

DA INAPLICABILIDADE EXEGÉTICA QUANTO A FORMALIDADE CONTIDA NO INCISO I, DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Francisco Luiz Fernandes¹,

¹*Fundação de Ensino e Pesquisa de Itajubá - FEPI*

RESUMO

O presente trabalho científico pretende analisar o confronto entre os conceitos "isonomia" e "igualdade" derivado da interpretação do princípio disposto no Art. 5º, inciso I, prescrito na Carta Constitucional de 1988. Procura-se, à luz do prescrito na Constituição Federal, demonstrar que o referido princípio, quanto à sua formalidade, é inaplicável, face em que, se assim o fosse, as mulheres passariam a ser tratadas desigualmente em relação às suas características fisiológicas. Discute-se o motivo pelo qual se afirma que o legislador brasileiro privilegiou tratamento isonômico, mas não igualitário entre homens e mulheres. Contudo, a significação da isonomia proposta no presente trabalho objetiva, sobretudo, a equiparação material e formal do sexo feminino com o sexo masculino, independentemente das divergências que, em relação ao gênero, só com normas extravagantes respaldadas pela constituição serão equiparáveis..

Palavras chave: Princípio constitucional; Igualdade formal entre homens e mulheres; Ações afirmativas, Aplicabilidade normativa.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 estampou a proteção em relação às desigualdades entre homens e mulheres que ainda existia na época, e talvez a justificativa mais louvável foi porque em recenseamento na época da promulgação da Constituição de 1988, se constatou que a expectativa de vida máxima das mulheres era de 60 (sessenta) anos de idade, enquanto para os homens era de 65 (sessenta e cinco) anos de idade, ou seja achava-se que as mulheres viveriam menos que os homens levando em conta a carga laborativa imposta.

Atualmente esta diferenciação não mais traduz a realidade e fere os artigos 3º e 5º da Constituição Federal de 1988, as chamadas normas pétreas, e não faz mais sentido em face do princípio da igualdade.

Mas pelas legislações secundárias ainda se privilegia a mulher causando não mais ações afirmativas, e sim, discriminações positivas que confrontam com os ditames contidos no inciso I do Art. 5º da CF/88, trazendo prejuízo a mulher e a aplicação dogmática da regra.

O conceito de igualdade, ao longo da história, sempre provocou posições extremadas. No que concerne à isonomia, há, basicamente, três orientações: a) a dos nominalistas; b) a dos idealistas e c) a dos realistas. Sustentam os nominalistas que a desigualdade é uma característica do universo. Sob essa ótica, os seres humanos nascem e permanecem sempre desiguais. A igualdade não passa de um mero nome, já que, por natureza, o homem é sempre desigual. Platão e Aristóteles, por exemplo, eram nominalistas e consideravam o estatuto da escravidão como algo de natural, de outro lado, há a orientação daqueles que são chamados de idealistas. Pretendem eles uma isonomia absoluta, isto é, uma plenitude de igualdade entre os diversos seres humanos.

A Constituição Federal Brasileira prevê o princípio da igualdade em seu art. 5º, *caput*. Registre-se que em outros preceptivos a Constituição volta a destacar o princípio da isonomia, como no art. 3º, III, 5º, I, 150, II e 226, § 5º. De qualquer sorte, bastaria o art. 5º, *caput*, da CF, para restar consagrado entre nós o princípio da isonomia. Na verdade, a repetição do princípio da igualdade em outros preceitos

constitucionais, ainda que com roupagem própria, atesta a importância que o Constituinte conferiu a este princípio. Bastaria, por exemplo, a regra geral da isonomia, prevista no art. 5º, *caput*, da Carta Magna, para que se chegasse à conclusão, por exemplo, de que os direitos decorrentes da sociedade conjugal devem ser exercidos em igualdade de condições pelos cônjuges.

2. HISTÓRICO

Na Antiguidade o Egito praticava atos de relativa igualdade entre o homem e a mulher, permitia que elas lhes auxiliasse nas lides do campo, permitia também a prática da mercancia, poderia também ter indústria e exercer medicina, em relação ao casamento, as mulheres mantinham os seus bens e sob o império dos Ptolomeus passou a ter o direito de divorciar que antes só pertencia aos homens.

Na lei de Hammurabi, a mulher detinha o seu próprio dote, se o marido estivesse impossibilitado de administrar os bens do casal a mulher poderia administrá-lo, o casamento já se realizava sob a forma de contrato concedendo direitos e deveres a ambos os cônjuges, o maridos sem justo motivo não poderia repudiar a mulher

A mulher judia tinha posição de absoluta inferioridade em relação ao homem, não obstante a lei de Moisés a colocar no mesmo plano aduzindo que “o matrimônio é a unidade espiritual e corporal do homem e da mulher, como Deus ordenou”.

Na Grécia, os espartanos nelas viam apenas a origem de uma raça forte e as educavam com o objetivo de ter filhos belos e sadios. Os atenienses as dividiam em classes, mantendo a esposa legítima quase em clausura e instruindo as que se destinavam a cortesãs.

Na lei de Nanu, a mulher era venerada e inclusive fazia parte da norma o seguinte verbete: “*não se bate em uma mulher nem com uma flor, qualquer que seja a falta por ela cometida*”.(Código de Namu) (WOLKMER, Antonio Carlos. Fundamentos de História do Direito. Del Rey.1996)

A habilidade da mulher, entretanto, dava em algumas atividades um papel de relevo (exemplo: a seda de Milão, os

veludos de Florença). Continuava, não obstante seu reconhecimento, a grande exploração em seu trabalho.

Se essa era a situação do mundo civilizado, no continente americano, entre os indígenas, especialmente entre os incas, também não passava a mulher de escrava incumbida de árduas atividades (transportar cargas, cortar lenha, fazer tecidos e os rudimentares calçados).

Evoluindo no sistema econômico, gradativamente a mulher ia recebendo novas ocupações, passando a colaborar para a manutenção do lar com a fabricação de tecidos e pequenos objetos que serviam de instrumento de troca por outras utilidades.

É sabido e notório que a industrialização revolucionou toda a economia nos países de cortesões e de camponeses. Em 1814 um inquérito realizado pelo governo inglês comprovava que a jornada de trabalho era de 16 horas, que os salários não davam para o sustento diário do proletário e que as crianças de 5 e 6 anos já trabalhavam nas fábricas.

Em 1906, finalmente foi elaborado em Berna o primeiro projeto de convenção internacional proibindo o trabalho das mulheres à noite, na indústria. Não se concretizou, entretanto, como legislação.

Mais de 50 anos depois, apesar de tudo e de participar ativamente no desenvolvimento da humanidade, a mulher continua a ter seu trabalho explorado, mesmo nos Estados Unidos, onde conseguiu tantas conquistas.

O tratado de Versalhes de 1919, onde foi criada a OIT (Organização Internacional do Trabalho), trouxe em seu capítulo 13 a proteção da mulher no mercado de trabalho.

Em nosso país, até 1932 não havia proteção especial ao trabalho feminino, no entanto, se aos homens o Estado negava proteção, em relação ao trabalho feminino havia o mais absoluto desprezo. Com a Revolução de 1930 abriu-se uma nova era para os trabalhadores brasileiros. O problema do trabalho feminino foi estudado e pelo então Ministro Lindolfo Collor. Foi então expedido o Decreto nº 24.417-A de 17 de maio de 1932, a primeira lei que cuidou da situação da mulher trabalhadora.

Na Declaração Universal de 1948 trouxe-me seu bojo a vedação expressa sobre discriminação de sexo no mercado de trabalho.

Mas Constituições brasileiras a evolução foi patente. A CF Imperial de 1824, ignorava a presença da mulher em qualquer atividade social, não votava, não trabalhava, não estudava; a CF de 1891, mantém os ditames da CF de 1824. É na CF de 1934 que ocorrem os primeiros passos em relação à igualdade das mulheres, passa a proibir salários desiguais, a vedação de trabalho de mulher em local insalubre e incorpora no texto a licença maternidade; a Carta de 1946 mantém as conquistas da Carta de 1934 e acrescenta: o descanso antes e depois do parto e a assistência sanitária; a Carta de 1967, embora sob a égide da ditadura militar, mantém as conquistas anteriores e cria a aposentadoria aos 30 (trinta) anos de trabalho, instituída pela EC 01/69; chegando à constituição democrática de 1988 que abordaremos em capítulo específico.

3. AS NORMAS SECUNDÁRIAS DE AÇÕES AFIRMATIVAS EM RELAÇÃO À MULHER

3.1 A MULHER E O NOVO CÓDIGO CIVIL

Sob a ótica do cidadão comum, constata-se que a igualdade apregoada pela Constituição não pode ser levada às últimas conseqüências, de modo a pretender esconder o que separa, biológica, psicológica e materialmente o homem da mulher.

Diferenças há, e inapagáveis, tanto que a própria Carta Política estabeleceu distinções, tal como quando estabeleceu menor tempo de serviço para a aposentadoria da mulher que do homem.

Atuando nas searas diversas cria-se alterações da seguinte forma: a expressão "família legítima". Os termos "família" ou "entidade familiar" serão usados para indicar a união pelo casamento civil ou religioso, pela união estável ou pela comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes (mãe solteira, por exemplo). Casamento - Passa a figurar como comunhão entre os cônjuges Estado e família. O Estado não pode interferir em decisões de casais, exceto em casos de proteção e para garantir recursos educacionais e sociais Casamento religioso - Terá efeitos civis Casamento gratuito - Terão direito pessoas declaradamente pobres Sobrenome - O marido poderá usar o sobrenome da mulher Igualdade - O termo "homem" do atual código é substituído por "pessoa" Defloramento - Marido não poderá mais alegar "defloramento da mulher" para anular casamento Adultério - É motivo para separação do casal, mas não impede novo casamento Emancipação - Um filho pode ser emancipado pela mãe ou pelo pai Guarda de filhos - Ficarão com quem tiver melhores condições Filhos adotivos - Fica abolida a expressão "filho legítimo" e não se menciona mais a filiação. Os adotados terão os mesmos direitos dos legítimos Regime de bens - Antes inalterado, poderá ser mudado no decorrer do casamento Finanças - Nenhum dos cônjuges poderá prestar fiança ou aval sem autorização do outro Dívidas - Qualquer dívida deixada por um dos cônjuges não será mais transferida ao outro e aos filhos Alimentos - Qualquer um dos cônjuges pode pedir pensão alimentícia. Vale para o casamento estável e também para o concubinato Parentesco - O parentesco fica limitado ao quarto grau. O atual código é até o sexto grau Separados - a relação de duas pessoas casadas e ainda não divorciadas que vivem juntas passa se denominar união estável Sucessão - O companheiro participa da sucessão do outro, exceto quando não houver união estável Herança - O cônjuge passa a figurar em igualdade com os descendentes da pessoa falecida, no caso de distribuição de herança. Além disso, reduz de cinco para duas o número de testemunhas para a realização do testamento.

Já a igualdade formal prescrita no artigo 5º da CF/88: "*igualdade de todos perante a lei*", que é a que mais imediatamente interessa ao trabalho. Essa igualdade seria a pura identidade de direitos e deveres concedidos aos membros da coletividade através dos textos legais.

O novo código substitui a palavra *homem* por *pessoa*, e assim, sucessivamente, em todo o Código, para que se retire definitivamente deste, toda e qualquer possibilidade de vantagem masculina nas relações jurídicas, seguindo o princípio da isonomia declarado pela Carta Magna de 1.988.

A personalidade é reconhecida num sentido de universalidade no novo Código, pois quando emprega o termo "*pessoa*" na acepção de todo ser humano, quer dizer que não há distinções de sexo, idade, credo ou raça, em consonância com a Constituição Federal, artigos 1º, inciso III, 3º, inciso IV, 5º, incisos I, VI, XLI, XLII, e 19, inciso I.

3.1.1. Da igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges

O princípio da isonomia entre os cônjuges, que desde 1.988 é consagrado pela Constituição Federal através do artigo 226, parágrafo quinto, vem também inserido no Novo Código Civil, da maneira como sempre foi requerido pelas mulheres em suas constantes lutas pela igualdade de direitos e deveres.

*“Artigo 1.511 – O Casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na **igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.**”(Novo Código Civil) (grifos nossos)*

3.1.2. *A adoção do sobrenome: direito de ambos os cônjuges*
O Novo Código Civil traz no bojo do parágrafo primeiro do seu artigo 1.565, que qualquer dos cônjuges poderá acrescentar ao seu nome o sobrenome do outro, aplicando mais uma vez o princípio da isonomia, igualando os direitos dos cônjuges, assim, tanto o homem pode adotar o sobrenome da mulher, quanto a mulher acrescentar ao seu nome o sobrenome do marido. A tradição de nosso Direito matrimonial impunha-se de forma diversa, por se tratar de uma família patriarcal, a regra era a esposa adotar o patronímico do marido, pois, a mulher ingressava na família do homem que ela desposava.

O novo Código veio mais uma vez, para igualar os direitos dos cônjuges dentro da vida conjugal. Note-se que o preceito traz uma faculdade a qualquer dos nubentes, podendo estes conservar seus nomes de solteiros, mas tendo a faculdade de acrescentar aos próprios os apelidos do consorte.

3.1.3. *chefia da sociedade conjugal*

O exercício dos direitos e deveres conjugais pertence igualmente a ambos os cônjuges, pois, lhes foi conferido conjuntamente o exercício da direção da sociedade conjugal, não colocando qualquer dos cônjuges em posição inferior, preocupando-se somente em harmonizar os interesses comuns da família.

*“Artigo 1.567 – A **direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.***
Parágrafo único – havendo divergências, qualquer dos cônjuges poderá recorrer ao juiz, que decidirá tendo em consideração aqueles interesses.”

Portanto, o novo Código Civil ao outorgar à esposa o direito de decidir conjuntamente com o marido sobre as questões essenciais, substituindo o poder decisório do marido pela autoridade conjunta dos cônjuges veio instaurar efetivamente a isonomia conjugal tanto nos direitos e deveres do marido e da mulher, como no exercício daqueles direitos.

3.1.4. *Subsistência da família: dever de ambos os cônjuges*
Assim, o dever de sustento cabe a ambos os cônjuges, que serão obrigados a contribuir para as despesas feitas no interesse do casal e dos filhos na proporção dos recursos e rendimentos de cada um. *“Os cônjuges têm a obrigação de contribuir na proporção de seus bens e do rendimento ou produto do trabalho para o sustento da família e educação da prole.”(Maria Helena Diniz. Curso de Direito Civil Brasileiro. 5º Volume – Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 136).*

Tanto que com o advento do Estatuto da Mulher Casada, em caso de culpa de ambos os cônjuges, os filhos deveriam ficar com a mãe, salvo se o juiz verificasse que de tal solução poderia advir prejuízos para as crianças, principalmente de ordem moral. Tal preceito prevaleceu até a vigência do Novo Código Civil que trouxe no bojo do artigo 1.584, mais uma vez utilizando-se do princípio constitucional da isonomia entre os cônjuges, que na hipótese acima referida, a guardados filhos será atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.

*“Artigo 1.584 – Decretada a separação ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo **quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições de exercê-la.***

Parágrafo único – Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá sua guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e a afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica.”(Código Civil de 2002)(grifos nossos)

3.1.5. *A substituição do “pátrio poder” pelo “poder familiar”*

Como podemos observar o Novo Código Civil, principalmente na área do Direito de Família muito se respaldou na Constituição Federal, pois, mais uma vez atendeu os princípios constitucionais, interagindo para que haja mais equilíbrio entre os cônjuges, na relação familiar, protegendo mais os filhos, e para tanto, estabelecendo, em lugar do *pátrio poder*, o *poder familiar*, conferido, conjuntamente ao pai e à mãe. *“Poder Familiar”* é a expressão adequada, visto que os pais têm esse poder em função dos interesses do casal e da prole. Todavia, há quem ache que seria preferível a locução *poder parental* por ser prerrogativa dos genitores e não da família.

Assim, os cônjuges têm igualdade de condições e o mesmo poder decisório sobre a pessoa e bens dos filhos menores e na o emancipados.

“Portanto, o poder que os pais exercem sobre seus filhos procede daquele dever, que lhes é imposto, de cuidar de sua descendência durante a condição imperfeita da infância.”(Jonh Locke. 1.632-1.704. Segundo Tratado sobre o governo civil e outros escritos. Petrópolis: Vozes, 1.994. p. 116)

O poder familiar encontra-se disposto no Capítulo V, do Subtítulo II – Relações de Parentesco, do Título I – Do Direito Pessoal, do Livro IV – Do Direito de Família, do Novo Código Civil, ou seja, do artigo 1.630 a 1.638.

Não há mais a prevalência do pai sobre a prole, ficando igualado o direito aos cônjuges de administrarem a vida dos filhos menores, modificando o preceito do artigo 379 e seguintes do Código Civil de 1.916.

3.2. *AS AFIRMAÇÕES POSITIVAS MAIS VANTAJOSAS PARA AS MULHERES À LUZ DA CLT*

Elenca no art. 373-A e seus incisos I ao VI as proibições em face do trabalho da mulher. O artigo 384 da CLT preceitua em seu texto, para a mulher, o direito ao intervalo de quinze minutos antes do início da jornada extraordinária, conforme se infere através da leitura do dispositivo legal inserido no Capítulo III da Lei Celetária, que trata da proteção do trabalho da mulher:

Art. 384. Em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso de 15 (quinze) minutos, antes do início do período extraordinário de trabalho.

Pacificando a afirmativa em epígrafe, Em acórdão recente proferido pelo Pleno do TST datado de 17 de

novembro de 2008, os ministros do Egrégio Pleno do Tribunal Superior do trabalho por maioria, rejeitar o incidente de inconstitucionalidade do Art. 384 da CLT, tornando este artigo constitucional mesmo colidindo com o princípio da igualdade disposta no Art. 5º, I da CF/88 é sem dúvida o que podemos denominar a afirmação de uma desequiparação permitida conferida as normas protetivas à mulher no ordenamento jurídico pátrio.

Por certo, o art. 384 da CLT constitui norma de ordem pública, que tem como escopo à proteção a saúde, segurança e higidez física da mulher. Todavia, discute-se a interpretação do dispositivo legal de proteção do trabalho da mulher à luz do Princípio Isonômico esculpido no artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal, que expressamente estabelece que: *"homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição"*.

Na doutrina de Sergio Pinto Martins, o ilustre jurista pondera que:

"O preceito em comentário conflita com o inciso I do artigo 5º da Constituição, em que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Não há tal descanso para o homem. Quanto à mulher, tal preceito mostra-se discriminatório, pois o empregador pode preferir a contratação de homens, em vez de mulheres, para o caso de prorrogação do horário normal, pois não precisará conceder o intervalo de 15 minutos para prorrogar a jornada de trabalho da mulher."

Na jurisprudência, o Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, em acórdão de lavra do Eminentíssimo Juiz Dirceu Pinto Júnior, posicionou-se no seguinte sentido:

"quanto a não concessão do intervalo previsto no artigo 384 da CLT, entendo que, por não importar em acréscimo de jornada, configura mera infração administrativa. Além do mais, o dispositivo trata de proteção do trabalho da mulher, o qual se encontra revogado em face das disposições constitucionais que asseguram igualdade de direitos e deveres entre homem e mulher. A meu juízo, impossível a manutenção de qualquer norma de proteção, salvo aquelas que se referem a condições especiais da condição da mulher, como a maternidade e o deslocamento de peso. Ante o exposto, reforma o julgado para excluir a condenação ao pagamento de 15 minutos extraordinários e reflexos baseados no artigo 384 da CLT"

Decerto, dever-se-ia sim, com fincas no artigo 5º, I, da Constituição Federal, buscar a igualdade para ampliar o alcance das normas a todos os trabalhadores, sendo assim, de utilidade comum e não específica às mulheres.

Ademais, havendo controvérsia acerca da suposta desigualdade de tratamento implementada no texto do art. 384 da CLT, nada mais razoável que se lute por ampliar o alcance da norma a todos os trabalhadores agora pacificados pelo TST por enquanto apenas às mulheres.

Sem a menor extrema de dúvidas, quando sistemática: a interpretação será dada ao dispositivo legal conforme a análise do sistema no qual está inserido, sem se ater à interpretação isolada de um dispositivo, mas, a seu conjunto.

3.2.1. A forma isonômica de proteção às mulheres como fundamentos da proteção em relação ao trabalho da mulher quanto ao gênero

A lei nº 9.029/95 "proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho" A lei nº 9.799/99 "insere na Consolidação das Leis do Trabalho regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho", a lei nº 10.224/01 tipifica e penaliza o assédio sexual, a lei nº 10.208/01 dispõe sobre a profissão de empregado doméstico para facultar ao FGTS e ao seguro de desemprego, a lei nº 10.244/01 permite a realização de horas extras por mulheres (revoga o artigo da CLT que as proibia apesar de já ocorrer na prática, reafirmando o princípio de igualdade de oportunidades Pagamento do salário maternidade Vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até 12 meses após o parto." Concessão de licença maternidade para mãe adotante.

As medidas paternalistas, porém, só se justificam em relação ao período de gravidez e após o parto, de amamentação e a certas situações peculiares à mulher, como sua impossibilidade física de levantar pesos excessivos, que são condições inerentes à mulher. As demais formas de discriminação deveriam ser abolidas.

O art. 5º da Constituição proclama a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. O inciso I do mesmo artigo estabelece que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. No entanto, a CLT ainda tem uma série de artigos discriminatórios quanto ao trabalho da mulher, que já não se justificam.

Verifica-se que os motivos de proteção ao trabalho da mulher são conservadores e, em vez de protegê-la, acabam discriminando-a.

3.2.2. A Proteção especial

O legislador já adotou medidas reduzindo as restrições, como a Lei 7.191, de 84, mas a convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, promulgada pelo Decreto nº 89.468, de 20.03.1984, na verdade, dá margem à eliminação de distinções aparentemente protetoras.

O art. 7º, XXXIII da Constituição Federal trata da discriminação do trabalho do menor, exclusivamente, e, cotejado como dispositivo constitucional anterior, correspondente, art. 165, X da Constituição Federal. Revela que, no plano constitucional, a interpretação histórica demonstra que a proposital supressão da proibição do trabalho da mulher em condições de insalubridade e periculosidade, teve o escopo de, realmente, viabilizar o efetivo tratamento igualitário da mulher.

Em nosso país, até 1932, o trabalho feminino não tinha proteção especial. Na Consolidação das Leis Trabalhistas a jornada diária de trabalho da mulher é fixada normalmente em 8 horas, observado, entretanto, o limite de 48 horas semanais. Com a vigência da Constituição de 1988, a duração normal de trabalho não pode ser superior a 8 horas diárias com o limite de 44 horas semanais; facultada a compensação e a redução mediante acordo ou convenção coletiva (art. 7º, XIII).

3.2.3. Proteção à maternidade

A convenção nº 3 de 1919 da OIT estabelece quais aspectos devem ser protegidos pela lei: licença antes e depois do parto, mediante atestado médico que comprove a gravidez; a garantia do emprego consubstanciada na impossibilidade de demissão concomitantemente com o afastamento para dar à luz e na ineficácia de aviso prévio durante esse período;

assistência à maternidade, consistente no auxílio econômico destinado a cobrir o acréscimo de despesas supervenientes, pago pelo Estado ou pelas instituições previdenciárias; além de assistência gratuita de médico; e, ainda, facilidades durante a amamentação do filho, com direito a dois repousos específicos diários, de meia hora cada um.

A Lei 11.770 de 09 de setembro de 2008, aprovada pelo Presidente da República, a qual prevê incentivo fiscal para as empresas do setor privado que aderirem à prorrogação da licença maternidade de 120 dias para 180 dias.

Dados da Sociedade Brasileira de Pediatria apontam que a amamentação regular, por seis meses, reduz 17 vezes as chances de a criança contrair pneumonia, 5,4 vezes a possibilidade de anemia e 2,5 vezes a ameaça de crises de diarreia.

Conforme estabelece a nova lei, as empregadas das empresas privadas que aderirem ao Programa - inclusive as mães adotivas - terão o direito de requerer a ampliação do benefício, devendo fazê-lo até o final do primeiro mês após o parto.

Já o empregador que aderir voluntariamente ao Programa estará estendendo automaticamente este benefício à todas as empregadas da empresa.

A lei prevê que durante a prorrogação da licença-maternidade a empregada terá direito à remuneração integral. Os dois meses adicionais de licença serão concedidos imediatamente após o período de 120 dias previsto na Constituição.

No período de prorrogação da licença a empregada não poderá exercer qualquer atividade remunerada e a criança não poderá ser mantida em creche ou organização similar.

Pela lei os quatro primeiros meses de licença-maternidade continuarão sendo pagos pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Os salários dos dois meses a mais serão pagos pelo empregador. A pessoa jurídica tributada com base no lucro real poderá deduzir do imposto devido, em cada período de apuração, o total da remuneração integral da empregada pago nos 60 (sessenta) dias de prorrogação de sua licença-maternidade, vedada a dedução como despesa operacional. Como não há tempo hábil para análise deste impacto e inclusão no orçamento do governo para 2009, a ampliação da licença no setor privado só entrará em vigor em 2010.

3.2.4. Aborto não-criminoso

Diante da perda da criança, o art. 395 da CLT determina que a mulher tenha direito a repouso remunerado durante duas semanas e também assegura o direito à reintegração, findo esse prazo. É necessário prova do aborto natural através de atestado médico.

3.2.5. Pagamento antecipado do auxílio-maternidade

Ocorrida à demissão antes do período de repouso, ou antes, da ciência da gravidez pelo empregador não exime o mesmo do pagamento do auxílio. O Enunciado 142 do TST assim prevê: “*Empregada gestante, dispensada sem motivo antes do período de seis semanas anteriores ao parto, tem direito à percepção do salário maternidade*”. A proteção à gestante prevista na CF e no Enunciado 142/TST não se aplica a empregada contratada por prazo determinado (contrato de experiência). A determinação de prazo é inconciliável com a idéia de estabilidade (TST, RR 12141/90.3, Cnéa Moreira, Ac. 1ª T. 712/91).

Nos contratos por prazo determinado que se extinguem antes do período de repouso da gestante, esse direito subsiste havendo prévia notificação ao empregador, no entanto, inexistente essa notificação, o empregador não é responsável pelo pagamento, dado que a extinção normal do contrato com prazo determinado exclui má-fé ou fraude de sua parte.

3.2.6. Alteração ou extinção do contrato de trabalho por iniciativa da gestante

O art. 394 da CLT faculta à mulher a rescisão contratual. Se constatar que o exercício profissional prejudica a gestação, ela poderá pedir demissão. Nesse caso, a gestante não precisa conceder aviso prévio ou pagar indenização, quando o contrato tiver prazo determinado, mas não terá o direito de indenização por antiguidade, ressalvados os direitos decorrentes do FGTS (sem o acréscimo de 40%), nem o auxílio maternidade, se a rescisão ocorrer antes do início do prazo de descanso.

Em casos excepcionais, a mulher grávida pode exigir do empregador a alteração de suas funções, se for necessário. O §4º do art. 392 da CLT dá os seguintes direitos: transferência de função, sem prejuízo salarial, assegurando-lhe o retorno ao mesmo cargo e a dispensa do trabalho para realização de, no mínimo, seis consultas médicas e exames complementares, também sem prejuízo salarial.

3.2.7. Amamentação

Até que a criança complete seis meses, a mãe terá o direito a dois descansos especiais de meia hora cada um durante a jornada de trabalho, podendo ser prorrogado em caráter especial (art. 396, CLT). Esses intervalos são considerados tempo de serviço, assim também não pode ocorrer redução salarial. Já o art. 400 da CLT estabelece que empresas com pelo menos 30 mulheres com mais de dezesseis anos de idade devem manter locais adequados para guardar seus filhos durante o período de amamentação.

3.2.8. Salário

Não se justifica diferença de salário entre o homem e a mulher. A Constituição traz a mesma idéia no inciso XXX do art. 7º. O art. 5º da CLT também veda a distinção de salário por motivo de sexo. Esclarece, ainda, o art. 377 da CLT que “a adoção de medidas de proteção ao trabalho das mulheres é considerada de ordem pública, não justificando, em hipótese alguma, a redução do salário”. É claro que as questões pertinentes à equiparação salarial serão reguladas pelo art. 461 da CLT.

3.2.9. Trabalhos proibidos

Quanto às atividades perigosas e insalubres, a Constituição já não veda o trabalho em subterrâneos, minerações em subsolo, pedreiras e obras de construção pública e particular. Assim, a mulher pode trabalhar em locais perigosos, insalubres ou penosos, mesmo em postos de gasolina, como vem ocorrendo.

Ao empregador será vedado empregar a mulher em serviço que demande o emprego de força muscular superior a 20 kg para o trabalho contínuo, ou de 25 kg para o trabalho ocasional. Entretanto, se esse trabalho for feito por impulso ou tração de vagonetes sobre trilhos, de carros de mão ou quaisquer aparelhos mecânicos, haverá permissão legal.

A Convenção nº 136 da Organização Internacional do Trabalho, de 1971, ratificada pelo Brasil, trata da proteção contra os riscos de intoxicação provocados por benzeno,

proibindo o trabalho das mulheres grávidas e em estado de amamentação em locais em que haja exposição ao benzeno.

3.2.10. Métodos e locais de trabalho

Prevê o art. 389 da CLT, *in verbis*:

art. 389. Toda empresa deverá:

I - a prover os estabelecimentos de medidas concernentes à higienização dos métodos e locais de trabalho, tais como ventilação e iluminação e outros que se fizerem necessários à segurança e ao conforto das mulheres, a critério da autoridade competente;

II - a instalar bebedouros, lavatórios, aparelhos sanitários; dispor de cadeiras ou bancos, em número suficiente, que permitam às mulheres trabalhar sem grande esgotamento físico;

III - a instalar vestiário com armários individuais privativos das mulheres, exceto os estabelecimentos comerciais, escritórios, bancos e atividades afins em que não seja exigida a troca de roupa, e outros a critério da autoridade competente em matéria de segurança e higiene do trabalho, admitindo-se como suficientes as gavetas ou escaninhos, onde possam as empregadas guardar seus pertences;

IV - a fornecer, gratuitamente, a juízo da autoridade competente, os recursos de proteção individual, tais como óculos, máscaras, luvas e roupas especiais, para a defesa dos olhos, do aparelho respiratório e da pele, de acordo com a natureza do trabalho.

Vê-se que essas regras não diferem da proteção ao trabalho masculino, nem deveriam estar no capítulo do trabalho da mulher previsto na CLT, pois se trata de regra geral que deve ser observada em relação a qualquer trabalhador.

3.3. A PROTEÇÃO ESPECÍFICA MAIS VANTAJOSA AS MULHERES À LUZ DO CPC

Preconiza o Código de Processo Civil em seu art. 100, inciso I, o seguinte:

"Art. 100. É competente o foro:

I - da residência da mulher, para a ação de separação dos cônjuges e a conversão desta em divórcio e para a anulação de casamento; (...)"

Quer dizer, não adianta o homem ingressar com ação em outro local que não seja de residência da sua ex-mulher, para tentar resolver problemas quanto à separação, conversão desta em divórcio e anulação de casamento. A explicação para o motivo desta previsão legal é que, sendo a mulher o elo mais frágil da relação, ela teria esta conveniência e facilidade, tendo, o homem, por estar, financeiramente em vantagem, a obrigação de assumir outro tipo de ônus quando do término do relacionamento.

Isto tudo, pelo menos, em teoria. Senão vejamos: o art. 5º da Constituição Federal, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos em seu caput e inciso primeiro regulam: 'Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...): I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (...)' E mais, no art. 226, § 5º da mesma Carta Magna encontramos: 'Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Apesar dos dois dispositivos constitucionais apresentados terem interpretação bastante extensiva, ou seja, de poderem ser invocados em outros casos até mais característicos, eles se adéquam perfeitamente ao que ora tratamos: não é por causa do sexo que se deve privilegiar o homem ou a mulher, isto é, ao ser provocado, o juiz, que deverá fazer a devida prestação jurisdicional do Estado, não deve levar à risca a regra contida no Código Processualista Civil, acima aludida, sob pena de cometer, em certas ocasiões, profundas injustiças.

Na moderna ordem social, caberia verificar qual dos cônjuges seria merecedor do for privilegiado. Teríamos, então, a efetiva utilização do princípio da igualdade das partes. A simples interpretação de que o texto legal não teria sido recepcionado é reducionista. (...) Entender-se que o inciso I, do artigo 100 do CPC, continua em vigor, tendo sido recepcionado pela atual Constituição, parece-nos mais adequado, desde que sua nova leitura seja realizada, com a consagração do princípio da igualdade proporcional, que permitirá sua utilização não somente pelo cônjuge mulher, mas, também, pelo cônjuge varão, desde que este, ostentando concretamente a condição de hipossuficiente, faça jus à proteção legal.

3.4. AÇÕES AFIRMATIVAS POSITIVANDO DESIGUALDADES ENTRE HOMENS E MULHERES À LUZ DA LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA

A regra do inciso I do art. 5º da Carta Constitucional do Brasil de 1988 consagra com uma clareza solar o princípio da igualdade - reproduzido em praticamente todas as constituições editadas após a Revolução Francesa: 'homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações nos termos desta Constituição'. Essa garantia encontra reforço no inciso XXX do seu art. 7º, que proíbe qualquer discriminação fundada em motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

Apesar de deflagrada igualdade formal, o próprio texto da Lei Maior assegurada a aposentadoria com 60 anos, enquanto que, para os homens, a idade limite é de 65 (art. 202). A aparente incompatibilidade entre essas normas jurídicas solve-se ao se constatar que a igualdade formal - igualdade de todos perante a lei - não conflita com o princípio da igualdade material, que é o direito à equiparação através da redução das diferenças sociais. Nítida a intenção do legislador em consagrar a máxima aristotélica de que o princípio da igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que eles se desigualem.

A obediência estrita ao preceito constitucional conflita com normas protetivas, visando a propiciar o equilíbrio para se assegurar o direito à igualdade, com regras afirmativas específicas para mulheres.

Frágeis e insuficientes, no entanto, são os mecanismos de promoção da igualdade de gênero, pois, em nome da preservação ao princípio da isonomia, acaba-se consagrando a desigualdade. A incorporação, em textos legais, de dispositivos de proteção à mulher por meio de incentivos específicos, funda-se na concepção, incluída em textos de convenções internacionais, de que não seriam consideradas discriminatórias medidas ou ações afirmativas com o propósito de sanar situações de desigualdade.

A Plataforma de Ações aprovada na IVª Conferência Mundial sobre a Mulher, em Beijing, no ano de 1.995 - documento subscrito pelo Brasil -, reafirma e recomenda a adoção de ações afirmativas, por meio de quotas, incentivos

fiscais e medidas legais que busquem superar a desigualdade entre homens e mulheres.

O governo brasileiro, em 14 de maio de 1996, no lançamento do Programa Nacional dos Direitos da Mulher, elaborou o documento Estratégias da Igualdade, traçando diretrizes para seu atendimento e recomendando a necessidade do uso de ações afirmativas para garantir a paridade sem ferir o art. 5º da Constituição Federal.

As regras inferiores ao tentarem promover o tratamento isonômico, que é necessário e justo, promoveram a revogação tácita formal do Art. 5º, I da CF que preconiza a igualdade independentemente de qualquer fator sexual, cultural ou social.

Destarte por oportuno destacar que a lei 8.213/91, promulgada após a Carta de 1988, ignora totalmente o princípio disposto no Art 5º *caput* e seu Inciso I e cria modalidade diferenciada, mais vantajosa para as mulheres em relação aos homens para aposentar-se ou usufruir de benefícios previdenciários.

A própria Constituição colite com a regra disposta no inciso I do Art. 5º quando no Art. 202, cria condições diferenciadas para obtenção de aposentadoria de homens e mulheres. Elucidando a revogação formal do inciso em destaque pela sua inaplicabilidade material.

3.5. A ESPECIFICIDADE CONFLITANDADE DA LEI MARIA DA PENHA COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DISPOSTO NO INCISO I DO ART 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Com a chegada da lei 11.340/2006, em 22 de setembro de 2006, que visa proteger exclusivamente a mulher, discute-se muito a idéia de que esta lei é inconstitucional, já que estaria ferindo o princípio fundamental da igualdade estabelecido no artigo 5º da constituição federal:

E M E N T A – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 11.340/06 – RECURSO MINISTERIAL – PEDIDO DE MODIFICAÇÃO DA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 11.340/06 – VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E PROPORCIONALIDADE – DECISÃO MANTIDA – COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL – IMPROVIDO. A Lei n. 11.340/06 (Lei Maria da Penha) está contaminada por vício de inconstitucionalidade, visto que não atende a um dos objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º, IV, da CF), bem como por infringir os princípios da igualdade e da proporcionalidade (art. 5º, II e XLVI, 2ª parte, respectivamente). Assim, provê-se o recurso ministerial, a fim de manter a decisão que declarou a inconstitucionalidade da Lei n. 11.340/2006, determinando-se a competência do Juizado Especial Criminal para processar e julgar o feito.

Percebe-se que a Lei Maria da Penha procurou criar mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica no seio da unidade familiar. Todavia atropelou importantes preceitos constitucionais.

Primeiramente, o texto constitucional é permeado de vedações sobre discriminação, inclusive a sexual, que está

expressa como um dos objetivos da República Federativa do Brasil, qual seja, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Além disso, entre os direitos e garantias fundamentais, que a Constituição estabelece, está o de que o legislador está proibido de estabelecer diferenças entre homens e mulheres, pois o art. 5º, inciso I, prescreve que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos da Constituição. Portanto, não cabe à lei ordinária contrariar preceito constitucional ainda que provida de boas intenções.

Tal discriminação é descabida, pois os homens também podem ser vítimas de violência doméstica e familiar. Aliás, este entendimento é plenamente condizente com a realidade, uma vez que se inclui no tipo penal violência psíquica, o que é muito noticiado pelos meios de comunicação.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em recente decisão (07.08.2007), sinalizou a existência de tal inconstitucionalidade, mas preferiu decidir permitindo a aplicação da lei também aos homens que assim solicitarem. Não obstante o TJMG tenha permitido estender a aplicação desta lei aos homens que requerem tal processamento, a lei continua prejudicada por vício de inconstitucionalidade, com outro fundamento, como se verificará a seguir.

Abaixo, transcreve-se a ementa do referente julgamento em que se verifica a intenção de se declarar a inconstitucionalidade da Lei, mas timidamente conclui-se pelo exposto linhas acima.

“EMENTA: LEI MARIA DA PENHA (LEI 11.340/06) – INCONSTITUCIONALIDADE SUSCITADA PELO JUÍZO DE 1º GRAU COMO ÓBICE À ANÁLISE DE MEDIDAS ASSECURATÓRIAS REQUERIDAS – DISCRIMINAÇÃO INCONSTITUCIONAL QUE SE RESOLVE A FAVOR DA MANUTENÇÃO DA NORMA AFASTANDO-SE A DISCRIMINAÇÃO – AFASTAMENTO DO ÓBICE PARA A ANÁLISE DO PEDIDO. A inconstitucionalidade por discriminação propiciada pela lei Federal 11.340/06 (lei Maria da Penha) suscita a outorga de benefício legítimo de medidas assecuratórias apenas às mulheres em situação de violência doméstica, quando o art.5º, II, c/c art. 226, §8º, da Constituição Federal, não possibilitaria discriminação aos homens em igual situação, de modo a incidir em inconstitucionalidade, no entanto, não autoriza a conclusão de afastamento da lei do ordenamento jurídico, mas tão-somente a extensão dos seus efeitos aos discriminados que a solicitarem perante o Poder Judiciário, caso por caso, não sendo, portanto, possível a simples eliminação da norma produzida como elemento para afastar a análise do pedido de quaisquer das medidas nela previstas, porque o art.5, II, c/c art. 21, I e art.226, §8º, todos da Constituição Federal, compatibilizam-se e harmonizam-se, propiciando a aplicação indistinta da lei em comento tanto para mulheres como para homens em situação de risco ou de violência decorrentes da relação familiar.

4. ISONOMIA FORMAL E MATERIAL

Desde o passado, o homem tem se atormentado com o problema da desigualdade inerente ao seu ser e à estrutura social em que o mesmo está inserido. Daí ter surgido, segundo Bastos ^[15], a noção de igualdade que os doutrinadores comumente denominam de igualdade

substancial. Na verdade, a igualdade pode ser analisada por meio de dois prismas: o material e o formal.

A igualdade formal é aquela meramente prevista no texto legal. É uma igualdade puramente negativa, que tem por escopo abolir privilégios, isenções pessoais e regalias de certas classes. Consiste no fato de a lei não estabelecer qualquer diferença entre os indivíduos. Situa-se, pois, num plano puramente normativo e formal, pretendendo conceder tratamento isonômico em todas as situações. Pode ser resumida na regra de tratar os iguais e os desiguais de forma sempre igual.

De qualquer sorte, o tratamento isonômico não deve redundar necessariamente na idéia de tratamento dos iguais de forma igual. Na verdade, essa noção deve ser vista sob outro prisma - o da sua eficácia. Há necessidade, portanto, de o exegeta interpretar o princípio da isonomia considerando os critérios da justiça social.

A igualdade, com efeito, deve ser avaliada sob o seu aspecto substancial ou material. É necessário tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na exata medida de suas desigualdades. Vale dizer: as pessoas ou as situações são iguais ou desiguais de modo relativo, ou seja, sob certos aspectos. Nesse contexto, a tendência do constitucionalismo contemporâneo tem sido a de não se limitar à enunciação de um postulado formal e abstrato de isonomia jurídica, mas sim de fixar nas Constituições medidas concretas e objetivas tendentes à aproximação social, política e econômica entre os jurisdicionados.

Deve-se destacar, ainda, que a atividade do Legislador, por si só, já consiste em uma atividade de distinção, ou seja, de classificação. Assim, o Legislador, naturalmente, já deve conceder um tratamento diversificado em relação às diversas classes sociais. Por exemplo: somente o portador de determinado título acadêmico pode exercer certa profissão. A questão, contudo, não se limita somente ao tratamento diversificado que deve ser concedido pelo editor normativo. Mais do que isso, deve-se analisar os limites e os parâmetros empreendidos nessa classificação. Assim, não basta apenas que a lei trate de forma desigual pessoas em situações desiguais e igualmente pessoas em situações iguais. É necessário que esse tratamento seja razoável, proporcional e justificado.

Como se vê, o tratamento jurídico do princípio da igualdade não se coaduna com uma idéia formalista e ingenuamente neutra de ver o direito. Sem dúvida, a boa aplicação do princípio em exame exige o entrelaçamento de elementos jurídicos e metajurídicos, a fim de que não se caia num idealismo que obstaculize sua implementação.

Assim, tal princípio constitucional se constitui na ponte entre o Direito e a realidade que lhe é subjacente. A igualdade de todos os seres humanos, proclamada na Constituição Federal, deve ser encarada e compreendida, basicamente sob dois pontos de vista distintos, quais sejam: *o da igualdade material e o da igualdade formal*.

Na igualdade material, as oportunidades, as chances devem ser oferecidas de forma igualitária para todos os cidadãos, na busca pela apropriação dos bens da cultura.

Na verdade, a igualdade material teria por finalidade a busca pela equiparação dos cidadãos sob todos os aspectos, inclusive o jurídico, podendo-se afirmar: *"Todos os homens, no que diz respeito ao gozo e fruição de direitos, assim como à sujeição a deveres"*.

Na nossa Constituição Federal de 1988, podemos encontrar vários textos que estabelecem normas

programáticas que visam nivelar e diminuir as desigualdades reinantes tais como as que se referem ao universo feminino.

O princípio da isonomia está contemplado em todas as normas constitucionais que vedam a discriminação de sexo (artigos 3º, inciso IV e 7º, inciso XXX da Constituição Federal). Mas não é sem conseqüências que o Constituinte decidiu destacar, em um inciso específico (art. 5º, inciso I), *que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição*."

O que importa notar é que esta regra resume décadas de lutas das mulheres contra discriminações.

"Uma posição, dita realista, reconhece que os homens são desiguais sob múltiplos aspectos, mas também entende ser supremamente exato descrevê-los como criaturas iguais, pois cada um deles, o mesmo sistema de características inteligíveis proporciona a realidade individual".

5. DEFINIÇÃO DE NORMA CONSTITUCIONAL E INCONSTITUCIONAL

Com o decorrer do tempo e com as mudanças no comportamento social, foram, aos poucos, surgindo legislações com caráter protecionista em favor da mulher. Com isso, o trabalho feminino recebeu uma maior atenção e foi alvo de muitas teorias cujo teor visava à diminuição gradativa do preconceito e da discriminação para dar lugar ao respeito e à proteção ao trabalho da mulher.

Neste âmbito, vale destacar a Constituição Federal de 1988 e a CLT, como legislações que se dedicam, em parte, a assegurar a dignidade e à proteção ao trabalho da mulher.

Primeiramente, antes de introduzir o tema principal, imprescindível se faz a conceituação dos termos constitucionalidade e inconstitucionalidade de uma norma jurídica.

Quando ao termo Constitucionalidade Marcelo Neves afirma ter a Constituição "supremacia hierárquica sobre os demais subsistemas que compõem o ordenamento, funcionando como fundamento de pertinência e validade dos subsistemas infraconstitucionais".

José Afonso da Silva também se manifesta, dizendo que uma norma constitucional é aquela que esta em "conformidade com os ditames constitucionais". A respeito da inconstitucionalidade, Lúcio Bittencourt diz que "a inconstitucionalidade é um estado - estado de conflito entre uma lei e a Constituição". Darcy Azambuja diz que "toda a lei ordinária que, no todo ou em parte, contrarie ou transgrida um preceito da Constituição, diz-se *inconstitucional*". Canotilho afirma que "inconstitucional é toda lei que viola os preceitos constitucionais".

Toda norma que esta em discordância com a Constituição Federal, não deve ser acolhida pelo ordenamento jurídico brasileiro, por ser incompatível com os preceitos basilares da lei maior.

Corroborando com essa colocação, aduz Alexandre de Moraes que "toda situação de desigualdade persistente à entrada em vigor da norma constitucional deve ser considerada não recepcionada, se não demonstrar compatibilidade com os valores que a Constituição, como uma norma suprema, proclama".

Desta forma, uma norma inconstitucional é aquela que viola os dizeres da Constituição Federal. Por outro lado normas constitucionais são aquelas que não afrontam nenhum preceito nela contido, já que nas palavras de José Afonso da Silva "O princípio da supremacia requer que todas as

situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição”.

6. DA INAPLICABILIDADE EXEGÉTICA QUANTO A FORMALIDADE CONTIDA NO INCISO I, DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O tema proposto é de fundamental importância pois visa sobretudo garantir a mulher a relação isonômica em suas ações afirmativas positivas tanto na seara jurídica quanto na seara social, econômica, familiar e demais outras. Entretanto o texto constitucional visando ao tratamento isonômico entre os sexos cometeu grave segmentação quando tentou afirmar que homens e mulheres são iguais em tudo e não é bem assim. Diferenciam-se em sua substância, em seu gênero, em sua formação fisiológica e estrutural, o que deve ser levado em conta no afã de promover a isonomia positiva e não tão-somente emitir uma redação descrevendo que são iguais. A igualdade proposta deve se aflorar na equidade de condições, promovendo ações equiparativas entre homens e mulheres visando a relação isonômica.

As relações equiparativas estão estampadas nas diversas leis específicas as mulheres que embora conflitando com o preceito constitucional contido no Art. 5º, I da CF/88 permanecem em vigor e isso ocorre pela sua efetividade pois a lei existe para atender as necessidades sociais e promover o equilíbrio nas ações.

Neste mister, o inciso I do Art. 5º da CF/88 é exegeticamente inaplicável em relação á sua formalidade visto que se aplicável como esta no texto constitucional seria discriminatório em relação às mulheres lhes proporcionando condições análogas nas suas relações.

A referida norma cogente conflita com a realidade substancial da espécie, não que se tentar igualar o que é desigual em sua essência. As regras devem visar promover a isonomia da essência no afã de materializar condições equiparadas a ambos os sexos. E ai que a regra contida na constituição fere tal pressuposto pois pela interpretação literária conflita com sue princípio isonômico.

Dever-se-ia alterar a redação contida na regra do art. 5º, I da CF/88 no afã de promover não só, materialmente, mas também, formalmente, a relação isonômica entre os sexos.

A igualdade proposta no inciso I do Art. 5º é uma utopia pois vejamos: a começar pela composição fisiológica não há igualdade, não há igualdade também na composição psicológica, nem tampouco na composição de massa corporal, não há que se compara também em suas reações hormonais, a igualdade que deve-se buscar é a equiparação isonômica material com base na formalidade limitadora dessas diferenças e não tão-somente escrever em uma regra que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações” é utopia, e a aplicação desta forma trás discriminação e desvantagem para as mulheres pois interpretando a lei literalmente como deve ser pois o texto não requer interpretação diversa o tratamento dever-se-ia ser igual em todas as regras formais e todos sabemos que desta forma estaríamos desigualando as mulheres carregando desvantagens em relação aos homens.

Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais

como a educação e o emprego. Diferentemente das políticas governamentais antidiscriminatórias baseadas em leis de conteúdo meramente proibitivo, que se singularizam por oferecerem às respectivas vítimas tão somente instrumentos jurídicos de caráter reparatório e de intervenção *ex post facto*, as ações afirmativas têm natureza multifacetária, e visam a evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas – isto é, formalmente, por meio de normas de aplicação geral ou específica, ou através de mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo. Em síntese, trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidos por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido - o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito

Todas as regras existentes infraconstitucionais que visam proporcionar o tratamento isonômico demonstram claramente a necessidade que promover a equiparação através de normas afirmativas em relação às mulheres e essas ações conflitam com a regra disposta no inciso I do Art. 5º visto que se o tratamento desprendido seguisse a norma constitucional todas as regras infraconstitucionais estariam revogar por força da hierarquia das leis e, não é essa a realidade jurídica nacional como disposta nos temas anteriores, o que tem prevalecido são as regras que visam tratamento diferenciado ás mulheres visando as aplicações isonômicas..

Por todo exposto, a regra exegética disposta no inciso I do Art. 5º da CF é inaplicável quanto a sua forma e deve, visando a aplicação das leis infraconstitucionais e a segurança da mulher em relação às regras projetivas afirmativas existentes, **deve ser modificada na sua composição literal**, no afã de propiciar de forma constitucional o tratamento isonômico ás mulheres que difere da igualdade disposta na regra infraconstitucional.

7. REFERÊNCIAS

- BRUSCHINI, Cristina; LOMBARDI, Maria Rosa. A bipolaridade do trabalho feminino no Brasil contemporâneo. Fundação Carlos Chagas. Cadernos de Pesquisa nº 110, 2000. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/n110/n110a03.pdf>>, acessado em 09 de abril de 2009.
- FAGUNDES, Leila. Trabalho da mulher – O trabalho feminino na sociedade. Direito Net, 2003. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/11/19/1119/>>, acessado em 10 de abril de 2009.
- LOPES, Cristiane Maria Salqueiro. Direito do trabalho da mulher: da proteção à promoção. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cpa/n26/30398.pdf>>, acessado em 10 de abril de 2009.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 13. ed., revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2001.

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. **O princípio jurídico da igualdade e o processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 265 p.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos editor, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil em vigor**. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NASCIMENTO. Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 7º ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 534.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 69.