a elas. Por isso, dividimos o banco de dados unificado em dois grandes grupos de leis: aquelas que fazem referência direta à mulher e aquelas que não o fazem (ver Tabela 1, Gráfico 1). Quando não fizermos referência explícita ao tratamento diferenciado à mulher, estaremos levando em consideração o banco de dados em seu todo.

Ao submetermos o banco de dados a um recorte temporal, verificamos um aumento significativo das questões de reconhecimento com viés de gênero na produção legislativa nacional. Considerando intervalos de tempo de 20 anos, verificamos um salto abrupto das políticas de gênero no último intervalo de tempo (ver Gráfico 2). Enquanto a distribuição de incidências nos períodos anteriores variou de nenhuma a 19 leis, no último período mencionado o número salta para 176 (ver Tabela 2). O mesmo pode ser observado no que se refere particularmente às leis que prevêm tratamento específico às mulheres: em todo o período anterior, que vai de 1888 até 1987, encontramos apenas 12 leis que atribuem proteções e tratamentos diferenciados à mulher; ao passo que, após 1988 o número sobe para 44.

Esse salto abrupto em ambos os casos encontra-se certamente vinculado à promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual inclui em seu texto a proibição de qualquer forma de discriminação em função de gênero, além de outros dispositivos que se referem à igualdade de homens e mulheres perante a lei (Constituição Federal, art. 5º, I; art.226, § 5º). Após a promulgação da nova Constituição, um número elevado de dispositivos legais foi criado com o objetivo de adequar o sistema de direitos nacional às novas exigências constitucionais.

TABELA 1

ATRIBUI PROTEÇÕES OU TRATAMENTO DIFERENCIADOS À MULHER?	TOTAL	PORCENTAGEM
Não	144	72,00%
Sim	56	28,00%
TOTAL	200	100,00%

GRÁFICO 1: TODAS AS LEIS CONTIDAS NO BANCO DE DADOS, COM OU SEM REFERÊNCIA DIRETA À MULHER

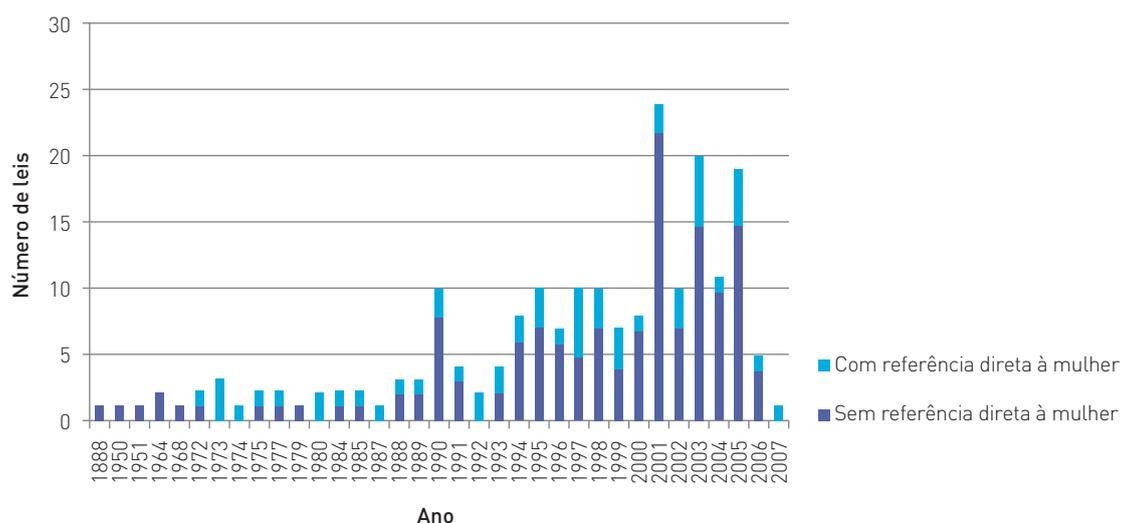
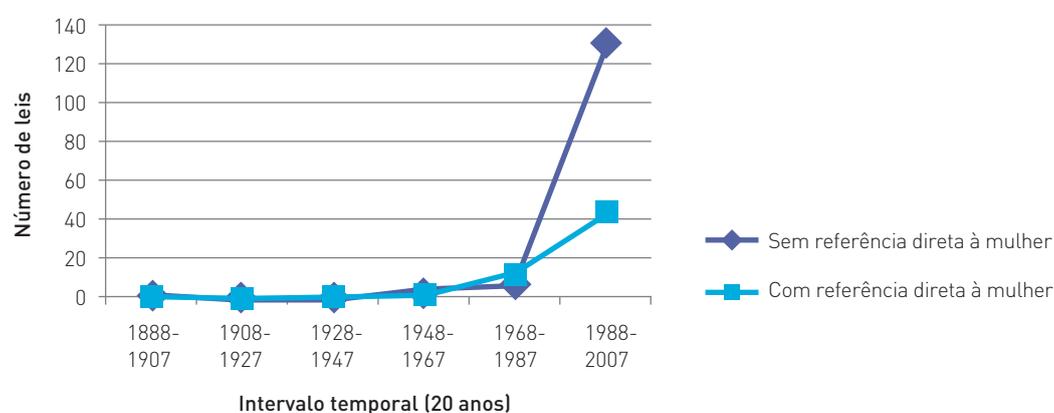


TABELA 2

ATRIBUI PROTEÇÕES OU TRATAMENTO DIFERENCIADOS À MULHER? (DISTRIBUIÇÃO POR INTERVALO DE 20 ANOS)		
Intervalo Temporal	Não	Sim
1888-1907	1	0
1908-1927	0	0
1928-1947	0	0
1948-1967	4	0
1968-1987	7	12
1988-2007	132	44

GRÁFICO 2: DISTRIBUIÇÃO DAS LEIS EM PERÍODOS DE 20 ANOS



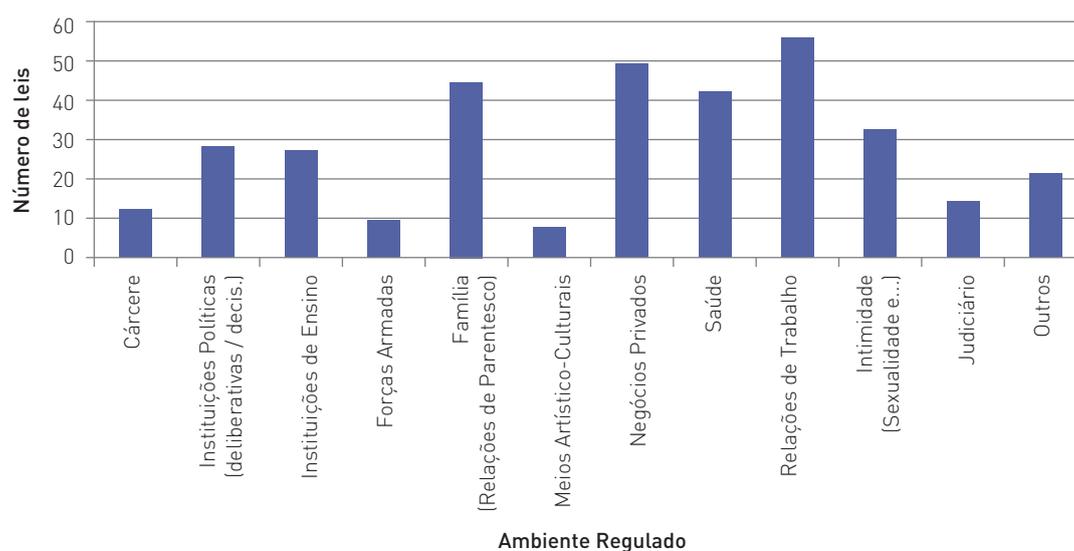
2.2.2 Ambientes regulados

A pesquisa procurou classificar a legislação vigente segundo seus diferentes ambientes regulados. Tais categorias referem-se às esferas sociais cujo funcionamento se torna objeto da regulação jurídico-estatal. A análise isolada da legislação segundo tais categorias permite um mapeamento da distribuição da intervenção jurídico-regulatória e de seu grau de incidência sobre os diferentes âmbitos da vida social. A pesquisa identificou incidências regulatórias significativas nos seguintes ambientes regulados: cárcere; instituições políticas; instituições de ensino; forças armadas; família (relações de parentesco); meios artístico-culturais; negócios privados; saúde; relações de trabalho; intimidade (sexualidade e reprodução); judiciário. O gráfico e a tabela que seguem abaixo mostram a variação de incidência regulatória nos referidos ambientes sociais.

TABELA 3

AMBIENTES REGULADOS	TOTAL	PORCENTAGEM
Cárcere	11	5,50%
Instituições Políticas (deliberativas/decisórias)	28	14,00%
Instituições de Ensino	27	13,50%
Forças Armadas	9	4,50%
Família (Relações de Parentesco)	44	22,00%
Meios Artístico- Culturais	7	3,50%
Negócios Privados	49	24,50%
Saúde	42	21,00%
Relações de Trabalho	56	28,00%
Intimidade (Sexualidade e Reprodução)	32	16,00%
Judiciário	14	7,00%
Outros	21	10,50%

GRÁFICO 3: DISTRIBUIÇÃO DAS LEIS POR AMBIENTE REGULADO



2.2.3 Objeto da proteção

A análise do objeto da proteção classifica as leis e projetos de lei segundo as diferentes categorias de bens jurídicos por elas tuteladas. A noção de “bem jurídico”, pois, foi utilizada no seguinte sentido: “interesse social que se pretende assegurar num instituto jurídico particular”. As categorias de bens jurídicos aplicadas na pesquisa, obtidas a partir de leituras exploratórias do material normativo, foram: integridade física; integridade moral;

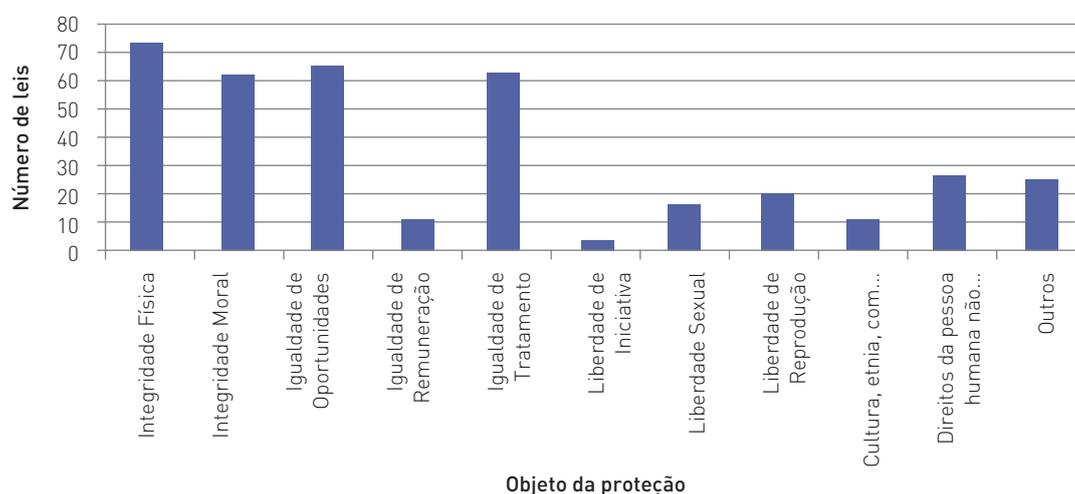
Esta pesquisa reflete as opiniões dos seus autores e não do Ministério da Justiça

igualdade de oportunidades; igualdade de remuneração; igualdade de tratamento; liberdade de iniciativa; liberdade sexual; liberdade de reprodução; cultura, etnia, comunidade; direitos da pessoa humana não especificados. A partir dessa classificação, o sistema de busca criado na pesquisa permite a apresentação de todos os dispositivos legais vinculados a um mesmo interesse social. Apresentamos abaixo a variação de incidência de cada uma dessas categorias (Tabela 4 e Gráfico 4).

TABELA 4

OBJETO DA PROTEÇÃO	TOTAL	PORCENTAGEM
Integridade Física	74	37,00%
Integridade Moral	62	31,00%
Igualdade de Oportunidades	65	32,50%
Igualdade de Remuneração	11	5,50%
Igualdade de Tratamento	63	31,50%
Liberdade de Iniciativa	4	2,00%
Liberdade Sexual	16	8,00%
Liberdade de Reprodução	21	10,50%
Cultura, etnia, comunidade	12	6,00%
Direitos da pessoa humana não especificados	27	13,50%
Outros	25	12,50%

GRÁFICO 4: DISTRIBUIÇÃO DAS LEIS POR OBJETO DA PROTEÇÃO



2.2.4 Caráter da política

O campo caráter da política foi utilizado para verificar a maneira como a legislação estudada produz alterações no código de direitos vigente. Nesse sentido, ele permite

identificar aquelas leis que são responsáveis não apenas pela criação de direitos civis, políticos e sociais, como também pela criminalização de condutas. Importante dizer que, por “criação de direitos” entendemos aqui não só a positivação de novas categorias de direitos, como também a ampliação das já existentes; e que por “criminalização”, consideramos não apenas o surgimento de tipos penais novos, como também a ampliação de suas hipóteses de incidência e extensão da penas a elas atribuídas.

Cabe ainda dizer que aplicamos a categoria de direitos civis de maneira ampla como liberdades de ação individual e como garantias de não intervenção; e a categoria de direitos políticos, como todo o tipo de instrumento à participação nos processos públicos de formação política da vontade, tanto informais como formais. Por direitos sociais, entendemos todo tipo de intervenção estatal direta ou indireta visando ao fomento dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados (Constituição Federal, art. 6º).

A categoria “criminalização” foi introduzida aqui para verificar se as demandas por criminalização estariam tomando espaço de demandas positivas por direitos civis, políticos e sociais. Em outro lugar da tabela, classificamos as leis e projetos de lei analisados como de “direito penal”. No entanto, ali estão incluídas normas de direito penal, poder de polícia e processo penal. Nessa parte da tabela, “criminalização” significa a tentativa de fazer valer determinados direitos com a criação de sanções penais, ou seja, de um crime, com o fim de fazer valer determinados interesses e valores sociais.

Nos dados apresentados abaixo, pode-se observar que, tomadas de maneira agregada, a incidência das categorias de direitos civis, políticos e sociais na legislação analisada é claramente maior do que aquelas vinculadas à criminalização de condutas. Neste sentido, há o indicativo de que a produção legislativa de gênero no Brasil, direta ou indiretamente, tem sido destinada muito mais ao reconhecimento afirmativo, isto é, à criação de direitos, do que a estratégias de reconhecimento negativas, quer dizer, tendentes a coibir determinadas condutas pela via da criminalização. Com efeito, são observadas em 21% do total de leis analisadas a criação de direitos civis, em 8% de direitos políticos e em 46,5% de direitos sociais. A criminalização de condutas é observada em 18% dos casos (ver Tabela 5 e Gráfico 5).

Além disso, é notável que, entre os direitos criados pela legislação analisada, a categoria de direitos sociais apresente uma incidência numérica significativamente superior aos demais, inclusive no que se refere às proteções e tratamentos diferenciados atribuídos à mulher. No que se refere aos direitos civis, embora apresentem um número menor de ocorrências em comparação aos direitos sociais, mostram proporção similar entre tratamentos específicos e não específicos à mulher. Entre os direitos políticos, embora os números absolutos sejam menos expressivos, é interessante notar que em 5 de 8 incidências haja atribuição de tratamento específico à mulher (ver Tabela 6 e Gráfico 6).

Esta pesquisa reflete as opiniões dos seus autores e não do Ministério da Justiça

TABELA 5

CARÁTER DA POLÍTICA	TOTAL	PORCENTAGEM
Criação de direitos civis	42	21,00%
Criação de direitos políticos	8	4,00%
Criação de direitos sociais	93	46,50%
Criminalização	36	18,00%

GRÁFICO 5: DISTRIBUIÇÃO DAS LEIS PELO CARÁTER DA POLÍTICA

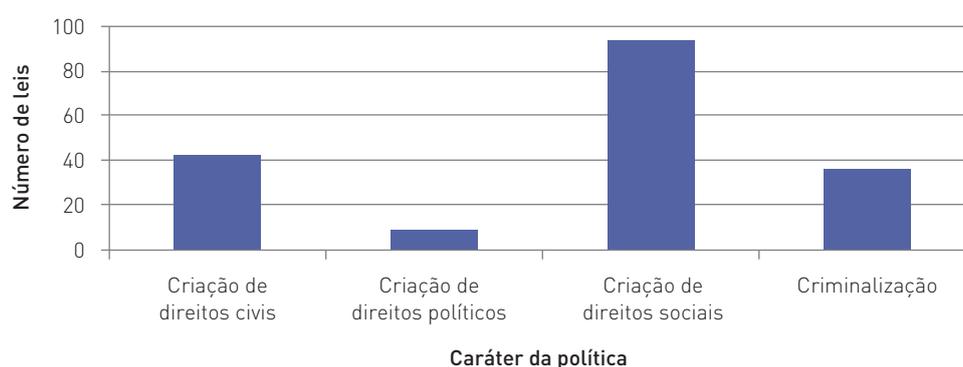
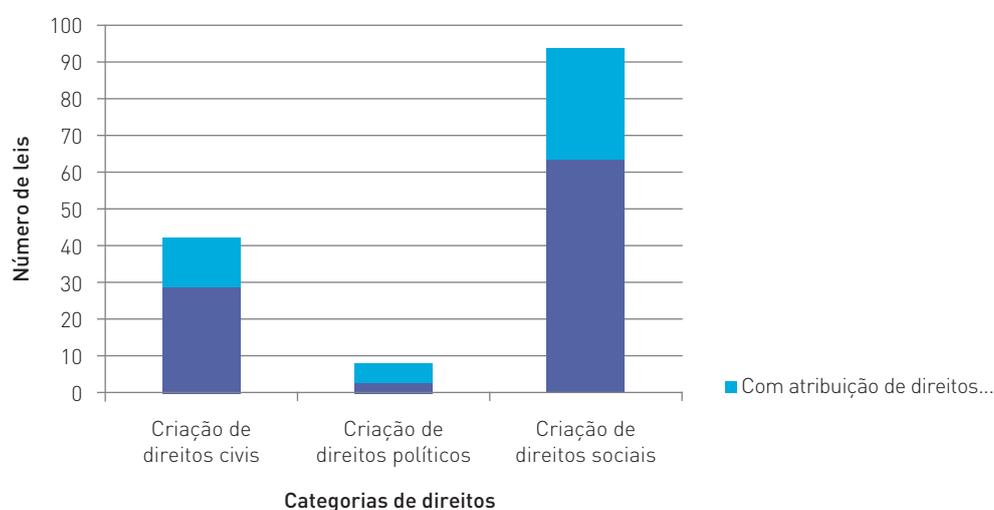


TABELA 6

	SEM ATRIBUIÇÃO DE DIREITOS ESPECÍFICOS À MULHER		COM ATRIBUIÇÃO DE DIREITOS ESPECÍFICOS À MULHER		TOTAL
Criação de Direitos Civis	29	69,05%	13	30,95%	42
Criação de Direitos Políticos	3	37,50%	5	62,50%	8
Criação de Direitos Sociais	63	67,74%	30	32,26%	93

GRÁFICO 6: CRIAÇÃO DE DIREITOS



2.2.5 Agente responsável pela implementação

Neste campo categorial, pretendemos classificar as leis em relação aos órgãos responsáveis pela sua implementação. Em suas formas tradicionais, a implementação pode ser realizada diretamente pela atividade de aplicação de norma ao caso concreto realizado pelo Poder Judiciário, ou por meio da elaboração de políticas públicas ou atividades de polícia pelo Poder Executivo, exigidas para a efetivação dos direitos previstos em lei. Além disso, incluímos nesse campo de análise a atribuição de competências normativo-decisórias a instituições não-estatais, a criação de conselhos deliberativos ou de órgãos especificamente destinados a fiscalização e implementação da lei. Identificou-se ainda meios específicos de *enforcement* que, apesar de não constituírem órgãos ou instituições, cumprem o papel de assegurar o cumprimento do texto legislativo com previsão de procedimentos específicos (v.g. multas).

Como indicam os dados apresentados abaixo, a legislação analisada não prevê em grande medida formas alternativas para a sua implementação, utilizando-se na maior parte dos casos exclusivamente das vias tradicionais da administração pública e da jurisdição (ver Tabela 7 e Gráfico 7). As leis que atribuem proteções específicas às mulheres não parecem trazer inovações significativas quanto às formas de implementação. Em 22 casos elas são direcionadas ao Poder Executivo e em 32 ao Poder Judiciário; ao passo que em apenas 9 existe atribuição de competências normativo-decisórias a instituições não-estatais, em 7 a criação de conselhos deliberativos, em 8 a especificação de órgãos destinados a fiscalização e implementação da lei e em 6 a previsão de meios específicos de *enforcement*.

TABELA 7

AGENTE RESPONSÁVEL PELA IMPLEMENTAÇÃO	TOTAL	PORCENTAGEM
Judiciário (reclamação judicial direta)	109	54,50%
Executivo (reclamação judicial indireta)	92	46,00%
Atribuição de competências normativo-decisórias a instituições não-estatais	21	10,50%
Criação de conselhos deliberativos	30	15,00%
Órgão especificamente criado para fiscalização e implementação	25	12,50%
Meios específicos de enforcement	17	8,50%
Outros	6	3,00%

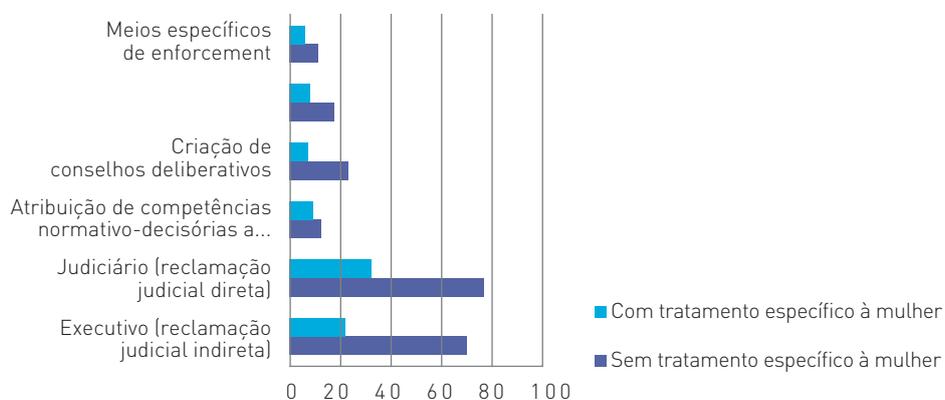
GRÁFICO 7: DISTRIBUIÇÃO DOS AGENTES RESPONSÁVEIS PELA IMPLEMENTAÇÃO



TABELA 8

	SEM TRATAMENTO ESPECÍFICO À MULHER		COM TRATAMENTO ESPECÍFICO À MULHER		TOTAL
	Quantidade	Porcentagem	Quantidade	Porcentagem	
Executivo (reclamação judicial indireta)	70	76%	22	24%	92
Judiciário (reclamação judicial direta)	77	70,64%	32	29,36%	109
Atribuição de competências normativo-decisórias a instituições não-estatais	12	57,14%	9	42,86%	21
Criação de conselhos deliberativos	23	76,67%	7	23,33%	30
Órgão especificamente criado para fiscalização e implementação	17	68,00%	8	32,00%	25
Meios específicas de enforcement	11	64,71%	6	35,29%	17

GRÁFICO 8: AGENTES RESPONSÁVEIS PELA IMPLEMENTAÇÃO



2.2.6 Natureza Jurídica

Este campo de categorias destina-se a verificar como se distribui a legislação analisada em relação aos campos jurídicos existentes. Importante dizer que, para efeitos de classificação, não foi considerada a natureza material ou processual dos dispositivos contidos em cada campo jurídico. Cabe ainda explicar que neste campo foi incluída a categoria “políticas públicas/direitos sociais” que se refere às prestações estatais positivas nas áreas da saúde, educação, moradia, lazer, proteção à maternidade e à infância, e à assistência aos desamparados, as quais não podem ser rigorosamente agregadas à divisão das categorias referentes às áreas jurídicas tradicionais. É justamente nesta categoria de “políticas públicas/direitos sociais” que se encontra o maior número de incidências no banco de dados tomado como um todo. Ela apresenta incidência em 36,5% dos casos analisados, seguidos de graus significativos de incidência nas áreas do direito penal (22%), administrativo (20%), civil (19,5%) e trabalhista (15,5%) (ver Tabela 9 e Gráfico 9).

Quando consideramos as leis que fazem referência específica à mulher, essas proporções não se alteram de maneira significativa, exceto pelo caso do Direito Previdenciário, que possui a maior porcentagem de tratamento diferenciado à mulher em seu campo de regulação (55,56%), equiparando-se em número de ocorrências ao direito civil e administrativo (10 casos) (ver Tabela 10 e Gráfico 10).

TABELA 9

NATUREZA JURÍDICA	TOTAL	PORCENTAGEM
Civil	39	19,50%
Penal	44	22,00%
Administrativa	40	20,00%
Políticas Públicas/ Direitos Sociais	73	36,50%
Previdenciária	18	9,00%
Trabalhista	31	15,50%
Tributário	8	4,00%
Comercial	6	3,00%
Eleitoral	4	2,00%
Outros	8	4,00%

GRÁFICO 9: DISTRIBUIÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA

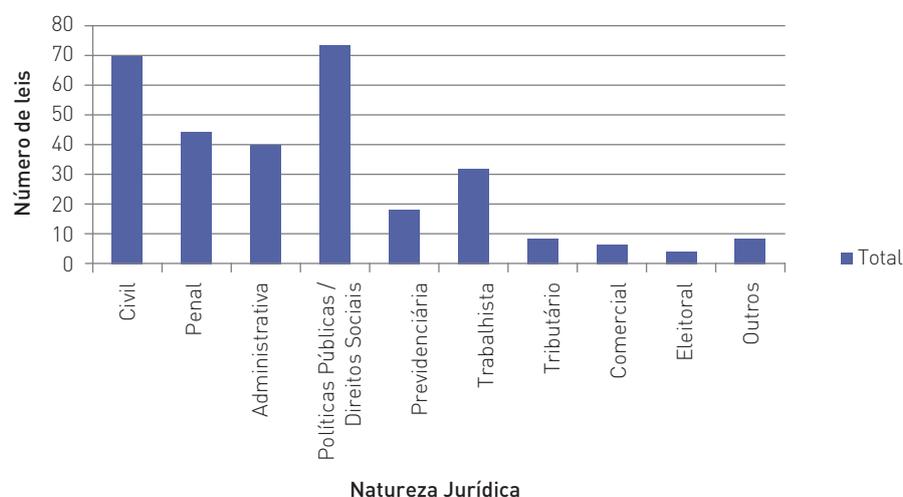
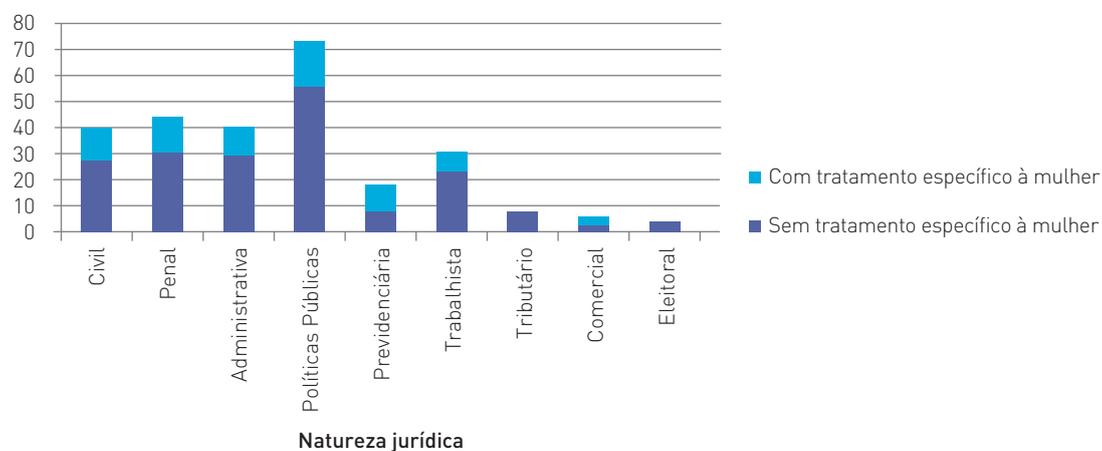


TABELA 10

NATUREZA JURÍDICA	SEM TRATAMENTO ESPECÍFICO À MULHER		COM TRATAMENTO ESPECÍFICO À MULHER		TOTAL
Civil	29	74,36%	10	25,64%	39
Penal	32	72,73%	12	27,27%	44
Administrativa	30	75,00%	10	25,00%	40
Políticas Públicas/ Direitos Sociais	56	76,71%	17	23,29%	73
Previdenciária	8	44,44%	10	55,56%	18
Trabalhista	23	74,19%	8	25,81%	31
Tributário	7	87,50%	1	12,50%	8
Comercial	3	50,00%	3	50,00%	6
Eleitoral	2	50,00%	2	50,00%	4

GRÁFICO 10: NATUREZA JURÍDICA



2.2.7 Criminalização e descriminalização

GRÁFICO 11: AMBIENTE REGULADO X (DES)CRIMINALIZAÇÃO

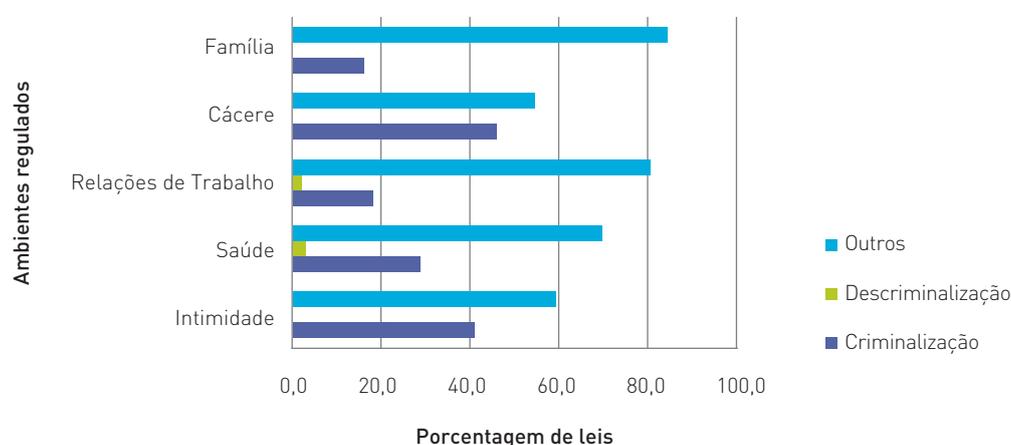
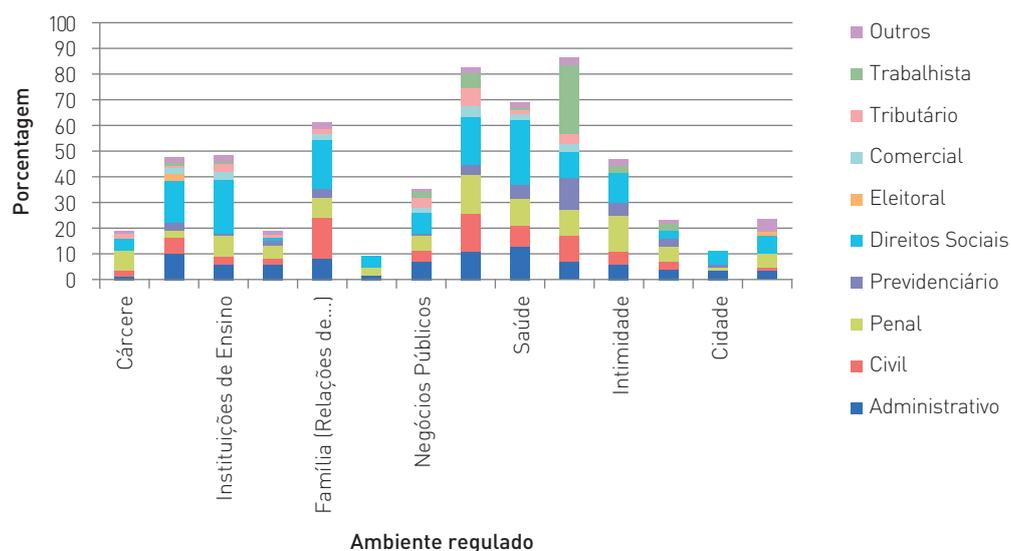


GRÁFICO 12: NATUREZA JURÍDICA X AMBIENTE REGULADO



Os dados referentes à criminalização dos diversos ambientes regulados revelam resultados surpreendentes para o senso comum que afirma estarmos diante de uma tendência cada vez maior de criminalização das relações sociais. Como já foi visto acima, prevalece o reconhecimento afirmativo (por meio da criação de direitos) do que o negativo, voltado à punição pela via criminal.

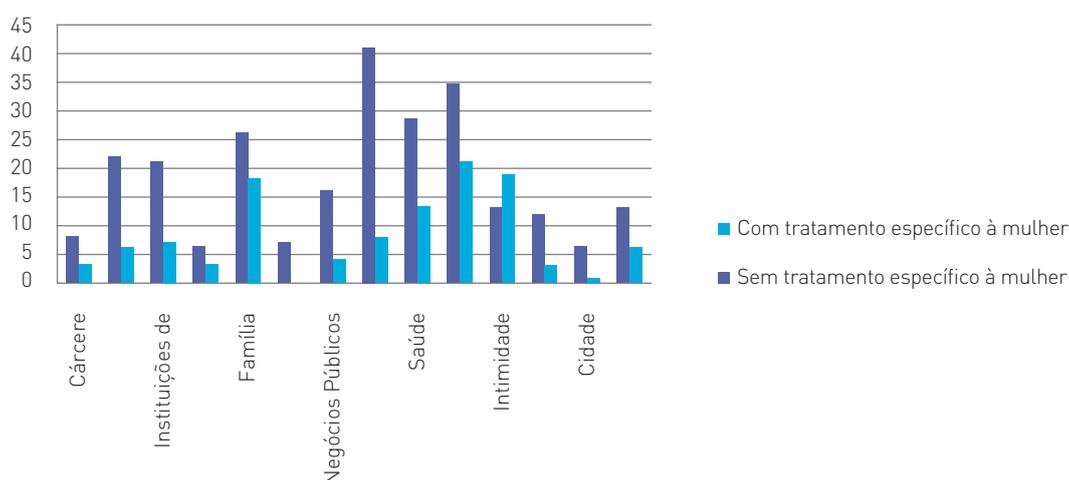
É interessante observar, no Gráfico 12, os ambientes mais ou menos criminalizados. Excluindo-se os ambientes regulados “Judiciário” (tratamento diferenciado à mulher em algum rito processual), “meios artísticos e culturais”, “forças armadas”, “negócios privados”, “relações de trabalho” e “cidade”, cujo número de leis é muito baixo (por exemplo, 3 para “forças armadas/polícia”, 3 para “Judiciário” e 1 para “cidade”), a criminalização é

muito relevante na esfera da “intimidade” e do “cárcere” e menos relevante no campo da “família” e da “saúde”.

A criminalização das relações familiares e no campo das políticas de saúde é mais baixa, o que revela uma preocupação do legislador em evitar criar crimes e penas sobre estes assuntos. Este fato talvez se deva ao fato de que a sociabilidade nestas esferas está ligada a valores como confiança e afetividade. Interessante pensar que nestes campos encontramos a mulher tratada, por exemplo, como “mãe” e “grávida”, além de protagonista da relação entre médico e paciente. Já no que se refere ao campo da intimidade, espaço por excelência dos crimes sexuais, o grau de criminalização é muito alto.

2.2.8 Tratamento diferenciado à mulher

GRÁFICO 13: AMBIENTE REGULADO E TRATAMENTO DIFERENCIADO À MULHER

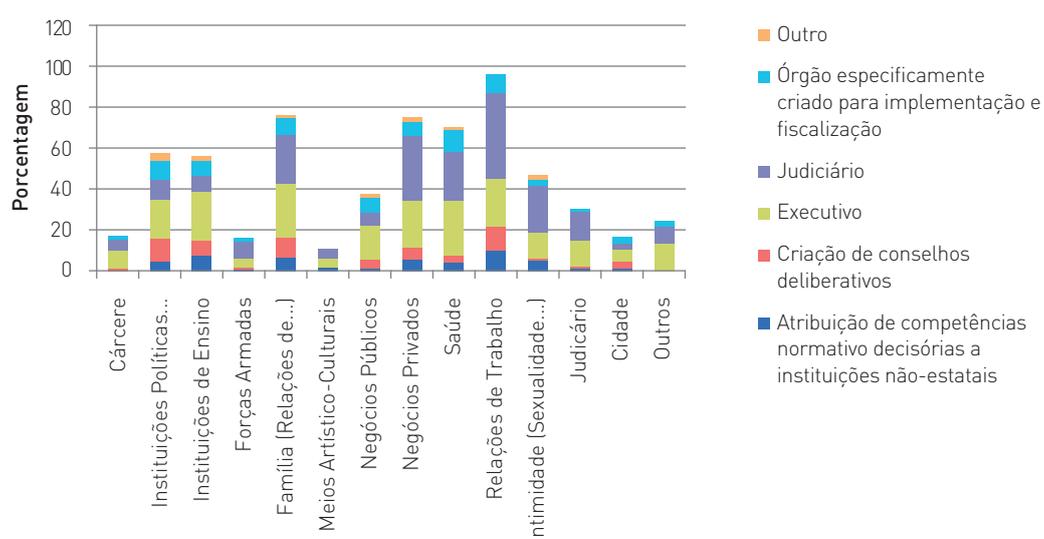


- Os dados referentes ao tratamento diferenciado mostram que a legislação, em termos gerais, não é endereçada especificamente à mulher, mas a destinatários indeterminados quanto ao gênero. Como foi visto acima, há uma concentração temporal da legislação específica à mulher no período posterior à Constituição que provavelmente visou adequar o sistema de direitos às novas exigências constitucionais.
- Interessante observar que a proporção de leis voltadas para a mulher é de aproximadamente um terço nos ambientes regulados “relações de trabalho”, “saúde”, “negócios privados”, “negócios públicos”, “família”, “instituições políticas”, “cárcere”, e “outros”. No ambiente “intimidade (sexualidade/reprodução)”, a proporção cai para um quarto e nos ambientes restantes, “judiciário” (tratamento diferenciado à mulher em algum rito processual), “meios artísticos e culturais”, “forças armadas” e “cidade” a proporção é maior, chegando até a superar as leis

gerais (“judiciário” e “meios artísticos e culturais”). No entanto, nestes campos, o número de leis é exíguo (por exemplo, 3 para “forças armadas/polícia”, 3 para “Judiciário” e 1 para “cidade”), o que dá pouca relevância estatística ao resultado.

2.2.9 Agentes na implementação x ambiente regulado

GRÁFICO 14: AMBIENTE REGULADO X AGENTE DE IMPLEMENTAÇÃO



Os dados sobre os agentes de implementação cruzados com o ambiente regulados mostram, como já visto na tabela 7, a prevalência de uma tutela tradicional, centrada no Poder Judiciário. O papel de instituições não estatais é reduzido, especialmente no que se refere ao campo da “família”, “saúde”, “relações de trabalho” e “intimidade”.

É interessante notar, no entanto, que a legislação cria conselhos de natureza deliberativa em porcentagem significativa no que se refere ao ambiente “cidade”, “instituições de ensino”, “negócios públicos” e “instituições políticas”, o que revela uma porosidade das instituições de caráter público (ou em que estejam envolvidos interesses de natureza pública de maneira sensível) à participação da sociedade. No campo da “intimidade”, a presença de meios de tutela alternativos ao judiciário é extremamente reduzida, o que revela a pouca utilização, por exemplo, de mecanismos como a justiça restaurativa para a solução de conflitos.

Raramente encontramos a criação de órgãos direcionados a fiscalizar e implementar políticas relativas à mulher, o que reforça os resultados que acabamos de discutir. Na maior parte das vezes, atribui-se poder ao Judiciário, ou seja, para um meio de tutela que, em regra, atua diante do fato consumado e, apenas por exceção, preventivamente. Discutiremos melhor as implicações desta característica da tutela de direitos adiante, quando falarmos de jurisprudência, pois este modo de regular tem reflexos claros neste

campo. Seja como for, este resultado mostra que a legislação não tem criado meios de tutela específicos para a solução de questões relacionadas ao gênero.

Claro, se olharmos para as questões penais em que as delegacias da mulher são atuantes e extremamente relevantes para a aplicação das leis, este quadro não se apresenta. Mas, observando-se os ambientes regulados como um todo, é perceptível a falta de meios de tematização de questões de gênero para além do Poder Judiciário, bem como é pouca a relação entre organismos estatais e sociedade. Por exemplo, considerando-se apenas as leis direcionadas à mulher, apenas 10 delas atribuem poder decisório a órgãos não estatais e outras 7 criam conselhos de natureza deliberativa, o que reforça a preferência pela tutela judicial.

3. PESQUISA JURISPRUDENCIAL

3.1 DIREITO DO TRABALHO

3.1.1 Metodologia de pesquisa

O levantamento das decisões trabalhistas foi realizado por meio do banco de dados da página eletrônica do Tribunal Superior do Trabalho (TST), na semana de 07 a 12 de dezembro. Este banco permite a consulta unificada à jurisprudência do TST e dos Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs). A busca foi feita por meio dos seguintes termos: “isonomia e mulher”, “igualdade e mulher”, “discriminação e mulher”, “discriminação e gestante”, “contratação e discriminação e mulher”, “trabalho da mulher” e “igualdade de gênero”, resultando em 838 acórdãos.

No âmbito da justiça comum, pesquisamos no banco de dados da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), durante o mesmo período, decisões relacionadas à discriminação da mulher na esfera cível. Para tanto, utilizamos o termo “relação de trabalho e discriminação e mulher”, que gerou 6 resultados, posteriormente descartadas, dada a falta de afinidade com o objeto do estudo proposto.

O universo de 838 acórdãos passou por sucessivos filtros, nos quais foram descartados os resultados repetidos, recursos de agravo de instrumento, embargos de declaração e ações rescisórias. Nesta filtragem, privilegiamos investigar decisões de mérito e finais, chegando a 344 recursos, entre os quais, recursos de revista, recurso ordinário, apelações cíveis, dissídios coletivos e embargos de declaração da matéria julgada pelos recursos de revista selecionados.

Nos acórdãos examinados, identificaram-se sete tipos de demanda, a saber:

- i. Ampliação ou redução do período para refeição e repouso concedido à empregada, durante a jornada de trabalho;
- ii. Descanso de 15 minutos no mínimo, a que tem direito a mulher, em caso de prorrogação do horário normal de trabalho;
- iii. Revista íntima;
- iv. Licença maternidade destinada à mãe adotante;
- v. Estabilidade provisória da gestante;
- vi. Discriminação da gestante;

vii. Assédio sexual;

viii. Auxílio-creche.

Estas decisões passaram por outra filtragem manual, na qual foram excluídos os acórdãos que não apresentassem tematização alguma sobre discriminação da mulher, fechando o universo de análise quantitativa e qualitativa de 108 decisões. Adiante, o resultado de cada uma destas demandas será analisado em detalhes, tendo-se em vista, como anunciado na introdução deste relatório, as categorias em disputa no âmbito do Poder Judiciário.

Compilados todos os acórdãos, cada decisão foi classificada de acordo com uma série de critérios em seis tabelas do *software* Excel. O tabelamento dos acórdãos não teve como objetivo a realização de uma análise quantitativa das informações coletadas, uma vez que o tamanho reduzido do universo de decisões encontradas não permitia tal estudo. Portanto, a tabela foi usada como um instrumento de sistematização das decisões encontradas e organização dos dados.

A tabela apresenta, em suas colunas, as categorias de análise por meio das quais as informações sobre cada acórdão devem ser objetivamente extraídas. No total, foram elaboradas 38 categorias para tabelamento das decisões, sendo que estas categorias estavam divididas em três grandes grupos. No primeiro grupo, foram inseridas as referentes aos dados sobre o processo; no segundo, estão as categorias sobre os diferentes temas ou problemas abordados em cada acórdão; finalmente, o último grupo contém categorias atinentes à argumentação jurídica desenvolvida nas decisões. Estes três grupos - processo, tematização e argumentação - compõem os critérios básicos de sistematização das decisões analisadas.

3.1.2 Descrição dos dados obtidos

(i) Ampliação ou redução do período para refeição e repouso concedido à empregada, durante a jornada de trabalho;

O art. 383, da CLT, estabelece que, *durante a jornada de trabalho, será concedido à empregada um período para refeição e repouso não inferior a 1 (uma) hora, nem superior a 2 (duas) horas salvo a hipótese prevista no art. 71, § 3º, o qual permite a redução do limite mínimo de uma hora apenas por ato do Ministro do Trabalho, sob determinadas condições. Em vista da expressa referência à exceção admitida, entende-se que, por falta de previsão legal, o limite máximo não poderá ser ampliado.*

Sob a perspectiva da dogmática jurídica, há, na CLT, de um lado, no capítulo sobre a duração do trabalho, uma norma geral, expressa no art. 71 e parágrafos, aplicada ao conjunto dos trabalhadores. De outro lado, porém, no art. 383, no capítulo sobre a proteção do trabalho da mulher, há uma norma especial, que restringe a incidência da norma geral

a apenas uma hipótese, àquela prevista no art. 71, § 3º. Nesse sentido, não se aplicam ao trabalho da mulher as demais disposições do art. 71, dentre elas, a que, mediante acordo escrito ou contrato coletivo, permite a ampliação do intervalo para repouso ou alimentação para além das duas horas.

A única forma de romper com essas limitações, sem sair do âmbito da discussão dogmática jurídica vem sendo a de negar validade à norma especial, lançando mão de uma norma hierarquicamente superior com a qual ela, a norma especial, seja incompatível. Nesse sentido, o debate jurídico migra para a esfera constitucional, e a questão que se coloca pode ser expressa nos seguintes termos: o tratamento diferenciado previsto para a mulher no art. 383 da CLT viola o art. 5, I, da Constituição Federal, que afirma a igualdade entre homens e mulheres? Se for constitucional, o intervalo intrajornada não poderá ser ampliado; se inconstitucional, não valem as limitações do art. 383, mas apenas as condições da norma geral, pelas quais esse período para descanso poderá ser alargado. E se semelhante ampliação for possível, a pergunta seguinte será esta: remunera-se ou não como hora-extra o período excedente?

Nas 21 decisões analisadas⁹ sobre o intervalo intrajornada da mulher, entendeu-se majoritariamente que o art. 383 da CLT afronta o art. 5º, I, da Constituição Federal. Entendeu-se que a distinção entre o trabalho de homens e mulheres não se justifica, e que as únicas normas que possibilitam dar tratamento diferenciado à mulher dizem respeito àquelas traduzidas na proteção à maternidade.

(ii) O descanso de 15 minutos no mínimo, a que tem direito a mulher, em caso de prorrogação do horário normal de trabalho;

Ainda no capítulo da proteção do trabalho da mulher, questão idêntica se coloca a respeito do art. 384, pelo qual, em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso de 15 (quinze) minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário do trabalho. Tais limitações têm por fundamento a idéia presente na CLT, que opera com base no pressuposto da fragilidade biológica da mulher, de que a ampliação do horário do trabalho feminino deveria ser excepcional e, portanto, seguir condições diferenciadas em relação ao trabalho masculino.

A questão que hoje se coloca é se teria o art. 5º, caput, da Constituição de 1988 recepcionado esse dispositivo da CLT ou se seria este inconstitucional. Ao se discriminar

⁹ TST-RR- 121/2003-019-12-00.1, 8ª Turma, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DJ 03/09/2008; TST-RR- 957/2005-114-15-00.8, 2ª Turma, Relator Ministro Vantuil Abdala, DJ 28/05/2008; TST- RR- 56.470/2002-900-09-00.2, 2ª Turma, Relator Ministro Vantuil Abdala, DJ 24/09/2008; TST- RR- 2005-019-12-00.0, 4ª Turma, Relator Ministro Barros Levenhagen, DJ 24/10/2007; TST-RR- 545/2001-071-09-00.3, 2ª Turma, Relator Ministro José Simpliciano Fontes, DJ 20/08/2008; TST-RR- 1/2006-005-03-00.3, 4ª Turma, Relator Ministro Barros Levenhagen, DJ 15/08/2007; TST-RR- Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DJ 05/11/2008; TST-RR- 1458/2004-033-15-40.1, 6ª Turma, Relator Ministro Aloysio Correa da Veiga, DJ 29/10/2008; TST-RR- 2116/2005-046-12-00.8, 1ª Turma, Relator Ministro Vieira de Mello Filho, DJ 10/09/2008; TST-RR- 5910/2002-015-09-00.9, 2ª Turma, Relator Ministro Vantuil Abdala, DJ 17/09/2008; TST-RR- 3652/2005-046-12-00.0, 8ª Turma, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, DJ 21/05/2008; TST-RR- 35725/2002-900-09-00.5, Relator Ministro Horácio Senna Pires, DJ 29/10/2008.

positivamente as mulheres na distribuição de vantagens, haveria violação à igualdade entre homens e mulheres?

Nos 20 acórdãos analisados sobre o tema, a maior parte decidiu pela não recepção do dispositivo pela Constituição (total de 15 decisões). Prevaecem três tipos de argumentos que sustentam a inconstitucionalidade do artigo. No primeiro, é alegada violação do art. 5º, I, da Constituição Federal. Nas decisões estudadas, não há argumentação sobre qual seria, segundo o relator e o Tribunal, o sentido adequado da igualdade entre homens e mulheres. Nos acórdãos examinados, contudo, presumiu-se que homem e mulher são iguais e concluiu-se que essa igualdade é incompatível com o disposto na CLT.¹⁰

O segundo tipo de argumento nega a existência de justificativas legítimas e também de *razões científicas* para utilizar o gênero como critério de alocação de benefícios. Deste modo, os direitos e obrigações iguais viabilizam o tratamento diferenciado ao trabalho da mulher apenas quando se referem a condições determinadas, como a maternidade e o deslocamento de peso.

Por fim, o terceiro tipo de argumento aponta para as conseqüências advindas dos artigos contestados, cuja vigência terminaria por desestimular a contratação de mulheres por empresas que lançam mão da prorrogação da jornada.

(iii) Revista íntima;

No Recurso de Revista 631/2005-058-15-00.7, questionou-se o exercício regular do poder de fiscalização de empresa distribuidora de medicamentos de venda controlada, a quem cabe, por lei, a responsabilidade de guardar esses produtos. No caso examinado, o Reclamante foi um homem, empregado da empresa, que se submetia, diariamente, em ambiente coletivo, à revista íntima feita com o objetivo de impedir a saída ilegal de medicamentos controlados. Esse homem demandou com base no princípio da igualdade, expresso no art. 5º, I, da Constituição, que lhe fosse também aplicada a norma do art. 373-A, VI, da CLT, a qual veda revistas íntimas nas empregadas.

O acórdão examinado entende que a dignidade é própria do ser humano, e não de um gênero específico, e que a intimidade não pressupõe necessariamente o contato físico entre empregado e supervisor, pois o ato abusivo se configura com a revista visual, em que o trabalhador é constrangido a exhibir seu corpo nu ou em peças íntimas, não sendo atenuante, nesse caso, o fato de ser o supervisor do mesmo sexo do empregado. Além disso, não se exige prova do dano moral, mas tão-somente do fato que supostamente terá gerado a dor e o sofrimento.

Assim, há, de um lado, o dever de fiscalizar a saída de remédios; de outro, o dever de respeitar a dignidade da pessoa. Os dois deveres se impõem e devem ser sopesados, para que não colidam. Disso resulta que a empresa poderá utilizar todos os meios necessários para cumprir sua obrigação, exceto aqueles que avancem sobre a intimidade dos empregados. O direito constitucional à dignidade da pessoa humana é irrenunciável, e o empregador não poderá, ainda que seja o caso, alegar que as revistas íntimas pudessem ter concordância prévia do empregado ou que estivessem de acordo.

¹⁰ TST-RR- 2005-019-12-00.0, 4ª Turma, Relator Ministro Barros Levenhagen, DJ - 24/10/2007.

(iv) Licença maternidade destinada à mãe adotante,

Cinco acórdãos do Tribunal Superior do Trabalho (TST) discutiram a possibilidade de se conceder licença-maternidade à mãe adotante¹¹. As decisões são anteriores à Lei nº 10.421 de 15 de abril de 2002, que passou a garantir expressamente este direito, acrescentando o art. 392-A à Consolidação das Leis do Trabalho e o art. 71-A à lei de previdência social (Lei nº 8.212 de 24 de Julho de 1991):

Art. 392-A. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392, observado o disposto no seu § 5o.

§ 1º No caso de adoção ou guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, o período de licença será de 120 (cento e vinte) dias.

§ 2º No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 1 (um) ano até 4 (quatro) anos de idade, o período de licença será de 60 (sessenta) dias.

§ 3º No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 4 (quatro) anos até 8 (oito) anos de idade, o período de licença será de 30 (trinta) dias.

§ 4º A licença-maternidade só será concedida mediante apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardiã.

(...)

Art. 71-A. À segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias, se a criança tiver até 1(um) ano de idade, de 60 (sessenta) dias, se a criança tiver entre 1 (um) e 4 (quatro) anos de idade, e de 30 (trinta) dias, se a criança tiver de 4 (quatro) a 8 (oito) anos de idade.

Os casos discutidos são anteriores à lei, quando a legislação expressa sobre o tema era o inciso XVII do art. 7º da Constituição:

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

(...)

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

Dos cinco acórdãos, 3 concederam a licença e dois não o fizeram.

O argumento contra a concessão¹² é, em suma, a inexistência de lei expressa: o texto constitucional fala apenas em “gestante” e deveria ser interpretado literalmente. Não caberia ao juiz criar normas diante do art. 5, II da CF:

11 TST-RR-240.925/96.2, 6ª Turma, TST-RR-2002-900-09-00.0, 2ª Turma, TST-RR-521.557/98.9, 2ª Turma, TSTS Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista 232/2000-007-15-00.9, 2ª Turma,

12 Acórdãos do TST: 1ª Turma: PROC. Nº TST-RR-232/2000-007-15-00 e 2ª Turma: PROC. Nº TST-RR-521.557/98.9.

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

[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Uma das decisões, a despeito de argumentar que não cabe ao juiz inovar a legislação, dá sentido biologizante claro ao artigo da Constituição afirmando que:

[...] Pela literalidade do dispositivo constitucional em comento (*"São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;"*), vê-se que o constituinte, ao instituir o benefício da licença, restringiu-o "à gestante", ou seja, mulher que passou pelo período da gestação, condição biológica que, não obstante a grandeza do ato praticado pela recorrida-adoptante, esta não atravessou [...].¹³

A favor da concessão, os acórdãos decidiram que a finalidade do inciso XVIII do Art. 7º da CF é proteger o nascituro em primeiro lugar, e, por isso mesmo, a mãe adotante deveria se beneficiar da licença. O artigo não deveria ser interpretado literalmente, mas em função de seus fins. Dois acórdãos falam também da proibição de discriminar filhos naturais e adotivos (Art. 227, § 6º).

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (...) § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

No referido preceito constitucional, ao se estabelecer a licença maternidade de 120 (cento e vinte) dias, objetivar-se-ia a proteção da criança, que necessitaria de assistência da mãe no início da vida. Em conseqüência, não se poderia diferenciar a mãe biológica da mãe adotante - por certo, quando a adoção se faz em situação semelhante à que permite o afastamento do trabalho da mãe biológica - para a concessão do aludido benefício, porque os filhos respectivos - havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção - situar-se-iam-se no mesmo nível de carecimento, de direitos e de qualificações, nos termos do art. 227, § 6º, da CF/88.¹⁴

A citação de julgados nas sentenças não permite identificar a pretensão de reconstruir a opinião dos tribunais sobre o assunto.

¹³ PROC. Nº TST-RR-521.557/98.9.

¹⁴ Ac. 5ª TURMA: PROC. Nº TST-RR-240.925/96.2.

As 3 decisões favoráveis à concessão de licença gestante não citaram julgados e as 2 decisões contrárias à licença citaram os seguintes:

- (i) ERR 248.110/96, Rel. Min. José Luiz Vasconcellos, publicado no DJ de 17.02.2000; (citado 2 vezes);
- (ii) RR 577.215/99, Rel. Juíza Convocada Maria Berenice, publicado no DJ de 02.02.2001;
- (iii) RR 398.142/97, Rel. Min. Rider Nogueira de Brito, publicado no DJ 27.04.2001;
- (iv) E-RR-159.112/95, DJ 26.11.99, Juiz Convocado Levi Ceregato;
- (v) RE-197807-RS, Relator Ministro Octavio Gallotti, 1ª Turma, unânime, DJ 18/08/00.

Uma das decisões afirma que o TST tem opinião contrária à concessão da licença e cita uma série de julgados para comprovar sua afirmação. É interessante notar esta necessidade de comprovar a afirmação. Não há a citação de casos paradigmáticos com a certeza de que eles seriam expressão da opinião da corte. Argumentos deste tipo estão ausentes de todos os julgados analisados. O acórdão afirma que esta é a posição da corte e cita a seguir, justapostos, uma série de casos, sem análise ou hierarquia clara.¹⁵

(v) Estabilidade provisória da gestante;

A Constituição de 1998 garante, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a estabilidade provisória da gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, conforme a redação:

Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Dentre as 25 decisões analisadas sobre o tema, a maioria dos questionamentos levantados envolvia o momento em que a empregada gestante comunicou a empresa sobre a gravidez. Sobre esta questão cabe destacar os seguintes precedentes jurisprudenciais, utilizados na maioria dos acórdãos.

Precedente Jurisprudencial nº 88 da SBDI do TST, que dispõe:

Gestante. Estabilidade provisória. O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador, salvo previsão contrária em norma coletiva, não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b", do ADCT)".

Súmula nº 244, de seguinte teor:

15 AC. 1ª. Turma: PROC. Nº TST-RR-232/2000-007-15-00.9.

"GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 88 e 196 da SDI-1) - Res. 129/2005 - DJ 20.04.05

I - **O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade.** (art. 10, II, "b" do ADCT). (ex-OJ nº 88 - DJ 16.04.2004)

II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. **Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.** (ex-Súmula nº 244 - Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

III - Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa. (ex-OJ nº 196 - Inserida em 08.11.2000).

A maioria das decisões reformadas negava a indenização pelo descumprimento do prazo para notificação da empresa. O argumento utilizado para negar a indenização é que a empresa, por desconhecimento do estado de gravidez da empregada, não poderia ter agido com dolo ou má-fé ao demitir a empregada. Assim, diante da inércia das trabalhadoras para buscarem perante o Juízo o pagamento de salários sem qualquer contraprestação laboral, restava configurada renúncia do direito à estabilidade e, portanto, não cabia a indenização.

Entretanto, o TST editou uma Súmula, a 244, I, afirmando que a vedação constitucional decorre do fato objetivo da confirmação da gravidez ocorrida na vigência do contrato de trabalho, caso em que o direito da obreira à estabilidade provisória prescindiria do conhecimento prévio do seu estado gestacional pelo empregador ou pela empregada no momento da rescisão contratual. Notemos que a aplicação da súmula não é obrigatória. Assim, 15 das 25 decisões analisadas foram reformadas no sentido de conceder a indenização e em 3 decisões esse entendimento foi apenas reafirmado.

Segundo a posição majoritária, o art. 10, II, "b", do ADCT deve ser interpretado no sentido de conferir a estabilidade a partir da concepção e não do momento em que foi atestada por médico ou exame clínico. Assim, mesmo que o exame de gravidez fosse realizado meses após a dispensa, caberia o direito à indenização, uma vez que o escopo da norma é garantir a sobrevivência da mulher e do bebê. Destaca-se que o direito da empregada à estabilidade decorre unicamente da concepção.

O Tribunal reconhece que o escopo da garantia constitucional é, não somente a proteção da gestante contra a dispensa arbitrária ou discriminatória, por estar grávida mas, principalmente, a tutela da mãe e do nascituro. O acórdão TST-ED-RR-363.032/97.2 menciona expressamente a interpretação no sentido de que a finalidade da estabilidade à gestante é assegurar sua sobrevivência, já que nessa condição será difícil conseguir novo emprego.

Interessante notar que esta mesma decisão não tratava da ocorrência ou não de aviso, mas envolvia demissão por extinção da empresa e não por arbitrariedade ou discriminação. Também nesse caso, o TST confirmou seu entendimento de que se trata de responsabilidade objetiva e que a tutela da gestante e do nascituro deve ser garantida pela empresa.

Entretanto, o período cabível para pleitear o direito à estabilidade é controverso. Em duas decisões, o fato de a ação ter sido ajuizada após o decurso do período estabilitário não constituiu obstáculo ao deferimento da indenização decorrente da estabilidade, desde que obedecido o prazo de dois anos para prescrição de direito trabalhista. Em outras, destaca-se o período compreendido desde a confirmação de sua gravidez até cinco meses após o parto para que a gestante possa pleitear a indenização.

Assim, o reconhecimento de que a empregada gestante é detentora de estabilidade provisória assegura-lhe o direito à reintegração no emprego, apenas se esta se der dentro do período de estabilidade, ou aos salários correspondentes ao período estabilitário, desde a data da dispensa até o final do período da estabilidade.

Desta forma, ao demitir a empregada, a empresa deveria diligenciar no sentido de certificar-se sobre a possibilidade da mesma estar sob o amparo da estabilidade provisória. Não o fazendo, assumiu o risco de responder pelas conseqüências daí decorrentes. A natureza objetiva do benefício impede a configuração de renúncia, pelo que sempre será devida à gestante a indenização por todo o período de estabilidade. Não havendo a reintegração durante o período de estabilidade, resta o direito ao pagamento de salários e demais direitos como FGTS, férias com o terço contratual e 13º salário, correspondentes ao período de estabilidade.

Não obstante o predomínio da jurisprudência favorável à indenização por estabilidade com base no elemento objetivo da gravidez, encontramos algumas decisões que a indeferiram, sob os seguintes argumentos: o descumprimento do prazo para notificação da empresa, a falência ou extinção da empresa, a obtenção de novo emprego, a gestante empregada como doméstica, a gestante que engravida no lapso de tempo do período indenizado:

Em duas decisões¹⁶ a indenização foi negada, pois se entendeu que se a empregada não pleiteia a reintegração imediatamente à confirmação de sua gravidez, não tem interesse no retorno ao emprego que lhe é garantido no período gestacional, o que resultaria em renúncia à estabilidade, perdendo assim os direitos pecuniários. Por não informar ao empregador seu estado gravídico, não haveria como se entender que possa haver direito subjetivo violado, já que a presunção seria de que o empregador estaria atuando de boa-fé.

Entretanto, a decisão considera que essa hipótese não se aplica ao caso em questão, uma vez que a empregada deixou transcorrer um ano e nove meses após a dispensa para pleitear os seus direitos, de forma que sua inércia foi considerada como uma demonstração de que não tinha intenção de retornar ao emprego, pois se tivesse, teria ajuizado a ação trabalhista anteriormente e não permanecido inerte postulando tais direitos somente após o término do período de estabilidade albergado pela Constituição.

¹⁶ TST-RR 753.061/2001.7, 5ª Turma, Relator Ministro Rider de Brito, DJ 10/10/2001 e TST-RR 650.688/2000.0, 2ª Turma, Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, DJ 18/08/2004.

Assim, entendeu-se que a empregada teria pretendido obter apenas as vantagens pecuniárias advindas da estabilidade provisória e que tal comportamento implicaria exercício abusivo do direito de ação porque desviado de sua finalidade.

Seguindo a linha majoritária de que a indenização decorre objetivamente da gravidez, como medida de proteção à subsistência da mãe e da criança, na decisão TST-ED-RR-363.032/97.2 entendeu-se que o fechamento da empresa, por qualquer que tenha sido o motivo, não altera a obrigação do empregador de garantir a subsistência da trabalhadora detentora da estabilidade, pois o direito é dirigido especialmente ao nascituro, que não se modifica em face da cessação das atividades empresariais. Nesta decisão entende-se que a finalidade da estabilidade da gestante é assegurar a sobrevivência da mulher e de seu filho, uma vez que na condição de gestante será mais difícil conseguir um novo emprego, de forma que cabe a indenização mesmo que a dispensa não tenha sido arbitrária ou por motivo de discriminação.

Em sentido contrário, no caso TST-RR-1.093/2004-096-15-00.3 em que a demissão decorreu da falência da empresa e no caso TST-RR-1.651/1999-001-15-00.5 em que a demissão decorreu do fechamento da empresa, entendeu-se que extinto o estabelecimento onde a gestante trabalhava pressupõe-se que a demissão não ocorreu por arbitrariedade ou discriminação por parte do empregador. Tais acórdãos entenderam que são as circunstâncias ligadas à discriminação e arbitrariedade que ensejam o julgamento favorável nestes casos.

A decisão TST-ED-AIRR-672.698/2000.1 foi julgada no seguinte sentido: ainda que fosse cumprido o prazo fixado pela norma para notificar a empresa sobre a gestação, no caso em que a mulher já havia obtido novo emprego, a indenização não foi concedida. Destacou-se que a finalidade da norma é a garantia de emprego à gestante e não o pagamento da indenização, de forma que, se a mulher já obteve um novo emprego, considera-se inaplicável o pagamento. Mesmo que demitida sem justa causa, comprovada a gravidez e cumprido o prazo para notificação da empresa, o pedido de indenização da mulher que já havia obtido um novo emprego foi negado.

A decisão TST-RR-202/2007-060-03-00.3 destacou que a jurisprudência predominante no TST encontra-se cristalizada no sentido de que não cabe indenização por estabilidade à gestante que fica grávida durante o período de tempo do aviso prévio devidamente indenizado.

As decisões TST-RR-545/2001-001-15-00.0 e TST-RR-460.223/1998.0 consignaram que não é passível à empregada doméstica pleitear a estabilidade provisória concedida à mulher gestante. Isso porque a Constituição Federal de 1988 não equiparou o empregado doméstico ao trabalhador comum no que diz respeito aos direitos previdenciários e trabalhistas e, portanto, estes não gozam da proteção prevista no art. 10, II, b, do ADCT.

Debatendo o prazo para notificação da empregadora sobre a gestação, a da decisão recorrida citada pelo acórdão TST-RR-706/2004-043-02-00.0 aponta que os livros científicos registram ocorrências de gravidez assintomáticas, qual seja, a mulher, mesmo grávida,

durante certo período não sofre os sintomas comuns da gestação (tonturas, náuseas, incômodos, etc.), o que até certo momento impediria a gestante de suspeitar a ocorrência da gravidez. Entretanto, a decisão recorrida não foi confirmada, por entende-se que:

O fato de a empregada realizar o exame de gravidez meses após sua despedida não constitui obstáculo, por si só, nem impedimento para recebimento da indenização decorrente da estabilidade.

(...)

[Oferecendo a restituição do emprego] a empresa reconheceu a gestação da reclamante, dentro do período de estabilidade. Assim não se pode cogitar de desconhecimento, pela empresa, do estado gravídico da reclamante.

Interessante notar a designação da maternidade como função fisiológica e bem jurídico socialmente relevante, como por exemplo nos trechos:

O que se pretendeu com esse dispositivo foi garantir o emprego e não as verbas ressarcitórias. O objetivo da Carta Magna é proteger o emprego contra a rescisão unilateral do contrato de trabalho pelo empregador, impedindo que a função fisiológica da mulher no processo de reprodução constitua causa de discriminação, com embaraços ao exercício de seu direito ao trabalho.

O Direito do Trabalho, que sempre exige proximidade com a realidade da vida, também preocupado com a grandeza biológica e social da reprodução humana, tutela a concepção em si e no seu aspecto. Portanto, havendo a concepção, aliada à ausência de justa causa para a rescisão do contrato de trabalho, o direito, quer à estabilidade provisória, quer à indenização substitutiva, se adere irrefutavelmente ao patrimônio da gestante.

(vi) Discriminação da gestante

Um acórdão da primeira turma do TST (RR-36614/2002-900-12-00.8) trata da discriminação de uma empregada gestante que teria sido destituída da função de caixa de banco, melhor remunerada do que as outras, em razão de sua gravidez. A defesa alegou que havia um rodízio para ocupar a função com o objetivo de proporcionar a todos os empregados a oportunidade de receber um salário melhor. A destituição da função teria sido devido às regras criadas pelo sistema de rodízio. O TST reconheceu a ocorrência de discriminação, mantendo a sentença de primeiro grau, pois o empregador não comprovou a existência do alegado rodízio.

(vii) Assédio sexual;

Um acórdão da Sexta Turma do TST (RR-75/2005-531-04-00.0) discute um caso de assédio sexual sem, no entanto, entrar no mérito do problema decidido pela primeira instância. O TST considerou que não é sua competência reexaminar os fatos relacionados com a demanda, pois sua função é apenas lidar com matéria de direito, nos termos da Súmula 126: "Incabível o recurso de revista ou de embargos (CLT, artigos 896 e 894, b) para reexame de fatos e provas. O julgado confirmou a existência do assédio, corroborando a colheita de provas realizada pela primeira instância.

(viii) Auxílio-creche;

O acórdão da Quarta Turma do TST no Recurso de Revista 52/2003-003-22-00.6 discutiu a possibilidade de conceder o auxílio-creche previsto em um Acordo Coletivo de Trabalho a homens solteiros.

O ACT de 2002/2003 previu o direito à percepção do auxílio-creche somente às mães, aos viúvos e aos pais solteiros ou separados que tenham a guarda dos filhos. O autor da ação, homem solteiro, alegou que estaria sendo discriminado em razão do sexo diante da norma citada. O TST decidiu que não há discriminação, pois a diferenciação tem como objetivo amenizar o desgaste da empregada mãe, sujeita a uma dupla jornada de trabalho.

3.1.3 Considerações sobre os dados obtidos

Os casos analisados chamam a atenção do intérprete por referirem-se a questões relacionadas às conseqüências patrimoniais do descumprimento dos direitos e não uma discussão sobre os direitos da mulher em si. As ações, em sua ampla maioria, foram propostas quando a violação aos direitos das mulheres já havia ocorrido e a autora da ação buscava uma indenização ou compensação pelos danos sofridos. Discute-se, portanto, uma violação que já ocorreu e não a possibilidade de evitá-la ou revertê-la em tempo hábil para evitar que seus efeitos indesejados ocorram.

O padrão na Justiça do Trabalho, que se reproduz aqui na maior parte dos casos (exceto no caso de licença-gestante em que há casos de reintegração ao emprego), é que o empregado processe o empregador ao final de seu contrato de trabalho, ou seja, no momento em que a violação já ocorreu. Esta forma de tutela acaba por tematizar a discriminação apenas como fato gerador do direito à indenização ou compensação, instrumentalizando-a em função de um determinado valor pecuniário. Chamaremos este fenômeno de *tutela indireta da discriminação à mulher* para contrastá-lo com a *tutela direta da discriminação*, que implicaria na discussão da violação do direito propriamente dito e não apenas de suas conseqüências.

Deixemos este ponto mais claro. A todo direito a não discriminação corresponde um dever de não discriminar, um dever de abster-se da prática de uma conduta discriminatória. Coisa diversa são as conseqüências jurídicas que emanam de um ato discriminatório, conseqüências que podem ser, basicamente, civis (pagamento de indenização ou compensação) e penais (imposição de uma pena se a conduta puder ser classificada como crime). Quando o Poder Judiciário discute a imposição de uma pena ou o pagamento de um valor em conseqüência de um ato, normalmente isso significa que o ato ilícito já foi praticado e resta apenas compensar os prejuízos do atingido e/ou punir o agente em nome do interesse social de afirmar publicamente o descumprimento da norma.

Ora, é possível pensar em mecanismos de tutela que se dirijam ao dever de abstenção propriamente dito para evitar que ele ocorra ou para interromper seu descumprimento

enquanto ele ainda está ocorrendo e, portanto, não foram desencadeados todos os seus efeitos lesivos. Para que isto seja possível, é preciso pensar em mecanismos de tutela diretos que façam valer o direito à abstenção contra o ato lesivo e mecanismos que facilitem aos lesados comunicar a violação de seus direitos sem que possam ser objeto de represálias.

Um exame superficial de nosso ordenamento jurídico permite visualizar as medidas cautelares inominadas e a tutela inibitória como instrumento de tutela nestes casos. Seria possível propor uma cautelar diante da discriminação para solicitar a reversão do ato até decisão final pelo Poder Judiciário ou uma medida tutelar inibitória para que cesse um ato. Claro, estas soluções encontram entraves na própria tendência de os empregados processarem seus empregadores apenas após o término dos contratos de trabalho para evitar retaliações, fenômeno perceptível na análise dos julgados: como já dito, poucos se referem a processos iniciados durante o curso do contrato.

Seja-nos permitida uma digressão sobre este ponto, muito importante para pensar o problema mencionado. Parece razoável afirmar que a tendência de os empregados brasileiros processarem seus empregadores apenas ao final do contrato está ligada à possibilidade que a lei faculta ao empregador de demitir os empregados sem declarar os motivos que o levaram a fazê-lo. No direito brasileiro, apenas em caso de demissão por justa causa o empregado tem o dever de declarar o motivo da dispensa. A dispensa sem justa causa o escusa deste dever em troca do pagamento de uma indenização correspondente a 40% do valor depositado durante todo o contrato a título de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS).

Esta possibilidade, a despeito de estar ligada à mencionada indenização, aumenta o poder do empregador perante o empregado. Ela priva o último, numa eventual ação judicial, de questionar os motivos declarados de sua demissão. A obrigatoriedade em declarar tais motivos delimitaria um campo de discussão bastante preciso. Caso o empregado desejasse questionar sua demissão, ele poderia tentar provar que o motivo declarado era falso e bastaria isso para que a demissão fosse considerada ilícita. Ficaria, assim, afastada a possibilidade de demissões por mero capricho que, mesmo com o pagamento da indenização, são indesejadas. Hoje, uma demissão por mero capricho, desde que seja paga a indenização, é perfeitamente lícita.

Perceba-se que esta possibilidade de demissão por mero capricho é uma brecha para a prática de atos discriminatórios. A previsão de uma indenização supostamente compensaria o empregado desta situação de maior insegurança diante do empregador, além de, teoricamente, desestimular o empregador a demitir sem justa causa. No entanto, para os fins de proteção contra a discriminação, parece mais adequado obrigar o empregador a declarar, em qualquer hipótese, o motivo da demissão. Este dever imposto ao empregador em nome do interesse público de evitar que as relações de trabalho - de natureza alimentar, ou seja, das quais o empregado depende para sobreviver - fiquem sujeitas ao mero capricho de uma das partes, fortaleceria a tutela anti-discriminatória.

Retomando a idéia sobre os mecanismos de tutela, a tematização do dever de se abster da realização de uma conduta discriminatória pode ser favorecida, eventualmente, pela criação de uma cautelar nominada anti-discriminação com procedimento sumário e de justiça gratuita. Por hipótese, uma ação com estas características poderia facilitar a proposição de ações ainda no curso do contrato de trabalho.

Outra possibilidade, que não exclui a aventada acima, seria a criação obrigatória de comissões anti-discriminação nas empresas (ou de comitês sindicais que exercessem tal função), com poderes-deveres investigatórios (como a Comissão Interna de Prevenção de Acidentes - CIPA) e, eventualmente, a possibilidade de iniciar ações *ex officio* (pois se trata de interesse público, e não privado). Essas comissões poderiam também examinar casos de supostas demissões discriminatórias, discriminações salariais e diversos outros atos discriminatórios não apenas contra as mulheres.

Tais comissões poderiam atuar em casos de suspeita de discriminação contra afro-descendentes, homossexuais, índios etc. Um órgão como esse, é de se ressaltar, poderia ganhar força se combinado com a representação sindical no local de trabalho. Mecanismos desta natureza podem ajudar na vigilância e na tematização da discriminação no local de trabalho, facilitando a identificação de atos desta natureza e sua comunicação às autoridades.

Trata-se de discutir, neste caso, a possibilidade de *responsabilizar as empresas pelos atos de seus funcionários* como forma de tutelar o direito a não discriminação. Como dissemos acima, é possível obrigar que as empresas adotem determinadas práticas e constituam determinados mecanismos destinados a combater a discriminação e, na falta deles, impor-lhes multas administrativas e, eventualmente, co-responsabilizar as mesmas pelas conseqüências patrimoniais de ilícitos desta natureza. Neste caso, a responsabilização decorreria da negligência da empresa em cumprir deveres previstos em lei.

Outro ponto importante a se discutir a partir dos casos analisados é o que chamaremos de *processo de desnaturalização da categoria mulher* que está em curso nos tribunais. Pode-se ver claramente o processo de adequação da legislação infraconstitucional, especialmente a CLT, à Constituição de 1988.

Tradicionalmente, o espírito da CLT e da legislação sobre o trabalho da mulher é proteger a mulher no que diz respeito a a) duração da jornada de trabalho; b) trabalho noturno; c) trabalhos perigosos e insalubres; d) repouso semanal; e) gravidez; maternidade; g) moralidade. Como mostra a doutrina, os principais fundamentos com base nos quais se procurou justificar a proteção à mulher foram: a vocação da mulher para os serviços domésticos e a conseqüente necessidade de ser protegida, no interesse do marido e da família, contra a exploração abusiva dos empregadores; a debilidade da mulher que a incapacita para trabalhos longos e penosos e o interesse social na preservação da saúde da mulher, dada a sua condição de produtora de seres humanos.

Já o espírito constituinte, nascido num momento em que todas estas justificativas se encontram sob escrutínio público, reflete uma visão bastante diferente. Ao invés de proteção,

trata-se de proibir a discriminação da mulher, ou seja, seu tratamento diferenciado, exceto em casos em que ela se justifique. Os motivos para justificação de uma discriminação lícita podem variar, mas este modelo de tutela que permite a diferenciação apenas por exceção.

Esta mudança de racionalidade não implica que os dois diplomas sejam incompatíveis em todos os pontos, mas tem exigido, como é visível nos casos estudados, que as diferenciações presentes na CLT sejam examinadas segundo esta lógica: se forem consideradas lícitas perante a Constituição, podem prevalecer; do contrário, são julgadas inconstitucionais. Este resultado deixa claro que qualquer diferenciação que venha a ser criada em favor da mulher em legislação infraconstitucional deve ser muito bem justificada para não ser julgada inconstitucional pelo TST.

Esta discussão aparece nos acórdãos sobre a ampliação ou redução do período para refeição e repouso concedido à empregada, durante a jornada de trabalho; o descanso de 15 minutos no mínimo, a que tem direito a mulher, em caso de prorrogação do horário normal de trabalho; licença maternidade destinada à mãe adotante e auxílio-creche. Todos eles retratam a recepção da Constituição pelo direito brasileiro, com a devida adequação da legislação de nível inferior à lógica constitucional.

Além disso, esta mesma discussão se reflete nos julgados que relativizam caracterizações biologizantes e naturalizadoras da mulher em face da nova Constituição. Isso fica claro em todos os julgados sobre os temas que citamos acima. Com algumas exceções (dois acórdãos escritos pelo relator 4ª Turma do TST, Ives Gandra Martins Filho, citados na íntegra do nosso relatório final de pesquisa), eles tendem a afastar direitos que diferenciam a mulher em razão de características que lhes seriam essenciais. Isso porque os casos que são levados à Justiça do Trabalho não tem se manifestado diretamente sobre atos discriminatórios, salvo casos excepcionais. Este ativismo na interpretação das leis ainda é muito discreto e não atingiu o potencial que poderia ter em termos de fazer avançar a igualdade entre homens e mulheres e sancionar a discriminação.

Os acórdãos citados também chamam a atenção pela ausência de tematização de uma série de problemas sabidamente graves para a implementação da igualdade entre homens e mulheres. Pode-se citar, por exemplo, a discriminação salarial e a discriminação das mulheres em cargos de chefia, temas tradicionais da luta feminista no campo das relações de trabalho. Com a exceção de acórdão que tratou da discriminação da gestante em um cargo de confiança, o problema sequer apareceu.

Vale para este tema o raciocínio que fizemos acima: *é importante pensar mecanismos que facilitem a descoberta, a investigação e a tematização de atos desta natureza perante as autoridades*. A lógica da regulação, neste caso, poderia ser a criação do dever do empregador, em caso de ação judicial, de informar os salários pagos a todos os empregados e seus respectivos cargos e tarefas (hoje o autor da ação tem que provar a existência da discrepância, o que torna a prova muito difícil diante do sigilo), a produção de relatórios periódicos sobre o percentual de mulheres e homens em cargos de chefia e outras medidas,

como a criação de comissões anti-discriminação (com reuniões periódicas e estabilidade para seus integrantes) capazes de dar forma a demandas que permanecem não formuladas e ter acesso a dados para fins investigatórios.

Outro ponto importante a se ressaltar são algumas características da argumentação utilizada nos acórdãos analisados. O primeiro ponto relevante é a falta de um uso sistemático da jurisprudência. As decisões analisadas não trazem referências sobre casos paradigmáticos e parecem citá-los apenas para corroborar a posição adotada na decisão.

No que se refere a outros materiais jurídicos, como a legislação, há maior coerência e clareza nas argumentações. É sempre possível identificar o material sobre o qual as decisões divergem e mapear as diversas posições existentes sobre a aplicação das normas. Outra característica interessante nos casos analisados, aspecto que é um desdobramento da discussão acima sobre o processo de *desnaturalização da categoria mulher* pela jurisprudência, é a importância das normas constitucionais para a argumentação dos casos, especialmente aqueles que discutem a pertinência das diferenciações entre homens e mulheres. A Constituição é o material jurídico mais importante para o debate dogmático neste campo do direito, aparecendo como argumento crucial nas posições jurisprudenciais predominantes e mesmo nas posições vencidas.

3.2 COTAS ELEITORAIS

A Lei 4.737 de 1965 – o Código Eleitoral – atribui ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE) a competência privativa para expedir as instruções que julgar convenientes para a execução das normas contidas no Código Eleitoral (art. 23, inc. IX). Ao mesmo tempo, a Lei 9.504/97 confere ao TSE a mesma competência em relação às normas por ela definidas. No que toca às cotas eleitorais, o TSE tem exercido a sua competência regulamentar apenas para suprir eventuais contradições entre os parágrafos 3º e 4º do art. 10 da Lei 9.504/97, que dispõem, respectivamente, sobre o percentual de vagas que devem ser reservadas segundo o critério de sexo, e sobre o arredondamento das frações decorrentes da aplicação das cotas.

O conflito entre estas normas se configura quando, aplicada a regra do § 4º, a porcentagem mínima de vagas reservadas com base no gênero do candidato não é respeitada. Isso ocorrerá, por exemplo, no caso onde existam 14 vagas na Assembléia Legislativa e determinado partido político queira registrar o número máximo de candidatos permitidos, ou seja, 21. Aplicando literalmente a regra de arredondamento da Lei 9.504/97, o partido poderia registrar até 15 candidatos de um sexo e somente 6 do outro, visto que 30% de 21 é 6,3 e, de acordo com o art. 10, § 4º da Lei 9.504/97, as frações inferiores a 5 devem ser desprezadas. No entanto, 6 candidatos sobre um total de 21 candidaturas equivaleria a 28,5% das vagas, ou seja, um percentual inferior àquele garantido pelo § 3º da Lei 9.504/97.

Tendo em vista esta antinomia normativa, o TSE, valendo-se de seu poder regulamentar, disciplinou o critério de cálculo com o intuito de suprir as possíveis contradições entre

os parágrafos do art. 10º. De acordo com o art. 21 da Resolução 21.608/04 do TSE, tem-se que, na reserva de vagas, qualquer fração resultante será igualada a um no cálculo do percentual mínimo estabelecido para cada um dos sexos e desprezada no cálculo das vagas restantes para o outro sexo (art. 21, § 4º). Ademais, a Resolução dispõe que o preenchimento das vagas remanescentes e a substituição de candidatos devem respeitar os percentuais estabelecidos para cada sexo (art. 21, § 7º). Ou seja, candidatos de um sexo não poderão ocupar vagas reservadas para o outro sexo, nem quando houver vagas não preenchidas.

Com base nesta norma, um conflito entre os parágrafos do art. 10 da Lei 9.504 será resolvido sempre em benefício da reserva do percentual mínimo para ambos os sexos. No exemplo exposto acima, a quantidade de candidatos de cada sexo teria que ser, no mínimo, sete, respeitando o mínimo de 30% da reserva de vagas.

O art. 22 da Resolução TSE n.º 22.717/08 reitera os dispositivos da resolução anterior.

O tabelamento dos acórdãos sobre a reserva de cotas eleitorais, assim como feito na análise da jurisprudência trabalhista, não teve como objetivo a realização de uma análise quantitativa das informações coletadas, uma vez que o tamanho reduzido do universo de decisões encontradas não permitia tal estudo. Portanto, a tabela foi usada como um instrumento de sistematização das decisões encontradas e organização dos dados. Por meio do tabelamento, é possível avaliar de forma sistemática como as cotas eleitorais vêm sendo tematizadas no âmbito do Poder Judiciário, analisando quais são os problemas ou obstáculos encontrados nos Tribunais para a implementação da reserva de vagas, quem está entrando no judiciário para reivindicar a interpretação da lei de cotas, como ela vem sendo aplicada etc.

A tabela apresenta, em suas colunas, as categorias de análise por meio das quais as informações sobre cada acórdão devem ser objetivamente extraídas. As categorias foram reunidas em três grandes grupos – processo, tematização e argumentação – assim como já havia sido feito para a análise da jurisprudência de direito trabalhista. Para consolidar o universo de acórdãos tabelados na pesquisa, foi utilizado o sistema de busca integrada disponível no *site* do Tribunal Superior de Justiça (TSE). Este sistema realiza a busca nos bancos de dados do TSE e dos Tribunais Regionais Eleitorais de todos os Estados. O termo-chave utilizado na busca booleana para acessar os acórdãos foi “Lei 9504/97 e art. 10, § 3º”.

Inserindo este termo no sistema, foi encontrado um total de 22 acórdãos em seis Tribunais. As decisões encontradas pelo sistema de busca se concentravam entre os anos de 2000 e 2008. Dos 22 acórdãos encontrados nos seis Tribunais Eleitorais, apenas 14 discutiam tópicos relacionados à reserva de cotas políticas. As demais decisões referiam-se a outros artigos da Lei 9.504/97, ou tratavam de respostas dadas pelos Tribunais a consultas pleiteadas por coligações que nada tinham a ver com a reserva de vagas de candidatura. Estas decisões foram tabeladas, mas não foram incluídas no grupo de acórdãos abordados na presente análise. Portanto, importa ressaltar que o número total de acórdãos referentes à reserva

de vagas prevista na lei 9.405/97 efetivamente encontrado e analisado é 14, e são destas decisões que o presente relatório tratará.

As decisões referentes a cotas políticas estão distribuídas por ano da seguinte maneira: cinco decisões proferidas em 2000; uma em 2001; três em 2004; e quatro em 2008. Quanto ao tribunal de origem, as decisões analisadas têm a seguinte procedência:

- (i) TSE: três decisões;
- (ii) TRESP: quatro decisões;
- (iii) TRESC: duas decisões;
- (iv) TREMG: duas decisões;
- (v) TREBA: três decisões

A maior parte dos recursos analisados foi proposta contra decisão judicial que havia indeferido o registro de candidato do sexo masculino em decorrência da violação do art. 10, § 3º da Lei 9.504/97 (9 casos de 14). Nestes casos, as coligações, partidos e candidatos excluídos da lista de candidatura argumentavam que as vagas não preenchidas por mulheres poderiam ser ocupadas por homens ou que a proporção mínima de 30%/70% poderia ser desrespeitada em caso de fracionamento da quantidade permitida de candidaturas. O pedido, portanto, era pelo deferimento de candidaturas masculinas em quantidade maior do que o limite legal permitido.

Foram encontrados três recursos que buscavam excluir da lista dos partidos candidatos do sexo masculino registrados em vagas que deveriam ser reservadas para mulheres. São casos nos quais o partido não preencheu 30% das vagas com candidatas do sexo feminino, e usou estes lugares para candidatos homens.

Houve ainda um pedido do Ministério Público do Estado de Santa Catarina no qual se reivindica uma interpretação da Lei 9.504/97 que pode ter conseqüências importantes para políticas eleitorais de igualdade de gênero. Defende-se que a reserva legal de 30% das vagas de candidatura deve ser feita sobre o total de candidatos efetivamente registrados, e não sobre o total de candidatos possíveis. Esta interpretação poderia fazer com que os partidos fossem incentivados a buscar candidatas do sexo feminino, sob risco de perder muitas vagas nas eleições. Embora o pedido tenha sido negado, houve uma decisão proferida pelo TRESP em que a tese sustentada pelo Ministério Público de Santa Catarina é acolhida pelo Poder Judiciário (TRESP, Recurso Eleitoral n.º 161.495, julgado em 8/12/2008, Relator Flávio Yarshell).

Os assuntos abordados nas decisões foram divididos em quatro categorias, referentes aos seguintes temas discutidos nos acórdãos: (a) O arredondamento da fração da reserva legal; (b) A possibilidade de homens ocuparem as vagas reservadas para as mulheres ou vice-versa; (c) A base de cálculo que deve ser utilizada para determinar a quantidade de cotas reservadas; (d) Constitucionalidade da reserva de cotas políticas.

A maior parte das disputas no Judiciário trata do arredondamento das frações decorrentes do cálculo da reserva legal - assunto já regulamentado pelo Tribunal Superior Eleitoral em duas resoluções. Quanto à base de cálculo, disputa-se no Judiciário se a mesma deveria ser o número de candidatos efetivamente lançados pelo partido ou coligação, e não o número de registros permitido em tese. Esta interpretação poderá incentivar os partidos a preencherem a maior quantidade possível das vagas destinadas a ambos os sexos, uma vez que, se não houver mulheres concorrendo ao pleito, trinta por cento das vagas originalmente preenchidas por homens terá que se converter em cotas reservadas, de forma a causar um prejuízo considerável ao partido. *A regulamentação da matéria por lei poria fim à disputa.*

Outro ponto debatido é a possibilidade dos homens ocuparem as vagas remanescentes. Este foi o conflito mais recorrente nas decisões, presente em 10 dos 14 acórdãos analisados. Trata-se de discussão sobre a possibilidade legal de candidatos de um sexo ocuparem vagas reservadas para o outro sexo no caso em que estas vagas não venham a ser preenchidas.

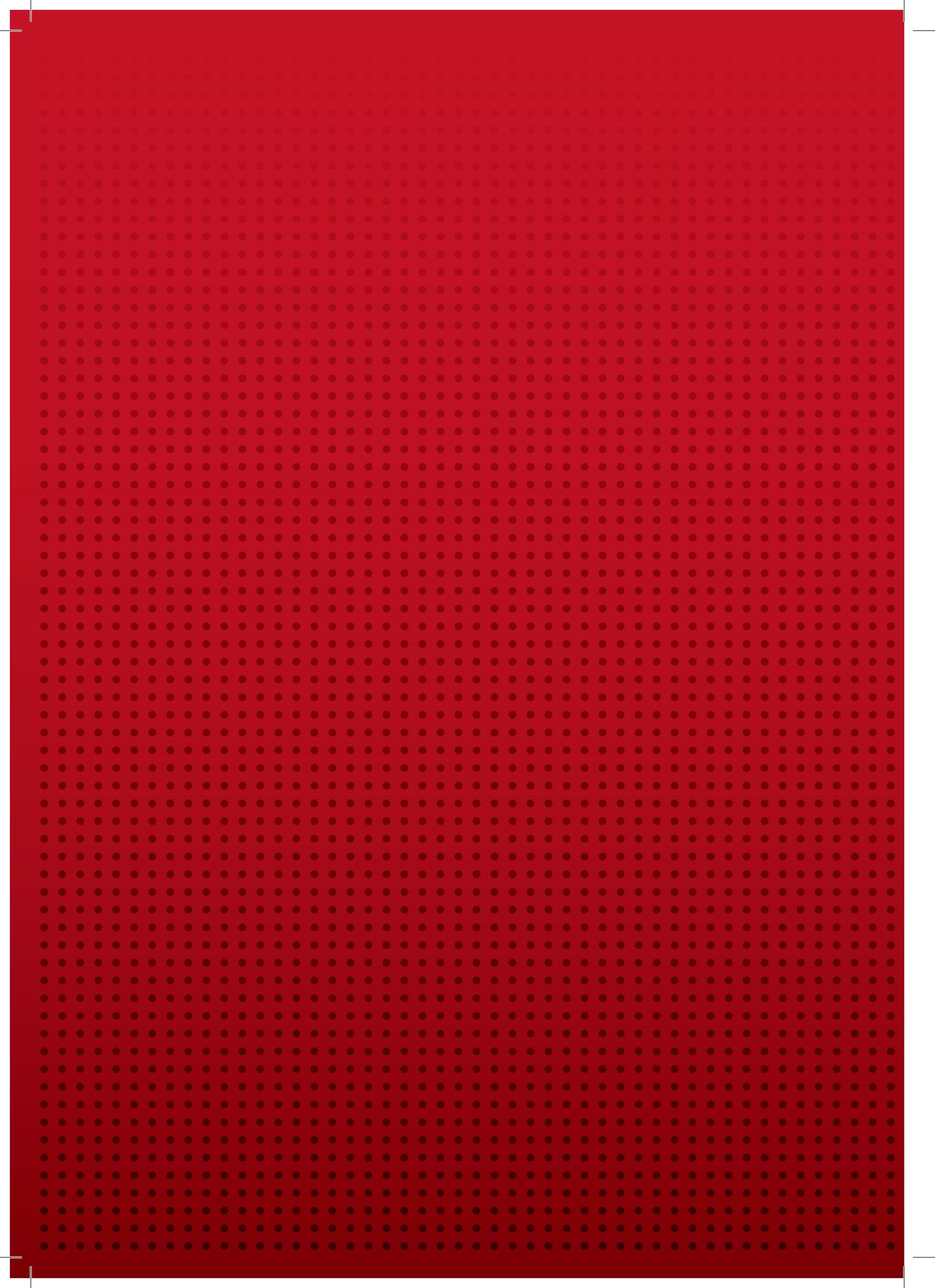
Nestas hipóteses, o TSE de São Paulo decidiu reiteradas vezes que os homens não podem ocupar mais que 70% das candidaturas, nem que as vagas estejam disponíveis, uma vez que isso atentaria contra o princípio da proporcionalidade, objetivado pela Lei 9.504/97 e pelas regulamentações do TSE (TSESP, Recurso Cível n.º 149420, julgado em 30/08/04, Relatora Suzana Camargo).

Já o TRE da Bahia decidiu que as vagas não ocupadas poderão ser preenchidas por candidatos do sexo oposto, mesmo que isto fira a reserva de vagas de candidatura. O Tribunal afirmou que o preenchimento de vagas reservadas para mulheres por homens não fere a legislação uma vez que a falta de mulheres candidatas é decorrente da ausência de interesse por parte destas, e não da discriminação.

A constitucionalidade da reserva de vagas em partidos políticos foi tematizada em duas decisões analisadas: o Recurso Especial Eleitoral n.º 16.632, julgado pelo TSE em 09/05/00 e o Recurso n.º 19.222, julgado pelo TRESC em 31/03/2004. No primeiro acórdão, reitera-se a posição adotada pelo TSE em julgamentos anteriores, segundo a qual a reserva de percentuais para candidaturas não é incompatível com o art. 5º da CF¹⁷. De acordo com a decisão, o princípio da igualdade (art. 5º, CF) comporta a possibilidade de se reservar cotas em partidos políticos para candidatas do sexo feminino. Portanto, as cotas eleitorais não são inconstitucionais.

A segunda decisão, proferida pelo TRESC, discute um incidente de inconstitucionalidade suscitado pelo juiz de 1ª instância, o que entendeu que a reserva de vagas para mulheres do art. 10, Lei 9.504/97 violaria o princípio da igualdade. A inconstitucionalidade da norma foi afastada pela decisão do Tribunal sob a argumentação de que o princípio da igualdade consiste em conferir igual tratamento aos iguais, e desigual tratamento aos desiguais.

17 Neste sentido, ver o acórdão n.º 13.759C, de relatoria do Min. Nilson Naves.



4. LEGISLAÇÃO COMPARADA

A pesquisa em direito comparado seguiu por dois caminhos, um prático e outro teórico. De um lado, foram examinados os institutos de três ordenamentos em que houve relativo adensamento jurídico da proteção e promoção dos direitos da mulher, a saber, Espanha, Alemanha e México. Essa escolha foi feita com o propósito de comparar, no caso de Espanha e Alemanha, a aplicação, no plano interno, das mesmas normas internacionais e regionais sobre o assunto a que ambos estão submetidos; o ordenamento mexicano, por sua vez, foi escolhido por ser de um Estado latino-americano que apresenta semelhanças com o Brasil. Além disso, leituras preliminares identificaram estes três ordenamentos como exemplos do que há de mais inovador em termos de um direito da mulher, e favoreciam uma análise comparativa por fazerem parte do sistema romano-germânico, como é o caso do direito brasileiro.

4.1 RESULTADOS E SUGESTÕES

A pesquisa realizada em direito comparado revela que as políticas de reconhecimento da mulher percorreram as seguintes fases: num primeiro momento, foram adotadas medidas que proibiam a discriminação; depois, organizaram-se projetos específicos para mulheres; por fim, adotou-se, numa terceira etapa, o *princípio da transversalidade*, que estabelece o dever de considerar a questão de gênero como um problema presente em todos os assuntos, não havendo tema em que a condição de mulheres e de homens possa ser irrelevante.

Nessas três etapas, o objetivo geral das políticas adotadas é o mesmo: interferir nas relações sociais marcadas pela desigualdade. O que distingue uma política da outra são seus pressupostos: proibir a discriminação pressupõe que indivíduos ou grupos de indivíduos não possam ser diferenciados uns dos outros em razão de suas características; organizar projetos para mulheres ou incluir as questões de gênero como tema obrigatório em qualquer esfera, tudo isso pressupõe, ao contrário, que indivíduos ou grupos de indivíduos sejam diferenciados precisamente em função de suas características.

A proibição da discriminação assegura que o direito já existente alcance também grupos dele originalmente excluídos, mas não traz consigo a obrigação de promover o reconhecimento e a inclusão da mulher na sociedade. Esse dever foi estabelecido tanto no nível internacional, como nos ordenamentos nacionais dos países estudados, e, ao sê-lo, criou um divisor de águas: o poder público deve agora agir, não somente aplicando normas existentes, mas também criando novas regras. Para cumprir a obrigação estabelecida, haverá à disposição do Estado, pelo menos, as duas estratégias acima mencionadas: organizar projetos específicos para mulheres e/ou assumir como conceito orientador da política de reconhecimento o princípio da transversalidade.

A comparação entre a lei de igualdade alemã para o funcionalismo público e as leis gerais de igualdade espanhola e mexicana revelaram diferentes formas de legislar a respeito da igualdade entre a mulher e o homem relativamente aos ambientes regulados (a lei mexicana e a espanhola pretendem estabelecer regras também para o setor privado) e aos meios para consecução dos objetivos ali propostos. Tomando para análise as leis que se pretendem gerais, a lei espanhola estabelece meios concretos para sua implementação, principalmente com a mudança pontual em toda a legislação que possa ter conseqüências diretas ou indiretas para a igualdade entre mulheres e homens. A lei mexicana, por sua vez, cria planos e políticas a serem executados pelas autoridades correspondentes, exigindo, portanto, outras ações estatais para ser efetivada.

Das inovações reconhecidas nas leis dos três países estudados, ressalta-se a originalidade não somente da transversalidade (*gender mainstreaming*), mas dos princípios da co-responsabilização entre homem e mulher, expressos, por exemplo, no estabelecimento de uma licença-paternidade e em proteções para que a gravidez não seja considerada um obstáculo para a vida profissional da mulher, e da conciliação entre vida pessoal, profissional e familiar, com a instituição de licenças para ambos os sexos para cuidados com familiares enfermos, entre outras medidas.

5. CONSIDERAÇÕES SOBRE A CRIAÇÃO DE UMA LEI UNIFICADA SOBRE DIREITOS DA MULHER

Os resultados desta pesquisa evidenciaram diversos problemas e deficiências na tutela jurídica dos direitos da mulher. As observações que faremos aqui seguirão de perto os resultados obtidos com o objetivo de organizar alguns elementos capazes de informar uma reflexão que aponte para a eventual elaboração de um estatuto unificado para os direitos da mulher.

O primeiro ponto a se ressaltar são as feições da atual Constituição Federal. Nela, proíbe-se a discriminação entre homens e mulheres, salvo se houver motivo justificado para tanto: o próprio texto constitucional estabelece alguns. Como ficou claro na análise da jurisprudência trabalhista – e é evidente num exame, mesmo perfunctório, da jurisprudência constitucional de qualquer país ocidental – um dos pontos centrais do centro do debate jurídico é a razão do tratamento diferenciado. Em todos os sistemas jurídicos há diferenciações consideradas discriminatórias e discriminações consideradas lícitas, questão que se analisa em função de diversos temas que envolvem os direitos das mulheres.

É importante notar que o debate sobre cada um destes temas tem uma inscrição diferente nas diversas áreas do direito e está ligado a razões de diferenciações diversas. O assunto é muito complexo e de difícil sistematização. Por exemplo: atualmente, a diferenciação por motivos biológicos tem sido encarada como indesejável, mas nem sempre foi assim. A fragilidade física da mulher já foi razão para vedar a ela o acesso a certas funções com o fim de protegê-la de danos físicos. De outro lado, o estabelecimento de um tratamento igual nesta matéria pode levar a injustiças, a depender do padrão de comparação que seja estabelecido.

Por exemplo, suponha-se que seja requisito para ocupar um cargo público a capacidade aeróbica. Partindo-se do pressuposto que, na média, os homens têm capacidade aeróbica maior do que as mulheres, como estabelecer o padrão mínimo aceitável para a função? O fato de haver um padrão único para a avaliação dos candidatos não garante o tratamento igual. Restaria saber se ele foi construído a partir de um modelo abstraído da capacidade média dos homens ou das mulheres ou de ambos.

A complexidade de um tema aparentemente tão simples e pontual como o citado permite perceber como as questões, nos mais variados campos do direito, são de difícil equacionamento e sistematização. Uma lei que se propusesse a esgotar o tema e identificar

todas as possibilidades de diferenciação lícita entraria em assuntos tão variados e complexos que poderia se tornar detalhista e extensa a ponto de se tornar ininteligível e impossível de ser aplicada. A opção de restringir a lei a apenas alguns assuntos, de outra parte, poderia levar à conclusão de que, apenas neles o legislador teria, efetivamente, realizado diferenciações lícitas. Uma interpretação como esta, se aceita pelos tribunais, fecharia as portas para avanços jurisprudências na igualdade de gênero em diversos campos e assuntos, alguns deles sequer tratados pelo direito.

Evidentemente, o que foi dito acima não afasta de forma definitiva a hipótese de se criar uma lei nos termos citados. Um esforço de estudo e sistematização de assuntos e problemas relacionados ao gênero pode ser feito com o objetivo de ser o mais abrangente, detalhista e preciso possível, incluindo estudos doutrinários, jurisprudenciais e sociais de grande alcance, inclusive de países estrangeiros. No entanto, é importante perceber que, mesmo diante de um estudo tão abrangente, ele estaria aquém do movimento das demandas sociais, sempre renovadas e inéditas. Diante dos dois riscos apontados acima, o risco de incongruência e excessiva extensão da lei e o risco de restrição do campo para a criação jurisprudencial, é de se perguntar se um esforço dessa monta valeria à pena, ainda mais diante da possibilidade de terminar incompleto.

Há outra saída possível: *em vez de adotar uma estratégia de exaustão de temas, assuntos e direitos, criar um diploma principiológico e geral, que poderia vir sob a forma de um estatuto de igualdade, com normas de natureza procedimental*, as quais, em vez de disporem diretamente sobre a matéria, estabeleceriam os procedimentos a serem adotados para examinar a situação da mulher e propor medidas *ad hoc*, com vistas à superação dos problemas encontrados. Esse diploma haveria, ademais, de orientar-se pelo princípio da transversalidade, cuja principal característica é, conforme explicado no tópico anterior, levantar questões de gênero em qualquer âmbito, permitindo que tudo a envolver homem e mulher possa ser problematizado: das expressões idiomáticas à ciência do direito, passando pelo jardim da infância, pelo ensino fundamental, médio e superior, e, sem dúvida, pelo ambiente de trabalho, nada há que exclua, *a priori*, o enfoque pelo qual os membros da sociedade aparecem como mulheres e homens, e não como brancos e negros, ricos e pobres, empregados e desempregados, ou qualquer outra identificação da pessoa diferente daquela que a considera segundo seu gênero e as necessidades que dele decorrem. Essa estratégia não conduz o enfoque apenas para um dos sexos, mas para os dois, permitindo que sejam percebidos num e noutro suas respectivas características e necessidades. Um estatuto da igualdade que combine *transversalidade* com *procedimentalismo* haveria de estabelecer, em primeiro lugar, sua área de incidência (p.ex. estatuto de igualdade somente para o setor público ou também para o setor privado). Em segundo lugar, seria prevista a indicação, nos setores selecionados, de um responsável por apurar indícios de discriminação disfarçada e déficit de participação, bem como para identificar normas obsoletas, que se prestam a perpetuar papéis sociais ultrapassados. Essa investigação deveria considerar homens e mulheres em todos os âmbitos da vida: tempo livre, trabalho, mobilidade, participação, família etc. Se, encerrado esse exame,

for verificado que ambos são atingidos da mesma forma, não há mais necessidade de prosseguir-se com a investigação; caso, no entanto, o ato sob suspeita afete mulheres e homens de forma distinta, faz-se necessário um exame mais aprofundado do problema, até que se chegue à solução mais adequada para o ambiente em questão.

Essa estratégia permite a adoção de medidas que promovam o equilíbrio das relações entre mulheres e homens, nas esferas onde haja desigualdades, sem que se agrida a Constituição. A transversalidade combinada com o procedimentalismo torna um sistema de cotas, por exemplo, constitucional, se ele for adotado apenas nos ambientes em que for necessário.

Na esfera político-eleitoral também ficou evidente a necessidade de medidas que estabeleçam o equilíbrio nas relações entre mulheres e homens. Merece destaque que não houve sequer um caso em que a recorrente fosse uma mulher buscando disputar a interpretação da Lei 9.504/97 ou buscando concretizar seus direitos à participação política. Diante desta evidência, talvez fosse produtivo criar dever legal, acompanhado de sanção, de os partidos cumprirem as cotas com o fim de incentivar a proposição de ações de mulheres eventualmente prejudicadas pelo processo de escolha interno de candidatos. Tal legislação poderia obrigar os partidos a desenvolverem programas de recrutamento e formação de mulheres candidatas.

Uma medida como esta tiraria os partidos da posição passiva em que se encontram, atribuindo-lhes o dever de promover ativamente a participação política feminina. Soluções como esta foram utilizadas, por exemplo, para fazer com que as universidades norte-americanas criassem políticas ativas de recrutamento de afro-descendentes, latinos, nativos dos Estados Unidos e outros grupos não favorecidos pelo sistema universitário.

De qualquer forma, é importante perceber que o Judiciário, instância inerte que só funciona se acionado, não tem sido colocado diante de pedidos referentes a este tema cuja autoria seja de mulheres. Quando se manifestou, decidiu pela constitucionalidade da legislação que criou a cota, sem ter tido a oportunidade de examinar casos em que mulheres reclamem o cumprimento da lei.

Esta pesquisa indicou, porém, diversos pontos problemáticos que podem ser resolvidos com relativa facilidade técnica: bastaria editar uma lei muito precisa (por exemplo, quanto à boa parte dos problemas relativos às cotas eleitorais). Ademais, mostramos, especialmente na análise da jurisprudência dos tribunais trabalhistas, que o modelo de tutela adotado no Brasil não ataca a discriminação em si, mas seus efeitos. Seria importante, para cada tema e assuntos relevantes, criar instrumentos certos que atinjam pontos estratégicos da produção da discriminação contra a mulher. Alguns destes mecanismos de produção de desigualdade, como mostramos, não estão no Judiciário, mas em outras esferas da realidade, por exemplo, no ambiente de trabalho.

A criação de uma estratégia articulada de combate à discriminação da mulher que inclua, por exemplo, no que se refere ao ambiente de trabalho, mecanismos de tematização da

Esta pesquisa reflete as opiniões dos seus autores e não do Ministério da Justiça

discriminação no interior das empresas (comitês, relatórios, acesso à informação sobre cargos e salários etc.) ligados a medidas judiciais céleres com o objetivo de atingir o ato discriminatório em si e não suas conseqüências, num exame preliminar, parece mais razoável do que a criação de uma lei que se proponha a esgotar a disciplina dos assuntos e razões de diferenciação lícita da mulher.

REFERÊNCIAS

- BUTLER, Judith. *Problemas de Gênero: feminismo e subversão da identidade*. Tradução Renato Aguiar. 2 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.
- COELHO, Vera Chatan; NOBRE (orgs.), Marcos. *Participação e Deliberação: Teorias Democráticas e Experiências*, São Paulo, Editora 34, 2004.
- Entrevista a Liliana Rojero, Secretaria Ejecutiva del Instituto Nacional de las Mujeres (INMUJERES) en México*. (<http://www.iknowpolitics.org/es/node/6528>). Acesso em 20 de fevereiro de 2008.
- Câmara dos Deputados, Legislação da mulher*, Brasília, 2007, 371 p. (Série fontes de referência. Legislação. N. 60). Disponível em: http://www2.camara.gov.br/internet/publicacoes/edicoes/elivros.html/Legislacao_mulher.pdf.
- DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge: Belknap, 1986, p. 52-54, 336.
- Estudio del Impacto de la Ley Orgánica 3/2007, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres en la Representación de Mujeres en el Ambito de la Política Local*. FEMP – Federación Española de Municipios y Provincias, maio de 2007.
- FISSE, Brent; BRAITHWAITE, John, "The Allocation of Responsibility for Corporate Crime: Individualism, Collectivism and Accountability", *Sydney Law Review*, v. 11, 1986-1988
- FRANCH, Asunción Ventura, e MERINO, Julia Sevilla, *Fundamento Constitucional de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Especial referencia a la participación política*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales – Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, Número Extraordinario, 2007.
- FUCHSLOCH. "Frauenförderung als Verfassungsauftrag nach Art 3 Abs 2 GG". In: *Gagel, SGB III*, 30. Ergänzungslieferung 2007, pp. 10-22.
- GELAMBÍ, Mônica. *Los Planes de Igualdad Empresarial: una Vision Practica de la Implementación de la Ley Orgánica de Igualdad*. Buletin de CIES, nº 57, Março de 2008. Disponível em www.mes-d.net/grupcies/boletin/ArticuloIII_Edic_57.pdf.
- Las Cortes Generales aprueban la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, notícia obtida na página da Presidência da Espanha (<http://www.la-moncloa.es/>). Acesso em 15 de fevereiro de 2008.
- KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1976.
- KOCHER. "Vom Diskriminierungsverbot zum "Mainstreaming" – Anforderungen an eine Gleichstellungspolitik für die Privatwirtschaft". In: *Recht der Arbeit – RdA*, Heft 3, 2002, pp. 167-175.
- Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres ¡Conócela!*. Julho de 2007. Disponível em: <http://www.inmujeres.gob.mx/home/home/lgimh.pdf>

LÓPEZ, Julia López, “Los principios rectores de la LO3/2007 sobre igualdad efectiva entre mujeres y hombres a la luz de las estrategias de «Gender Mainstreaming» y «Empowerment»”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales – Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Número Extraordinario, 2007.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis ; PÜSCHEL, Flávia Portella; RODRIGUEZ, José Rodrigo. “The Juridification of Social Demands and the Application of Statutes: an Analysis of the Legal Treatment of Antiracism Social Demands in Brazil”. *Fordham Law Review*, v. 77, p. 1535-1558, 2009.

MAGANO, Octávio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho*, Volume IV: Direito Tutelar do Trabalho. São Paulo, LTr, 1992

MANZUR, Paulina O. M. “La nueva Ley General para la Igualdad entre Mujeres e Hombres”. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*. N. 4, enero-junio de 2007. pp. 261-263.

MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela Inibitória (individual e coletiva)*, São Paulo: RT, 2000.

NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (orgs.), *Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas*, São Paulo: Malheiros, 2008.

Pasos hacia la igualdadde género en México. Publicação do Instituto Nacional de las Mujeres. Agosto de 2007. Disponível em www.inmujeres.gob.mx. p.1

Presentación, Revista del Ministério de Trabajo y Asuntos Sociales – Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, Número Extraordinario, 2007.

PFARR, Heide. “Die Frauenquote”. In: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht – NZA*, Heft 17, 1995, pp. 809-814.

RICHTER, Thomas. “Das Geschlecht als Kriterium im deutschen Recht”. In: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – NVwZ*, Heft 6, 2005, pp. 636-643.

RÍO, María Teresa Pérez del. “Aproximación General a la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres”, in *Artículo 14, una perspectiva de gênero: Boletín de información y análisis jurídico*, Nº 24, 2007, p. 5.

SACKSOFSKY, Ute. “Was ist feministische Rechtswissenschaft?”. In: *Zeitschrift für Rechtspolitik – ZRP*, Heft 9, 2001, pp. 412-419.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Processo Cautelar*, São Paulo: LEUD, 1998

VERLOO, Mieke. “Gender Mainstreaming: practice and prospects”. *Report. Council of Europe. EG (99) 13*, December 1999.

WERLE, Denilson; MELO, Rurion Soares (orgs.) *Democracia Deliberativa*. São Paulo: Síntese, 2007.

