

MEDIDAS PARA A TUTELA DA IGUALDADE DE GÊNERO NO TRABALHO: UMA ANÁLISE CRÍTICA

Adriane Reis de Araujo

Pensar a condição feminina no trabalho não é tarefa fácil! Embora a sociedade brasileira contemporânea já esteja acostumada a ver mulheres nos mais diversos postos de trabalho, inclusive em um dos postos mais importantes do governo federal, o cotidiano da mulher trabalhadora ainda testemunha a permanência de práticas abusivas e ilícitas que impedem a tão almejada igualdade de oportunidades no emprego. Os motivos, variados, permitem destacar alguns pontos cruciais:

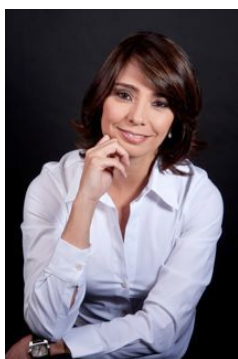
- a) A dificuldade que tem as mulheres para conciliar a vida produtiva e vida familiar;
- b) As empresas continuam mantendo uma cultura organizacional tradicional;
- c) As promoções para a alta direção são realizadas em geral por homens, que compõe a sua maioria de

seus integrantes;

- d) As mulheres tem menos visibilidade, exigem menos que os homens e focam mais a sua atenção no desenvolvimento do trabalho do que nas relações pessoais no âmbito profissional.¹

Certamente, o primeiro item é percebido largamente em nosso cotidiano. A cultura brasileira dominante ainda atribui, com maior ênfase, à mulher o cuidado com a família. A sobrecarga acompanha a mulher durante toda a sua vida, ultrapassando o período de gestação ou aleitamento materno dos filhos. Observa-se, além do mais, a persistência na cultura nacional, social e organizacional, do papel de provedor atribuído ao homem e de cuidadora à mulher, o que parece justificar um salário inferior para os postos de trabalho

1 Dados coletados no relatório “*La mujer directiva en España Women as Leaders*”. Disponível em <<https://brizas.wordpress.com/category/acciones-positiva/>>. Acesso em 15 de setembro de 2014.



Adriane Reis de Araujo

Procuradora Regional do Trabalho. Mestre em Relações Sociais PUC/SP. Doutoranda da Universidade Complutense de Madri

femininos. Soma-se a isso a predominância de homens em postos de direção, situação que facilita a promoção de outros homens, pois forma-se tacitamente um “pacto entre pares”. Por fim, as mulheres geralmente adotam a postura de auxiliares no ambiente de trabalho e deixam de lado perfis e comportamentos típicos de liderança.

Esse contexto, sem dúvida, exige uma série de medidas voltadas à formação de uma nova cultura de plena igualdade de gênero (conceito que extrapola a condição biológica para abranger o aspecto social do sexo). O Direito pode em muito contribuir para a construção desse novo modelo social. A impressão, no entanto, é que as regras vigentes são insuficientes ou, simplesmente, desconsideradas na vigência da relação de emprego. Tal cenário exige dos juristas a análise crítica da legislação em vigor e dos seus mecanismos de atuação, para além dos mecanismos de valoração e ônus da prova (por certo, relevantes).

No presente estudo, vamos focalizar nossa atenção no texto constitucional em vigor, em especial, no art. 7º, XXX, que proíbe a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo. A norma referida veda a discriminação direta com base no sexo, ou seja, ela veda que uma pessoa, seja, haja sido ou possa ser tratada por razão do sexo de maneira menos favorável (no valor da remuneração, exercício de função ou critério de admissão) a outra em situação equivalente.

No que diz respeito ao primeiro

aspecto destacado no texto constitucional (proibição de diferenças de salários), embora as estatísticas oficiais (CAGED/2013) demonstrem que as mulheres continuam a ganhar menos, uma vez que a relação dos salários entre homens e mulheres em 2013 melhorou mas não ultrapassou a proporção de 85,97%², a atuação judicial fica praticamente inoperante porque o desencontro salarial ocorre em regra pelo exercício de atividades diferentes. Poucos são os casos em que se verifica com clareza a discriminação, como por exemplo, no caso de vendedores de uma loja de departamentos em que o percentual de comissão paga ao vendedor masculino é superior àquele das vendedoras, sob o argumento da desnecessidade de estímulo às vendedoras por ser mais fácil vender às mulheres. A diferença, todavia, é percebida claramente na baixa remuneração de atividades consideradas femininas, como é o caso da atividade de limpeza, enfermagem ou de professor do ensino fundamental, ou na redução salarial constatada em atividades que registram crescente presença feminina, como é o caso da carreira de direito. Nesse caso, o mecanismo mais eficiente para reduzir as diferenças repousa na educação e formação das mulheres para as carreiras melhor remuneradas.

.....

2 O CAGED mede o nível de emprego formal no país e em 2012 os dados informados pelas empresas demonstram que o salário médio real de admissão das mulheres alcançou R\$ 917,87, contra 1.067,66 dos homens. Em 2011 esses valores eram R\$ 874,63 e R\$ 1.019,34. Enquanto no feminino o crescimento foi de 4,94%, o salário dos homens cresceu 4,74%, ou seja, a relação dos salários entre homens e mulheres passou para 85,97%. (Disponível em < <http://portal.mte.gov.br/imprensa/rais-e-caged-indicam-crescimento-da-participacao-da-mulher-no-mercado-de-trabalho.htm>>. Acesso em 15/09/2014).

O segundo critério, qual seja, a proibição de discriminação como critério de admissão tem sido reclamada, de forma difusa, repressiva e preventiva, em diversos procedimentos administrativos promovidos no âmbito do Ministério Público do Trabalho. O *parquet* trabalhista, por exemplo, vem requerendo das empresas de comunicação que se abstenham de veicular anúncio de vaga de emprego com conteúdo discriminatório para a admissão de trabalhadores. Seriam critérios discriminatórios aqueles que veiculem referência a sexo, raça, cor, idade, aparência, religião, condições de saúde, identidade sexual, situação familiar, estado de gravidez, opinião política, nacionalidade, origem, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir; referências aos requisitos de “boa aparência” ou “boa apresentação”; solicitação de fotos que acompanhem o currículo dos candidatos ao trabalho ou estágio; ou quaisquer outras formas de discriminação ilegítima.

O tema chegou ao Tribunal Superior do Trabalho em dois julgados, que tinham acórdãos diametralmente opostos. No RR 96000-63.2008.5.02.0014, a 5ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho reformou a decisão regional e afastou a competência da Justiça do Trabalho para apreciar a questão uma vez que ainda não havia se formado o vínculo de emprego entre as partes:

(...) COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRETENSÃO DE COIBIR OS JORNAIS DE GRANDE CIRCULAÇÃO DE PUBLICAR ANÚNCIOS DE EMPREGO E DE ESTÁGIO COM CARÁTER DIS-

CRIMINATÓRIO. *Não se vislumbra hipótese de a presente demanda - Ação Civil Pública com pretensão de coibir os jornais de grande circulação de publicar anúncios de emprego e de estágio - ser abarcada pela competência da Justiça do Trabalho, porquanto não se trata de ação oriunda de relação de trabalho, uma vez que não há lide entre empregado e empregador, nem tampouco de outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, justamente, como dito, porque não há relação de trabalho. A questão relativa à discriminação nos anúncios de vagas de emprego ou estágio não é nova, e, de fato, desafia a atuação pronta e efetiva do Ministério Público. Todavia, trata-se de questão que precede à formação da relação de emprego, não decorrendo de nenhuma relação de trabalho. Recurso de Revista de que se conhece em parte e a que se dá provimento. (Processo: RR - 96000-63.2008.5.02.0014 Data de Julgamento: 19/10/2011, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/10/2011.)*

O posicionamento adotado não encontra ressonância na doutrina trabalhista e a questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal, estando pendente de julgamento.

No RR 753000-32.2004.5.12.0014, a tese ministerial foi refutada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, e a solução foi confirmada pela 6ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho porque implicaria o revolvimento do quadro fático-probatório (Súmula 126/TST) e porque a tese traduzia interpretação razoável (Súmula 221, II/TST, hipótese já cancelada). Essa discussão, contudo, trouxe diversos questionamentos sobre a ponderação necessária entre diversos direitos fundamentais, como o direito à igualdade no acesso ao emprego, o direito à livre iniciativa empresarial e a liberdade de imprensa. Merece destaque a ementa dessa decisão:

RECURSODEREVISTA.PUBLICAÇÃO DE ANÚNCIO DISCRIMINATÓRIO. VEDAÇÃO. DESTINATÁRIO DA NORMA.

O Regional deu provimento ao recurso ordinário da reclamada, para isentá-la da condenação imposta na sentença, pois concluiu que, no presente caso, “o destinatário da norma consignada no art. 373-A da CLT é somente o empregador e não o órgão de imprensa utilizado como veículo de publicação do suposto anúncio discriminatório” (fl. 415). Asseverou que esta é a melhor interpretação a ser conferida à referida norma, ante a situação sub judice, já que seu implemento envolve interesses opostos, representados pela liberdade de organização empresarial, igualdade entre trabalhadores e liberdade de imprensa. Considerou

que “a colisão entre princípios resolve-se pela ponderação” e que “há que se conferir interpretação restritiva ao citado dispositivo infraconstitucional, para não perder de vista a liberdade conferida aos órgãos de imprensa” (fl. 416). Trata-se de interpretação razoável da legislação aplicável à hipótese, tendo em vista a situação fática dos autos, o que não autoriza a conclusão de que o acórdão regional teria violado os dispositivos constitucionais e legal mencionados pelo recorrente. Incidência das Súmulas 126 e 221, II, do TST. Recurso de revista não conhecido. (Processo: RR - 753000-32.2004.5.12.0014 Data de Julgamento: 15/12/2010, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11/02/2011)

Com todo o respeito, a conclusão adotada merece crítica na medida em que abraça uma interpretação restritiva, sem qualquer justificativa, do direito fundamental à dignidade humana e igualdade no emprego, consubstanciada nos artigos 1º, incisos III e IV, 3º, inciso IV, 5º, *caput* e incisos XIII e XLI, 7º, incisos XXX, XXXI e XXXII, todos da Constituição Federal. Já é pacífico na doutrina que os direitos fundamentais, e em especial o princípio da igualdade e liberdade, são corolários do princípio da dignidade humana. E como nos lembra Ingo Sarlet:

(...) o princípio da dignidade da pessoa impõe limites à atuação estatal, objetivando impedir que o poder público venha a violar a dignidade pessoal, mas também implica (numa perspectiva que se poderia designar de programática ou impositiva, mas nem por isso destituída de plena eficácia) que o Estado deverá ter como meta permanente, proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos, podendo-se sustentar, na esteira da luminosa proposta de Clémerson Clève, a necessidade e uma política da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais.

Desse modo, impõe-se o dever de proteção estatal, o qual dirige-se contra a agressão promovida por qualquer pessoa, inclusive particulares.

Ademais, a publicação de anúncio de jornal não se enquadra propriamente no conceito de matéria jornalística ou de opinião/editorial, hipótese em que há a incidência do direito fundamental à liberdade de imprensa. A hipótese mais se equipara ao provedor de internet que veicula material de terceiros. Nesse caso, a jurisprudência tem acolhido reclamação no sentido de impor aos provedores da internet a retirada de material ofensivo à honra ou intimidade das pessoas.

Por fim, chegamos à terceira hipótese veiculada no texto constitucional, qual seja, a vedação de discriminação por motivo de sexo

no exercício de funções durante a relação de emprego. Nesse ponto chegamos ao denominado “teto de vidro”, ou seja, embora as mulheres ocupem cerca de 50% das vagas nas universidades, tanto na graduação como na pós-graduação, este percentual não se reflete no exercício de cargos de gestão nas empresas. Para enriquecer essa abordagem, utilizaremos da experiência italiana (Lei 903/1997 e 198/2006) e espanhola (Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres). A legislação italiana combinada com a legislação espanhola nos oferecem três mecanismos para reduzir a discriminação de gênero no curso do contrato de trabalho: a) a promoção de medidas coletivas para o combate à discriminação indireta (Itália); b) o estabelecimento de cotas para o acesso a cargos de gestão ou gerência (Espanha); c) a exigência da criação e implantação de planos de igualdade de gênero pelas empresas (Espanha).

Inicialmente trataremos do modelo italiano. Nele há a conceituação e previsão de mecanismos de combate, tanto a discriminação direta, quanto a discriminação indireta no que diz respeito ao gênero. A discriminação direta é definida como “qualquer ato, pacto, comportamento assim como a ordem de realizar um ato ou comportamento que resultem em prejuízo, discriminando às trabalhadoras ou aos trabalhadores em razão de seu sexo e qualquer modo de tratamento menos favorável em relação a outra trabalhadora ou trabalhador em situação análoga.” Já a discriminação indireta se evidencia “quando uma disposição, um critério, uma prática, um ato, um pacto ou um comportamento aparentemente neutro ameace ou resulte em uma posição particular de desvantagem dos

trabalhadores de um sexo determinado em relação a trabalhadores de outro sexo, salvo no caso de se considerar requisitos essenciais para o desenvolvimento da atividade de trabalho, desde que o objetivo seja legítimo e os meios utilizados para consegui-lo sejam apropriados e necessários.”

Ambas as hipóteses de discriminação podem se expressar de forma coletiva, embora a discriminação indireta tenha na coletivização do problema a sua característica principal. A tutela coletiva da igualdade se faz por meio de diversos órgãos integrantes do Poder Executivo, voltados ao fomento da igualdade no trabalho. A lei italiana previu a criação de uma Comissão dentro do Ministério para a Igualdade de Oportunidade, nomeada pelo Ministro, e composta por associações femininas e peritos, com funções consultivas em todos os campos, inclusive o trabalhista. Em âmbito laboral, há a previsão de um Comitê Nacional para Igualdade de Oportunidades, dentro do Ministério do Trabalho. Entre suas inúmeras tarefas, o comitê tem por função financiar projetos de ações afirmativas em favor dos trabalhadores e criar uma rede de Conselheiras de Paridade Nacional, Regionais e Provincianas.

As Conselheiras de Paridade Nacional, Regionais e Provincianas são nomeadas pelo Ministro do Trabalho e, entre as suas inúmeras funções de estímulo à igualdade está a tutela judicial das trabalhadoras e trabalhadores vítimas de discriminações. Nas ações individuais, a Conselheira atua como assistente do trabalhador. Porém, na ação coletiva, ela tem legitimidade para atuar de forma autônoma e para a tutela de interesses

difusos e coletivos. Nesse caso, antes de atuar judicialmente, a Conselheira deve solicitar ao autor da discriminação, ouvidas as representações sindicais, a preparação de um plano para a remoção de discriminações. Se o plano for suficiente, a Conselheira promoverá a conciliação, com aval do Poder Judiciário. Caso o plano seja insatisfatório, ela promoverá a ação judicial. Se for acolhido o pedido, o Juiz determinará ao autor que prepare um plano de remoção das discriminações dentro de um prazo por ele fixado. Na ação coletiva, há, igualmente, a possibilidade de ressarcimento dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais aos lesados. Importa salientar que a comprovação da discriminação indireta pode ser feita por meio de dados estatísticos.

Em vista da amplitude dos legitimados para a ação civil pública e ação civil coletiva no direito brasileiro, a tutela coletiva da discriminação nesses moldes pode ser realizada no âmbito trabalhista, tanto pelo Ministério Público do Trabalho, quanto pelos Sindicatos profissionais. Em nossa experiência nacional, no ano de 2005, o Ministério Público do Trabalho propôs ações coletivas contra diversos bancos, as quais foram refutadas porque não se vislumbrou amparo legal ao pedido e porque se considerou imprestável a prova estatística. Vejamos seus fundamentos:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA: PEDIDO DE ORDEM INIBITÓRIA DE PRÁTICA DISCRIMINATÓRIA PELA EMPRESA EM RELAÇÃO A ADMISSÃO, PROMOÇÃO E REMUNERAÇÃO DE EMPREGADOS POR RAZÃO

DE SEXO, RAÇA, COR OU IDADE:
 ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO
 PÚBLICO DO TRABALHO:
 POSSIBILIDADE JURÍDICA:
 ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA:
 ATIVISMO JUDICIAL: LIMITES:
 AÇÃO AFIRMATIVA: NECESSIDADE
 DE PROVA DO ATO ILÍCITO:
 ANÁLISES ESTATÍSTICAS: MERA
 PRESUNÇÃO POR POSSIBILIDADE
 MATEMÁTICA: MARGEM DE ERRO
 ADMISSÍVEL: FALTA DE PROVAS:
 IMPROCEDÊNCIA.

A mera afirmação da prática de ato discriminatório por empresa, em relação à admissão, promoção e remuneração de seus empregados, baseada em critérios de sexo, raça, cor ou idade, não pode dar-se apenas com base em transposição de situações havidas ou existentes, consubstanciadas em estatísticas gerais, já que envolvem mera possibilidade matemática e não efetividade do fato apresentado noutro substrato de sujeitos, não se configurando a estatística como prova. Necessidade da análise de elementos que evidenciem prática discriminatória pela empresa, mais que a mera divergência entre os grupos retratados no quadro funcional em relação ao conjunto macro-social nacional, regional ou local, se há especificidades entre um e outro que os diferem. Não há vedação alguma para que o empregador possa adotar meios seletivos segundo o merecimento e a adequação das capacidades de cada um às funções exigidas, se não se indica nenhuma vedação, explícita ou implícita, a grupos

de sujeitos que pudesse, assim, evidenciar prática discriminatória. A própria [Constituição Federal](#) enaltece, em várias ocasiões, o respeito ao mérito, e assim também a própria [CLT](#), ao regulamentar, pelo artigo 461, o artigo [7º](#), [XXX](#), da [CF](#), além da Convenção 111/OIT, no respectivo artigo 1º e parágrafos, quando, ao mesmo instante em que conceitua a discriminação no ambiente de trabalho, estabelece que os procedimentos seletivos por mérito não envolvem discriminação, sempre que não se efetivem separações por grupos de indivíduos segundo raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social. Inexistindo prática discriminatória demonstrada no âmbito da coletividade tutelada, não há campo para o pedido ministerial de imposição de comando inibitório: improcedência dos pedidos exordiais. Recursos do Ministério Público do Trabalho e do Sindicato obreiro assistente conhecidos e desprovidos: sentença mantida. (RO 943200501510000 DF 00943-2005-015-10-00-0, Relator: Desembargador Alexandre Nery de Oliveira, Julgamento 13/02/2008, 2ª Turma, 14/03/2008)

Somam-se a essas críticas a ausência de clareza do pedido ministerial que pretendia obstar a contratação/promoção de homens brancos até que o banco-réu alcançasse um patamar de equivalência com as estatísticas de raça e gênero nacionais. Nesse caso, entendeu-se que a pretensão ministerial constituía, de maneira inversa, a criação de cotas dentro da empresa. Longe de tomar a improcedência do pleito como impossibilidade de atuação, o *parquet* trabalhista deve assimilar as críticas com o intuito de aprimorar futuras intervenções dessa natureza.

Um mecanismo nada explorado na experiência brasileira, é aquele encontrado no modelo espanhol. A Ley Orgánica 3/2007, no art. 45, determina que as empresas com mais de 200 empregados estão obrigadas a adotar todas as medidas de combate a discriminação, inclusive a elaboração de um Plano de Igualdade. O Plano de Igualdade nada mais é que um conjunto ordenado de medidas, adotadas depois de realizado um diagnóstico da situação, tendente a alcançar na empresa a igualdade de trato e oportunidades entre mulheres e homens e a eliminar a discriminação por razão de sexo. Os planos de igualdade fixarão objetivos concretos a alcançar, as estratégias e práticas a adotar para sua consecução, assim como o estabelecimento de sistemas eficazes de monitoramento e avaliação dos objetivos fixados. Para a consecução dos objetivos fixados, os planos de igualdade poderão contemplar, entre outras, as matérias de acesso ao emprego, classificação profissional, promoção e formação, retribuição, organização do tempo de trabalho para favorecer, em termo de igualdade entre mulheres e homens, a conciliação laboral, pessoal e familiar e a prevenção do assédio sexual e do assédio por razão de gênero. As empresas menores podem ser obrigadas a atender a esse requisito sempre que haja expressa previsão em negociação coletiva.

É interessante a proposta espanhola na medida em que ataca diretamente alguns dos aspectos que alimentam o modelo de discriminação vigente, qual seja, a cultura organizacional e social. Além do mais, esse modelo chama à responsabilidade tanto os empregadores quanto o movimento sindical para protagonizar, de maneira acordada, a transformação necessária.

Dessa maneira, concluímos que, sem deixar de lado, as modalidades de tutela coletiva já conhecidas em nosso ordenamento, como é o caso da discriminação indireta e das medidas de cotas (nesse caso pensando em um projeto legislativo ou na negociação coletiva), é interessante avaliar a possibilidade de explorar esse mecanismo em nossa realidade e ordenamento jurídicos, como forma de buscar mais um mecanismos de enfrentamento a esse tema espinhoso que é a igualdade de gênero nas relações de trabalho.