

MINORIAS, DISCRIMINAÇÃO NO TRABALHO E AÇÃO AFIRMATIVA JUDICIAL

Otávio Brito Lopes*

O tema “Minorias, Discriminação no Trabalho e Ação Afirmativa Judicial” é extremamente espinhoso, principalmente quando o enfoque é dado à questão da discriminação racial. No Brasil, costumamos dizer que não existe discriminação de raças, que somos um povo muito misturado, um povo acostumado a lidar com as diferenças. Mas os dados e a realidade demonstram exatamente o contrário. Explicarei. Não sou muito bom quando se trata dessas modernidades, mas tentarei não brigar com elas.

Entender a discriminação no trabalho é o primeiro passo. O que significa discriminar alguém no trabalho? Temos várias causas de desigualdades no emprego. Algumas são causadas por discriminação e outras não. Temos uma segmentação, no mercado de trabalho, que pode ocorrer por vários motivos: diferenças entre postos de trabalho, locais mais perigosos, alguns postos de trabalho são preenchidos preferencialmente por mulheres, outros por homens. Essa é uma forma de diferenciação que não é decorrente de discriminação.

Temos ainda diferenças baseadas no merecimento. São compensações de melhores salários para quem demonstra maior mérito, experiência, maior educação.

Temos também tratamentos diferenciados na admissão, na ascensão funcional, na remuneração, que não decorrem de nenhum desses outros fatores acima, mas decorrem pura e simplesmente de uma discriminação, seja ela em razão de sexo, de raça, de idade, de convicções políticas e religiosas. As variantes são infundáveis.

A discriminação no mercado de trabalho gera um círculo vicioso. Há as desigualdades socioeconômicas, as atitudes individuais e as estruturas institucionais de empresas, de serviço público, processos, práticas deformadas por estereótipos e preconceitos. Isso gera discriminação. As pessoas discrimina-

* *Procurador-Geral do Trabalho.*

das no emprego ficam vulneráveis às desigualdades socioeconômicas, que tanto preocupam o nosso país.

Quando vamos distinguir a discriminação ou caracterizá-la, normalmente lembramos ou temos em mente a discriminação direta. É a mais simples. O exemplo clássico que já tivemos foi em uma ação civil pública contra uma empresa que remunerava os vendedores homens com uma comissão superior à comissão das vendedoras mulheres. Está muito claro. Não há o que se discutir em relação a essa discriminação. Contudo, a especialidade brasileira não é a discriminação direta, não é a discriminação politicamente incorreta, aquela que todos veem, aquela que todos condenam em público. A nossa grande especialidade é a discriminação indireta.

O conceito de discriminação indireta está nas convenções da OIT, na Convenção nº 111 e na da ONU. Diz a ONU que discriminação é “qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, que tenha o propósito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade dos direitos humanos e liberdades fundamentais”. A OIT, em um texto muito parecido, diz que é “toda a distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão”.

Os senhores podem observar que destaquei, nos dois conceitos, os seguintes trechos: “que tenha o propósito ou o efeito” e, no conceito da OIT, “que tenha por efeito”. O que significa isso? Significa que, para que se caracterize a discriminação indireta, o elemento volitivo não é essencial. Tanto a ONU diz que pode ser em razão de um propósito, de uma vontade de realmente excluir determinados grupos, mas pode ser de ações aparentemente neutras que gerem o efeito ou o resultado, que é a exclusão de determinados grupos. O elemento volitivo, nesse caso, para a discriminação indireta, é totalmente desnecessário.

Como se manifesta a discriminação indireta? Normalmente, em processos organizacionais, aparentemente neutros, mas que permitem a influência de subjetividade. Normalmente, quando um jovem negro ou uma mulher procura um departamento de seleção e recrutamento de uma empresa, eles são recebidos, aparentemente, da mesma forma. São convidados a se sentar, oferecem café, preenchem uma ficha. Mas, sabe-se lá por que, normalmente o trabalhador negro não é recrutado. Normalmente, a mulher não é recrutada para determinados cargos, mas sim para outros. Ninguém diz expressamente que

não vai recrutar o trabalhador negro ou a mulher por conta de ser mulher ou por conta de ser negro.

O segundo passo é o nosso contexto, farto de estereótipos negativos em relação ao trabalho do negro e ao das mulheres. Cito alguns que já ouvimos em anedotas, em brincadeiras ou mesmo com convicção. Os trabalhadores negros são mais “preguiçosos”, são mais “lentos”, são menos escolarizados. As mulheres têm de cuidar da família; então, não podem assumir um cargo mais elevado. As mulheres não aceitam ser transferidas de localidade. Essa extraí de uma investigação em relação a bancos. Perguntei: “Por que as mulheres normalmente não são promovidas?” E me responderam: “Porque normalmente elas não querem sair da localidade, porque o marido não pode se locomover também”. E perguntei: “Vocês têm ideia de quantas mulheres hoje chefiam a família?” Eles responderam: “Não. Não temos ideia”. Mas o estereótipo de que a mulher não pode se locomover existe. Mulheres não são aprovadas em seleções internas; mulheres não aceitam ser transferidas de localidade. Assim, são inúmeras ideias. Mulher não sabe dirigir. Por que normalmente uma mulher não é recrutada como motorista? Mulher dirige mal, é “barbeira”. Mas os dados estatísticos das seguradoras demonstram exatamente o contrário: as mulheres dirigem muito melhor do que os homens, são mais cuidadosas, envolvem-se menos em acidentes. Mas temos a convicção de que as mulheres dirigem mal, apesar de os dados demonstrarem exatamente o oposto. Então, esse é um tipo de estereótipo que pode gerar, num departamento de recrutamento e seleção, a exclusão de mulheres, por exemplo, em relação a um cargo de motorista.

O terceiro passo, que é onde ocorre a discriminação, que é a exclusão, a preferência ou a preterição no emprego, fundadas intencionalmente ou não em valores discriminatórios. Temos, no Brasil, uma proibição, eu diria, implícita, da discriminação indireta. Não temos uma regra explícita na Constituição Federal sobre a discriminação indireta.

Da leitura dos arts. 3º, 5º e 7º da Constituição, podemos extrair que qualquer tipo de discriminação é repudiado, é proibido pela Carta Magna de 1988. Temos ainda, na legislação ordinária – e eu pesquisei –, a Lei nº 5.473. É a única lei, no Brasil, que faz alusão expressamente à discriminação indireta. O objetivo dessa lei é anular disposições e providências que criem, direta ou indiretamente, discriminações no provimento de cargo sujeito a seleção nas empresas privadas e no serviço público. É a única norma que fala em discriminação indireta.

Recentemente, aprovamos a Lei nº 12.288, o Estatuto da Igualdade Racial. Poucas leis geraram tanta celeuma, poucas leis geraram tanta polêmica

quanto essa. A tese é de que não existe discriminação racial no Brasil. Consequentemente, não haveria necessidade de um Estatuto da Igualdade Racial. Esse estatuto, depois de tantas discussões, depois de tantas oposições, terminou saindo, mas saiu com muitas falhas. Uma falha muito grave é a conceituação da discriminação racial ou étnico-racial. Os senhores podem ler, porque destaquei “que tenha por objeto anular”.

Volta a velha ideia do elemento volitivo de demonstrar a vontade. Raramente alguém vai demonstrar a vontade de discriminar. Raramente isso vai ocorrer. Acho que isso cria uma certa dúvida, que, obviamente, a meu ver e confiando na jurisprudência e na doutrina, isso vai ser reparado. Por quê? Porque uma lei ordinária não pode reduzir uma garantia constitucional que, a meu ver, é ampla, tem uma amplitude maior. Mas podemos retirar também de outros dispositivos a ideia de que a discriminação indireta estaria também aí abarcada, como a questão da desigualdade racial, que considera desigualdade racial toda situação injustificada de diferenciação de acesso e fruição de bens, serviços e oportunidades. Ora, aqui não se fala mais em elemento volitivo, não se fala mais em vontade. Mas criou-se certa ambiguidade que pode, na prática, gerar uma dificuldade para que os trabalhadores negros façam valer seu direito subjetivo a um tratamento igualitário, porque, apesar do princípio da supremacia da Constituição, ainda encontramos decisões que terminam privilegiando a norma infraconstitucional, ou seja, interpretando a Constituição a partir da lei ordinária e não o inverso. Então, tenho muito receio de que toda essa celeuma criada em torno do Estatuto da Igualdade Racial gere também um certo momento de dúvida e de retrocesso.

Como podemos identificar a discriminação indireta, se não há necessidade do elemento volitivo, se a discriminação indireta não ocorre em razão de determinado fato que eu possa captar ou perceber claramente? Ele ocorre normalmente por meio de procedimentos, de processos aparentemente neutros, que, quando a gente olha, imagina que tudo está correndo normalmente. Então, de que forma posso perceber, identificar e provar que existe uma discriminação indireta? Por meio da disparidade estatística. Quando eu perceber um distanciamento entre determinados grupos, seja no tocante a salário, seja no tocante a oportunidade, no tocante a admissão, no tocante a ascensão funcional, tenho ali, no mínimo, uma presunção de que aquele grupo está sendo discriminado.

Essa avaliação estatística que fazemos deve levar em consideração a mesma localidade geográfica. Cito aqui a razão disso. Num estado como a Bahia, mais de 70% da população economicamente ativa é negra. Quando vou para os estados do Sul, como, por exemplo, Santa Catarina, menos de 10% da

população é negra. Então, essa comparação eu tenho de fazer em cada região, levando em conta o perfil da população, a escolaridade dos indivíduos. Vamos levá-la em conta quando verificamos que trabalhadores negros estão sendo discriminados.

Comparo a PEA, População Economicamente Ativa, com a escolaridade exigida por determinada empresa. Não vou pegar para fazer a comparação à PEA, População Economicamente Ativa, total. Vou fazer o corte em relação à escolaridade que a empresa exige e vou verificar que, dentro da população economicamente ativa – é um exemplo concreto, é uma situação que verificamos –, tínhamos 40% de negros com segundo grau completo e uma determinada empresa tinha apenas 17% de negros no seu Quadro de Pessoal, quando a exigência para ingresso era apenas de segundo grau completo. Todos esses aspectos são também considerados. O tempo de serviço das pessoas, dos indivíduos, para fins de verificar a questão da ascensão funcional, porque, normalmente, o primeiro argumento das empresas é que o maior tempo de serviço é que termina fazendo com que os homens tenham uma ascensão mais rápida ou uma maior ascensão funcional. Só que verificamos, em casos concretos, que o tempo de serviço era absolutamente igual. Em relação aos negros, verificamos que o tempo de serviço era até maior, até pela dificuldade que eles têm de conseguir novos postos de trabalho. E, mesmo assim, não tinham a mesma oportunidade no tocante à ascensão funcional. As diferenças entre os setores da economia são observados também.

A partir disso, o Ministério Público implementou um programa de promoção da igualdade de oportunidade para todos, um foco em gênero e raça. Esse programa teve início em 2005. E fizemos o quê? Pegamos toda aquela experiência do meio acadêmico, toda aquela experiência da ONU, toda aquela experiência da OIT, toda aquela experiência dos institutos de pesquisa em verificar essas diferenças de tratamento, e empregamos esse método dentro de uma empresa determinada, normalmente empresas com mais de cem empregados, para que a gente possa utilizar a estatística.

Empresa muito pequena é difícil utilizar estatística de uma forma segura. Então, pegamos normalmente grandes empresas, onde o processo seletivo se repete todos os dias: trabalhadores são contratados, trabalhadores são demitidos, trabalhadores ascendem profissionalmente e assim por diante. Verificamos que a chamada igualdade, no mercado de trabalho, realmente é uma grande falácia.

Se a igualdade é uma falácia, é porque alguém discrimina. Não posso dizer que a culpa é do mercado. O mercado pode ser culpado de tudo. O mercado pode acordar mal-humorado. Há dias que ele acorda mal-humorado. Mas, se o

mercado discrimina, alguém ou alguma empresa discrimina. Alguém é responsável por isso. E isso verificamos de uma forma muito clara empregando esse método em relação a determinadas empresas. Iniciamos com o setor bancário. Quanto à repercussão, esse programa foi muito mais reconhecido externamente do que internamente. Internamente, ele foi um tanto quanto repudiado.

O relator especial da ONU, da Comissão de Direitos Humanos, esteve aqui na época do programa e fez uma menção especial. A OIT, no Relatório Global sobre Discriminação no Trabalho, lançado em maio de 2007, fez alusão ao programa. A Ministra Ellen Gracie e o Ministro Joaquim Barbosa, do Supremo Tribunal Federal, no relatório da ONU, manifestaram-se também favoráveis a esse programa. O IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, onde estão profissionais que pesquisam o mercado de trabalho no Brasil, verificou que o programa era muito bom e inovador e fez elogios. Também o fez o Instituto Ethos. Não faltaram elogios, mas os resultados não foram tão bons. Vou explicar mais adiante o porquê.

Qual foi a realidade que verificamos nesse programa, investigando empresa por empresa? Vou dar um exemplo, sem citar o nome da empresa. Verificamos que há uma diferença de quase vinte pontos percentuais entre os trabalhadores brancos e os trabalhadores negros admitidos. Vocês podem observar, na população economicamente ativa brasileira como um todo, que isso varia. Obviamente, estou tomando a média nacional. Tenho picos em determinadas regiões, que são bem distantes dessa média nacional. Temos 37,42% de trabalhadores negros na população economicamente ativa, conforme verificado pelo IBGE em 2007.

Ainda não temos os dados do último censo divulgados. Isso ainda vai ocorrer. Mas há uma diferença muito grande de vinte pontos percentuais entre a população branca empregada. Isso demonstra que há uma discriminação muito grande no nosso mercado de trabalho. Esse dado foi relacionado à população bancária – na realidade, os bancários de todo o Brasil.

Esses dados correspondem a uma pesquisa feita pela Febraban – federação que representa os bancos no Brasil –, em decorrência de um acordo com o Ministério Público e com a Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados. Os bancos fizeram esse diagnóstico, e o resultado foi esse.

Observem os senhores que 50% da população bancária responderam a esse questionário. Então, ele é bastante preciso. Praticamente metade dos bancários, em todo o Brasil, respondeu a esse questionário. Utilizamos o método

do IBGE, que hoje foi contemplado pelo Estatuto da Igualdade Racial, que é a autodeclaração. Então, todos esses dados decorrem de autodeclaração.

Outros fatos relevantes decorrentes dessa pesquisa e das investigações que fizemos: mulheres nos bancos. Há uma maior desigualdade na contratação de mulheres nos bancos nos estados do Nordeste. Parece que os estados do Nordeste são mais conservadores em relação a mulher trabalhar fora. Em relação às mulheres negras, a distância entre o número de mulheres negras contratadas no setor bancário e as estatísticas da PEA, População Economicamente Ativa, é maior ainda. Nesse caso, elas sofrem dupla discriminação: a discriminação por serem mulheres e a discriminação por serem negras. E os dados demonstram isso. Há mais negros nos bancos públicos, 21%, do que nos bancos privados. Nos bancos públicos, o acesso ocorre por concurso público, mas o número ainda é reduzido. É reduzido por quê? Como a admissão ocorre por concurso público – temos um estoque de discriminação de número de trabalhadores brancos muito grande, de vários e vários anos –, até o percentual de negros que são admitidos por concurso público chegar a um patamar razoável, isso demora um tempo. É mais ou menos como um balde de água suja, em que vou despejando gotas de água limpa. Vai demorar certo tempo até que toda aquela água fique limpa. É isso que está ocorrendo também em relação ao setor público.

Observem os senhores que o concurso público já tem trazido um resultado muito melhor em termos de admissão de trabalhadores negros. Por que isso ocorre? Por que essa diferenciação acontece? Uma explicação encontrada diz respeito ao reduzido grau de abertura dos processos seletivos.

Em razão dessa negociação que fizemos com o setor bancário, os próprios bancos chegaram à conclusão de que o processo seletivo deles é extremamente fechado.

Observem o dado a seguir. Fizemos a seguinte pergunta no questionário apresentado aos bancários: “Como o senhor ficou sabendo da vaga desse emprego?”. Observem que, nos bancos privados, 75% dos empregados tomaram conhecimento dos processos seletivos por amigos ou parentes ou por outros empregados dessas instituições. Isso significa que os processos seletivos têm sérios problemas em termos de transparência. Normalmente, um banco formado pela maioria de trabalhadores brancos, em que a indicação vem de amigos, de parentes e de conhecidos, vai resultar em quê? Em uma manutenção desse quadro.

Os processos seletivos, pouco transparentes, podem ensejar discriminação indireta? Sim, claro, porque abrem brechas para que os preconceitos, aqueles estigmas a que nos referimos anteriormente, operem seus efeitos. Com aquela

ideia de que o trabalhador negro não é tão escolarizado, então, não se olha nem o currículo dele. O currículo não me interessa. Já parto do pressuposto de que ele é menos preparado para aquele cargo do que um trabalhador branco.

São ideias difundidas em nossa cultura, difíceis de identificar, mas que prejudicam determinados grupos. Mulheres e negros são os principais.

O primeiro passo: qual é a grande dificuldade de enfrentar a discriminação? Primeiro, é reconhecer que a discriminação não ocorre apenas de forma intencional. Nas ações que ajuizamos, tivemos este problema: exigiam-nos demonstrar o elemento volitivo. “Onde está a vontade? Onde o senhor demonstra que o banco queria discriminar?” Se alguém conseguir fazer essa prova, que me ensine, porque essa prova não existe. Se bem que pode existir. Já se fala em uma máquina que vai ler pensamentos. Quando essa máquina que lê pensamentos, que lê o coração e a mente das pessoas, estiver funcionando, a prova será possível. Até lá, acho que os dados e as estatísticas demonstram suficientemente bem que determinados grupos, com características bem definidas, são, sim, discriminados no Brasil.

Quanto à ascensão dos negros no setor bancário, vou mostrar inicialmente os dados das mulheres para os senhores terem uma ideia. 19% das mulheres chegam aos cargos mais elevados. Aos cargos intermediários, de gerência, 33%; aos cargos de supervisão, 42%. Observem que, na base, elas são maioria. No interrogatório de alguns representantes dos bancos, perguntei: “Por que elas são maioria quando entram, e são minoria no topo da pirâmide?” Eles não souberam me explicar. Perguntei: “Será que é um fenômeno do trabalho bancário ‘emburrecer’ a mulher, deixá-la mais burra? Os senhores estão me dizendo que, na admissão, elas passam por um processo seletivo e aí elas são maioria; depois que entram no banco, elas vão ficando mais burras porque elas são minoria nos processos seletivos para a ascensão funcional? Então, o serviço bancário faz mal à mulher. Seria isso?” “Não, não é bem isso. Nós nunca discriminamos. É porque elas não aceitam”. Pergunto: “O cargo já foi oferecido para saber se elas aceitam ou não?”

Em relação aos negros, a situação é pior ainda. É muito pior. Realmente, acho que o dado apresentado dispensa a máquina de ler pensamento. Por via das dúvidas, vamos aguardar. Desigualdades dentro de cada cargo. Neste ponto, há aquela ideia: “Bem, no mesmo cargo e com a mesma escolaridade, não há diferença”. Há sim. Está ali a diferença. Gerência. Homens e mulheres. Na base, também há uma diferença muito grande.

Apresento só um dado para os senhores terem uma ideia: para que uma mulher gerente ganhe o mesmo que um homem, na mesma classe ocupacional,

ela deverá receber, de hoje para amanhã, um aumento de 31,5%. Isso para ganhar o mesmo que um homem que faz o mesmo trabalho.

Citei o caso de um banco que investigamos. Não vou dizer o nome do banco. Vejam que as mulheres negras chefes ganham menos do que os homens brancos não chefes nesse mesmo banco. Se isso não comprovar a discriminação, realmente, não sei o que mais poderá comprovar.

A questão da escolaridade sempre foi citada também. Observamos, investigando os bancos, que negros, brancos, homens e mulheres, já contratados e integrantes do quadro funcional desses bancos, equivalem-se em nível de escolaridade, com um detalhe: as mulheres têm até um nível de escolaridade levemente superior.

Experiência profissional: os homens negros, brancos e mulheres contratadas se equivalem em tempo de serviço. Então, a experiência não é motivo para que alguns tenham uma ascensão em maior número do que os outros. Por quê? Porque o tempo de serviço, em todos esses grupos, é basicamente o mesmo.

Decisões judiciais sobre a discriminação indireta na Justiça do Trabalho: nesse ponto é que não fizemos muito sucesso. Perdemos as cinco ações ajuizadas. A verdade é essa. Verdade seja dita: as decisões ainda estão em primeiro e segundo grau. Ainda não chegaram ao TST. Ainda não é sustentação oral, Ministro. Alguns trechos da sentença: “A discriminação não é a causa das desigualdades observadas”. É aquela velha crença da democracia racial no Brasil. É o mito da democracia racial. “A discriminação indireta não é a causa dessas desigualdades. A discriminação não pode ser comprovada com base em evidências estatísticas”. Aí vou pedir o socorro da máquina que lê pensamentos. “A discriminação não é a causa dessa desigualdade”.

Alguns trechos também: “A discriminação reinante deriva, sobretudo, da qualidade social. A cor não tem o tom da discriminação”. São trechos de sentenças. “É preciso, repita-se, estabelecer cada investigação nos grupos específicos, segundo a classe social, o grau educacional, o nível de escolaridade e a renda familiar”. Ou seja, verificamos o nível de escolaridade exigido. Não interessa se é pobre, se é rico, qual a classe social. Como vou fazer uma investigação levando em conta a classe social ou a renda familiar? “A discriminação indireta não é a causa dessas desigualdades”.

Realmente, são trechos que praticamente anulam a Convenção nº 111. Vejam: “Esse texto da Convenção nº 111 da OIT não dispensa a vontade de discriminar, ou seja, não trata de discriminação inconsciente”. É justamente o

contrário. A discriminação indireta independe do elemento volitivo. É o mesmo que negar vigência à Convenção nº 111.

Há mais outros: “A evidência estatística não demonstra nada”. A segunda é interessante: “A mera afirmação da prática de atos discriminatórios por empresa não pode dar-se apenas com base em transposição de situações havidas ou existentes, consubstanciadas em estatísticas, já que envolve mera possibilidade matemática e não efetividade do fato”. Não entendi quase nada. A verdade em relação a esse fato daquele trecho não é a vontade de discriminar.

A estatística jamais vai demonstrar a vontade de discriminar, porque esse fato não é passível de prova, mas sim o efeito excludente de certos processos organizacionais. É esse fato que a estatística prova.

Vou encerrar dizendo o seguinte: enfrentar a questão da discriminação é extremamente difícil. Por quê? Porque pressupõe uma viagem dentro de nós mesmos, dentro dos nossos preconceitos e dentro dos nossos estereótipos. É uma autocrítica que temos de fazer primeiro dentro de nós mesmos.

Essas situações, verdade seja dita, são decisões judiciais. Tenho de fazer o *mea culpa*. Tenho encontrado dificuldades dentro do próprio Ministério Público para levar adiante essas ações. Alguns colegas utilizam comigo argumentos muito próximos desses. Uma colega ficou revoltada e disse que “é um absurdo a questão das cotas raciais nas universidades. Meu filho perdeu a vaga agora por conta dessas cotas”.

Vejam que, para enfrentar a discriminação, é preciso enfrentar nossos próprios demônios. É preciso olhar para dentro de nós mesmos, verificando se realmente discriminamos ou não. E normalmente discriminamos.

Quais são os nossos estereótipos? Vencer primeiro os nossos estereótipos, os nossos preconceitos e depois buscar, na Justiça, uma reparação a que faz jus a população brasileira de negros, de mulheres, de pessoas com deficiência e de portadores do vírus HIV. Todos os brasileiros fazem jus a esse direito subjetivo, a um tratamento isonômico, a um tratamento igualitário.

Como disse o Ministro Carlos Alberto, quando iniciou: “A igualdade está na base, na semente e na origem de tudo que pode haver de bom em uma sociedade democrática, em uma sociedade civilizada”.