

1 2 9 0



UNIVERSIDADE D  
COIMBRA

Fernanda Barreto Picanço

**O ENFRENTAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA  
NOS DEBATES ACERCA DA DISCRIMINAÇÃO DO  
GÊNERO FEMININO**

Dissertação no âmbito do Mestrado em Direito, na Área de Especialização de Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito Internacional Público e Europeu, orientada pelo Professor Doutor Rui Manuel Gens Moura Ramos e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Julho de 2019



FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE  
COIMBRA

**O ENFRENTAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA NOS DEBATES ACERCA  
DA DISCRIMINAÇÃO DO GÊNERO FEMININO**

**THE EUROPEAN UNION IN TACKLING ABOUT DISCRIMINATION  
AGAINST WOMEN**

**FERNANDA BARRETO PICAÑO**

Dissertação apresentada no âmbito do 2º  
Ciclo de Estudos em Direito (conducente  
ao grau de mestre) da Faculdade de  
Direito da Universidade de Coimbra.  
Área de Especialização: Mestrado  
Científico em Ciências Jurídico-Políticas  
com menção em Direito Internacional  
Público e Europeu.

Orientador: Senhor Professor Doutor Rui  
Manuel Gens Moura Ramos

**COIMBRA  
2019**

Primeiramente, a minha mãe, Vanja Márcia, que me ensinou o significado de superação, solidariedade e amor. Ao meu pai, Afonso, que a todo momento me apoia, em meio a tantas dúvidas, lembra-me que posso sempre entregar o meu melhor. Meus pais são os verdadeiros amores da minha vida.

A minha linda avó/mãe, Sílvia, por todo seu amor e dedicação, sempre me protegendo. A ela, dedico todo amor que houver nessa vida. A minha madrinha/mãe, Valcc, que a todo momento está disposta a me ajudar, seja aconselhando ou lembrando que devo seguir em frente e persistir nos meus sonhos.

A minha família da vida, Ana Lúcia, Anna Carolinne, Diego, Gabriella, Karol, Luana, Marina, Márcio, Roberta, Saskya, Uly, Bruna e Yasmim. Verdadeiros exemplos de amizade, amor e companheirismo. O meu melhor refúgio. Fonte de energia para continuar lutando pelos meus objetivos e, sem dúvidas, os maiores motivos dos meus sorrisos e saudades. Nosso sempre será para sempre.

Finalmente, ao meu ilustre orientador, Rui Manuel Gens Moura Ramos.

A vocês, meu muitíssimo obrigada.

*“No dia que for possível à mulher amar-se em sua força e não em sua fraqueza; não para fugir de si mesma, mas para se encontrar; não para se renunciar, mas para se afirmar, nesse dia então o amor tornar-se-á para ela, como para o homem, fonte de vida”.*

***Simone de Beauvoir***

## RESUMO

O Direito da União nasceu com uma matriz essencialmente econômica, voltada para princípios mercantilistas. Entretanto, com o passar dos anos, a Comunidade foi evoluindo e os direitos sociais foram cada vez mais incorporados no ordenamento jurídico da União, dentre eles, o direito antidiscriminatório. Em paralelo, os direitos das mulheres foram ganhando visibilidade, o seu papel secundário foi paulatinamente contestado, enquanto que a sua participação na vida em sociedade foi sendo clamada. A Comunidade Internacional, passou a tratar e reconhecer a discriminação entre homens e mulheres como uma problemática que deveria ser enfrentada de um modo não apenas formal, mas, de uma maneira efetiva. A União Europeia, por sua vez, não se encontrou a margem das mudanças de paradigmas no enfrentamento e tutela do direito do gênero feminino, utilizando alguns mecanismos para tratar a temática. A partir da pesquisa bibliográfica, do levantamento das fontes do Direito Internacional Público e da União Europeia, relacionadas ao direito antidiscriminatório e da análise de Acórdãos do Tribunal de Justiça, com o intuito de compará-los, o presente estudo demonstra de que forma a União Europeia encara essa nova face do direito das mulheres, com a finalidade de identificar normas, políticas e decisões que tenham como objetivo combater à discriminação do gênero feminino.

**PALAVRAS-CHAVE:** gênero feminino – discriminação – mulher – União Europeia – direito -Tribunal de Justiça.

## ABSTRACT

The law of the Union was born with an essentially economic matrix, focused on mercantilist principles. Over the years, however, the Community has evolved and Social Rights have been increasingly being incorporated into the legal order of the Union, including anti-discrimination law. At the same time, women's rights gained visibility, their secondary role was gradually challenged, while their participation in life in society was being criticized. The International Community has begun to treat and recognize discrimination between men and women as a problem that should be addressed not only in a formal way, but also in a more effective way. The European Union, on the other hand, did not find the margin of the paradigm changes in the confrontation and tutelage of the feminine right, using some mechanisms to treat the subject. On the basis of the bibliographical research, the survey of the sources of Public International Law and the European Union, related to the anti-discrimination law, and the analysis of judgments of the Court of Justice, in order to compare them, this study demonstrates ways to European Union faces this new face of women's rights in order to identify norms, policies and decisions aimed at combating discrimination against women.

KEY WORDS: feminine gender – discrimination - woman - European Union - law - Court of Justice.

## SIGLAS E ABREVIATURAS

AG	-	Advogado Geral
CDFUE	-	Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia
CEE	-	Comunidade Económica Europeia
CE	-	Comunidade Europeia
CEDH	-	Convenção Europeia de Direitos do Homem
ECOSOC	-	Conselho Económico e Social das Nações Unidas
Ed.	-	Edição
Etc.	-	E outras coisas
EU	-	União Europeia
Nº	-	Número
TCE	-	Tratado da Comunidade Europeia
TFUE	-	Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE	-	Tribunal de Justiça da União Europeia
TUE	-	Tratado da União Europeia
UK	-	<i>United Kingdom</i>
ONU	-	Organização das Nações Unidas
pag.	-	Páginas
part.	-	Part.
Sr.	-	Senhor
Sr. <sup>a</sup>	-	Senhora
ss.	-	Seguintes
vol.	-	Volume

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>1 CONCEITOS INTRODUTÓRIOS .....</b>	<b>12</b>
<b>1.1 SEXO E GÊNERO .....</b>	<b>12</b>
<b>1.2 IGUALDADE .....</b>	<b>15</b>
1.2.1 Igualdade Formal e Material .....	17
1.2.2 (Des) Igualdade de Gênero .....	20
<b>1.3 DISCRIMINAÇÃO .....</b>	<b>23</b>
1.3.1 Direta e Indireta .....	26
1.3.2 Discriminação em Função do Gênero .....	29
1.3.2.1 Discriminação em Função do Gênero Feminino .....	30
<b>1.4 DISCRIMINAÇÃO POSITIVA/AÇÕES POSITIVAS: MECANISMOS DE COMBATE À DISCRIMINAÇÃO E DESIGUALDADE DO GÊNERO FEMININO. ....</b>	<b>32</b>
1.4.1 Modalidades de Ações Afirmativas .....	35
<b>2 O DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA E A DISCRIMINAÇÃO EM FUNÇÃO DO GÊNERO FEMININO .....</b>	<b>37</b>
<b>2.1 A LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL E A DISCRIMINAÇÃO EM FUNÇÃO DO GÊNERO FEMININO .....</b>	<b>38</b>
<b>2.2 A LEGISLAÇÃO EUROPEIA .....</b>	<b>41</b>
2.1.1 Os Tratados – De Roma a Lisboa .....	45
2.2.1.1 Tratado da União Europeia.....	48
2.2.1.1.1 Artigo 2º e 3º.....	48
2.2.1.2 Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia.....	49
2.2.1.2.1 Artigo 8º e 10º.....	49
2.2.1.2.2 Artigo 19º.....	50
2.2.1.2.3 Artigo 157º.....	52
2.2.1.3 Carta dos Direitos Fundamentais.....	55

2.2.1.3.1 Artigo 21º.....	58
2.2.1.3.2 Artigo 23º.....	59
<b>2.3 CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>60</b>
<b>2.4 POLÍTICAS DA UNIÃO EUROPEIA .....</b>	<b>64</b>
<b>3 ANÁLISE DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....</b>	<b>68</b>
<b>3.1 CASO KALANKE .....</b>	<b>71</b>
<b>3.2 CASO MARSCHALL .....</b>	<b>77</b>
<b>3.3 CASO BADECK .....</b>	<b>80</b>
<b>3.4 CASO ABRAHAMSSON.....</b>	<b>81</b>
<b>3.5 CASO LOMMERS.....</b>	<b>84</b>
<b>3.6 CONFRONTO ENTRE OS ACÓRDÃOS.....</b>	<b>87</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>92</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>96</b>
<b>LISTA DE LEGISLAÇÕES, NORMAS, DOCUMENTOS E JURISPRUDÊNCIA REFERENCIADOS .....</b>	<b>103</b>

## INTRODUÇÃO

O gênero feminino foi por diversas épocas e contextos subjugada, apresentando-se como uma figura inferior e submissa. Traços de sociedades intrinsecamente patriarcais, pelo qual o homem configurava-se como a figura autoritária e central. Entretanto, assim como a sociedade passou por uma reformulação, o papel da mulher também se alterou, distanciando-se cada vez mais da figura frágil e dependente dentro do âmbito familiar, recebendo algum respeito e espaço no ambiente social.

O século XX trouxe diversas mudanças para a sociedade, atualmente é lembrado como o momento chave no qual as mulheres ganharam uma maior visibilidade, lutaram pelos seus direitos, exigiram a igualdade de tratamento e de oportunidade e, a Comunidade Política Internacional, passou a tratar e reconhecer a discriminação entre homens e mulheres como uma problemática que deve ser enfrentada de uma maneira mais efetiva.

A Comunidade Europeia, por sua vez, ganhou forma e o conjunto de países que tinham como principal objetivo uma maior integração econômica e mercantil passaram a, cada vez mais, recepcionar alguns direitos sociais na matriz dos seus Tratados. É nesse contexto que a proibição da discriminação entre homens e mulheres foi recepcionada e gradualmente tendo o seu alcance ampliado.

Contudo, a discriminação ainda é latente, as mulheres sofrem constantemente com diversos estigmas e são vítimas de inúmeros estereótipos. Tratadas como cuidadora do lar, gênero frágil e instável, assim como, renegadas a um papel de coadjuvante. O que consequente, reflete em diversos setores da sociedade. No âmbito europeu atual, a percepção da mulher na economia, por exemplo, é inferior à do homem, estes compõem 78,3% das vagas em companhia, com cargos de chefia e diretoria, enquanto as mulheres apenas 21,7%. O mesmo ocorre na composição da mulher na política, no parlamento (mulheres 27,7% e homens 72,3%), nos ministérios (mulheres 26,8% e homens 73,2%), e em assembleias regionais (mulheres 28,0% e homens 72,0%).<sup>1</sup>

Desta forma, tanto na economia quanto na política, observar-se que a mulher ainda se encontra afastada de ofícios de maior destaque e de decisão, cargos que culturalmente costumam ser dominados pelo gênero masculino, se a discriminação ainda é latente, a desigualdade, por seu turno, segue presente. Evidenciando, assim, a importância de estudo

---

<sup>1</sup> Instituto Europeu para a Igualdade de Gênero. Breve Descrição. Lituânia. Pag 5. Disponível em: <<http://cite.gov.pt/pt/destaques/noticia579.html>>. Acesso: 20/03/2019.

da temática, tendo em vista não somente pela atualidade da matéria, mas, também, por ser uma problemática que até o momento encontra-se sem solução.

O trabalho em tela será desenvolvido, a partir de análise doutrinária, com interesse a debater o direito da União Europeia, principalmente relacionada aos direitos antidiscriminatório, em especial, a discriminação sofrida pelo gênero feminino. A pesquisa, fundamentar-se-á por meio de um compilado de livros, sítios da internet, artigos científicos e acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia, além de outros meios que forem necessários para a conclusão e fundamentação dessa abordagem.

Nesta perspectiva, o presente estudo tem por objetivo analisar o debate acerca da discriminação de gênero feminino no âmbito europeu, bem como, observar a forma como o tema é enfrentado pela normativa da União Europeia. Ou seja, apresentar os desígnios da União Europeia no reconhecimento, evolução e enfrentamento da temática. Desta forma, a primeira parte da pesquisa consiste em apresentar os conceitos de sexo e gênero, demonstrando a evolução desses preceitos, através do ponto de vista das principais autoras feministas, passando por Simone de Beauvoir, até ao estudo da pós-estruturalista Judith Butler.

Por seguinte, será abordado o conceito de igualdade, seja em seu caráter formal ou material e, ainda, à igualdade no âmbito dos debates acerca dos gêneros. Outrossim, o conceito de discriminação, seja em sua essência direta ou indireta, para que assim, possa contemplar a discriminação de gênero. Na parte final, será retratada a ótica das ações afirmativas e suas espécies, reconhecendo-as como uma das principais formas de combate à discriminação.

Em seguida, será realizada uma breve análise a respeito da evolução normativa da discriminação de gênero nos sistemas internacionais. Posteriormente, será debatido sobre a legislação e políticas atuais da União Europeia, fazendo uma evolução das principais alterações dos tratados em relação a matéria, do Tratado de Roma até o Tratado de Lisboa. Partindo das atuais normas, será e um laborado um breve estudo em relação a cada uma dessas legislações responsáveis por fundamentar diretrizes e ações efetivas. Ressaltando, os artigos constantes no Tratado da União Europeia, Tratado de Funcionamento da União Europeia e Carta de Direitos Fundamentais que respaldam o enfretamento da discriminação do gênero feminino. O último ponto da segunda parte, será evidenciado a forma como o Parlamento Europeu e a Comissão vêm tratando e reconhecendo a temática.

Na terceira e última parte, será produzida uma análise sobre a atuação e decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia em relação ao tema. Das inúmeras manifestações do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre a temática da discriminação e desigualdade de gênero, a discussão centrará, essencialmente, nos acórdãos que contemplaram as ações positivas como uma forma de combate à discriminação sofrida pelas mulheres.

O debate terá como base os Acórdãos Kalanke, Marschall, Badeck Abrahamsson e Lommers. Casos que contemplam as ações positivas atuando em conjunto com o princípio da igualdade entre os gêneros e direito antidiscriminatório. Decisões com uma mesma temática, mas que possibilitam um olhar crítico e diferenciado para cada situação, assim como, a investigação se houve ou não uma evolução de entendimento do respectivo Tribunal. Afinal, eram situações controversas e que provocaram algumas reações críticas, revelando aspectos contraditórios, bem como, a existência de problemas que não foram totalmente resolvidos.

Por fim, é oportuno pontuar que este é apenas um ensaio, uma abreviada abordagem geral que não tem por objetivo alcançar a complexidade de assuntos que envolvem os grandes temas que serão aqui abordados – a formação do gênero, desigualdade e discriminação de gênero, direitos sociais, ações afirmativas. Entretanto, na tentativa de contribuir para cada um desses, o estudo irá transcorrer na busca do fortalecimento da legislação antidiscriminatória e do direito das mulheres.

## 1. CONCEITOS INTRODUTÓRIOS

Antes de discorrer sobre a discriminação do gênero feminino no contexto do Direito da União Europeia, é de suma importância analisar e compreender alguns conceitos introdutórios. Primeiramente, será apresentado o conceito de gênero e as suas diferenças em relação a expressão sexo. Em seguida, será travado um debate sobre a definição e as dimensões de igualdade, seja em sua forma material ou formal, assim como, sobre a igualdade de gênero. Posteriormente, será desenvolvida a concepção de discriminação, seja ela direta, indireta ou a relação ao gênero feminino. Por fim, será evidenciado a noção de ação positiva, esta, como um mecanismo de enfrentamento da discriminação do gênero feminino.

### 1.1 SEXO E GÊNERO

O termo sexo poderá ser conceituado como uma dicotomia binária macho/fêmea, caracterizado pelo aparelho sexual que o indivíduo possui ao nascer, ou seja, trata-se de uma classificação representada por aspectos biológicos, em que dois grupos distintos, “sexo masculino” e “sexo feminino”, serão caracterizados de acordo com seus traços anatómicos fisiológicos<sup>2</sup>. Por sua vez, o gênero, não se encontra relacionado ao caráter biológico, mas sim, a um viés sociológico. Sendo observada a forma como o indivíduo sente-se pertencente perante sociedade, seja como parte do gênero feminino ou do gênero masculino.

O conceito de gênero nasceu em meio a um intenso debate gerado no campo do feminismo, que acabou por difundir-se de forma rápida no campo social, considerando a cronologia de alguns textos de referência, como o de Ann Oakley (1972) para a sociologia, o de Rhoda Unger (1979) para a psicologia social e a de Joan Scott (1988) para a história<sup>3</sup>. Imperioso ressaltar que o surgimento deste conceito, apresentou-se dentro de um contexto de mudança nas ciências sociais, considerando que a definição de sexo era constructo a explicar, ao invés de ser um fator explicativo. Por sua vez, o conceito de gênero passou a assumir papel de posicionar a questão de diferença dos sexos no âmbito sociológico, ou seja,

---

<sup>2</sup> OAKLEY, Ann. **Sex, Gender and Society**. 1973. 6ed. Inglaterra: Gower Publishing Company Limited. 1985. Pag. 19/20.

<sup>3</sup> AMÂNCIO, Lígia. **O gênero no discurso das ciências sociais**. *Análise Social*, vol. XXXVIII (168). 2003. pag. 687-714.  
Disponível em: <<http://análisesocial.ics.ul.pt/documentos/1218791078B9rDE5id4Po89MU8.pdf>>. Acesso em: 7. maio. 2018.

uma investigação social. Não mais, a um domínio da biologia, no qual o conceito apresentado pela expressão “sexo” propunha<sup>4</sup>.

Um das pioneiras neste debate, Joan Scott, preceitua que o gênero faz parte de uma investida das feministas do século XX, com a finalidade de reivindicar certo campo de definição para sublinhar a incapacidade das teorias existentes para explicar as persistentes desigualdades entre homens e mulheres. Considerou, ainda, que o termo “gênero” foi utilizado para designar as relações sociais entre os sexos e, o seu uso, rejeitaria explicitamente explicações biológicas - como aquelas capazes de encontrar um resultado único para diversas formas de subordinação feminina, no fato de que as mulheres têm a capacidade para dar à luz e de que os homens têm uma força muscular superior. Em contrapartida, a expressão “gênero” tornou-se uma forma de indicar “construções culturais” – a criação inteiramente social de ideias sobre os respectivos papéis dos homens e das mulheres<sup>5</sup>.

Neste campo de crescente mudança de paradigmas, Simone de Beauvoir, através de sua obra “O Segundo Sexo: fatos e mitos” - a luz de uma moral existencialista de luta pela liberdade individual - demonstrou a insuficiência na utilização do parâmetro biológico, psicanalítico e do materialismo histórico acerca da mulher. A citada autora ao proclamar a sua celebre frase “não se nasce uma mulher, torna-se uma mulher”<sup>6</sup>, evidenciou que o “ser mulher” era uma construção, seus costumes e seu modo de vida não se limitavam aos aspectos biológicos. Beauvoir, apresentou de maneira lúcida que os traços biológicos não seriam os responsáveis por explicar a complexidade de “ser mulher” ou “ser homem” - seja através dos óvulos ou da fisiologia.

Uma das pioneiras nos debates feministas a respeito da matéria, Ann Okley, em seu texto “Sex, Gender and Society” de 1972, considerou que o sexo estaria associado as diferenças anatomo-fisiológicas, enquanto o gênero, ao masculino e ao feminino, classificado de acordo com as construções sociais<sup>7</sup>. A citada autora feminista, foi uma das primeiras a

---

<sup>4</sup> AMÂNCIO, Lígia. O gênero no discurso das ciências sociais. *Análise Social*, vol. XXXVIII (168). 2003. pag. 687-714. Disponível em: <<http://analisocial.ics.ul.pt/documentos/1218791078B9rDE5id4Po89MU8.pdf>>. Acesso em: 7. maio. 2018.

<sup>5</sup> SCOTT, Joan Wallach. **Gênero: uma categoria útil de análise histórica**. Educação & Realidade. Porto Alegre, vol. 20, n. 2, jul./dez. 1995, pags. 71-99. Disponível em: <[https://archive.org/details/scott\\_gender](https://archive.org/details/scott_gender)>. Acesso em: 11. nov. 2018.

<sup>6</sup> DE BEAUVOIR, Simone. **O Segundo Sexo. Fatos e Mitos**. 4 ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970. P. 8

<sup>7</sup> OAKLEY, Ann. **Sex, Gender and Society**. 1973. 6ed. Inglaterra: Gower Publishing Company Limited. 1985. Pag. 19/20.

realizar uma ruptura dos conceitos, demonstrando que o sexo estaria relacionado a aspectos biológicos, enquanto o gênero relacionado as expressões sociais. Nesta mesma perspectiva, mas com um outro viés, Gayle Rubin, trouxe o termo gênero para os estudos antropológicos, defendendo que as opressões sofridas pelas mulheres estavam nos sistemas sociais e não na biologia.<sup>8</sup>

Em um contexto pós-moderno, alguns autores defendem a ideia de que tanto o termo “gênero” como a expressão “sexo” estariam relacionados as construções sociais, desconstruindo a compreensão de que o conceito de “sexo” seria estritamente ligado à natureza, a constituição orgânico/biológica. Defendendo esta perspectiva, encontra-se Judith Butler, conhecida filósofa pós-estruturalista estadunidense, uma das principais teóricas da questão contemporânea do feminismo, teoria *queer*, filosofia política e ética. Butler, fundamenta a sua teoria questionando se o termo “sexo” carrega consigo uma história por trás do seu conceito ou se é simplesmente um constructo dado, sem quaisquer questionamentos, em virtude de sua indiscutível materialidade<sup>9</sup>. Butler, procurou historicizar o corpo e o sexo, dissolvendo a dicotomia sexo x gênero.

A filósofa pós-estruturalista, questionou alguns pontos fundamentais da obra de Simone Beauvoir. Enquanto Beauvoir defendia que o “ser mulher” e o “ser homem” era uma construção social de cada indivíduo dentro da vida em sociedade e não um dado imutável, com um destino traçado pela biologia. Butler, por sua vez, argumentava que essa “construção social” também seria um dado imutável com um destino já traçado, enquanto o sexo o destino seria a biologia, o gênero teria o seu destino baseado na cultura. Assim, para Butler, argumentar que “ser mulher” é uma construção incorreria em uma falácia, pois nada mais séria do que uma prescrição dada pela própria sociedade, podendo não ter mais ares de dado biológico, mas, sim, um contorno cultural. Ademais, a filósofa questiona o mecanismo da construção social, preceituando que muitas autoras feministas falaram sobre uma “construção”, contudo, em nenhum momento explicaram como ela ocorre<sup>10</sup>.

O ponto central de Butler é demonstrar que assim como o sexo foi criado culturalmente na tentativa de explicar as formas de poderes e a divisão dos sexos, o gênero

---

<sup>8</sup>RUBIN, Gayle S. **O Tráfico de Mulheres**. *Gayle Rubin: Políticas do Sexo*. Coleção Argonautas pag.20. Disponível em: <[http://cdn.ubueditora.com.br/trechos/políticas\\_dosexo.pdf](http://cdn.ubueditora.com.br/trechos/políticas_dosexo.pdf)>. Acesso: 2/01/2019.

<sup>9</sup> BUTLER, Judith. **Problemas de Gênero: Feminismo e Subversão de Identidade**. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. Pag. 20-25.

<sup>10</sup> BUTLER, Judith. **Problemas de Gênero: Feminismo e Subversão de Identidade**. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. Pag. 20-25.

também foi. Com gênero, apenas se acreditou que o determinismo não era biológico, mas, sim, cultural, uma autonomia entre os seres para que eles tivessem uma escolha, de qual seria o seu papel na sociedade. De certo modo, mesmo culturalmente, o gênero também apresenta traços de um determinismo, até porque a sociedade deixa bem claro os papéis sociais do gênero masculino e do gênero feminino.

No contexto da União Europeia, o Glossário de Termos para a Igualdade de Gênero apresenta a seguinte conceituação de gênero: “refere-se as diferenças entre homens e mulheres que foram aprendidas, são mutáveis ao longo do tempo e tem grandes variações dentro e entre culturas”<sup>11</sup> O conceito utilizado na União Europeia muito se assemelha ao preceito apresentado pelas autoras feministas citadas anteriormente, pois é tratado não como um conceito estático, mas que admite uma variação e, essa variação, traduz os debates sociológicos, em que a pessoa e a forma como ela se sente perante a sociedade são considerados. O que é bastante divergente, por exemplo, do conceito de sexo, termo que contempla um fator imutável para conceituar a dicotomia fêmea e macho.

Oportuno destacar a importância de estudar e entender os conceitos de gênero e sexo, principalmente, ao observar o papel essencial que os debates feministas trouxeram para a evolução acerca da temática. Considerando que anteriormente os debates restringiam-se ao simples domínio da biologia, esta, responsável não apenas por explicar as diferenças entre os sexos, mas também, para o estudo das desigualdades entre eles. Contudo, a partir das discussões travadas no âmbito feminista, a investigação passou a ser mais voltada para o campo social, alargando o debate sobre o tema.

Explicações biológicas acerca da desigualdade e discriminação de gênero, por exemplo, passaram a não ser uma verdade absoluta, assim como, não é mais crível e nem aceito que a biologia explique o papel da mulher na sociedade e porque por tantos séculos foi subjugada e tratada de forma inferior.

## 1.2 IGUALDADE

O estudo sobre a igualdade, bem como, o seu conceito, não são um consenso universal, inúmeros autores em diferentes momentos a contemplaram de diversas formas,

---

<sup>11</sup> Instituto Português de Apoio e Desenvolvimento (2012): **Estratégia da Cooperação Portuguesa Para a Igualdade de Gênero**. Pag. 55.  
Disponível em: <<http://www.institutocamoes.pt/images/cooperacao/estrategiacpigualdadegenero.pdf>>  
Visualização: 22/03/2019

cada um visualizando de acordo com o contexto de sua época. Desta maneira, é de suma importância realizar um breve retrospecto para compreender a sua evolução.

A igualdade como um ideal teve o seu surgimento com os pensamentos de Sólon, mas apenas em Platão que se pode reconhecer os primeiros ensinamentos sobre o tema, tendo como destaque a sua obra República, em que defendia a igualdade de oportunidades, preceituando que deveriam ser concedidas chances iguais a crianças virtuosas e talentosas para que pudessem transpor as desigualdades sociais. E na sua obra “Leis” também tratou do tema, mas alertando que ao se conceder a igualdade para coisas desiguais o resultado será desigual.<sup>12</sup>

Aristóteles, por sua vez, defendia que a igualdade deveria ser contemplada de forma proporcional, pois considerava que cada indivíduo era detentor de uma particularidade, sem que houvesse um outro ser igual. Assim, não havendo uma igualdade entre as pessoas devido a sua individualidade não haveria como impor para todos os mesmos direitos e merecimentos<sup>13</sup>

Apenas nos séculos XVII e XVIII a igualdade ganhou uma maior relevância, quando passou a ser considerada uma das bases do regime democrático e parte indissociável do que se entendia por justiça. Isto tudo, porque, após o período da idade média, com o surgimento dos Estados Nacionais, a adoção do sistema mercantilista, a ascendência da burguesia, fez-se prosperar ideologias contrárias ao antigo regime e surgindo cada mais vez os ideais iluministas, florescendo novos pensamentos acerca da igualdade. A busca nesse período, era de uma igualdade legal para todos, um meio de acabar com os privilégios da antiga classe dominante<sup>14</sup>. Era um momento em que a positivação da igualdade estava latente. Como bem pontua Fernandes:

“A partir de então, observamos a positivação do princípio da igualdade nos diversos textos constitucionais, que passaram inicialmente para as constituições americanas (Estados Unidos, Carolina do Norte,

---

<sup>12</sup> FERNANDES, Lilian Maria de Oliveira. **Ações Afirmativas como Políticas de Promoção da Igualdade e Combate à Discriminação e Violência Contra a Mulher**. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade de Coimbra. Coimbra. 2012. Pag. 15

<sup>13</sup> ALBUQUERQUE, Martim. **Da Igualdade: Introdução a jurisprudência**. Coimbra: Almedina. 1993. Págs. 13/14

<sup>14</sup> FERNANDES, Lilian Maria de Oliveira. **Ações Afirmativas como Políticas de Promoção da Igualdade e Combate à Discriminação e Violência Contra a Mulher**. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade de Coimbra. Coimbra. 2012. Pag. 17.

Massachusetts), continuando a se desenvolver nas diversas declarações de direito e constituições francesas do século XVIII e início do século XIX”<sup>15</sup>

Com o passar dos anos e com a chegada do Estado Social, tornava-se mais nítido que uma igualdade simplesmente formal não teria a maestria de efetivar os valores sociais, assim como, não seria suficiente para garantir os direitos das minorias, que mesmo detentores de direitos “iguais” não conseguiam exercer suas prerrogativas de forma concreta, tendo em vista que as suas diferenças ainda os inferiorizava.

O advento do século XX, foi fundamental para se vislumbrar uma maior garantia dos direitos fundamentais, destinados aos indivíduos sem qualquer distinção e tendo como percussor a não discriminação. A igualdade passa a buscar uma verdadeira aplicação material, em que todos os sujeitos passariam a ser tratados de maneira individual, podendo ser até mesmo de forma desigual, considerando a peculiaridade de cada um dentro da sociedade.<sup>16</sup>

Neste mesmo momento, a noção de igualdade constituiu um valor central no Direito Constitucional contemporâneo<sup>17</sup> e - como bem pontua o professor Canotilho - a igualdade passou a ser um dos princípios estruturantes do sistema constitucionalista global, em que se conjuga dialeticamente com as dimensões liberais, democráticas e sociais inerentes ao conceito de Estado Democrático de Direito e Social<sup>18</sup>.

### 1.2.1 Igualdade Formal e Material

A noção atual de igualdade formal e material, foi uma oportuna contribuição das ideias de Platão. O respectivo pensador, designava a primeira como igualdade aritmética e a segunda como uma igualdade proporcional. A igualdade formal teria uma forma aritmética, exata, estrita, numérica, abstrata; sendo reconhecida como a distribuição de bens a pessoas de forma matemática. Aristóteles, por sua vez, distinguiu a percepção de igualdade em duas, uma com um viés mais formal/numérica e outra fundada do mérito<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> FERNANDES, Lilian Maria de Oliveira. **Ações Afirmativas como Políticas de Promoção da Igualdade e Combate à Discriminação e Violência Contra a Mulher**. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade de Coimbra. Coimbra. 2012. Pag. 18.

<sup>16</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores. 2005. Pag. 216

<sup>17</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI Luiz Guilherme; MITIDIERO Daniel. **Curso de Direito Constitucional** 7. Ed São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Pag. 614.

<sup>18</sup> CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª Edição, Edições Almedina, 1997. Pag. 426.

<sup>19</sup> RAPOSO, Vera Lucia. **O poder de Eva**. Coimbra: Almedina. 2004. Pag. 248.

O liberalismo tomou a igualdade formal como seu lema, deixando claro que todos os indivíduos eram iguais perante a lei, não havendo brechas para qualquer distorção e ressalvas. Ou seja, todos os titulares teriam os mesmos direitos, sem que a legislação introduzisse qualquer diferenciação entre as pessoas<sup>20</sup>.

Nesta senda, a igualdade de cunho formal, corresponde a uma noção de que todos os homens são iguais, no sentido de uma igualdade absoluta em termos jurídicos, correspondendo ao direito de que toda e qualquer pessoa se encontra sujeita ao mesmo tratamento previsto na lei, independente do conteúdo do tratamento dispensado e das condições e circunstâncias pessoais. Por este motivo, a igualdade, de certo modo corresponderia a exigência de generalidade e prevalência da lei, típicas de um Estado Constitucional de matriz liberal<sup>21</sup>.

O professor Celso Antônio Bandeira de Melo, defende que a citada igualdade não possui apenas a finalidade de equiparar os sujeitos de direito perante a norma, bem como, para o próprio legislador. Ou seja, não é unicamente perante a lei que se equiparam os indivíduos, mas, a sua própria criação é sujeita ao dever de respeitar os parâmetros equânimes.<sup>22</sup>

Ao se utilizar de preceitos da igualdade formal, a legislação, deverá ter a sua leitura realizada de maneira uniforme, não sendo utilizado qualquer tratamento desigual aos iguais – salvo se a própria lei estabeleça critérios para um eventual tratamento diferenciado. Nesta perspectiva, homens e mulheres, por exemplo, teriam os mesmos direitos e a aplicação das normas seriam idênticas.

Apesar da igualdade meramente normativa apresentar falhas de efetividade, não se pode deixar de reconhecer que com o advento desta, houve um grande impulso para a consagração de novas liberdades, outrossim, foi uma forma de reação e resposta aos excessos do regime absolutista, na tentativa de impor controle e limites à abusiva atuação do Estado<sup>23</sup>.

A igualdade apenas formal não foi e nem é capaz de atender de forma concreta os valores sociais, assim como, não considera que as diferenças são o apanágio do gênero humano – uns são altos, outros baixos, uns são magros outros gordos, e assim por diante. Os

---

<sup>20</sup> RAPOSO, Vera Lucia. **O poder de Eva**. Coimbra: Almedina. 2004. Pag. 249.

<sup>21</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI Luiz Guilherme; MITIDIERO Daniel. **Curso de Direito Constitucional** 7. Ed São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Pag. 618.

<sup>22</sup> MELLO, Celso Antônio de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ed. São Paulo: Malheiros Editores. Pag. 4.

<sup>23</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Pag. 230

seres humanos não são bens produzidos em larga escala com simetria absoluta de características.<sup>24</sup> Do mesmo modo que a história e a sociedade não ampararam da mesma maneira certos grupos, como as mulheres, inferiorizadas e tratadas com discriminação em relação ao homem - privilegiados pela sociedade; os negros em relação aos brancos; os de classe mais baixa em relação aos de classe mais altas. Minorias que foram renegadas pelo direito e sociedade. É neste contexto que surge a necessidade de se consagrar uma forma de igualdade que reconheça todos os grupos sociais, encarando-os de uma maneira individual, vislumbrando a suas peculiaridades e as desigualdades que enfrentaram ao longo da história.

Se em um primeiro momento o Estado era marcado por ter tendência liberais e a norma por seu caráter formal e geral, em um outro momento, o Estado social passou a ter em suas constituições uma maior ênfase nos direitos tidos como sociais, tais como a educação, saúde, emprego e assistência social. Com a finalidade de concretizar uma forma mais ampla e substancial de igualdade. O Estado, por sua vez, assumiria o papel de garantidor e incentivador da consolidação de uma real e efetiva igualdade para os indivíduos.

A igualdade material, desta maneira, demonstra que todos os sujeitos devem ser tratados de forma individualizada podendo ser de forma desigual, à medida de sua desigualdade - sempre observado a peculiaridade de cada grupo dentro do ambiente social. Oportuno destacar que esse tratamento, apesar de ser diferenciado, deve ter respaldado em disposições legais e um motivo justificador, para que essa igualdade não se transforme em uma desigualdade de tratamento arbitrária<sup>25</sup>. Para que não haja a violação de uma igualdade jurídica, Canotilho<sup>26</sup> apresenta critérios que deverão ser observados: a) fundamento sério; b) sentido legítimo; c) estabelecer diferenciação jurídica com um fundamento razoável.

Por sua vez, Agra preceitua que para que as discriminações sejam condizentes com a igualdade são necessários observar quatro requisitos: a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto um só sujeito; b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, ou seja, possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados; c) que exista uma simetria entre o fator de discriminação e a diferenciação produzida pelo dispositivo jurídico; d) que o resultado produzido pela

---

<sup>24</sup> AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Pag. 210.

<sup>25</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI Luiz Guilherme; MITIDIERO Daniel. **Curso de Direito Constitucional** 7. Ed São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Pag. 619.

<sup>26</sup> CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª Edição, Edições Almedina, 1997. Pag. 429.

discriminação seja adequável aos interesses constitucionais protegidos, adequando-se ao caráter sistêmico do ordenamento jurídico<sup>27</sup>.

Desta maneira, não há violação do princípio da igualdade quando o ordenamento jurídico realiza distinções a grupos de pessoas em determinadas situações, tratando de conferir a elas tratamento diferenciado - desde que haja um motivo devidamente justificado e a proporcionalidade adequada com os diferentes contextos que cada indivíduo vive.

Assim, não incorreria, por exemplo, em violação a igualdade, se uma determinada norma jurídica realizasse uma ação afirmativa para com os direitos das mulheres. Se há séculos o gênero era razão discriminante e justificada para excluir metade dos seres humanos da maior parte das esferas da vida, hoje este critério não poderá ser um elemento utilizado para desfavorecer as mulheres. Contudo, poderá ser um elemento relevante para conferir um tratamento mais vantajoso que contrapese as discriminações prévias<sup>28</sup>. Até mesmo porque, tem como um de seus fundamentos uma reparação história que até hoje tem consequências no contexto social, seja na vida pública ou privada.

### 1.2.2 (Des) Igualdade de Gênero

A igualdade de gêneros pode ser conceituada como: “igualdade entre homens e mulheres que corresponde a ausência de simetrias entre umas e os outros, em todos os indicadores relativos a organização social, ao exercício de direitos e de responsabilidades, a autonomia individual e ao bem-estar”<sup>29</sup>, assim como, “uma igual visibilidade, empoderamento e participação de ambos os sexos em todas as esferas da vida pública e da vida privada”<sup>30</sup>

Sobre o tema, Manoela Silva pontua que a noção de igualdade entre homens e mulheres não apaga o reconhecimento das diferenças inerentes ao gênero, mas a reconhece e as valoriza, considerando que na complementariedade dos gêneros, reside um fator positivo do desenvolvimento humano e sustentado nas sociedades. A autora ainda defende que a igualdade de gênero implica para as mulheres que lhes seja conferido poderes suficientes para terem real capacidade de se afirmar na sociedade, em paralelo aos homens, os seus

---

<sup>27</sup> AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Pag. 211.

<sup>28</sup> RAPOSO, Vera Lucia. **O poder de Eva**. Coimbra: Almedina. 2004. Pag. 250.

<sup>29</sup> Comissão para igualdade no trabalho e no emprego. **Manual de formação de formadores/as em igualdades entre homens e mulheres**. Lisboa. 2003. Pag 303

<sup>30</sup> Comissão para a Igualdade e os Direitos das Mulheres. **A Abordagem Integrada de Igualdade de Gênero. Lisboa – “mainstreaming”**. Lisboa. CIDM: PCM. Agenda Global número 5. 1999.pag. 13

valores específicos e interesses próprios<sup>31</sup> e contribuirão, assim, para o desenvolvimento humano e social da sociedade na qual fazem parte<sup>32</sup>.

A Comissão Europeia concebe essa igualdade em um duplo sentido, primeiramente compreendendo como um Direito universal, em que todos enquanto seres humanos, independente dos papéis atribuídos a cada um, desenvolvem as suas capacidades e as suas opções. Por um outro lado, considera os que os comportamentos, aspirações e necessidades tanto de homens como de mulheres são contemplados e valorizados em pé de igualdade, conduzindo, assim, a uma paridade entre os gêneros nas diversas esferas da vida<sup>33</sup>.

A igualdade não está exclusivamente adstrita a sua dimensão formal - como visto no tópico anterior – mas, também, deve ser trabalhada de acordo com a sua dimensão material. Especialmente, porque corresponde a um modelo de igualdade que tentar alcançar minorias, que durante séculos anos não desfrutaram de uma efetiva participação na sociedade e os seus direitos não foram devidamente reconhecidos, como no caso do gênero feminino, que por muitos anos não tiveram a igualdade de oportunidades<sup>34</sup> e de direitos efetivada. Tendo o Estado através de algumas medidas realizar e contemplar a igualdade material em favor do gênero feminino.

---

<sup>31</sup> Sobre este ponto é interessante observar que a desigualdade de gênero, por vezes, faz com que a mulher nem ao menos participe de decisões que tenham a ver com a sua própria vida em sociedade. Seja no ambiente privado, em seus lares com a figura central e autoritária de maridos ou genitores que costumavam ter o poder de designar os rumos da vida familiar. Ou no setor público, em que direitos e garantias das mulheres estão nas mãos do poder público, composto majoritariamente por homens. Para se ter uma noção a participação das mulheres na política apresenta índices extremamente baixos, seja no parlamento, mulheres 27,7% e homens 72,3%; nos ministérios, mulheres 26,8% e homens 73,2%, e em assembleias regionais mulheres 28,0% e homens 72,0%. Restando assim claro que a participação da mulher é de suma importância, pois é necessário que façam parte do ambiente de decisões e desígnios da vida em sociedade, vida esta que também fazem parte, mas que por muitos anos não foram ouvidas.

Fonte: EIGE, Gender Statistics Database, WMID, 2014-2015-2016. EIGE's calculation. EIGE, Gender Statistics Database, WMID, Regional assembly 2014-2015-2016. Local level politics 2015. EIGE's calculation, Disponível em: < <https://eige.europa.eu/gender-equality-index/2015/domain/power>>

<sup>32</sup> SILVA, Manuela. **A Igualdade de Gênero: Caminhos e Atalhos Para uma Sociedade Inclusiva**. Lisboa. Cadernos Condição Feminina. 1998. Pag. 16.

<sup>33</sup> RATO, Helena, et all, **Promoção da Igualdade de Gênero**, Volume I - Promoção da Igualdade de Gênero pelas Organizações Internacionais, Cadernos INA, Nº 20, Oeiras:INA. 2005. Pag. 19.

<sup>34</sup> A ideia de igualdade não deve encontra-se adstrita apenas a diferenciação de igualdade formal e material. Devendo ser encarada como um princípio que visa a justiça social. É neste sentido que se consagra a igualdade de oportunidades, fundamentada na noção de que em uma vida em sociedade todos os indivíduos precisam ter as mesmas possibilidades de acesso aos níveis mais básicos de bem estar social. Canotilho, assevera que: “a respectiva igualdade relaciona-se, por uma lado, com uma política de justiça social e com a efetivação de imposições constitucionais relacionadas a efetivação de direitos econômicos, sociais e culturais. Por um outro ângulo, ela é inerente a própria compressão de igual dignidade social, funcionando não somente como fundamento antropológico-axiológico contra discriminações, outrossim, como princípio jurídico-constitucional impositivo de compensação de desigualdade de oportunidades e como princípio sancionador de violações da igualdade por comportamentos omissivos”. (CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª Edição, Edições Almedina, 1997. Pag. 430.)

No Brasil, há o exemplo de inclusão da mulher na política pela Lei nº 12.034, que instituiu a regra de distribuição de vagas por gênero feita pelos partidos ou coligações, preenchendo o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo. Nesse mesmo sentido, a Lei nº 12.891 de 2013 introduziu o art. 93-A<sup>35</sup> na Lei das Eleições, o qual prevê que o Tribunal Superior Eleitoral poderá promover, nos anos eleitorais, propaganda institucional, em rádio e televisão, destinada a incentivar a igualdade de gênero e a participação feminina na política. Mas apenas com a minirreforma eleitoral de 2015, com a Lei nº 13.165, que a promoção da participação da mulher na política passou a ser obrigatória, assim como o tempo mínimo de participação da mulher na propaganda partidária foi alterado de 10% para 15%<sup>36</sup>.

Em um contexto europeu, a Bélgica, no ano de 1994, passou a prevê pela lei conhecida como *Smets – Tobback* modificações na legislação eleitoral visando uma participação equilibrada de homens e mulheres nas listas eleitorais. A normativa passou a impor uma porcentagem mínima de candidatos de cada gênero: entre os anos de 1996 e 1999 a cota fixou-se nos 25%, após essa data aumentou para 33,3%, tratando-se de 1/3 dos candidatos de cada eleição passariam ser mulheres. A respectiva porcentagem é calculada de acordo com o número máximo de deputadas que podem ser apresentados em determinada lista, e não em função do número de candidatos que efetivamente apresentados. De modo que existe a possibilidade de entregar uma lista incompleta, onde todos os candidatos sejam do mesmo gênero, e ainda sim respeitar a lei.

Não é apenas em um contexto nacional que ocorre um enfrentamento a desigualdade de gênero, no escopo da União Europeia, também há tutelas e formas de combate a esse fenômeno. Tratando de frente o tema e o reconhecendo como uma problemática atual dos países europeus. Tema esse que será abordado no próximo capítulo.

Apesar da igualdade de gênero ter ganho um destaque com o passar dos anos, ela ainda carece de um maior amparo, por esse motivo é necessário que cada vez mais haja a consagração de legislações e políticas públicas que atendam e contemplem uma igualdade mais substancial.

---

<sup>35</sup> Art. 93-A. O Tribunal Superior Eleitoral, no período compreendido entre 1º de abril e 30 de julho dos anos eleitorais, promoverá, em até cinco minutos diários, contínuos ou não, requisitados às emissoras de rádio e televisão, propaganda institucional, em rádio e televisão, destinada a incentivar a participação feminina, dos jovens e da comunidade negra na política, bem como a esclarecer os cidadãos sobre as regras e o funcionamento do sistema eleitoral brasileiro.

<sup>36</sup> AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Pag. 213.

E cada vez mais demonstrar e fazer entender que a igualdade de gênero significa, portanto, acesso a iguais oportunidades entre mulheres e homens para fazer escolhas, para ascender aos recursos, aos direitos e ao poder, e para participar de forma plena na vida econômica, política, social e cultural das comunidades, nações e regiões. Nesse sentido, a igualdade de gênero implica alterações nas relações sociais e de poder, bem como, mudanças estruturais nas práticas institucionais formais através das quais as disparidades e discriminações são perpetuadas. Requer igualmente uma voz forte por parte das mulheres na configuração das sociedades em que se inserem e uma reflexão sobre a visibilidade da participação de homens nas esferas da vida familiar/privada e não apenas nas dimensões políticas/governamentais<sup>37</sup>.

A mulher precisa ganhar mais destaque e entender que o seu lugar não é de mera coadjuvante na vida em sociedade. Assim, aos poucos a igualdade formal vai se transformando em uma igualdade de fato, mas que ainda tem um longo caminho para percorrer, pois a desigualdade ainda persiste e tem raízes mais profundas do que aparentemente se demonstra, pois se a desigualdade ainda é persistente é porque a discriminação ainda é latente.

### 1.3 DISCRIMINAÇÃO

Em seu sentido primário, discriminar significa distinguir ou diferenciar de um modo neutro. Contudo, pode também - principalmente no discurso político - ser empregada dentro de conotações depreciativas relacionadas a expressões como “preconceito”, “favoritismo” e “intolerância”. No último caso, a expressão “discriminar” passa a ter um significado negativo, por enunciar um tratamento de inferioridade empregado com base em fatores irrelevantes<sup>38</sup>.

Sierra Hernaiz, preceitua que a discriminação pode ser entendida como um tratamento sistematicamente pejorativo em relação a determinado indivíduo ou um grupo, baseado em condições pessoais ou familiares, sobre aqueles que não têm faculdade de

---

<sup>37</sup> Instituto português de apoio de desenvolvimento (2012): **Estratégia da Cooperação Portuguesa Para a Igualdade de Gênero**. Pag. 8.

Disponível em: < <http://www.institutocamoes.pt/images/cooperacao/estrategiacpigualdadegenero.pdf>.>  
Visualização: 10/01/2019

<sup>38</sup> RAPOSO, Vera Lucia. **O poder de Eva**. Coimbra: Almedina. 2004. Pag. 297

escolhas ou por exercício de direitos elementares<sup>39</sup>. De forma geral, discriminar significa diferenciar, todavia, diferenciar com uma conotação negativa, de um modo que discriminar é algo depreciativo, implicando em um tratamento segregador, seja para excluir ou inferiorizar. Ademais, trata-se de um conceito bastante flexível e mutável, já que pode variar ou desenvolver diacrônica ou sincronicamente<sup>40</sup>.

A primeira definição de “discriminação” fornecida por um texto internacional foi apresentada pela Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Em seu artigo 1º, a discriminação (racial) foi enunciada como toda distinção, restrição, exclusão ou preferência fundada na raça, na cor, na ascendência, na origem nacional ou étnica, que tenha por objetivo ou por feito a destruição ou o comprometimento de reconhecimento, gozo ou exercícios de direito do homem e das liberdades fundamentais em condição de igualdade<sup>41</sup>.

Deve ser destacado que há uma intrínseca relação entre os conceitos de igualdade e discriminação, isto porque, a primeira traduz um reconhecimento de uma mesma medida de dignidade humana para todos os sujeitos; por seu turno, a discriminação ao realizar uma distinção de forma injusta para uma relação de determinados indivíduos e grupos, considerando-os não apenas as diferenças mas também os tratando de forma inferior, seja por motivo de religião, raça, sexualidade, gênero, passa a ser um grande obstáculo para que essa dignidade seja alcançada.<sup>42</sup> Sobre a citada relação Flavia Piovesan faz a seguinte análise:

“Com efeito, a igualdade e a discriminação pairam sob o binômio inclusão-exclusão. Enquanto a igualdade pressupõe formas de inclusão social, a discriminação implica a violenta exclusão e intolerância à diferença e diversidade<sup>43</sup> (...)”

Desta maneira, por muitas vezes a própria discriminação tem o condão de aumentar os índices de desigualdade. Um grande exemplo desta afirmação pode ser constatado na baixa participação das mulheres em cargos mais altos e no poder de decisão de grandes

---

<sup>39</sup> SIERRA HERNAIZ, E. **Acción Positiva y Empleo de la Mujer**, Colección de Estudios No. 82, CES, Madrid, 1999. Pag.12.

<sup>40</sup> RAPOSO, Vera Lucia. **O poder de Eva**. Coimbra: Almedina. 2004. Pag. 297

<sup>41</sup> RAPOSO, Vera Lucia. **O poder de Eva**. Coimbra: Almedina. 2004. Pag. 298

<sup>42</sup> BALLESTEROS MORENO, Maria Costanza. **La Igualdad entre hombres y mujeres em la tomada de decisiones em la Unión Europea**. Tese de Doutoramento (Intstituto de Direitos Humanos). Universidade Carlos III. Madrid. 2015. Pag. 24.

<sup>43</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Pag. 232

empresas. O último relatório do Instituto Europeu para a Igualdade de Género, denominado “As mulheres e os meios de comunicação social — Promover a igualdade de género no processo decisório ao nível das organizações de meios de comunicação”, concluiu que o setor em ainda é dominado pelo género masculino e que a porcentagem de mulheres envolvidas na tomada de decisões continua a ser extremamente baixa, apesar do género feminino constituir quase metade da força de trabalho existente e representar um grande número de qualificação superior adequada a carreiras ligadas aos meios de comunicação social<sup>44</sup>.

Uma das explicações para esse fenómeno é a discriminação que o género feminino sofre no mercado de trabalho, seja porque ainda é considerado o género frágil (com estereótipos de sensível, estressada, mais instável que homem etc.), por ter o “risco” de engravidar ou ter a sua imagem vinculada aos afazeres domésticos. Assim, com a discriminação sofrida pelo fato de pertencer ao género feminino é grande, a desigualdade na esfera laboral ainda se mostra existente dentro da sociedade.

A respeito da relação entre desigualdade e discriminação, Rodríguez Piñero e Fernández López preceituam:

“Es decir, el concepto <<discriminación>> ya no se considera sinónimo del genérico de mera diferencia o distinción de trato, sino que se califica en doble sentido: en primer lugar, con relación al criterio de distinción, relativo a la consideración del individuo como perteneciente a un grupo o categoría particular, en razón de lo cual se le <<discrimina>>, y, en segundo lugar, que tal distinción coloca a ese individuo o grupo en una situación adversa o peyorativa, lo que supone una negación del principio de igualdad y, por ello, una afrenta a la propia dignidad humana<sup>45</sup>.”

Oportuno ressaltar que a discriminação pode ocorrer de várias formas, seja aplicando normas diferentes em situações iguais ou aplicando normas iguais em situações diferentes<sup>46</sup>. Isto porque, em todos esses cenários, há um tratamento injusto e injustificado para tratar pessoas, seja com um fundamento embasado no género, na classe social, na religião, etnia e raça.

---

<sup>44</sup> Instituto Europeu para a Igualdade de Género. Breve descrição. Lituânia. Pag 5. Disponível em: <http://cite.gov.pt/pt/destaques/noticia579.html>. Acesso: 20/03/2018

<sup>45</sup> RODRÍGUEZ PIÑERO, M. Y FERNÁNDEZ LOPEZ, M. **Igualdad y discriminación**, Tecnos. Madrid. 1986. Pag. 92.

<sup>46</sup>BALLESTEROS MORENO, Maria Costanza. **La Igualdad entre hombres y mujeres em la tomada de decisiones em la Unión Europea**. Tese de Doutoramento (Intsituto de Direitos Humanos). Universidade Carlos III. Madrid. 2015. Pag. 27.

### 1.3.1 Direta e Indireta

Nos estudos e debates sobre a discriminação, a doutrina apresenta algumas classificações, dentre as quais, salienta-se a discriminação direta e indireta, a grupal e individual, e deliberada e a inconsciente. Na esfera das diversas classificações, a que será melhor analisada no presente trabalho será a discriminação direta e indireta, por se tratar de uma classificação presente nos documentos da União Europeia, o foco central desta pesquisa.

Há de se falar em discriminação direta quando uma norma cria diferenciações com base em critérios proibidos, acabando por produzir um resultado discriminatório<sup>47</sup>. A Diretiva 2006/54/CE<sup>48</sup> do Parlamento Europeu e do Conselho de 5 de julho de 2006, relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à atividade profissional, define a discriminação direta como “sempre que, em razão do sexo, uma pessoa seja sujeita a tratamento menos favorável que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável”<sup>49</sup>

A discriminação direta pode ocorrer com base em diversos fundamentos e critérios em que a sua consequência será um tratamento discriminatório. Um desses critérios pode ser evidenciado em relação ao gênero e, quando se fala nesta forma de discriminação direta, o gênero passa ser o critério determinante para que haja um tratamento diferenciado e/ou lesivo para o indivíduo que pertence a um determinado gênero, o que é vedado por diversos ordenamentos jurídicos.

Contudo, a nível de União Europeia, há exceções a essa regra, situação em que um sujeito pertencente a um dos gêneros pode alterar essa igualdade de tratamento. Segundo o artigo 14º da Diretiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 5 de julho de 2006, os Estados Membros podem prever, em relação ao acesso ao emprego, uma

---

<sup>47</sup> RAPOSO, Vera Lucia. **O poder de Eva**. Coimbra: Almedina. 2004. Pag. 301

<sup>48</sup> Sierra Hernáiz, chama atenção para o fato de que no ordenamento jurídico espanhol no artigo 6 da lei orgânica 3/2007 de 22 de março, para a igualdade efetiva de homens e mulheres, delimita o mesmo conceito empregado na Diretiva Comunitária. A professora, também destaca, o importante papel da jurisprudência comunitária sobre a matéria, seja por se encarregar de delimitar um conceito, pela aprovação da respectiva normativa, assim como, por influenciar diversos ordenamentos nacionais em relação a temática. (SIERRA HERNAIZ, E. *Acción positiva y empleo de la mujer*, Colección de Estudios No. 82, CES, Madrid, 1999)

<sup>49</sup> Art. 14.2 da Diretiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2006. (D.O. L. 204 do 26/07/2006 pag. 30)

diferenciação de tratamento baseada no sexo, baseada na natureza das atividades profissionais específicas em causa ou do contexto da sua execução, essa característica constitua um requisito genuíno e determinante para o exercício da atividade profissional, na condição do seu objetivo legítimo e o requisito proporcional<sup>50</sup>.

Por seu turno, há também normas que empregando critérios aparentemente neutros, mas que tem por consequência a produção de resultados que afetam de forma especialmente desfavorável a um determinado grupo de indivíduos. De uma forma geral, a normativa legal irá prever determinada exigência, obstáculo ou proibição, aparentemente aplicável a todos, indiscriminadamente. Ocorre que emergem grupos que de pronto estão inibidos de satisfazer a exigência, ultrapassar os obstáculos ou evitar a proibição. Tais legislações vêm carregadas da chamada discriminação indireta, esta forma de discriminação, pode ser definida como uma situação de desfavor decorrente da pertença a um determinado grupo, que deriva não de atos deliberadamente discriminatórios, mas, de complexas conjunturas sociais, históricas, econômicas e culturais, que refletem de maneira negativa sobre o direito do indivíduo considerado.<sup>51</sup>

A Diretiva 2006/54/CE<sup>52</sup> do Parlamento Europeu e do Conselho de 5 de julho de 2006, apresenta o seguinte conceito de discriminação indireta “sempre que uma disposição, critério ou prática, aparentemente neutro, seja suscetível de colocar pessoas de um determinado sexo em uma situação de desvantagem comparativamente com pessoas do outro sexo, a não ser que essa disposição, critério ou prática seja objetivamente justificado por um objetivo legítimo e que os meios para o alcançar sejam adequados e necessários”

Para Rey Martínez, ao que tange a discriminação indireta, quando há o critério de gênero utilizado como fundamento da discriminação, ela é encontrada nos tratamentos jurídicos formalmente neutros ou não discriminatórios, que derivam diversas vezes de condições factuais que ocorrem entre os grupos de homens e de mulheres em situações semelhantes, mas com consequências desiguais prejudiciais pelo impacto diferenciado e

---

<sup>50</sup> Art. 14.2 da Diretiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2006. (D.O. L. 204 do 26/07/2006 pag. 30)

<sup>51</sup> RAPOSO, Vera Lucia. **O poder de Eva**. Coimbra: Almedina. 2004. Pag. 301

<sup>52</sup> Sierra Hernáiz, chama atenção para o fato de que no ordenamento jurídico espanhol no artigo 6 da lei orgânica 3/2007 de 22 de março, para a igualdade efetiva de homens e mulheres, delimita o mesmo conceito empregado na Diretiva Comunitária. A professora, também destaca, o importante papel da jurisprudência comunitária sobre a matéria, seja por se encarregar de delimitar um conceito, pela aprovação da respectiva normativa, assim como, por influenciar diversos ordenamentos nacionais em relação a temática. (SIERRA HERNAIZ, E. **Acción positiva y empleo de la mujer**, Colección de Estudios No. 82, CES, Madrid, 1999)

desfavorável que tem sobre os membros de um ou de outro gênero<sup>53</sup>. Desta maneira, a discriminação indireta de gênero, pode ocorrer quando se verifica que há tratamentos aparentemente não discriminatórios, porém, como resultado de sua implementação ou execução, consequências prejudiciais, discriminatórias para um dos sexos.

Em relação a diferenciação entre a discriminação direta e indireta, Vera Lúcia Raposo, argumenta que nem sempre é um trabalho fácil distinguir estas duas formas de discriminação. Isto porque, por vezes, a norma não se refere *expressis verbis* a qualquer diferenciação constitucional e legalmente proibida, o que parece indicar uma discriminação indireta. Contudo, o critério definidor da discriminação direta não será assentada na regência categórica ao critério de diferenciação, mas sim na promoção dos resultados que afete única e exclusivamente determinado círculo subjetivo.<sup>54</sup> A autora ainda sustenta que a eliminação definitiva de tratamentos discriminatórios, principalmente voltados para a discriminação da mulher, é o fato de que as vítimas muito se afastam do modelo simplista da discriminação direta, para assumirem modelos mais sutis<sup>55</sup>. Assim, a discriminação não se encontra estampada de forma direta em leis ou decisões, mas, em pequenos atos, seja no âmbito social ou familiar.

No contexto de diferenciação entre as citadas discriminações, mas na seara do gênero, o Tribunal de Justiça da União Europeia<sup>56</sup> (TJUE) realizou uma distinção dentro do campo de aplicação do artigo 119º (atual artigo 157º do Tratado de Funcionamento da União Europeia). Primeiramente quanto a direta, seria detectada com a ajuda dos critérios baseados na identidade do trabalho e igualdade de remuneração, e, por outro lado, as discriminações indiretas que só podem ser identificadas com base em disposições de aplicação mais explícitas, de carácter comunitário ou nacional. Outrossim, o TJUE mencionou que as formas de discriminações diretas, mencionadas no artigo, poderiam ser observadas mediante

---

<sup>53</sup>REY MARTINEZ, F, **El Derecho Fundamental a no ser Discriminado por Razón de Sexo**, Mc Graw-Hill, Madrid. 1995. Pag. 64.

<sup>54</sup> RAPOSO, Vera Lucia. **O poder de Eva**. Coimbra: Almedina. 2004. Pag. 302.

<sup>55</sup>RAPOSO, Vera Lucia. **O poder de Eva**. Coimbra: Almedina. 2004. Pag. 302.

<sup>56</sup> Tratou-se de uma manifestação do Tribunal de Justiça no bojo do caso de Gabrielle Defrenne, que suscitou, nos termos do artigo 177.º do Tratado CEE, duas questões relativas ao efeito e aplicação do artigo 119 º do Tratado, que diz respeito ao princípio de igualdade de remuneração entre trabalhadores do sexo masculino e trabalhadores do sexo feminino, por trabalho igual. Estas questões foram apresentadas no âmbito de um litígio que opõe uma hospedeira de bordo à sua entidade empregadora, a SA Sabena, e que tem por objeto uma indemnização reclamada pela requerente no processo principal pelo facto de, entre 15 de Fevereiro de 1963 e 1 de Fevereiro de 1966, ter sido vítima, como trabalhadora do sexo feminino, de uma discriminação em matéria de remuneração relativamente aos seus colegas do sexo masculino que desenvolvem igual trabalho na qualidade de comissários de bordo.

uma simples análise jurídica, devendo ser consideradas para base de apreciação as disposições legislativas ou convenções coletivas de trabalho<sup>57</sup>.

### 1.3.2. Discriminação em Função do Gênero

No tópico anterior foi abordado sobre a discriminação direta e indireta, utilizando-se da discriminação em função do gênero como exemplo para uma melhor análise de como cada forma de discriminação poderá ser reconhecida. Observando que a discriminação em função do gênero, pode sim ser encontrada tanto na sua forma direta como de forma indireta. Outrossim, a discriminação em função do gênero, em sua maioria, está na forma indireta, o que dificulta a atuação em seu combate, pois ela se encontra em contextos da vida *sutis*.

O presente trabalho, tem como foco principal a discriminação em função do gênero feminino, contudo, antes de discorrer desta forma específica de discriminação, há de se fazer alguns apontamentos sobre a própria discriminação em razão do gênero, aquela que poderá ocorrer tanto com o gênero feminino quanto com o gênero masculino – mesmo que em menor escala.

Configura uma discriminação de gênero quando há um tratamento diferenciado, baseado no gênero e que tenha como consequência ou propósito comprometer ou extinguir o reconhecimento, usufruto ou exercício de um dos grupos, seja homem ou mulher, pelo simples fato de sua categoria de gênero. Deste conceito, pode-se extrair alguns elementos relevantes para o melhor entendimento do ponto central da temática.

O primeiro ponto, refere ao fato que “discriminação de gênero” não é o sinônimo de discriminação contra o gênero feminino. Isto porque, o homem pode sim sofrer as consequências e ser vítima da discriminação em função do gênero (mesmo que uma porcentagem inferior que a mulher). Algumas vezes, de forma voluntária, quando há ações jurídicas e mecanismos pensados exclusivamente para favorecer a mulher, casos esses específicos e amparados legalmente. Outras vezes, de uma maneira involuntária, como resultado de uma disfuncionalidade dos estereótipos tradicionais, colocando no homem uma figura que acaba por reprimir as suas emoções<sup>58</sup> e o levar a assumir um papel que nem todos querem participar. A sociedade, através desses estereótipos cria na figura desse homem, uma imagem e perspectiva que nem todos os homens querem assumir, aqueles que não se

---

<sup>57</sup> Sentencia do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, de 8 de abril de 1976. Assunto 43/75 Defrenne II.

<sup>58</sup> RAPOSO, Vera Lucia. **O poder de Eva**. Coimbra: Almedina. 2004. Pag. 283/284.

sentem à vontade em ter essa figura, são considerados párias e taxados pela coletividade como aquele que não foi “capaz” de cumprir devidamente o seu papel na vida social.

Ademais, o elemento central da discriminação é o gênero, outros fatores como: a classe social, a religião, etnia etc.; não são elementos que servem de análise (em um primeiro momento) para observar se houve ou não a incidência da citada discriminação. Desta forma, o ponto de partida é sofrer distinção, exclusão ou restrição baseada apenas no critério que a pessoa faça parte gênero feminino ou masculino.

Por fim, assim como qualquer outra forma de discriminação, devem ser adotadas medidas de combate, tendo em vista que traz consequências danosas não apenas na vida pública, mas também na esfera privada. Medidas essas, no âmbito do direito da União Europeia, que serão devidamente debatidas no decorrer do trabalho.

#### 1.3.2.1. Discriminação em Função do Gênero Feminino

Historicamente, a discriminação contra o gênero feminino perpetuou-se em razão de antigos costumes de sociedades patriarcais, pelos quais a sociedade subjugava a condição de ser mulher que, por sua vez, detinha um papel de submissa e coadjuvante no cenário familiar, convivendo diariamente com uma figura masculina autoritária e dominante, que se caracterizava pelo controle e opressão. Esta discriminação ocorria não apenas no ambiente familiar, mas também, na vida em sociedade, seja nas relações profissionais, com a mulher recebendo remuneração inferior ao recebidos pelo homem, seja nas relações interpessoais, com tratamento diferenciado entre os gêneros.

Lazani pontua que, entre a mulher e o homem nunca houve uma partilha do mundo em igualdade de condições. Do ponto vista econômico, os dois gêneros constituem duas castas, sendo o gênero masculino o detentor das situações mais vantajosas, salários mais altos, maiores possibilidades de êxito, ocupando os lugares mais importantes, seja na indústria, na política. Eles compõem os poderes concretos buscando sua perpetuação através de todo um processo de socialização das gerações mais jovens. Como uma intrincada rede onde o presente se enraíza no passado e, nesse passado, a história tem sido feita pelos homens. A partir do momento em que as mulheres começaram a participar da construção do mundo, esse mundo, ainda é um mundo que pertence aos homens<sup>59</sup>

---

<sup>59</sup> DE LAZARI, Joana Sueli. **Inferioridade Feminina: o (des)enredo da violência**. Revista de Ciências Humanas, vol. 7, n. 10, p.72-88,1991. Pag. 6

A primeira forma de dominação sofrida pela mulher adveio da forma física do homem, o gênero masculino, considerado forte e capaz de protegê-la, indo para a guerra e lutando pelo seu povo. Enquanto a mulher estava em casa em seus afazeres domésticos, sendo apenas um objeto reprodutor e serviçal, sem a opção de eleger de forma autônoma os desígnios de seu futuro, distante de ter acesso à educação, trabalho e vida plena em sociedade.

As grandes lutas de mulheres por espaço e independência foram surgindo a partir da Revolução Francesa, em 1789, momento em que as mulheres cobraram da sociedade um maior destaque e melhores condições de vida e de trabalho. Nesse período, veio à tona o caso da francesa Olympe de Gouges, considerada a primeira feminista que lutou juntos aos homens pelos ideais burgueses durante a respectiva revolução. Já com o advento da revolução industrial, as indústrias passaram a utilizar mão de obra exaustiva de mulheres e crianças, com a finalidade de baratear salários, submetendo-as a intensas horas de trabalho. Ocasionalmente, por parte das mulheres, reivindicações para a melhoria de condição laboral, contudo, o protesto acabou de forma trágica para as trabalhadoras e, em especial, na fábrica de tecidos *Cotton* em março de 1857, data da primeira greve fortemente conduzida apenas por mulheres, os donos das empresas em conjunto com os policiais trancaram as trabalhadoras dentro da fábrica e atearam fogo, fazendo com que as mulheres fosse mortas carbonizadas<sup>60</sup>.

Já no século XIX, o feminismo ganhou um maior destaque, quando as mulheres, primeiro na Inglaterra, organizaram-se para lutar por seus direitos, sendo o primeiro deles que se popularizou foi o direito ao voto. As sufragistas, como ficaram conhecidas, promoveram grandes manifestações em Londres, tendo sido presas várias<sup>61</sup>. Até que no ano de 1918 o direito ao voto no Reino Unido foi conquistado. Sobre este momento, cumpra destacar que o seu foco principal era a promoção dos direitos jurídicos, como a questão de direitos contratuais e de propriedade, oposição aos casamentos arranjados e à propriedade de mulheres e filhos pelos seus maridos, assim como, pelo direito ao voto, como anteriormente mencionado.

---

Disponível em <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/revistacfh/article/view/23754>>. Acesso em: 30.jan. 2019.

<sup>60</sup> FERNANDES, Lilian Maria de Oliveira. **Ações Afirmativas como Políticas de Promoção da Igualdade e Combate à Discriminação e Violência Contra a Mulher**. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade de Coimbra. Coimbra. 2012. Pag. 77

<sup>61</sup> Sobre esse período, pode-se fazer referência a um acontecimento histórico do 1913, na famosa corrida de cavalo em Derby, a feminista Emily Davison atirou-se à frente do cavalo do Rei, ocorrendo a morte a sufragista.

Nos anos 1950/1980, os debates sobre a questão das relações de poder entre os gêneros foram mais intensos. A mulher luta não somente por seu espaço na vida em sociedade, bem como, por um novo mecanismo de relacionamento entre gêneros, em que a mesma passe a ter livre-arbítrio e autonomia para decidir sobre sua vida<sup>62</sup> e seu corpo<sup>63</sup>.

Desta forma, a discriminação sofrida pelas mulheres pelo simples fato de serem mulheres, tem características muito peculiares. Seja pela construção histórica, em que por anos a mulher foi relegada aos afazeres do lar e submissa em um mundo dominado e protagonizado por homens; pela sua forma de combate, com as feministas lutando por cada direito e pela participação mais ativa na vida em sociedade; por ainda aparecer e forma latente em muitos contextos sociais, pois apesar de grandes lutas e conquistas a mulher ainda é discriminada pelo seu gênero.

#### **1.4. DISCRIMINAÇÃO POSITIVA/AÇÕES POSITIVAS: MECANISMOS DE COMBATE À DISCRIMINAÇÃO E DESIGUALDADE DO GÊNERO FEMININO.**

A discriminação positiva, diferentemente das formas de discriminações tratadas no ponto anterior, destina-se a evitar ou combater os resultados que a negativa produz.<sup>64</sup> Segundo Vera Raposo, uma das maiores problemáticas do tema decorre da conotação pejorativa<sup>65</sup> que expressão “discriminação” possui, por este motivo, muitos autores preferem utilizar as expressões “ações positivas” ou “ações afirmativas”. É oportuno pontuar que no

---

<sup>62</sup> PINTO, Celi Regina Jardim. **Feminismo, História e Poder. Dossiê**. Revista De Sociologia e Política V. 18, Nº 36: 15-23 JUN. 2010. Pag. 19

<sup>63</sup> Não se pode deixar de mencionar que dentre as formas de dominação sofridas pelas mulheres, a de seu corpo ganha um grande destaque, uma vez que são elas, em última análise, quem garantem a singularidade no mundo. No caso das mulheres, a disciplina tem sido exercida, pelos homens e pelas instituições que eles criaram, tais como, a medicina, direito religião, a fim de controlar a sexualidade e a capacidade reprodutiva delas. Na esfera jurídica, por exemplo, pode-se apontar algumas formas de manifestações desse controle. A primeira seria a heterossexualidade imposta como requisito para constituir uma família através do casamento, a segunda no fato de que dentro da instituição matrimonial patriarcal é o marido que tem a autoridade, refletida até recentemente pelo dever de obediência da mulher, por sua incapacidade de agir por si mesma na esfera jurídica pública, assim como, em episódios de estupro conjugal e da violência física dentro do ambiente familiar terem sido toleradas por mais de um século.

<sup>64</sup> RAPOSO, Vera Lucia. **O poder de Eva**. Coimbra: Almedina. 2004. Pag. 303.

<sup>65</sup> Sobre a conotação negativa que da expressão “discriminação positiva” pode acarretar, Berrere Unzueta, considera que de fato o termo pode resultar em situações eventualmente perigosas. Isto porque o adjetivo “positivo” pode ser capaz de se levar a pensar que neste contexto a discriminação surge em um sentido neutro, seguida de uma inclinação positiva. Contudo, a autora considera que a expressão “discriminação” é inerente a um sentido negativo quase incontornável, o que acarretaria uma grande contradição, tendo em vista que a discriminação não poderá ser considerada positiva. (BARRÈRE UNZUETA, Maria Angeles. **Discriminacion, Derecho Antidiscriminatorio y Accion Positiva em Favor de Las Mujeres**. Madrid: instituto Vasco de administracion publica-civitas. 1997. Pag. 85-57)

respectivo trabalho as expressões anteriormente citadas são consideradas sinônimos, o que não é um consenso entre os estudiosos da matéria.

Barrère Unzueta, uma das autoras que preceituou sobre a possível distinção entre os conceitos, considera que, enquanto a discriminação positiva privilegia no sentido da igualdade, sendo conseqüentemente, contrária e injusta ao ordenamento jurídico, a ação positiva, por sua vez, favorece no sentido de igualdade, definindo-se como oportuna, justa e constitucional<sup>66</sup>. Ademais, a supracitada autora, ainda pontua que a discriminação positiva seria uma espécie do gênero “ação positiva”, como a sua forma mais enérgica e eficaz<sup>67</sup>. Contrapondo Barrère Unzueta, Vera Lúcia Raposo, trata os termos como sinônimos, assim como, crítica a primeira forma que Unzueta distingue as expressões, questionando como a doutrina poderia discernir o favorecimento do privilégio, conceitos extremamente relacionados; e como se poderia ter a noção de quando é oportuno e justo e quando o não é<sup>68</sup>.

Embora haja estudos que diferencie as duas expressões, grande parte da doutrina, mesmo as mais apuradas analiticamente, não hesitam em identificá-los. O que por conseguinte, neste estudo também serão igualados.

Perpassado das considerações iniciais sobre o conceito das ações positivas, é de suma importância entender através de uma pequena história narrada por Dworkin o contexto do surgimento das ações positivas:

Em 1945, um negro chamado Sweatt tentou ingressar na Faculdade de Direito da Universidade do Texas, mas foi recusado porque uma lei estadual determinava que somente brancos poderiam frequentar a universidade. A Suprema Corte declarou que essa lei violava os direitos de Sweatt, garantidos pela Décima Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos, segundo a qual nenhum Estado pode negar a um homem a igual proteção perante suas leis. Em 1971, um judeu chamado De Funis candidatou-se a uma vaga na Faculdade de Direito da Universidade de Washington e foi recusado, ainda que as notas dos exames aos quais se submeteu e as de todo seu histórico escolar fossem tão altas que ele teria facilmente sido admitido se fosse negro, filipino, chicano ou índio americano. De Funis pediu à Suprema Corte que declarasse que a prática observada pela Universidade de Washington, menos exigente com os candidatos pertencentes a grupos minoritários, violava os direitos que lhe

---

<sup>66</sup> BARRÈRE UNZUETA, Maria Angeles. **Discriminación, Derecho Antidiscriminatorio y Accion Positiva em Favor de Las Mujeres**. Madrid: instituto Vasco de administración publica-civitas. 1997. Pag. 85-87.

<sup>67</sup> BARRÈRE UNZUETA, Maria Angeles. **Discriminación, Derecho Antidiscriminatorio y Accion Positiva em Favor de Las Mujeres**. Madrid: instituto Vasco de administración publica-civitas. 1997. Pag. 87

<sup>68</sup> RAPOSO, Vera Lucia. **O poder de Eva**. Coimbra: Almedina. 2004. Pag. 304.

eram assegurados pela Décima Quarta Emenda<sup>69</sup>.

Assim, quando se fala em ações positivas, são situações como as da universidade de Washington, em que há a realização de uma série de políticas que buscam apoiar grupos mais vulneráveis<sup>70</sup>, conferindo-lhes determinadas vantagens ou preferências, destinadas a combater discriminação ou subordinação historicamente sofridas por estes<sup>71</sup>.

Segundo a Comissão Europeia as ações positivas seriam “medidas destinadas a um grupo específico, com as quais se pretende eliminar e prevenir a discriminação ou compensar as desvantagens decorrentes de atitudes, comportamentos e estruturas existentes”<sup>72</sup>

Martin Vida prescreve que as ações afirmativas, são políticas que conferem certas vantagens ou preferências para determinados grupos que possuem características certas e imutáveis. Grupos, estes, que se encontravam em situações de desvantagem ou discriminação. Para a citada autora, é imprescindível incluir na definição alguns elementos essenciais, dentre os quais, será pontuado dois.

Primeiramente, ao se falar de um indivíduo que se beneficiará da respectiva medida, é de suma importância que ele se encontre em uma situação de desvantagem e que faça parte do grupo inferiorizado. Tal participação, é determinada pela existência de uma característica imutável e intimamente ligada, seja definidor de sua identidade ou de sua dignidade como ser humano<sup>73</sup>. E é esta característica que um dia foi utilizada para marginalizar esse grupo, que será responsável por reparar ou evitar que a discriminação se perpetue pelo tempo.

O segundo elemento do respectivo conceito diz respeito a finalidade da medida, que nada mais é do que colocar fim a situação de desvantagem, podendo ter a sua origem em uma história passada, mas que continua causando desvantagens a determinados coletivos, ademais, busca reduzir os níveis de desigualdade entre estes grupos (e seus membros) e o

---

<sup>69</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. (Tradução e notas: Nelson Boeira). São Paulo: Justiça e Direito. 2002. Pag. 343.

<sup>70</sup> PETERS, Anne. **Women, Cotas and Constitutions: A comparative study of affirmative action for women under american, German, European Community and Internation Law**. Reino Unido: Kluwer Law International. 1999. Pag. 21.

<sup>71</sup> RAPOSO, Vera Lucia. **O poder de Eva**. Coimbra: Almedina. 2004. Pag. 306.

<sup>72</sup> Comissão Europeia. **A igualdade em 100 palavra**: Glossário de termos sobre igualdade entre mulheres e homens. Luxemburgo. 1998. Pag. 11.

<sup>73</sup> MARTIN VIDA, Maria Angeles. **Fundamento y Límites Constitucionales de las Medidas de Acción Positiva**. Madrid: Civitas Ediciones. 2002. Pag. 38-39.

resto da sociedade. Em síntese, as ações positivas, tem como um de seus grandes objetivos alcançar maiores cotas de igualdade real na vida em sociedade<sup>74</sup>.

Em suma, as ações positivas seriam todas aquelas medidas que têm como destinatários pessoas que se encontram em estado de discriminação ou de uma situação de desvantagem estrutural, como consequência de seu pertencimento a um certo grupo. O pertencimento é determinado por características definidoras desse coletivo, sejam aquelas que definem a sua identidade ou a sua dignidade como ser humano. E que visem por fim a esta desigualdade estrutural, reduzir os níveis de desigualdade entre os grupos sociais e alcançar maiores níveis de igualdade material entre os membros da sociedade.

#### 1.4.1. Modalidades de Ações afirmativas

Distinguem-se em três tipos de ações positivas: as brandas (*softs*) as enérgicas (*agressive*) e as destruidoras (*hardball*). Em uma noção de ação positiva em sentido lato, nela se incluirá todo o tipo de atuações em favor do grupo discriminado.

Contudo, em um sentido mais estrito e rigoroso, as ações positivas são aquelas destinadas a um grupo específico, que se encontram em uma situação desfavorável do restante da população. Partindo deste conceito mais estrito, a genuína discriminação positiva pode assumir diversas formas: Cotas, *plus-factor*, *goals* (objetivos) e tratamento preferencial.

O *plus-factor* consiste na adição de pontos extras a pessoas pertencentes às “classes” desprotegidas, elevando desse modo a sua classificação no raking, podendo assim, ultrapassar uma posição apenas justificada por determinadas características que a sociedade considera menos valiosa (pele negra, religião, gênero feminino)<sup>75</sup>.

Os *goals* e cotas possuem conceitos bem semelhantes, dependendo do sentido conferido a cada um deles não haverá qualquer distinção. Nas cotas, é fixada uma porcentagem fixa e imutável, de modo a equilibrar presença do poderio de certos grupos minoritários. Por sua vez, os *goals*, são caracterizados por atribuir um tratamento mais favorável as pessoas referidas, de modo a atingir objetivos preestabelecidos sem assumir qualquer compromisso nem lesar diretamente os direitos dos restantes membros da

---

<sup>74</sup> MARTIN VIDA, Maria Angeles. **Fundamento y Límites Constitucionales de las Medidas de Acción Positiva**. Madrid: Civitas Ediciones. 2002. Pag. 38-39.

<sup>75</sup> RAPOSO, Vera Lucia. **O poder de Eva**. Coimbra: Almedina. 2004. Pag. 318.

sociedade.

Há quem defenda que a verdadeira discriminação positiva é concretizada por meio das cotas, pois os *goals* são meramente indicativos. Se forem obrigatórios, já não seriam *goals*, seriam caracterizados como cotas. Desta forma, as cotas seriam vinculativas e obrigatórias e os *goals* não.

A distinção de Barrere Unzueta<sup>76</sup> se assemelha a noção de ter ou não um tratamento obrigatório. As cotas seriam obrigatórias, pois impõem uma conduta concreta e determinada, por sua vez, os *goals* não seriam obrigatórios, à medida que a sua imposição se dirige a uma conduta abstrata. Assim, as cotas seriam certas e os *goals* mais vagos.

Anne Peters<sup>77</sup> ao fazer uma distinção entre as cotas e os *goals*, traça um paralelo destes conceitos entre os Estados Unidos e a Alemanha. Nos Estados Unidos a distinção baseia-se principalmente em aspectos sancionatórios, os *goals*, como não são vinculativos necessitam mais esforços de boa-fé, enquanto a cotas, por serem vinculativas, obrigam os seus destinatários a sua realização. Na Alemanha, a distinção repousa, antes de tudo, no direito legal da mulher à promoção. Nos estatutos que prescrevem as *explicit priority rules* (as chamadas "cotas-estatutos"), as mulheres possuem o direito ao tratamento preferencial, tendo a prerrogativa de processar a autoridade em caso de não conformidade. Os estatutos que apenas obrigam os empregadores públicos a estabelecer *goals* não conferem a posição de reclamar o seu descumprimento. Para a supracitada autora, apesar das diferenças periféricas e de abordagem dos países sobre as cotas e os *goals*, ambas, possuem um efeito semelhante, tendo em vista que se as metas são levadas a sério, a ação tomada por ela se torna semelhante a implementada pelas cotas.

Por sua vez, o tratamento preferencial, representa uma medida antidiscriminatória moderada, tendo em vista que beneficia os membros de determinados grupos, sem estipular cotas no processo de seleção. Ele age removendo os obstáculos que impendem os membros do citado grupo de competir em igualdade de condições. O que os caracteriza é o fato de favorecer determinados coletivos, sem, contudo, causar prejuízos relevantes aos demais setores da sociedade, assim como, não provoca leões diretas em terceiras pessoas.

No caso do gênero feminino, a discriminação positiva, seja em qualquer de suas

---

<sup>76</sup> BARRÈRE UNZUETA, Maria Angeles. **Discriminación, Derecho Antidiscriminatorio y Accion Positiva em Favor de Las Mujeres**. Madrid: instituto Vasco de administración publica-civitas. 1997. Pag. 87

<sup>77</sup> PETERS, Anne. **Women, Cotas and Constitutions: A comparative study of affirmative action for women under american, German, European Community and Internation Law**. Reino Unido: Kluver Law International. 1999. Pag. 288.

modalidades, surge como uma medida de tentar reparar e equiparar as formas de desigualdades que as mulheres vêm sofrendo ao longo da história. Atualmente, muitos países europeus vêm trazendo em suas legislações nacionais mecanismos de enfrentamento a discriminação e a desigualdade de gênero. Dentre as quais, pode-se citar a França, Bélgica e a Itália, países em que as cotas foram utilizadas para aumentar a participação do gênero feminino no âmbito eleitoral.

Mas o que se analisará é dentro do contexto da União Europeia os mecanismos e debates sobre as ações positivas atuando no combate à discriminação do gênero feminino, até mesmo porque uma das maiores manifestações do Tribunal de Justiça sobre a discriminação de gênero gira em torno das ações positivas e que será matéria de posterior análise desta dissertação.

## **2 O DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA E A DISCRIMINAÇÃO EM FUNÇÃO DO GÊNERO FEMININO**

A discriminação de gênero atualmente vem sendo reconhecida no cenário mundial como uma questão de direitos humanos e de qualidade das democracias, bem como, uma condição essencial para uma sociedade mais inclusiva, justa, equilibrada e de desenvolvimento humano sustentável. Apesar de cada vez mais a discussão sobre a temática ter ganho maior visibilidade e significativos avanços, o processo para uma sociedade mais igualitária ainda é bastante complexo e tortuoso, fazendo com que as organizações internacionais, como um todo, tenham um papel bastante relevante nessa batalha<sup>78</sup>.

A importância destas organizações não se restringe a toda sua dimensão política, mas também, estrutural e global. A integração alcançada por elas, pode ser considerada um dos principais meios de buscar a igualdade material entre homens e mulheres, assim como, uma atenção maior a temática da discriminação em função do gênero. Até mesmo porque o combate à discriminação de gênero vai muito além das Declarações, Convenções e Tratados Internacionais, passa a abranger programas e políticas de caráter universal e estratégico para uma promoção efetiva do combate a esse fenômeno.

Partindo desse pressuposto, será analisado alguns mecanismos de combate à discriminação do gênero feminino, passando inicialmente pela normativa internacional e,

---

<sup>78</sup> RATO, Helena, et all. **Promoção da Igualdade de Gênero**. Volume I - Promoção da Igualdade de Gênero pelas Organizações Internacionais, Cadernos INA, Nº 20, Oeiras:INA. 2005. Pag. 19.

posteriormente, pela legislação europeia - ponto central deste capítulo, para que se possa compreender como a União Europeia e o seu ordenamento vem tratando o assunto. Outrossim, compreender como o Parlamento Europeu e a Comissão vem atuando no enfrentamento do tema.

## 2.1 A LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL E A DISCRIMINAÇÃO EM FUNÇÃO DO GÊNERO FEMININO

O primeiro documento que se pode fazer referência e que de alguma forma invocou a igualdade e discriminação de gêneros, foi a Declaração Universal dos Direitos dos Homens. Proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, é um grande símbolo da democracia moderna, a partir do qual os Estados passaram a observar de uma outra maneira os direitos humanos.

Em relação a igualdade e discriminação de gêneros, Helena Rato, defende que o citado documento é fundamental e definidor da matriz de enfoque e reconhecimento do princípio da igualdade/discriminação de gêneros, até mesmo porque, neste período, as declarações de direitos (resultantes da Revolução Francesa e Americana) tinham enfoque apenas no homem, mas, a partir da Declaração Universal passou a definir que “todos os seres humanos nascem livres em iguais em dignidade e direitos”<sup>79</sup> e que todos os seres humanos “sem distinção alguma, nomeadamente(...)de sexo<sup>80</sup>” podem invocar os direitos e liberdades constantes na Declaração<sup>81</sup>.

Assim, do artigo primeiro e do segundo da supracitada declaração, verifica que pela primeira vez todas as pessoas têm a prerrogativa de invocar os direitos e as liberdades proclamados do documento, sem distinção de qualquer espécie, incluindo a de gênero. Reconhecendo, portanto, uma igualdade inquestionável entre homens e mulheres perante a lei.

---

<sup>79</sup> Artigo 1. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

<sup>80</sup> Artigo 2. Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autónomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.

<sup>81</sup> RATO, Helena, et all. **Promoção da Igualdade de Gênero**, Volume I - Promoção da Igualdade de Gênero pelas Organizações Internacionais, Cadernos INA, Nº 20, Oeiras:INA. 2005. Pag. 19.

Destaca, ainda, as Conferências Mundiais Sobre as Mulheres, responsáveis por diagnosticar a situação do gênero feminino, definir metas, objetivos e identificar estratégias integradas de atuação. A primeira delas é a Conferência Mundial das Nações Unidas Sobre as Mulheres, realizada em 1975, na cidade do México. Nesta Conferência, as mulheres pela primeira vez passam a ser consideradas - no plano internacional - não apenas como receptoras de ações políticas, assim como, com um foco maior na sua participação em igualdade com os homens no processo de desenvolvimento<sup>82</sup>.

Por sua vez, a II Conferência Mundial das Nações Unidas Sobre as Mulheres, no ano de 1980 em Copenhague, buscou fazer uma análise da evolução dos direitos das mulheres e ainda identificou três áreas onde se tornava essencial realizar ações específicas e fortemente central para alcançar os grandes objetivos da igualdade, desenvolvimento e paz: a igualdade no acesso à educação, às oportunidades de emprego e a serviços adequados de saúde. Passou-se, após a conferência, a se buscar além de uma igualdade jurídica, uma de igualdade de fato.

No ano de 1985 em Nairóbi, foi realizado III Conferência Mundial sobre as Mulheres, marcada pela avaliação da Década da Mulher (1975-1985). Em que se constatou que os objetivos propostos para a década não haviam sido alcançados, sendo ressaltado que a problemática possuía contornos mais enraizados e profundos do que se imaginava, não se tratando “apenas” de direitos das mulheres, mas sim, de uma problemática de contornos políticos e que a intervenção em prol da igualdade deve incidir sobre todas as esferas da atividade humana.

A IV Conferência das Nações Unidas Sobre as “Mulheres igualdade, desenvolvimento e paz”, foi realizada em Pequim no ano de 1995, proporcionou uma análise abrangente da situação da igualdade e discriminação de gênero no mundo. Se o e o enfoque antes era restrito aos direitos das mulheres, passou também a se atentar para a questão do gênero (e para a compreensão das relações de gênero). Desta conferência, salienta a Declaração e a Plataforma de Ação de Pequim, em relação a primeira os governos reafirmaram seu compromisso em efetivar a igualdade e discriminação de gêneros e passar

---

<sup>82</sup> Instituto Português de Apoio e Desenvolvimento (2012): **Estratégia da Cooperação Portuguesa Para a Igualdade de Gênero**. Pag. 55.

Disponível

em:

<[https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiphK2zopTjAhV-QEEAHTmGAeoQFjAAegQIBhAC&url=http%3A%2F%2Fwww.instituto-camoes.pt%2Fimages%2Fcooperacao%2Festrategia\\_cp\\_igualdade\\_genero.pdf&usg=AOvVaw2gFBO5Tnk9-iLY8XDKRSfA](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiphK2zopTjAhV-QEEAHTmGAeoQFjAAegQIBhAC&url=http%3A%2F%2Fwww.instituto-camoes.pt%2Fimages%2Fcooperacao%2Festrategia_cp_igualdade_genero.pdf&usg=AOvVaw2gFBO5Tnk9-iLY8XDKRSfA) <http://www.institutocamoes.pt/images/cooperacao/estrategiacpigualdadegenero.pdf>>

Acesso: 22/03/2019

a tratar e reconhecer a igualdade de homens e mulheres como uma questão de direitos humanos<sup>83</sup>. Por sua vez, a Plataforma de Ação de Pequim, identificou os principais problemas e áreas críticas, bem como objetivos estratégicos para a realização da igualdade entre mulheres e homens e ao empoderamento das mulheres para, assim, ter uma ação mais efetiva no combate a problemática<sup>84</sup>.

Há também de evidenciar a Convenção das Nações Unidas Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres<sup>85</sup> – 1979, um dos principais instrumentos internacionais enquadramentos dos direitos das mulheres. Ao ratificarem esta Convenção, os Estados Partes assumiram o compromisso de incluir nas suas respectivas legislações o princípio da igualdade entre mulheres e homens; de eliminar todas as formas de discriminação, legais ou outras, contra as mulheres; de assegurar o pleno desenvolvimento e o progresso das mulheres em todas as áreas, principalmente, política, civil, econômica, social e cultural, de modo a garantir o exercício e gozo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais (art.3º)<sup>86</sup>, e acordaram ainda promover por todos os meios e sem demora uma política para a realização da igualdade, incluindo mediante a adoção de medidas temporárias especiais visando acelerar a instauração de uma igualdade de fato entre os homens e as mulheres (art.4º)<sup>87</sup>.

---

<sup>83</sup>13. O empoderamento da mulher e sua total participação, em base de igualdade, em todos os campos sociais, incluindo a participação no processo decisório e o acesso ao poder, são fundamentais para a realização da igualdade, do desenvolvimento e da paz;

14. Os direitos da mulher são direitos humanos;

15. A igualdade de direitos, de oportunidades e de acesso aos recursos, a divisão equitativa das responsabilidades familiares e a parceria harmoniosa entre mulheres e homens são fundamentais ao seu bem-estar e ao de suas famílias, bem como para a consolidação da democracia.

<sup>84</sup> É oportuno pontuar que em 2000 foi realizada uma avaliação dos resultados de Pequim, na sessão especial da assembleia -geral das nações unidas, ficando conhecida como Pequim+5, em que antigos objetivos de 1995 foram reafirmados e houve uma atualização do programa de ação para o futuro, passando a ser chamado “iniciativas e ações futuras para a implementação da declaração e plataforma de ação de Pequim”. Em relação a avaliação de resultados, verificou-se que apesar de alguns desenvolvimentos no âmbito da igualdade de gêneros, ainda há uma disparidade entre a igualdade formal e a igualdade material. Ainda se observou uma disparidade e subrepresentação feminina em muitos níveis principalmente nos escalões mais elevados de setores empresariais. (RATO, Helena, et all, Promoção da Igualdade de Gênero, Volume I - Promoção da Igualdade de Gênero pelas Organizações Internacionais, Cadernos INA, Nº 20, Oeiras:INA. 2005. Pag. 39)

<sup>85</sup> Até o ano de 2010 ela tinha sido ratificada por 186 países, inclusive Portugal que a ratificou em 1981.

<sup>86</sup> Artigo 3.

Os Estados Partes tomam em todos os domínios, nomeadamente nos domínios político, social, económico e cultural, todas as medidas apropriadas, incluindo disposições legislativas, para assegurar o pleno desenvolvimento e o progresso das mulheres, com vista a garantir-lhes o exercício e o gozo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, com base na igualdade com os homens.

<sup>87</sup> Artigo 4

1 - A adoção pelos Estados Partes de medidas temporárias especiais visando acelerar a instauração de uma igualdade de facto entre os homens e as mulheres não é considerada como um ato de discriminação, tal como definido na presente Convenção, mas não deve por nenhuma forma ter como consequência a manutenção de

Outrossim, o objetivo dessa Convenção é eliminar a discriminação de gênero e promover a coesão social, vindo a reafirmar o princípio da não discriminação de gêneros e da igualdade entre direitos entre homens e mulheres. Trazendo consigo, o conceito de discriminação contra as mulheres.

Sobre a citada Convenção, Ugena Comina, pontua que ela é uma importante fonte de definição do que se entende por discriminação contra as mulheres, além de estabelecer um extenso programa de trabalho para alcançar a igualdade de gêneros. Ademais, constitui um documento internacional reconhecedor de que, em geral, as mulheres não se encontram em pé de igualdade de condições/oportunidades em relação ao gênero masculino, resultado das discriminações históricas sofridas pelas mulheres. Por fim, defende que se trata de um texto que busca uma igualdade formal e perfilha uma igualdade material entre os gêneros, sendo um dos textos normativos por excelência na promoção de políticas públicas de igualdade entre mulheres e homens<sup>88</sup>.

A elaboração de todos esses meios internacionais de proteção aos direitos das mulheres e combate à desigualdade de gênero, representam um enorme avanço, seja por fomentar o debate acerca do tema ou por cobrar dos países signatários medidas e proteção aos direitos humanos das mulheres e meios de promoção da igualdade de gêneros. Contudo, em meio a esses avanços ainda há um leque de inúmeras violações e discriminações ao redor do mundo<sup>89</sup>. É neste contexto que se argumenta a importância da atuação do sistema jurídico nacional e comunitário, seja na prevenção ou na repressão destes abusos - que por muitos séculos foi ignorado pela sociedade e pela ordem jurídica.

## 2.2. A LEGISLAÇÃO EUROPEIA

A Comunidade Econômica Europeia nasceu com fins predominantemente econômicos: a construção do almejado “mercado comum”. Seus objetivos norteadores eram notavelmente mercantis - como bem pode se evidenciar na consagração do artigo 2º do

---

normas desiguais ou distintas; estas medidas devem ser postas de parte quando os objetivos em matéria de igualdade de oportunidades e de tratamento tiverem sido atingidos.

2 - A adoção pelos Estados Partes de medidas especiais, incluindo as medidas previstas na presente Convenção que visem proteger a maternidade, não é considerada como um ato discriminatório

<sup>88</sup> UGENA-COMINA, Maria Perez. **Igualdad Entre Mujeres y Hombres: Instrumentos Jurídicos y Regimen de Garantías**. Granada: Comares. 2015. Pag. 119.

<sup>89</sup> FERNANDES, Lilian Maria de Oliveira. **Ações Afirmativas como Políticas de Promoção da Igualdade e Combate à Discriminação e Violência Contra a Mulher**. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade de Coimbra. Coimbra. 2012. Pag. 93.

Tratado de Roma. Nesta senda, os direitos reconhecidos pelo Tratado de Roma seriam entendidos como instrumentais e funcionalizadores à obtenção desse resultado, devendo, assim, ser entendidas disposições relativas à livre circulação de trabalhadores, à livre circulação de serviços, ao direito de estabelecimento etc.<sup>90</sup> Por este motivo, as primeiras e incipientes normativas voltadas para a igualdade e proibição da discriminação de gênero carregam consigo uma forte matriz econômico/mercantil. Destinando-se fundamentalmente ao âmbito laboral e tutelando o igual tratamento dos trabalhadores de ambos os gêneros<sup>91</sup>.

Nesta senda, o governo francês receando os efeitos negativos do dumping social - resultante da utilização de mão de obra feminina barata na indústria têxtil de alguns Estados negociantes do Tratado - propôs a introdução de uma cláusula que consagrasse o princípio da igualdade de remuneração entre os trabalhadores femininos e masculinos<sup>92</sup>. O fundamento central consistia na harmonização dos custos sociais da produção, pois desta maneira haveria a possibilidade de ser eliminada de forma mais eficaz as barreiras, bem como, contemplada à livre circulação de pessoas. Ocorre que a Alemanha foi contrária a essa pretensão, ao argumento de que o próprio mercado realizaria a harmonização<sup>93</sup>.

Sobre o ponto de vista divergente entre a França e a Alemanha, Eveyn Ellis faz o seguinte relato:

EC Treaty was being drafted, there were two radically opposed conceptions of the relationship between social policy and the establishment and functioning of the Common Market. The French view was the organization of social costs' of production was necessary in order to make sure that businesses competed on a fair and equal basis once the barriers to the free movement of persons and capital were removed. At the time of the negotiations, there were important differences in the scope and content of the social legislation in force in the states concerned. France, in particular, had on her statute book a number of rules which favoured workers and were consequently expensive for employers. For example, legislation of 1957 mandated equal pay for men and women. Workers in France (...) All this meant that the French feared that the indirect costs of production of goods in France would make French goods uncompetitive in the Common Market and would damage French industry. They therefore sought to

---

<sup>90</sup> LOPES, Dulce Margarida de Jesus. **O Princípio da Não discriminação em razão do sexo na ordem jurídica comunitária**. (temas de integração). 1999. Pag.93.

Disponível

em:<[https://www.academia.edu/5892195/O\\_princípio\\_da\\_não\\_discriminação\\_em\\_razão\\_dosexo\\_na\\_ordem\\_jurídica\\_comunitária](https://www.academia.edu/5892195/O_princípio_da_não_discriminação_em_razão_dosexo_na_ordem_jurídica_comunitária)> Acesso: 25/05/2019.

<sup>91</sup> RAPOSO, Vera Lucia. **O poder de Eva**. Coimbra: Almedina. 2004. Pag. 204

<sup>92</sup> BELEZA, Maria Tereza Couceiro. **Mulheres, Direito, Crime ou a Perplexidade de Cassandra**. Lisboa: Coimbra Editora. 1993. Pag. 257.

<sup>93</sup> MARTINS, Ana Maria Guerra. **A Igualdade de Não Discriminação dos Nacionais de Estados Terceiros Legalmente Residentes na União Europeia: Da Origem na Integração Econômica ao Fundamento da Dignidade do Ser Humano**. Coimbra: Almedina. 2010. Pag. 321.

persuade the other negotiating States social costs should be equalized throughout the Common Market. Germany, however, took a very different line, arguing that the harmonization of indirect or social costs would inevitably follow from the setting up of the Common Market. The Germans were also strongly committed to a minimum level of government interference in the area of wages and prices<sup>94</sup>.

Apesar da discordância inicial do país alemão, a delegação francesa conseguiu persuadir os demais Estados Negociantes e, estes, aceitaram a inserção de disposição específicas sobre a matéria. Trata-se do artigo 119º (relativo à igualdade de remuneração entre homens e mulheres). A inspiração da sua redação veio do texto do artigo. 1º da Convenção nº 100 da Organização Internacional do Trabalho de 1951, relativa à igualdade de remuneração entre homens e mulheres para um trabalho de valor igual.<sup>95</sup>

A redação do artigo 119º do Tratado de Roma, além de garantir aplicação do princípio da igualdade de remuneração entre os trabalhadores masculinos e femininos para um mesmo trabalho, preceituava o que se entendia por remuneração, assim como, estabelecia a distinção entre o trabalho pago por tarefa e por unidade de tempo<sup>96</sup>.

Com a crescente evolução da integração europeia, ter o artigo 119º Tratado de Roma como única base jurídica de todo um vasto regime comunitário em matéria antidiscriminatória de gênero ainda era insuficiente, isto porque, a sua aplicação restringia-se, essencialmente, a proibição de discriminação na seara salarial/laboral.<sup>97</sup> Diante deste fato, nos 70 e 80 novos mecanismos de proteção antidiscriminatória passaram a ser recepcionados e, com eles, cada vez mais o alcance do supracitado artigo era ampliado.

É interessante observar que a introdução e inclusão do princípio da igualdade de remuneração possibilitou um ponta pé inicial de implementação e desenvolvimento de normativas e decisões sobre a temática da discriminação entre os gêneros. As normas da

---

<sup>94</sup> ELLIS, Evelyn. **EC Sex Equality Law**. Nova Iorque: Oxford University Press Inc. 1998. Pags. 60-61

<sup>95</sup> BELEZA, Maria Tereza Couceiro. **Mulheres, direito, crime ou a perplexidade de Cassandra**. Lisboa: Coimbra Editora. 1993. Pag. 258

<sup>96</sup> Chaque État membre assure au cours de la première étape, et maintient par la suite, l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleuses féminines pour un même travail. Par rémunération il faut entendre, au sens du présent article, le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum, et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier. L'égalité de rémunération, sans discrimination fondée sur le sexe, implique : a) que la rémunération accordée pour un même travail payé à la tâche soit établie sur la base d'une même unité de mesure, b) que la rémunération accordée pour un travail payé au temps soit la même pour un même poste de travail. (texto original)

<<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957E/TXT&from=PT>>

<sup>97</sup> BELEZA, Maria Tereza Couceiro. **Mulheres, direito, crime ou a perplexidade de Cassandra**. Lisboa: Coimbra Editora. 1993. Pag. 258.

União Europeia não se mostravam unicamente como um mecanismo para contemplação de um mercado comum, mas, também, apresentavam-se como uma forma de reconhecer os direitos humanos e respeito à dignidade de cada indivíduo<sup>98</sup>. Apesar da amplitude temática limitada do artigo 119º do Tratado de Roma, ele foi a base primária de sucessivas Diretivas sobre a matéria, sistematicamente justificadas como campos de incidência da tutela comunitária necessárias para complemento ou pressuposto de efetivação do princípio da igualdade remuneratória consagrada naquela norma<sup>99</sup>.

Desta evolução, ressalta, primeiramente a Diretiva do Conselho 75/117/CEE sobre a igualdade remuneratória entre homens e mulheres, tal Diretiva ajudou no aperfeiçoamento do texto do artigo 119º do Tratado de Roma, introduzindo o conceito de “trabalho de igual valor” expandindo, assim, o preceito do Tratado de Roma<sup>100</sup>. A segunda destas Diretivas, a 76/207 / CEE, aprovada apenas um ano mais tarde, sendo responsável pela extensão da aplicação da igualdade de tratamento entre trabalhadores masculinos e femininos quanto a questões de acesso ao emprego, formação e promoção profissional e condições de trabalho<sup>101/102</sup>.

---

<sup>98</sup> Sobre este ponto, Martins pontua que isto nada mais séria do que o caráter o plurifuncional do direito antidiscriminatório da União Europeia, isto porque, além de ser um instrumento de realização do mercado comum/ interno, também é um valor e pode ser um direito fundamental e um fim em si mesmo. Assim, a proibição da discriminação em função do gênero acabou por ultrapassar as razões econômicas e passou a ser considerada como uma forma de atentado a dignidade do ser humano. O Direito da União Europeia tem sido comumente aplicado pelos órgãos comunitários, seja em sede de livre circulação de pessoas ou na discriminação em função do gênero. até mesmo porque a dignidade constitui a base de proteção dos direitos fundamentais, da igualdade e da própria proteção contra a discriminação. (MARTINS, Ana Maria Guerra. **A Igualdade de Não Discriminação dos Nacionais de Estados Terceiros Legalmente Residentes na União Europeia: Da Origem na Integração Econômica ao Fundamento da Dignidade do Ser Humano**. Coimbra: Almedina. 2010. Pag. 332.)

<sup>99</sup> RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Igualdade de Gênero e Direito comunitário – notas breves**. Nº10. 2004. Pag. 53.

<sup>100</sup> Do preceito da Diretiva, Martin Vida, pontua ainda que as mulheres passam a serem obrigadas, a que os sistemas de classificação profissional para a determinação da remuneração se baseiem em critérios comuns aos trabalhadores e trabalhadoras. Além disso, obriga os Estados-Membros a introduzir nos seus sistemas jurídicos todas as medidas necessárias para permitir aos trabalhadores fazer valer os seus direitos perante os tribunais ou um trabalhador que sofra de discriminação.

<sup>101</sup> MARTIN VIDA, Maria Angeles. **Fundamentos y Limites Constitucionales de las Medidas de Accion Positiva**. Madrid: Civitas. 2003. Pag. 56-57.

<sup>102</sup> Nesta senda, ainda há de se destacar outras normativas da comunidade quanto a igualdade de Tratamento: as Diretivas 79/7/ CEE, de 19 de Dezembro de 1978, relativas à aplicação progressiva do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres como segurança social; 86/378/ CEE, de 24 de Julho de 1986, relativa à aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres nos regimes profissionais de segurança social; e a Decisão 86/613 / CEE, de 11 de Dezembro de 1986, relativa à aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres que exerçam uma atividade autónoma, incluindo as atividades agrícolas, bem como na proteção dos maternidade; A Diretiva 92/85 / CEE do Conselho, de 19 de Outubro de 1992, relativa à aplicação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde no trabalho das trabalhadoras grávidas que tenham dado à luz ou durante a lactação; Diretiva 97/80 / CE do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997, relativa ao ónus da prova nos casos de discriminação baseada no sexo

É oportuno pontuar que os órgãos comunitários, assim como, os países membros, contribuem para aprofundar a intrínseca relação entre a dignidade e o princípio da não discriminação em função do gênero. Através da forma como estenderam o seu âmbito de aplicação pessoal e material, inicialmente apenas restrito a remuneração, mas com o passar dos anos e com a revisão dos Tratados, passaram a assumir âmbitos mais abrangentes. Tendo, por exemplo, o Conselho adotado diversas medidas nesse sentido – como será visto posteriormente<sup>103</sup>.

Neste contexto do Direito da União Europeia, que será evidenciado as normativas que fundamentam o direito antidiscriminatório na perspectiva do gênero feminino. Se um dia a União Europeia era reconhecida como uma comunidade com atribuições e visões meramente econômicas, hoje se apresenta como uma fonte que tutela os indivíduos e a sua dignidade como ser humano.

### 2.1.1 Os Tratados – De Roma a Lisboa

Mesmo que as dimensões iniciais do princípio da não discriminação e da igualdade de gênero serem, do ponto de vista literal, limitadas, o Conselho e o Tribunal, tiveram (de uma certa forma) um entendimento mais amplo, contribuindo para o seu alargamento, seja através dos atos do primeiro, seja através das decisões do segundo. Por sua vez, impulsionados pelos atos das instituições europeias, os Estados-Membros, aos poucos foram incorporando em seu ordenamento jurídico nacional noções mais abrangentes de normas voltadas ao direito antidiscriminatório. Já os tratados para acompanhar essa evolução foram sofrendo sucessivas revisões.

Destas modificações, cita-se, primeiramente, as introduzidas com a entrada em vigor do Tratado de Amsterdã no dia 1 de maio de 1999. Tais alterações foram responsáveis por reforçar o empenho europeu no combate à discriminação e a desigualdade dos gêneros. O Tratado de Amsterdã foi particularmente importante para o enfretamento da desigualdade de

---

e muitas outras que foram surgindo ao longo da evolução normativa sobre a matéria dentro do ordenamento jurídico comunitário, mostrando que apesar de ter um início de tutela bem restrito, com o tempo a matéria foi ganhando maior destaque. O interessante é evidenciar o aspecto e como hoje a normativa da união se encontra sobre o tema, o que será tema de análise neste capítulo.

<sup>103</sup> MARTINS, Ana Maria Guerra. **A Igualdade de Não Discriminação dos Nacionais de Estados Terceiros Legalmente Residentes na União Europeia: Da Origem na Integração Econômica ao Fundamento da Dignidade do Ser Humano**. Coimbra: Almedina. 2010. Pag. 332.

gênero e reforço da igualdade entre mulheres e homens em toda a União Europeia, constituindo um grande passo rumo à aplicação da igualdade no plano laboral<sup>104</sup>.

Destaca o texto do artigo 141º Tratado da Comunidade Europeia (TCE)<sup>105</sup>, com seu caráter imperativo passou a impor aos Estados Membros o dever de garantir a aplicação do princípio de igualdade de remuneração aos trabalhadores e as trabalhadoras. Ademais, excede o seu âmbito de aplicação para estabelecer a igualdade retributiva entre os trabalhos que, sem ser iguais, são de mesmo valor. Passa também a reconhecer a competência do Conselho para adotar medidas (por meio de um procedimento de maioria qualificada, em conjunto com o parlamento e previa consulta ao comitê econômico o social) com a finalidade de assegurar a aplicação do princípio de igualdade de oportunidades e de tratamento entre homens e mulheres em assuntos de emprego.

Casas Beemonde, argumenta que uma das novidades mais significativas do citado artigo trata-se na adoção, a nível europeu, de políticas legislativas dos Estados-Membros orientadas pelas disposições de “ações positivas” em favor das mulheres, enquanto gênero subrepresentado, com o intuito de consagrar na prática a plena igualdade entre homens e mulheres na seara laboral. A autora argumenta que o Tratado vai além da limitada aplicação da Diretiva 76/207<sup>106</sup>, tendo em vista que Diretiva apenas consagrava uma igualdade formal, com o escopo de promover uma igualdade real, seja ao acesso as oportunidades como nos resultados<sup>107</sup>.

Por sua vez, o artigo 2º do TCE, passou a considerar a igualdade entre homens e mulheres como uma das missões da Comunidade – levando alguma doutrina considerar que a igualdade de gêneros deveria ser tratada de forma independente, não mais encarada em conjunto com as discriminações em geral<sup>108</sup>. O artigo 3º nº 2, TCE introduziu o conceito de *mainstreaming* de gênero no direito originário, por força deste artigo, a comunidade na

---

<sup>104</sup> Parlamento Europeu. Comissão dos Direitos da Mulher e da Igualdade dos Gêneros. **Direitos da Mulher e Igualdade dos Gêneros**. 2014. Pag.2

<sup>105</sup> O artigo 141º não foi imune a críticas, Martín sustenta que a norma em questão utiliza a expressão neutra “sexo sub-representado” que pode ser criticada, uma vez que o artigo não se referiu às mulheres como grupo historicamente desfavorecido<sup>105</sup>. O que levou a adoção da Declaração n.º 28, anexa à Acta Final do Tratado de Amsterdão, esclarecendo este ponto – 25/26 com a redação “melhorar a situação das mulheres na vida profissional (MARTÍN, Nuria Elena Ramos. **Positive Action in EU Gender Equality Law: Promoting Women in Corporate Decision-Making Position**. Amsterdã. Pag. 28)

<sup>106</sup> Uma análise mais profunda sobre a respetiva temática será realizada no terceiro capítulo desta pesquisa.

<sup>107</sup> CASAS BAAMONDE, Maria Emilia. **Igualdad y Diferencia em la Regulacion Jurídica del Trabajo de la Mujer**. (A Igualdade dos Gêneros nas Relações de Trabalho). Coordenação: Laís de Oliveira Penido. Brasília: Escola Superior de do Ministério Público do Trabalho. 2006.Pags 38-40.

realização de suas ações, tem como objetivo eliminar as desigualdades e promover a igualdade entre homens e mulheres, ou seja, esse princípio assume um caráter transversal.

Sastre Ibarreche, apresenta um ponto de vista interessante sobre a importância do Tratado de Amsterdã no combate à discriminação e a desigualdade de gêneros, segundo o autor, após a adesão, a esfera política e social da comunidade ganhou maior destaque e autonomia, por dois motivos. Primeiramente, porque ele reconhece mais claramente a compatibilidade das ações positivas com a proibição da discriminação de gêneros e, segundo, porque ele facilita a adoção de normas secundárias sobre a matéria pelo método decisão legislativa com o Parlamento.<sup>109</sup>

O Tratado de Nice aborda de maneira tímida a questão da igualdade dos gêneros e não alarga a base jurídica para além do setor do emprego. No entanto, foi aditado um novo parágrafo ao artigo 13.º do Tratado CE, segundo o qual o Conselho pode deliberar nos termos do artigo 251.º do Tratado CE para adotar, por maioria qualificada, medidas comunitárias de incentivo em apoio de medidas antidiscriminatórias tomadas pelos Estados-Membros. Neste contexto, foi adotada em 29 de abril de 2004, nos termos do n.º 2 do artigo 13.º do Tratado CE, uma nova Decisão n.º 848/2004/CE do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece um programa de ação comunitária para promover as organizações ativas a nível europeu no domínio da igualdade entre homens e mulheres<sup>110</sup>.

Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, as alterações introduzidas no domínio dos direitos da mulher e da igualdade dos gêneros prendem-se sobretudo em duas questões: 1) a afirmação do próprio princípio da igualdade dos gêneros 2) as políticas da União Europeia no domínio da igualdade dos gêneros<sup>111</sup>.

Legislações, estas, introduzidas ou aprofundadas pelo Tratado de Lisboa que serão tema de análise no próximo tópico deste trabalho, em que será evidenciado a normativa mais atual da União Europeia que fundamentam o combate à discriminação do gênero feminino.

---

<sup>109</sup> SASTRE IBARRECHE, Rafael. **La acción positiva para las mujeres em el derecho comunitario.** (A Igualdade dos Gêneros nas Relações de Trabalho). Coordenação: Laís de Oliveira Penido. Brasília: Escola Superior de do Ministério Público do Trabalho. 2006.Pags 38-40.

<sup>110</sup> Parlamento Europeu. Comissão dos Direitos da Mulher e da Igualdade dos Gêneros. **Direitos da Mulher e Igualdade dos Gêneros.** 2014. Pag. 3

<sup>111</sup> Parlamento Europeu. Comissão dos Direitos da Mulher e da Igualdade dos Gêneros. **Direitos da Mulher e Igualdade dos Gêneros.** 2014. Pag. 3.

## 2.2.1.1 Tratado da União Europeia

### 2.2.1.1.1 Artigo 2º e 3º

A essência central do art. 2 do Tratado da União Europeia (TUE) é contemplar os valores que fundam a União Europeia. Do seu texto, evidencia que tais valores são: o respeito à dignidade humana, a liberdade, a democracia, a igualdade, o Estado de Direito e do respeito aos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes as minorias. Estes valores são comuns aos Estados Membros, em uma sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres.

O citado artigo tem como herança os princípios constantes no artigo 6º nº1 do TUE, que posteriormente foi alargado pelo artigo 1-2 TCE. O artigo 6º nº 1 TUE elencava os princípios como: a liberdade, a democracia, o respeito aos direitos do homem e as liberdades fundamentais e do Estado de Direito. Com o passar dos anos, aos poucos, eles foram ganhando uma amplitude maior, assim como, as noções da liberdade e os direitos das minorias foram tendo maior destaque<sup>112</sup>

É interessante observar que os valores contidos no artigo em tela, vão se relacionando entre si, fazendo com que o alcance deles seja maior, bem como, acabam por ser utilizados em conjunto no combate e proteção de determinados direitos. Pode citar, por exemplo, o caso do corolário da não discriminação e da igualdade entre homens e mulheres, ambos os valores estão intimamente ligados. Enquanto houver discriminação do gênero feminino por exemplo, os índices de igualdade entre homens e mulheres tendem a ser maiores. Assim como, políticas para combater a discriminação também tem seu fundamento na igualdade entre homens e mulheres.

Ademais, ao estipular que a União Europeia é "fundada" sobre - e não deve apenas respeitar - os valores da liberdade, democracia, respeito pelos direitos fundamentais e o Estado de Direito, o Artigo 2º do TUE deixa claro que estes são valores fundamentais, ou seja, tratam-se de valores globais da moralidade política que fundamentam e informam o propósito e o caráter do sistema político-legal da União Europeia como um todo<sup>113</sup>.

---

<sup>112</sup> SOUSA, Marcelo Rabelo de. **TUE ART. 2º**. Tradado de Lisboa Anotado e Comentado. (coordenadores: Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio). Coimbra: Almedina. Pag. 27.

<sup>113</sup> PECH, Laurent. **A Union Founded on the Rule of Law: Meaning and Reality of the Rule of Law as a Constitutional Principle of EU Law**. European constitutional law review. 2010. Pag. 362. Acesso: 24/05/2019. < [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1744164](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1744164)>

É oportuno ressaltar que enquanto crivo valorativo para a adesão e a pertença dos Estados Membros, somente assumem relevância imediata ou direta, os princípios elencados no primeiro parágrafo - em atenção ao preceito dos artigos 7º TUE e 49º TUE. Os acolhidos no parágrafo subsequente são dotados de relevância mediata ou indireta, servindo para interpretar e aplicar aqueles que os precedem, quer em termos de adesão, quer para efeito de procedimento de alerta e de sanção<sup>114</sup>. Entretanto, isto não quer dizer que os demais valores não podem ser interpretados e nem tenham importância em outras legislações da União Europeia, por exemplo, a não discriminação e a igualdade entre homens e mulheres podem muito bem irradiar nos artigos: 8º Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), 10º TFUE, 157º TFUE e 21º Carta dos Direitos Fundamentais - que abordam a mesma temática.

Se ao artigo 2º TUE apresenta os valores da União Europeia, o artigo 3º TUE, por seu turno, evidencia os objetivos concretizadores desses valores. O citado artigo apresenta os objetivos que devem nortear no exercício das competências ou dos poderes dos tratados, estes, projetam os seus valores e são desenvolvidos pelo TUE e pelo TEUE, através de políticas concretizadoras. Desta forma, pode-se dizer que eles são objetivos transversais, por se refletirem em todas as disposições dos Tratados relativas às matérias que cobrem, e dotados de operacionalidade intermédia, maior que a dos valores, menor do que a das concretizações área a área<sup>115</sup>.

E neste contexto, a União Europeia deixa expresso que o combate as discriminações e a promoção da igualdade entre homens e mulheres, encontram-se no rol de objetivos que devem orientar as suas ações, seja no desempenho das competências nas atribuições presentes no seu ordenamento jurídico.

## 2.2.1.2 Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia

### 2.2.1.2.1 Artigo 8º e 10º

Segundo a redação do artigo 8º do TFUE “na realização de todas as suas ações, a União Europeia terá como objetivo eliminar as desigualdades e promover a igualdade entre homens e mulheres”. Trata-se de uma norma que evidencia que a União Europeia tem como

---

<sup>114</sup> SOUSA, Marcelo Rabelo de. **TUE ART. 2º**. Tradado de Lisboa Anotado e Comentado. (coordenadores: Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio). Coimbra: Almedina. Pag. 30-32.

<sup>115</sup> SOUSA, Marcelo Rabelo de. **TUE ART. 2º**. Tradado de Lisboa Anotado e Comentado. (coordenadores: Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio). Coimbra: Almedina. Pag. 30-32.

compromisso e preocupação, em suas ações, a temática do combate à discriminação e da igualdade entre os gêneros. Deste artigo é interessante observar que ele trata de forma ampla o princípio da igualdade - ainda que de maneira específica sobre a categoria gênero – de modo a enquadrar em suas disposições não apenas as ações de combate à desigualdade, como também as medidas antidiscriminatórias, como as ações positivas.

Por seu turno, ao artigo 10º TFUE, prescreve a utilização de medidas que visam combater as desigualdades de pessoas do mesmo gênero em todos os domínios da União Europeia, ou seja, em suas ações irá tentar buscar o enfretamento da discriminação e desigualdade. Pode não está expresso que se trata de um combate ferrenho contra a discriminação em função do gênero feminino – até mesmo porque como já foi evidenciado a discriminação de gênero não é sinônimo de discriminação contra a mulher – mas em números a discriminação em relação a mulher é bem maior e mais corriqueira. O que leva a presumir que mesmo não estando explicito, o artigo é um forte fundamento e um próprio reconhecimento da União Europeia que a desigualdade e discriminação contra o gênero feminino é uma problemática latente e que deve sim ser combatida.

Quanto as categorias que a União Europeia visa aplicar as suas políticas antidiscriminatórias, há 7 categorias: o sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade e orientação sexual. Dentre as quais o trabalho em tela destacar a “em razão do sexo”, por ser mais um fundamento para o combate e realização de políticas para discriminação da mulher em função de seu gênero.

É interessante observar que, assim como no artigo 10º TFUE, o artigo 8º TFUE também versa sobre a categoria “sexo”. Ocorre que apesar dessa similaridade a utilização desta categoria em ambas normas não é por acaso. Enquanto no artigo 8º TFUE aborda de uma forma geral o combate à desigualdade de gêneros, não enquadrando apenas o combate à desigualdade, mas também a adoção de medidas, como as ações positivas. O artigo 10º TFUE, por seu turno, traz consigo essencialmente o fenômeno da discriminação em função do sexo.

#### 2.2.1.2.2 Artigo 19º

O atual artigo 19º TFUE tem como predecessor o artigo 13º TCE, incorporado pelo Tratado de Amsterdã. A introdução desta normativa no citado tratado deu-se, essencialmente, pela proliferação dos fenômenos racistas e xenofóbicos na Europa,

principalmente após a década de 80. Os Estados Membros foram tomando consciência que apenas uma resposta em escala europeia teria o condão de conter esse fenômeno. Desta maneira, além da proibição de discriminação em relação ao sexo e a nacionalidade, os defensores da consagração da discriminação em relação a raça e origem étnica foram ganhando força. Os diálogos para consagração do artigo não foram fáceis e a sua redação final acabou por sair mais restritiva e ambígua que as propostas discutidas<sup>116</sup>.

Com o advento do Tratado de Nice o artigo 13º passou a ter um nº 2, estabelecendo:

Em derrogação do nº 1, sempre que adote medidas de incentivo comunitárias, com exclusão de qualquer harmonização das disposições legislativas e regulamentares dos Estados Membros, para apoiar as ações dos Estados Membros destinadas a contribuir para a realização dos objetivos referidos no nº 1, o conselho delibera nos termos do artigo 251º

Atualmente e, com as alterações apresentadas pelo tratado de Lisboa, o antigo artigo 13º TCE passou a ser o artigo 19º TFUE e se integrou a parte II do Tratado de Funcionamento da União Europeia, relativa a não discriminação e a cidadania - diferente do que ocorria com o artigo 13º TCE inserido na parte I, relativa a alguns princípios.

O art. 19º, nº 1, TFUE fornece uma base legal para o Conselho, sem o prejuízo das demais disposições do Tratados e dentro dos limites das competências que conferem à União Europeia, deliberando por unanimidade, de acordo com o processo legislativo especial e após consulta ao Parlamento Europeu, possa "tomar as medidas necessárias para combater a razão de sexo, raça ou origem étnica, religião...". Por sua vez, no nº 2 do mesmo preceito, em tipografia introduzida pelo Tratado de Nice, vem permitir que, em derrogação ao nº 1, sempre que adote medidas de incentivo da União Europeia, com exclusão de qualquer harmonização das disposições legislativas e regulamentares dos Estados Membros, para apoiar as ações dos Estados Membros destinadas a contribuir para a realização daqueles objetivos o Conselho deliberar de acordo com o processo legislativo ordinário<sup>117</sup>.

Da leitura da citada normativa, observa que o seu texto não impõe ao Conselho o dever de garantir uma luta contra a discriminação, apenas um poder de agir. Sobre este ponto Martins faz questionamento, se a partir deste preceito poderia o Conselho adotar medidas de

---

<sup>116</sup> MARTINS, Ana Maria Guerra. **A Igualdade de Não Discriminação dos Nacionais de Estados Terceiros Legalmente Residentes na União Europeia**: Da Origem na Integração Econômica ao Fundamento da Dignidade do Ser Humano. Coimbra: Almedina. 2010. Pags. 409-412.

<sup>117</sup> MOURA RAMOS, Rui Manuel. **TFUE ARTS. 18º-23º**. Tradado de Lisboa Anotado e Comentado. (coordenadores: Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio). Coimbra: Almedina. Pag.259.

ação positiva? Para uma parte da doutrina a resposta seria negativa, tendo em vista que para estes as medidas só poderiam ser adotadas se expressamente o tratado as mencionasse, o que não seria o caso desta normativa. Contudo, não seria a posição majoritária, para a autora tais medidas consubstanciam como o único meio para atingir a igualdade material, assim, elas não devem ser proibidas, mas sim, utilizadas. Ademais, ainda pontua que na própria prática a tese é confirmada, tendo em vista que foram aprovadas algumas Diretivas com base no artigo 13º TCE permitindo a adoção de ações positivas<sup>118</sup>.

O supracitado artigo tem potencial real para satisfazer as expectativas no combate a discriminação do gênero feminino, isto porque, de início, consagra o princípio da não discriminação mais perto daqueles que precisam de proteção contra a discriminação. Embora o artigo seja um instrumento que promova ações adicionais por parte da Comunidade, sua adoção é, por si só, um fato político significativo. Ele criou uma expectativa de que ações serão tomadas. Apesar da necessidade de unanimidade, é provável que não seja possível tomar providências para que sejam tomadas sob este acordo. O desafio não é mais a falta de aparato legal da União Europeia para realizar as ações e políticas, mas sim, a busca de ação que realmente se demonstrem efetivas<sup>119</sup>.

#### 2.2.1.2.3 Artigo 157º

O surgimento do princípio da igualdade remuneratória foi concebido pelo artigo 119º do Tratado de Roma. Já o Tratado de Amsterdã, no tocante da matéria, replicou o texto do art. 119º do Tratado de Roma no artigo 141º TCE e adicionou dois novos números, que representam, respectivamente, os atuais nº 3 e nº 4. O atual artigo 157º TFUE possui a mesma redação do antigo artigo 141º, com uma pequena mudança no nº 3.

A temática central da normativa em tela, aborda o princípio da igualdade remuneratória entre trabalhadores do gênero feminino e do gênero masculino, propondo aos Estados-Membros uma atuação na aplicação deste preceito, em que estes passam a assegurar a sua diligência. Sendo um preceito da suma importância para o princípio de igualdade de

---

<sup>118</sup> MARTINS, Ana Maria Guerra. **A Igualdade de Não Discriminação dos Nacionais de Estados Terceiros Legalmente Residentes na União Europeia**: Da Origem na Integração Econômica ao Fundamento da Dignidade do Ser Humano. Coimbra: Almedina. 2010. Pags. 409-412.

<sup>119</sup> ALLEN, Robin. **Article 13 EC: Evolution And Current Contexts**. (Equality Law In An Enlarged European Union Understanding the Article 13 Directives) Helen Meena (org). United States of America: Cambridge University Press. 2007. Pag. 71.

tratamentos entre homens e mulheres, seja no acervo normativo, jurisprudencial e de políticas da União Europeia.

A ordem em anotação não resolveu a problemática do que se deverá entender por "trabalhador". Contudo, o Tribunal de Justiça, já teve a oportunidade de pronunciar sobre a questão, considerando "trabalhador" - para efeitos da norma em questão - "a pessoa que, durante um certo período de tempo, presta serviço para e sob a direção de outra pessoa mediante uma remuneração", Adotou, portanto, a noção de trabalhador subordinado, excluindo os chamados prestadores de serviços (também designados como trabalhadores independentes ou autônomos)<sup>120</sup>.

Já ao que tange ao termo "remuneração", o n° 2º do citado artigo o prevê como "salário básico ou mínimo ordinário ou salário e qualquer outra consideração, seja em dinheiro ou em espécie, que o trabalhador recebe direta ou indiretamente, em relação ao seu emprego, de seu empregador". Isso abrange uma ampla variedade de benefícios dentro de uma relação laboral, ou seja, o artigo apresenta com conceito amplo de "remuneração". O âmbito desta definição foi considerado em uma série de casos perante o TJUE, sendo utilizado para diversos benefícios associados a relação de emprego, incluindo viagens ferroviárias concessionárias<sup>121</sup>, subsídios de expatriação<sup>122</sup>, bônus de Natal<sup>123</sup>, pensões profissionais<sup>124</sup>, tendo em conta os períodos de serviço militar<sup>125</sup>, o pagamento dos salários em caso de doença<sup>126</sup>. O Tribunal considerou que se o benefício é derivado uma relação de trabalho ele poderia se enquadrar no conceito de "remuneração".<sup>127</sup>

---

<sup>120</sup>VICENTE, Joana Nunes. **TFUE ART. 157º**. Tradado de Lisboa Anotado e Comentado. (coordenadores: Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio). Coimbra: Almedina. Pag. 685.

<sup>121</sup> CJEU, Caso - 12/81, Eileen Garland v. British Rail Engineering Limited, 09/02/1982.

<sup>122</sup> CJEU, Caso - 20/71, Luisa Sabbatini, née Bertoni, v. European Parliament, 07/06/1972.

<sup>123</sup> CJEU, Caso - 333/97, Susanne Lewen v. Lothar Denda, 21/11/1999. 288

<sup>124</sup> CJEU, Caso - 262/88, Douglas Harvey Barber v. Guardian Royal Exchange Assurance Group, 17/05/1990. 289

<sup>125</sup> CJEU, Caso -220/02, Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten v. Wirtschaftskammer Österreich, 8/06/2004. 290

<sup>126</sup> CJEU, Caso -171/88, Ingrid Rinner-Kühn v. FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG, 13 /07/1989. 291

<sup>127</sup> European Court of Human Rights and the European Union Agency for Fundamental Rights. **Handbook on European non-discrimination law**. 2018. Pag. 116.

Disponível em:

<[https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwi19Lupr4LjAhWlQxUIHwB1BEQQFjACegQIAhAC&url=https%3A%2F%2Fwww.echr.coe.int%2FDocuments%2FHandbook\\_non\\_discr\\_law\\_ENG.pdf&usg=AOvVaw2gM987w2fqLVmmXWoYn33o](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwi19Lupr4LjAhWlQxUIHwB1BEQQFjACegQIAhAC&url=https%3A%2F%2Fwww.echr.coe.int%2FDocuments%2FHandbook_non_discr_law_ENG.pdf&usg=AOvVaw2gM987w2fqLVmmXWoYn33o)>

Acesso: 24/05/2019.

O nº 3 do citado artigo apresenta o fundamento normativo do procedimento de decisão que deve ocorrer para a realização de ações da comunidade, sejam regulamentos, decisões ou Diretivas, com a finalidade de garantir a realização do princípio da igualdade de oportunidade e de tratamento na seara do emprego e do trabalho. É interessante observar que diferente da atual redação do artigo, o nº 3 do artigo 141º do Tratado de Amsterdã, textualmente, apenas fazia referência ao Conselho - mesmo que conforme o antigo artigo 251º remetesse o processo a decisão conjunta do Conselho e do Parlamento. Já o texto atual, faz referência direta ao Conselho e ao Parlamento, indicando que “de acordo com o processo legislativo ordinário e após consulta ao Comitê Económico e Social, adotarão medidas destinadas a garantir a aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de emprego e de trabalho, incluindo o princípio da igualdade de remuneração por trabalho igual ou de valor igual”<sup>128</sup>

Em atenção à disposição do nº 4 do respectivo artigo, há um claro preceito antidiscriminatório, em que não há uma inibição para a realização de medidas de promoção da igualdade de oportunidades entre os trabalhadores do gênero feminino e do gênero masculino. Assim, o preceito faz uma evidente demonstração que as ações positivas podem sim ser medidas realizadas pelos Estados a fim de que se contemple uma melhor igualdade entre homens e mulheres ao que tange a área trabalhista. Demonstrando que os Estados-Membros podem prever prerrogativas específicas destinadas a promover o exercício de uma atividade profissional pelas pessoas do sexo sub-representado, ou a prevenir ou compensar desvantagens na sua carreira profissional.

Recorda que a jurisprudência do Tribunal de Justiça estabeleceu que o direito da UE tinha supremacia sobre o direito nacional e que certas disposições do direito da União Europeia (incluindo o artigo 157.º do TFUE) têm efeito direto. Na esfera da discriminação sexual, esses princípios tiveram um profundo impacto porque permitiram que a Corte contestasse a lei nacional de igualdade sexual. A supremacia significava que um tribunal nacional seria obrigado a deixar de aplicar a lei nacional, que entra em conflito com a legislação da UE. Por exemplo, na *Macarthy Ltd vs. Smith*, uma mulher fez um pedido de pagamento igual com base no fato de que seu antecessor (um homem) tinha sido pago mais por fazer o mesmo trabalho que ela. Nessa altura, não era claro se o seu pedido era admissível

---

<sup>128</sup> VICENTE, Joana Nunes. **TFUE ART. 157º**. Tradado de Lisboa Anotado e Comentado. (coordenadores: Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio). Coimbra: Almedina. Pag. 687.

ao abrigo do UK Equal Pay Act 1970, mas o Tribunal de Justiça considerou que o artigo 157.º TFUE cobria este litígio. Por conseguinte, o órgão jurisdicional de reenvio era obrigado a deixar de aplicar o direito nacional, a fim de permitir ao recorrente o direito que lhe é conferido pelo direito da União Europeia<sup>129</sup>.

Outro exemplo de decisão do Tribunal quanto a matéria foi no processo Defrenne vs Sabena, declarando que a disposição sobre igualdade de remuneração, artigo 157.º TFUE, além de ter efeito direto, teria efeito horizontal, em outras palavras, pode ser executada contra empregadores que sejam pessoas ou empresas privadas, bem como contra órgãos do Estado<sup>130</sup>. Assim, o artigo 157º tem, efeito direto, vertical e horizontal, em que os indivíduos podem o invocar em casos que haja uma discriminação direta e indireta.

É interessante observar que mais uma vez a União Europeia apresenta uma forma de contemplar as ações positivas para que a discriminação e desigualdade entre os gêneros seja enfrentada e combatida. Não seria como se a União Europeia interferisse em cada um dos seus Estados Membros e fizesse uma imposição de ações e metas, ela demonstra de uma forma sutil que a problemática da discriminação e desigualdade entre os gêneros ainda é uma realidade na sociedade e que os Estados precisam dar atenção a esse fenômeno.

### 2.2.1.3 Carta dos Direitos Fundamentais

Para além dos documentos e tratados anteriormente analisados e que fazem parte do acervo normativo da União Europeia, para com a temática da discriminação do gênero feminino, é necessário discorrer sobre as normas presentes na Carta de Direitos Fundamentais (CDFUE) que tratam sobre a matéria em análise. Contudo, antes de iniciar o debate é indispensável realizar breves comentários acerca da respetiva Carta.

Como já evidenciado, a União Europeia, em sua origem, possuía de forma incipiente a consagração de direitos sociais, era mais de uma comunidade voltada majoritariamente para temáticas econômicas e comerciais. Com o tempo, a proteção dos direitos fundamentais foi ganhando um maior destaque e sendo, aos poucos, enriquecida em diversos planos da comunidade. O Poder Judiciário passou a os reconhecer, assim como, os direitos econômicos contidos no Tratado de Roma começaram a ter uma interpretação por remissão para as tradições de direitos fundamentais aos diferentes Estados-Membros e acolhendo a influência

---

<sup>129</sup> CHALMERS Damian, DAVIES Gareth, MONTI Giorgio. **Europeu Union law**. United States of America: Cambridge University Press 2010. Pag. 443.

<sup>130</sup> ELLIS, Evelyn. **EC Sex Equality Law**. Nova Iorque: Oxford University Press Inc. 1998. Pags. 250.

do direito internacional público e incorporação da Convenção Europeia de Direitos do Homem<sup>131</sup>.

Assim, a política social passou a desempenhar um papel cada vez mais proeminente na prática. Ela forneceu um mecanismo útil para enfatizar a face humana da Comunidade, tendo como pano de fundo críticas de que era exclusivamente capitalista econômica e indiferente<sup>132</sup>. Tendo a Carta de Direitos Fundamentais, assumindo um grande papel nesta evolução, constituindo um marco crucial no processo de integração europeia. Em que União Europeia, assumiu uma responsabilidade formal perante os seus cidadãos: transformar uma comunidade econômica em uma União Europeia baseada no Estado de Direito e nos direitos humanos<sup>133</sup>.

A Carta de Direitos Fundamentais, assinada no Conselho Europeu em Nice no dia 7 de dezembro de 2000, pelos presidentes do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão, traz pela primeira vez na União Europeia um conjunto de direitos que visam a tutela de direitos fundamentais. Significando um impulso renovado para o discurso em torno dos direitos fundamentais e o reconhecimento da dignidade humana<sup>134</sup>.

Apesar de não constar formalmente no Tratado de Lisboa ela é expressamente elevada a mesma dignidade normativa do Tratado da União Europeia e do Tratado de Funcionamento da União Europeia. Desta forma, mesmo que por algum tempo sendo apenas considerada uma declaração de direitos e ficando a margem do direito originário da União Europeia, hoje a sua força jurídica é considerada como integrante do direito primário e é tratada como um instrumento que anda em conjunto com as demais normativas originárias do Direito da União Europeia, à qual o artigo 6.º do TUE atribui um valor jurídico idêntico ao dos Tratados.

É interessante observar que a incorporação da Carta no direito primário da União Europeia, apesar de não ampliar as competências da União Europeia e de preservar o princípio da subsidiariedade, instaura novas responsabilidades às instituições com poder de decisão e de execução, assim como, aos Estados-Membros em relação à aplicação da

---

<sup>131</sup> MACHADO, Jonatas E.M. **Direito da União Europeia**. Coimbra: Coimbra editora, 2.ed. 2014. Pags.

<sup>132</sup> ELLIS, Evelyn. **EC Sex Equality Law**. Nova Iorque: Oxford University Press Inc. 1998. Pags. 60

<sup>133</sup> Parlamento Europeu. **Relatório Sobre a Aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia no Quadro Institucional da EU**. Pag. 3.

Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2019-0051\\_PT.html](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2019-0051_PT.html). Acesso: 25/04/2019.

<sup>134</sup> MACHADO, Jonatas E.M. **Direito da União Europeia**. Coimbra: Coimbra editora, 2.ed. 2014. Pags. 286/287

normativa comunitária a nível nacional, fazendo com que as disposições da Carta se tornem diretamente executáveis pelos tribunais europeus e nacionais. De acordo com as decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia vincula os Estados-Membros quando atuam no âmbito do direito da União Europeia<sup>135</sup>.

Quanto a temática, Canotilho, assevera que a elaboração de uma Carta Europeia de Direitos Fundamentais pretende recortar um conjunto de direitos juridicamente vinculativos das instituições da União Europeia. O seu primeiro objetivo é, assim, a positivação de direitos através da sua incorporação jurídica no ordenamento da União Europeia. Em segundo lugar, pretende positivar os direitos conferindo um valor de *Fundamental Rights* e atribuindo uma hierarquia materialmente superior no quadro das fontes de direito da União Europeia. Significa isto a *fundamentalização* formal e material desses direitos. *Fundamentalização* formal porque as normas da Carta deverão ser incluídas no tratado e aí colocadas no grau hierarquicamente superior da ordem jurídica e comunitária. Já a material pressupõe que estes direitos são constitutivos das estruturas básicas da comunidade e União Europeia<sup>136</sup>.

Outrossim, ressalta-se que a Carta é composta pelas dimensões de: I) Dignidade; II) Liberdade III) igualdade; IV) solidariedade V) cidadania VI) garantias processuais. Dentre as respectivas dimensões, a que ganhará maior destaque na presente pesquisa será a da igualdade, contemplada no seu artigo 21º em que há a formalização da proibição de várias formas de discriminação, dentre as quais se encontra a vedação da discriminação em relação ao sexo; e no artigo 23º que trata da igualdade entre os gêneros, demonstrando que essa igualdade deve ser garantida em todos os seus domínios, até mesmo em relação ao emprego, trabalho e remuneração. E ainda considera que o princípio chancela situações e políticas que visem regalias específicas a favor de um sexo sub representado. Ou seja, nada obsta para que países realizem ações afirmativas para a promoção na igualdade de gêneros. Tais artigos serão tema de análise no próximo tópico.

---

<sup>135</sup> Parlamento Europeu. **Relatório Sobre a Aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia no Quadro Institucional da EU**. Pag. 19.

Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2019-0051\\_PT.html](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2019-0051_PT.html). >Acesso: 25/04/2019

<sup>136</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes, et all, *Compressão Jurídico-Política da Carta, Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. Pag. 13.

#### 2.2.1.3.1 Artigo 21º

O artigo 21º, nº 1º da CDFUE proíbe toda e qualquer discriminação em função de determinadas características dos indivíduos, quais sejam: do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual.

É interessante pontuar que apesar do citado artigo prescrever que: “É proibida a discriminação em razão...” pode-se verificar situações em que o tratamento diferenciado não só é necessário como é justificável. Guerra Martins, sobre o tema, apresenta o exemplo entre homens e mulheres no mercado de trabalho, a autora aponta que tratá-los de forma diferenciada, em alguns aspectos, não se configura obrigatoriamente uma discriminação em função do gênero. Por um lado, o ponto de partida de ambos os gêneros no mercado de trabalho é uma coisa e certos tratamentos diferenciados para a mulher é outra. Como em casos de gravidez e aleitamento - que em certos casos deve-se observar a diferenciação. O que se proíbe é a discriminação arbitrária aquela que não há qualquer fundamento jurídico aceitável<sup>137</sup>.

A proibição da discriminação que se refere o artigo 21º CDFUE ampara situações em que não há qualquer justificativa para que a mesma ocorra, deixar de contratar uma mulher por ser mulher configura uma forma latente de discriminação baseada no gênero. Mas, se tratar de forma de divergentes situações em que a própria diferença visa combater uma discriminação é plenamente aceitável, como por exemplo medida de ações afirmativas. Estas, como já devidamente pontuado, visam compensar desigualdades antigas e persistentes, afastando o modelo discriminatório da sociedade, promovendo a diversidade e a representação proporcional.

Ademais, o artigo em questão proíbe formas de discriminação direta e discriminação indireta. Assim, da mesma maneira que uma medida fundada diretamente e sem justificação num critério interdito pela ordem jurídica é vedada – como por exemplo leis que preveem diferentes tratamentos para indivíduos em situação semelhante do seu gênero – medidas que, no plano estritamente formal, são indistintamente aplicáveis, no que respeita aos critérios de

---

<sup>137</sup> MARTINS, Ana Maria Guerra. **A Igualdade de Não Discriminação dos Nacionais de Estados Terceiros Legalmente Residentes na União Europeia: Da Origem na Integração Econômica ao Fundamento da Dignidade do Ser Humano**. Coimbra: Almedina. 2010. Pag. 332.

diferenciação proibidos pela ordem jurídica, mas que, de um ponto de vista prático e material, têm um efeito equivalente aos das discriminações diretas que também são proibidas<sup>138</sup>.

#### 2.2.1.3.2 Artigo 23º

O artigo 23º da Carta foi uma reivindicação das organizações de mulheres, as quais almejavam que a igualdade entre homens e mulheres estivesse sido afirmada logo nos primeiros artigos. Todavia, o pedido não foi atendido, desde logo, porque se optou por incluir um Título específico na Carta sobre igualdade<sup>139</sup>.

Em seu texto o artigo 23º da Carta prescreve que “Deve ser garantida a igualdade entre homens e mulheres em todos os domínios, incluindo em matéria de emprego, trabalho e remuneração” assim como “O princípio da igualdade não obsta a que se mantenham ou adotem medidas que prevejam regalias específicas a favor do sexo sub-representado”

De pronto, percebe que a redação do artigo promove o princípio da igualdade entre homens e mulheres e, conseqüentemente, diligência pela proibição da discriminação em função do gênero, fazendo com que os artigos 21º CDFUE e 23º CDFUE andem em consonância e tutelem situações similares. Contudo, o artigo 23º CDFUE aprofunda mais na temática, à medida que o 21º CDFUE proíbe tratamentos discriminante, podendo apenas em situações excepcionais e justificadas impor a União Europeia medidas de ações afirmativas. E fazendo isso de forma indireta, não há em seu texto qualquer referência para a prática destas ações. Por seu turno, o artigo 23º CDFUE deixa expresso em sua redação que a União Europeia e os Estados têm que atuar de forma direta na tutela da igualdade dos gêneros.

Trata-se de um preceito que constitui um fundamento primordial para as medidas de ação positiva, partindo do princípio que, para atingir a igualdade substancial, nos casos em que as situações de fato são marcadamente diferentes, poderá se necessário, pelo menos, com caráter transitório e temporário, tratar diferentemente duas pessoas, por força do diferente gênero a que pertencem. Neste caso, a diferenciação dirige-se a compensar a desigualdade de oportunidades fática, a qual tem razões culturais longínquas, profundas e

---

<sup>138</sup> CANOTILHO, Mariana Rodrigues. **Brevíssimos Apontamentos Sobre A Não Discriminação No Direito Da União Europeia**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007- ISSN 1646-6853. - Nº 14 (Mai.-Ago. 2011) p. 107.

<sup>139</sup> MARTINS, Ana Maria Guerra. **A Igualdade de Não Discriminação dos Nacionais de Estados Terceiros Legalmente Residentes na União Europeia: Da Origem na Integração Econômica ao Fundamento da Dignidade do Ser Humano**. Coimbra: Almedina. 2010. Pag. 461

difíceis de apagar. Ou seja: sacrifica-se a igualdade formal com o intuito de atingir a igualdade material ou substancial.<sup>140</sup>

Cumpra-se destacar do corpo do texto do artigo que as ações não se destinam apenas a setores do trabalho, mas sim, aprofunda para “todos os domínios” demonstrando uma clara evolução das tutelas da União Europeia, que não apenas destinam-se a aspectos econômicos, mas também, sociais. Abrindo um caminho maior para a participação da mulher em setores que por anos teve uma participação sub-representada, como na vida política, vida acadêmica e na tomada de decisões.

Ademais, levando em conta o âmbito subjetivo passivo da aplicação da carta<sup>141</sup>, as medidas de ações positivas podem ser realizadas pela própria União Europeia, em contraste com o artigo 157º, nº 4, TFUE, que, expressamente, se refere aos Estados-Membros. Até mesmo porque, como sublinha, o professor Moura Ramos, quanto aos destinatários da Carta, estes são constituídos pelas instituições e órgãos da União Europeia, na observância do princípio da subsidiariedade, e pelos Estados - Membro, apenas quando aplicam o direito da União Europeia<sup>142</sup>

## 2.3 CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS

A Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), criada em 5 de maio de 1949, entrou em vigor em 1953 com a ratificação de 8 países, é um instrumento regional, desenhado pelo Conselho da Europa e originalmente idealizada com o intuito de prevenir as

---

<sup>140</sup> MARTINS, Ana Maria Guerra. **A Igualdade de Não Discriminação dos Nacionais de Estados Terceiros Legalmente Residentes na União Europeia: Da Origem na Integração Econômica ao Fundamento da Dignidade do Ser Humano**. Coimbra: Almedina. 2010. Pag. 461

<sup>141</sup> Sobre este ponto Sofia de Oliveira Pais, faz um oportuno apontamento. De modo geral, a aplicação da carta parece ser evidentemente vertical, basta observar a letra da lei para que se chegue a esta conclusão (nos termos do art. 51, nº 1 da Carta), em que a sua aplicação se dirige as instituições, órgãos, organismo da união e estados membros da união. Isto significa que os direitos consagrados na carta seriam invocados em uma relação vertical (particular – Estado/ instituto ou órgão da união) mas não em um âmbito horizontal (particular – particular), fazendo que direitos idênticos tivessem âmbito de aplicação diferentes, consoante estivessem previstos na carta ou não. Como por exemplo o artigo 23º da carta em que deve ser garantida a igualdade entre homens e mulheres em todos os domínios....” em que se trata de uma disposição semelhante ao artigo 157º do TFUE, norma que é aplicável as relações entre particulares. Para a autora é neste ponto que reside o estranhamento, pois seria difícil compreender que direitos substancialmente iguais tenham um alcance diferente consoante o instrumento jurídico utilizado. Desta forma, conforme pontua, afirmar que a carta apenas tenha efeitos verticais tende a esquecer que hoje se esbate, cada vez mais, a distinção da esfera pública e da esfera privada e que a proteção dos direitos fundamentais assume um relevo crescente nas relações que se estabelecem entre os particulares. O que não seria excessivo pensar que a carta não teria seus feitos horizontais limitados, nomeadamente, permitindo o que a sua utilização como orientação na interpretação de regras aplicáveis a particulares. (PAIS, Sofia Oliveira. **Estudos da união Europeia**. Coimbra: Almedina. 2014. Pag. 147.

<sup>142</sup> RAMOS, R.M. Moura. **Estudos de Direito da União Europeia**. Coimbra: Gestlegal. 2019. Pag. 93.

violações graves de direitos humanos, principalmente em um contexto pós segunda guerra mundial.<sup>143</sup>

Levando em consideração que o CEDH é o principal instrumento de proteção dos direitos fundamentais na Europa, à qual aderiram todos os Estados-Membros, a adesão da União Europeia à CEDH seria uma solução lógica para a necessidade de vincular a comunidade às obrigações em matéria de direitos fundamentais. A Comissão Europeia propôs repetidamente (em 1979, 1990 e 1993) a adesão da União Europeia à CEDH<sup>144</sup>. Na sequência de um pedido da manifestação sobre o assunto, o Tribunal de Justiça considerou, em 1996, no seu parecer 2/94, que o Tratado não previa qualquer competência para a CE aprovar regras em matéria de direitos humanos ou para celebrar convenções internacionais neste domínio, tornando a adesão juridicamente impossível<sup>145</sup>.

Dentre as alterações introduzidas pelo Tratado de Lisboa, encontra a previsão de adesão da União Europeia a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, a qual consta no artigo 6º, nº 2 do TUE<sup>146</sup>. Isso significaria que - como já acontece com os seus Estados-Membros - a União Europeia passaria a estar sujeita, no que diz respeito ao respeito dos direitos fundamentais, à fiscalização por uma entidade jurídica externa, designadamente o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH). Na sequência dessa adesão, os cidadãos da União Europeia, assim como, os nacionais de países terceiros presentes no território da União Europeia, poderiam contestar atos jurídicos adotados pela União Europeia diretamente junto do TEDH com base nas disposições da CEDH, da mesma maneira que contestavam atos jurídicos adotados pelos seus Estados-Membros.

Em julho de 2013, a Comissão solicitou ao TJUE que se pronunciasse sobre a compatibilidade deste acordo com os Tratados do projeto de Acordo de Adesão. Em 18 de dezembro de 2014, o TJUE emitiu um parecer negativo indicando que o projeto de acordo era suscetível de afetar negativamente as especificidades e a autonomia do Direito da UE

---

<sup>143</sup> CASALEIRO, Paula. **Convenção Europeia dos Direitos Humanos: contributo para a proteção das crianças em conflito com a lei**. E-cadernos CES [Online], 20 | 2013. Visualizado: 20/05/2019. <<https://journals.openedition.org/eces/1638>>

<sup>144</sup> Deve pontuar-se que a adesão da UE também se mostrava problemática pelo lado da CEDH, tendo em vista que apenas Estados poderia integrá-la. Ocorre que foi aprovado a protocolo nº 14 para que se modificasse a redação do artigo 59º da convenção, para que assim a união pudesse integrar a CEDH.

<sup>145</sup> Parlamento Europeu. **Proteção dos Direitos Fundamentais nza União Europeia**. (Fichas temáticas).

<sup>146</sup> MESQUITA, Maria Jose Rangel. **Introdução ao Contencioso da União Europeia**. Coimbra: Almedina. 2018. Pag. 28

(parecer 2/13). Assim, a problemática da adesão e a sua implicação ainda estão em discussões, em que o debate é travado para que possa resolver os problemas levantados pelo TJUE e prosseguir as negociações.

Apesar deste entrave quanto a adesão da União Europeia e as suas implicações, deve-se pontuar que na citada Convenção há um postulado que consagra a proibição da discriminação em relação ao gênero feminino. Trata-se do artigo 14º prescrevendo que “O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.”

Observa-se, primeiramente, que as categorias apontadas como suspeitas não devem ser consideradas exaustivas, sendo apenas uma enumeração exemplificativa de possíveis fragmentos de discriminação. Neste sentido, William Schabas, prescreve que o vocábulo "como" indica que a lista não é exaustiva. Embora uma interpretação plausível restrinja as categorias não enumeradas àquelas que são análogas ao que está listado na disposição, a Corte não apresentou qualquer limitação que pudesse ser imposta por uma interpretação mais recente e parece ter adotado uma abordagem ampla, reconhecendo uma proibição de discriminação que vai muito além das "características pessoais"<sup>147</sup>.

O artigo 14º CEDH não proíbe de forma irrestrita a discriminação, mas sim, aquelas arbitrárias, que não têm um fim legítimo nem uma fundamentação razoável. As eventuais distinções devem, deste modo, atender o princípio da proporcionalidade, ou seja, a discriminação é vedada se o em modo em que for empregada não se mostrar adequado. TEDH considera, no entanto, que a avaliação da adequação dos meios aos fins que se pretendem atingir é mais bem realizada pelas autoridades nacionais<sup>148</sup>.

Note-se ainda que, nos termos do artigo 14º CEDH, o direito à não discriminação não tem uma existência autónoma. É uma disposição subsidiária à medida que complementa as outras disposições substantivas da Convenção e seus Protocolos. Assim, o artigo em tela, não tem existência independente porque se aplica somente ao gozo dos direitos e liberdades salvaguardados por outras disposições da Convenção.

---

<sup>147</sup> SCHABAS, William A. **The European Convention on Human Rights: A Commentary**. Reino Unido: Oxford University Press. 2015. Pag 356.

<sup>148</sup> MARTINS, Ana Maria Guerra. **A Igualdade de Não Discriminação dos Nacionais de Estados Terceiros Legalmente Residentes na União Europeia: Da Origem na Integração Econômica ao Fundamento da Dignidade do Ser Humano**. Coimbra: Almedina. 2010. Pag.386.

Quanto a discriminação em relação ao “sexo” é de suma importância realizar alguns apontamentos. O termo "sexo", usado nas definições de direitos de igualdade do fascículo das Nações Unidas e da Declaração Universal dos Direitos Humanos e em muitos instrumentos posteriores, incluindo o artigo 14º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, foi gradativamente substituído por "gênero". Os primeiros casos referiam-se a "gênero", mas apenas com relação à mudança de gênero, em vez de discriminação como tal. A terminologia começou a mudar na década de 1990. Em acórdãos recentes, o Tribunal de Justiça referiu-se à discriminação com base no “gênero” quando se referia claramente à discriminação imputável ao sexo dos requerentes<sup>149</sup>.

Ao fazer um paralelo com as normativas constantes nos Tratados da União Europeia, percebe que estes também utilizam a expressão “sexo” ao retratar sobre a discriminação perante o “sexo” desde o tratado de Roma até o tratado de Lisboa<sup>150</sup>, a expressão sexo sendo utilizada. O que de uma certa forma pode causar uma estranheza, tendo em vista que por muitos anos os estudos feministas lutaram e debateram bastante sobre a utilização dessa expressão (pelos motivos apresentados no primeiro capítulo desta pesquisa).

Tal ponto de vista, levaria a induzir ao raciocínio de que a União Europeia apenas considera ou a tratar a mulher por seus aspectos biológicos, diminuindo mais uma vez o “ser mulher” a aspectos estáticos e restritos. Por outro lado, pode-se pensar que a União Europeia simplesmente considera “sexo” e “gênero” com a mesma conotação. Pois bem, segundo Ana Maria Guerra, o Direito da União Europeia, tem uma tendência maior para o uso do termo “sexo” em seu sentido mais amplo, o que abrangeria as duas realidades (sexo e gênero).

Outro ponto que deve ser ressaltado é o “sexo” não apareceu na lista original de fundamentos proibidos considerados pela Assembleia Consultiva. A Corte afirmou que a "igualdade de gênero" é um dos "princípios-chave subjacentes à Convenção", mas embora essa possa ser a interpretação contemporânea, a história de elaboração mostra que ela está longe das mentes da maioria daqueles que a negociaram. O Conselho da Europa em 1949 e 1950 contrasta bastante com as Nações Unidas. A referência à "igualdade de direitos de homens e mulheres" foi inserida no Preâmbulo da Carta das Nações Unidas apenas alguns anos antes. Uma explicação para a omissão de discriminação sexual nos esboços iniciais da Convenção Europeia pode ser a ausência flagrante de mulheres na negociação da Convenção

---

<sup>149</sup>SCHABAS, William A. **The European Convention on Human Rights: A Commentary**. Reino Unido: Oxford University Press. 2015. 357.

Europeia sobre Direitos Humanos. Em um puro contraste com o padrão estabelecido nas Nações Unidas na época, onde a Comissão de Direitos Humanos foi presidida por Eleanor Roosevelt, e onde muitas mulheres distintas e dinâmicas participaram da redação da Declaração Universal dos Direitos Humanos e das primeiras versões do Pacto Internacional<sup>151</sup>.

Nesta senda, a luta das mulheres e seus direitos no contexto europeu foi muito aquém e demorou para evoluir em relação ao direito internacional. Assim como, mostra de forma flagrante o grande problema que a mulher ainda sofre no cenário jurídico e político: a falta de participação, há até hoje uma grade ausência de vozes femininas, seja na criação dos direitos em geral ou até mesmo no direito das próprias mulheres.

Por fim, quanto a temática vale ressaltar que com vista a ultrapassar as insuficiências do artigo 14º CEDH Conselho da Europa consagrou o protocolo nº 12, assinado pelos Estados em 4/11/2000 e entrando em vigor no dia 1/4/2005. O respectivo documento atesta o princípio geral de não discriminação e tem como objetivo primordial alargar o âmbito de aplicação do artigo 14º CEDH. O Conselho da Europa tentou, deste modo, solucionar o problema da falta de autonomia do princípio da não discriminação em relação aos outros direitos consagrados na CEDH.

## 2.4 POLÍTICAS DA UNIÃO EUROPEIA

Não é apenas a normativa Europeia que possui o objetivo de implementação e tutela da discriminação de gêneros, há também, outros instrumentos jurídicos para a sua devida promoção. Dentre estes, há de se destacar algumas políticas, instituições e órgãos comunitários, que tem um papel fundamental na matéria, responsáveis por ajudar na construção do acervo normativo e de ações atuações específicas, sendo instrumental para avançar com o debate sobre a respectiva questão<sup>152</sup>.

O Parlamento Europeu desempenha apoio à política contra a discriminação de gêneros, principalmente, por via da Comissão dos Direitos da Mulher e da Igualdade dos Gêneros (FEMM). Quanto a igualdade de tratamento no mercado de trabalho, o respectivo órgão Europeu, desenvolve a sua atividade com base no processo legislativo ordinário, como

---

<sup>151</sup> SCHABAS, William A. **The European Convention on Human Rights: A Commentary**. Reino Unido: Oxford University Press. 2015. Pag 357.

<sup>152</sup> Comissão Europeia. **Igualdade e Combate à Discriminação na União Europeia Alargada – Livro Verde**. Luxemburgo. 2004. Pag. 10.

ocorreu, por exemplo, com a proposta de Diretiva relativa a melhoria do equilíbrio entre homens e mulheres no cargo de administrador não executivo das empresas cotadas em bolsa e a outras medidas conexas e a revisão da Diretiva 92/85/CE<sup>153</sup>. Outrossim, o Parlamento coopera para o incremento geral das políticas relacionadas com a igualdade entre mulheres e homens, através de relatórios de iniciativa e chamando a atenção de outras instituições para questões específicas.

O Conselho e Parlamento Europeu criaram, em dezembro de 2006, um Instituto Europeu da Igualdade entre Homens e Mulheres, instalado em Vilnius, na Lituânia, que iniciou as suas atividades em 2010 (Regulamento EC No. 1922/2006), com o objetivo geral de contribuir para o reforço da promoção da igualdade dos gêneros, incluindo a integração da dimensão do gênero nas políticas comunitárias e nacionais. Outros objetivos são o combate à discriminação em razão do sexo e a sensibilização para a questão da igualdade de gênero através da prestação de assistência técnica às instituições europeias, incluindo nomeadamente a recolha, a análise e a difusão de dados e instrumentos metodológicos<sup>154</sup>.

Ugena Corimina, prescreve que o papel do Instituto é fornecer a informações necessárias para um melhor desenvolvimento de medidas em favor da igualdade de gênero e o combate à discriminação em toda a UE. Para o efeito, contribui com os seus conhecimentos técnicos para as instituições europeias e os Estados-Membros da UE, contribuindo para: a promoção e o reforço da igualdade entre homens e mulheres; a incorporação da perspectiva de gênero em todas as políticas comunitárias nas políticas nacionais daí resultantes, a luta contra a discriminação baseada no sexo, a sensibilização dos cidadãos europeus, especialmente através de conferências e campanhas de informação, baseando sempre suas pesquisas em dados objetivos<sup>155</sup>.

---

<sup>153</sup> O Parlamento defendeu, em primeira leitura, um período mais longo para a licença de maternidade (20 semanas totalmente remuneradas). Contudo, o Parlamento e o Conselho não chegaram a um acordo sobre a proposta da Comissão. Desta forma, a Comissão retirou a proposta e substituiu-a por um Roteiro para a iniciativa para um “novo começo para superar as dificuldades de equilíbrio entre trabalho e vida pessoal, enfrentadas por famílias que trabalham”.

<sup>154</sup> Instituto Europeu para a Igualdade de Gênero. **Breve Descrição**. Lituânia. Pag 5. Disponível em: <http://cite.gov.pt/pt/destaques/noticia579.html>. Acesso: 20/03/2019

<sup>155</sup> UGENA-COMINA, Maria Perez. **Igualdad Entre Mujeres y Hombres: Instrumentos Jurídicos y Regimen de Garantías**. Granada: Comares. 2015. Pag 125.

O Conselho, por sua vez, adotou diversas Diretivas que estenderam o âmbito de aplicação do princípio da não discriminação em função do gênero nos domínios ligados ao emprego e à atividade profissional<sup>156</sup>.

Há de se pontuar sobre os programas e políticas específicas que tutelam o combate da desigualdade em questão. Dentre as ações cabe destacar algumas, como a Carta das Mulheres, que em 5 de março de 2010 a Comissão a adotou com o objetivo de reforçar a promoção da igualdade entre homens e mulheres na Europa e no mundo.

Em dezembro de 2015, a Comissão apresentou o Compromisso Estratégico para a Igualdade de Gênero 2016-2019<sup>157</sup>, que têm como objetivos a realização de estratégias em cinco domínios prioritários seguintes, quais sejam: 1) Aumentar a participação das mulheres no mercado de trabalho e a igualdade em termos de independência econômica; 2) Reduzir as disparidades salariais, de rendimentos e de pensões entre homens e mulheres e, por conseguinte, combater a pobreza entre as mulheres; 3) Promover a igualdade entre homens e mulheres nas tomadas de decisão; 4) Combater a violência baseada no gênero e proteger e apoiar as vítimas e 5) Promover a igualdade de gênero e os direitos das mulheres em todo o mundo<sup>158</sup>.

---

<sup>156</sup> Das quais se devem destacar a Diretiva n° 76/207/CEE, 9 de Fevereiro de 1976, relativa à concretização do princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho (alterada pela Diretiva n° 2002/73/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Setembro de 2002); a Diretiva n° 86/613/ CEE, de 11 de Dezembro de 1986, relativa à aplicação do princípio da igualdade entre homens e mulheres que-exerçam-uma-atividade independente incluindo a atividade agrícola, bem como à proteção da maternidade, a Diretiva n° 79/7/CEE, de 19 de Dezembro de 1978, relativa à realização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social; a Diretiva n. 86/378/CEE, de 24 de Junho de 1986, relativa à aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres aos regimes profissionais de segurança social (alterada pela Diretiva n° 96/97/CE do Conselho de 20 de Dezembro de 1996), a Diretiva n° 75/117/CEE do Conselho, de 10 de Fevereiro de 1975, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros no que se refere à aplicação do princípio da igualdade de remuneração entre trabalhadores masculinos e femininos<sup>298</sup>, a Diretiva n° 97/80/CE do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997, relativa ao ônus da prova nos casos de discriminação baseada no sexo, a Diretiva n° 92/85/ CEE, de 19 de Outubro de 1992, relativa à implementação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde das trabalhadoras grávidas, puérperas e lactantes no trabalho<sup>29</sup> e a Diretiva n° 96/34/CE, de 3 de Junho de 1996, relativa à licença parental e ao direito de faltas para a assistência aos filhos.<sup>156</sup>

<sup>157</sup> Comissão Europeia. **Compromisso Estratégico para a Igualdade de gênero 2016-2019**. Luxemburgo. 2016

<sup>158</sup> Comissão Europeia. **Fichas técnicas sobre a União Europeia**. 2018. Pag. 4.

Disponível

em:

[https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUK EwjZysOj\\_fPbAhULWRQKHfVfCCEQFggnMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.europarl.europa.eu%2Fftu%2Fpdf%2Fpt%2FFTU\\_2.3.8.pdf&usq=AOvVaw1IK7NCGaWRidTvDmsP6Jy\\_](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUK EwjZysOj_fPbAhULWRQKHfVfCCEQFggnMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.europarl.europa.eu%2Fftu%2Fpdf%2Fpt%2FFTU_2.3.8.pdf&usq=AOvVaw1IK7NCGaWRidTvDmsP6Jy_)

Visualização: 29/03/2018.

Há também de se destacar o Plano de Ação sobre o Gênero para 2016-2020, este visa transformar a vida das meninas e mulheres através das relações externas da União Europeia, em que a comunidade vai levar os seus esforços para realização do pleno e igual gozo pelas mulheres e meninas de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, da igualdade de gênero e da emancipação das mulheres.

O Tratado de Amsterdã abriu as portas da União Europeia para uma política de ações que já vinha sendo amplamente utilizada no Direito Internacional. Trata-se do *mainstreaming* de gênero, noção utilizada essencialmente na V Conferência das Nações Unidas sobre as Mulheres “Igualdade, Desenvolvimento e Paz”, realizada em Pequim em 1995.

A definição do Conselho da Europa para *Mainstreaming* de Gênero apresenta a estratégia como “uma forma para alcançar a Igualdade de Gênero através da promoção de iguais condições e estatutos a homens e mulheres, em termos de vivência em sociedade e vida quotidiana, o que se traduz num *modus operandi* transversal a todos os domínios políticos, integrando a perspectiva de gênero em todas as políticas e práticas sociais”. Ademais: “O *mainstreaming* de gênero consiste na (re)organização, melhoria, desenvolvimento e avaliação dos processos de tomada de decisão, de forma a que a perspectiva da igualdade de gênero seja incorporada em todas as políticas, a todos os níveis e em todas as fases, pelos atores geralmente implicados na decisão política.”<sup>159</sup>

Da mesma forma, o ECOSOC (Conselho Económico e Social das Nações Unidas) define *mainstreaming* de gênero como o processo de avaliação das implicações de qualquer ação planeada, para os homens e para as mulheres, incluindo a legislação, as políticas ou os programas, em todas as áreas e a todos os níveis. É uma estratégia para que as preocupações e experiências de mulheres e de homens sejam uma dimensão integral na concepção, implementação, monitorização e avaliação das políticas e programas, para que mulheres e homens delas beneficiam de forma igualitária e para que a desigualdade não seja perpetuada<sup>160</sup>.

Essa política implica na integração da perspectiva de gênero em todas os setores dos processos políticos - elaboração, implementação, monitoramento e avaliação - com para uma

---

<sup>159</sup> Instituto Português de Apoio e Desenvolvimento (2012): **Estratégia da Cooperação Portuguesa Para a Igualdade de Gênero**. Pag. 54.

<sup>160</sup> Instituto Português de Apoio e Desenvolvimento (2012): **Estratégia da Cooperação Portuguesa Para a Igualdade de Gênero**. Pag. 55.

melhor promoção de igualdade entre mulheres e homens. Significa estimar-se como as políticas atuam na vida e na posição das mulheres e dos homens - e assumir a responsabilidade de redefini-las, se necessário. Esta é a maneira de tornar a igualdade de gênero uma realidade concreta na vida de mulheres e homens, criando espaço para todos dentro das organizações, bem como nas comunidades, para contribuir para o processo de articular uma visão compartilhada de desenvolvimento humano sustentável e traduzi-la em realidade<sup>161</sup>.

*Mainstreaming* de Gênero procura transversalizar a dimensão da igualdade de gênero em todos os domínios. O combate à discriminação, por exemplo, não passa a ser delimitada somente áreas específicas, mas também, as medidas passam a ser trabalhadas em várias esferas da vida, desde ações centradas na esfera cotidiana (como por exemplo, a divisão de responsabilidades da casa do homem e da mulher) até a vida profissional (como por exemplo, realizando programas de incentivos para uma melhor percepção da mulher na vida acadêmica)<sup>162</sup>. Desta maneira, como bem pontua, Robin Allen, uma avaliação do impacto em todas as questões de igualdade é uma condição necessária para a formulação de políticas, regras e políticas, por todos os atores sociais. O *mainstreaming* não deve limitar-se apenas às organizações governamentais, embora, é claro, elas devam assumir a liderança nisso<sup>163</sup>.

### 3. ANÁLISE DE DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A implantação e promoção do combate à discriminação de gêneros no âmbito da União Europeia não se limita a um único viés, há Diretivas, recomendações, resoluções, programas e políticas, que são fundamentais para o debate e domínio do assunto. Contudo, muitas das vezes são nas decisões do Tribunal de Justiça Europeu que o acervo jurídico ganha a sua maior contribuição, ocorrendo uma incidência mais efetiva em determinados assuntos e áreas, assim como, podem representar o ponta pé inicial para a implementação de novas medidas.

Neste sentido, Maria do Rosário Ramalho, prescreve que o tribunal atua de forma contundente nesse processo, interpretando e aplicando normas do direito derivado e

---

<sup>161</sup> ELLIS, Evelyn. **EC Sex Equality Law**. Nova Iorque: Oxford University Press Inc. 1998.

<sup>162</sup> Comissão para a Igualdade e para os Direitos das Mulheres. Impacto em Função do Gênero: Avaliação de Medidas de Política. Coleção Bem me quer nº 10. Pag. 15

<sup>163</sup> ALLEN, Robin. **Article13 EC: Evolution And Current Contexts**. (Equality Law In An Enlarged European Union Understanding the Article 13 Directives) Helen Meena (org). United States of America: Cambridge University Press. 2007. Pag. 54.

originário, sedimentando a jurisprudência no sentido de respeitar e tutelar a proibição da discriminação do gênero feminino. Assim como, foi responsável por introduzir e concretizar conceitos associados a temática, como a definição de remuneração e a sua extensão (tratado em variados Acórdãos do TJ), o conceito de trabalho de valor igual (no Ac. Murphy) e os conceitos de discriminação direta e de discriminação indireta (Ac. Marshall, Ac. Garland e Ac. Nimz)<sup>164</sup>.

Marisa Iglesias Vila, reiterando as palavras de Ramalho, argumenta que a atuação do tribunal foi determinante na construção de conceitos e seu alcance em questões como salários, condições de trabalho ou benefícios trabalhistas e, também, nos requisitos para comprová-los. Outrossim, defende que o TJUE também fez um trabalho importante na ampliação do conceito de remuneração para fins de igualdade de gênero e em assegurar que a maternidade não represente uma fonte de discriminação no emprego. A autora vai mais além, argumentando que o ativismo do TJUE na área da lei antidiscriminatória encontrou seu limite em medidas de ação positiva como um mecanismo corretivo para a injustiça de gênero. Embora a legislação comunitária, já no artigo 2.º, n.º 4, da Diretiva 76/207, regulasse a possibilidade de estabelecer medidas de promoção da igualdade de oportunidades<sup>165</sup>.

Em geral, todos os autores coincidem em destacar o papel fundamental que a jurisprudência comunitária adquiriu quando se trata de elaborar e configurar o conceito de discriminação com base no gênero. A problemática da igualdade de tratamento e da discriminação tornou-se uma das questões que mais gerou pronunciamentos<sup>166</sup>, desde 25 de maio de 1971 até 14 de abril de 2005, são mais de cento e oitenta casos que compõe a

---

<sup>164</sup> RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Igualdade de Gênero e Direito comunitário – notas breves**. Nº10. 2004. Pag. 53.

<sup>165</sup> VILA, Marisa Iglesias. **Acción positiva y género en la Unión Europea: ¿Es la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas un obstáculo para la acción positiva en Europa?** J. Cruz Parceroy R. Vázquez (eds.), *Los derechos de las mujeres en el Derecho internacional*, México: Fontamara-SCJN, 2010. Pag. 190.

Disponível em:  
[https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiH\\_uyWvpbjAhWSQUEAHcgjBdgQFjAAegQIAhAB&url=https%3A%2F%2Fwww.academia.edu%2F7502692%2FAcci%25C3%25B3n\\_positiva\\_y\\_g%25C3%25A9nero\\_en\\_la\\_Uni%25C3%25B3n\\_Europea\\_Es\\_la\\_jurisprudencia\\_del\\_Tribunal\\_de\\_Justicia\\_de\\_las\\_Comunidades\\_Europeas\\_un\\_obst%25C3%25A1culo\\_para\\_la\\_acci%25C3%25B3n\\_positiva\\_en\\_Europa&usg=AOvVaw0UQwCiANlqt-k0DEo5YHnn](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiH_uyWvpbjAhWSQUEAHcgjBdgQFjAAegQIAhAB&url=https%3A%2F%2Fwww.academia.edu%2F7502692%2FAcci%25C3%25B3n_positiva_y_g%25C3%25A9nero_en_la_Uni%25C3%25B3n_Europea_Es_la_jurisprudencia_del_Tribunal_de_Justicia_de_las_Comunidades_Europeas_un_obst%25C3%25A1culo_para_la_acci%25C3%25B3n_positiva_en_Europa&usg=AOvVaw0UQwCiANlqt-k0DEo5YHnn) Acesso: 01/06/2019.

<sup>166</sup> SASTRE IBARRECHE, Rafael. **La acción positiva para las mujeres em el derecho comunitario**. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ISSN-e 1696-9626, Nº. 6, 2004. Pag. 13

jurisprudência do tribunal sobre a discriminação e igualdade de gênero<sup>167</sup>, mostrando que a matéria vem sendo desenvolvida e apreciada já algum tempo, não ficando a margem dos demais valores da União Europeia.

Se os pronunciamentos do Tribunal de Justiça sobre a temática do gênero pudessem ser sintetizado, de uma maneira geral, dois aspectos essenciais poderiam ser mencionados. Em primeiro lugar, o reconhecimento do princípio da igualdade de tratamento e a proibição da discriminação baseada no gênero como direito próprio e verdadeiro da União Europeia. Em segundo lugar, o reforço da proibição de discriminação, através: a) da consolidação na jurisprudência do conceito de discriminação indireta; b) da extensão progressiva do âmbito de aplicação do princípio da igualdade de tratamento contido nos Tratados e nas Diretivas e da garantia do princípio da igualdade de tratamento c) da problemática da adequação das medidas de ações positivas adotadas pelos Estados-Membros ao princípio da igualdade e à proibição de discriminação estabelecida no direito comunitário e, estas, sendo utilizadas como forma de combater a discriminação do gênero feminino.<sup>168</sup>

Como se pode observar é vasta a quantidade de manifestações do tribunal quanto a matéria da discriminação de gêneros. Todavia, dentre todo esse leque de temas, a que será assunto de análise deste capítulo, serão as decisões sobre a harmonização das medidas de ação positiva adotadas pelos Estados-Membros ao princípio da igualdade e à proibição de discriminação estabelecida no direito comunitário e, estas, como um meio de combater a discriminação do gênero feminino.

É importante pontuar que as medidas permitidas pelas disposições de ações positivas citadas acima, são aquelas destinadas a eliminar ou neutralizar os efeitos prejudiciais sobre as mulheres empregadas ou em busca de emprego que surjam de atitudes, comportamentos e estruturas existentes baseadas na ideia de uma divisão tradicional de papéis na sociedade entre homens e mulheres. As medidas devem, em especial, encorajar a participação das mulheres em várias profissões nos setores da vida profissional em que estão atualmente em sub-representação. Um dos meios para alcançar este objetivo é estabelecer metas ou até cotas

---

<sup>167</sup> PALOMINO, Rafael. **La discriminación positiva en la UE y los límites de la discriminación positiva: carencias y debilidades de las actuales políticas de discriminación positiva en Europa**. Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 9. 2008. pag. 496. Disponível em: <http://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/view/ANDH0808110479A>. visualização: 20/05/2019

<sup>168</sup> SASTRE IBARRECHE, Rafael. **La acción positiva para las mujeres em el derecho comunitario**. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ISSN-e 1696-9626, Nº. 6, 2004. Pag. 13.

no recrutamento e promoção, que, no entanto, devem ser proporcionais ao objetivo perseguido<sup>169</sup>.

Outrossim, dentre os acórdãos do Tribunal de Justiça que trataram sobre a questão, serão tema de debate: o TJCE 17 de outubro de 1995, C-450/93, Assunto Kalanke; 11 de Novembro de 1997, C-409/95, Matter of Marschall; 28 de março de 2000, C-158/97, Assunto Badeck; 6 de julho de 2000, C-407/98, Matter of Abrahamsson; e 19 de março de 2002, C-476/99, Matter of Lommers. Como pode ser visto nas datas, uma primeira característica destas decisões é que elas não têm uma discrepância de data entre elas. A segunda, a circunstância de que elas são pronunciados que estavam sob a validade da Diretiva 76/207/CEE na sua redação original. Por fim, vale ressaltar que estas são resoluções controversas e que provocaram algumas reações críticas, revelando aspectos contraditórios e a existência de problemas que ainda não foram totalmente resolvidos<sup>170</sup>.

Entretanto, a análise de cada uma permite observar não apenas a aplicação e amplitude das normativas europeias em casos concretos, mas também, a forma como o tribunal vem enfrentando e reconhecendo o combate a discriminação do gênero feminino. Se em um momento anterior foi apresentado a forma como os tratados e os órgãos da União Europeia tratam o tema, neste momento será debatido como o tribunal vem decidindo e como essas decisões podem ter um impacto no direito antidiscriminatorio.

### 3.1. CASO KALANKE

Dentre as inúmeras manifestações do tribunal, os casos Kalanke e Marschall são aqueles que ganham um maior destaque. Dos textos e livros sobre a matéria há, de uma

---

<sup>169</sup> VILA, Marisa Iglesias. **Acción positiva y género en la Unión Europea: ¿Es la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas un obstáculo para la acción positiva en Europa?** J. Cruz Parceros y R. Vázquez (eds.), Los derechos de las mujeres en el Derecho internacional, México: Fontamara-SCJN, 2010. Pag. 190.

Disponível em:  
[https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiH\\_uyWvpbjAhWSQUEAHcgjBdgQFjAAegQIAhAB&url=https%3A%2F%2Fwww.academia.edu%2F7502692%2FAcci%25C3%25B3n\\_positiva\\_y\\_g%25C3%25A9nero\\_en\\_la\\_Uni%25C3%25B3n\\_Europea\\_Es\\_la\\_jurisprudencia\\_del\\_Tribunal\\_de\\_Justicia\\_de\\_las\\_Comunidades\\_Europeas\\_un\\_obst%25C3%25A1culo\\_para\\_la\\_acci%25C3%25B3n\\_positiva\\_en\\_Europa&usq=AOvVaw0UQwCiANlqt-k0DEo5YHnn](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiH_uyWvpbjAhWSQUEAHcgjBdgQFjAAegQIAhAB&url=https%3A%2F%2Fwww.academia.edu%2F7502692%2FAcci%25C3%25B3n_positiva_y_g%25C3%25A9nero_en_la_Uni%25C3%25B3n_Europea_Es_la_jurisprudencia_del_Tribunal_de_Justicia_de_las_Comunidades_Europeas_un_obst%25C3%25A1culo_para_la_acci%25C3%25B3n_positiva_en_Europa&usq=AOvVaw0UQwCiANlqt-k0DEo5YHnn) Acesso: 01/06/2019.

<sup>170</sup> SASTRE IBARRECHE, Rafael. **La acción positiva para las mujeres em el derecho comunitario.** Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ISSN-e 1696-9626, N°. 6, 2004. Pag. 14.

maneira geral, referência a ambos os casos. Kalanke, por ser o primeiro pronunciamento em relação a temática, assim como, por ser altamente contestada. Por sua vez, Marschall, com uma temática similar, mas com uma decisão completamente oposta, procurando clarear a visão comunitária em relação as medidas de ação positiva após a perspectiva sombria deixada pela decisão de Kalanke <sup>171</sup>.

Os fatos que antecederam a sentença de Kalanke de 17 de outubro de 1995, fundamentam-se no episódio de uma vaga disponível para cobrir o posto de chefe do departamento de serviços dos espaços verdes da cidade de Bremen. Na última fase do processo de decisão estavam concorrendo a vaga o senhor Kalanke e a senhora Glissman, ocorre que, o comitê responsável pela contratação considerou que os candidatos detinham a mesma qualificação, assim, quem deveria ter a preferência na contratação deveria ser a senhora Glissman, em conformidade com o artigo 4º Lei de Land Bremen de 20 de novembro de 1990, relativa à igualdade de tratamento entre homens e mulheres na função pública. A respectiva norma estabelecia que nos casos de promoção de carreira deveria ser concedida prioridade as mulheres, desde que a classificação por elas obtida fosse igual a de seus concorrentes masculinos e que as mulheres fossem sub-representadas, como se via no caso em questão <sup>172</sup>

Kalanke recorreu da decisão do comitê ante aos tribunais alemães, argumentando que era detentor de uma capacitação superior à da senhora Glissman, assim como, o regime de trato preferencial as mulheres da supracitada lei seriam contrárias a constituição de Bremen, a Lei Fundamental alemã e ao Código Civil alemão. Seus argumentos iniciais não prosperaram, contudo, quando o caso chegou ao Tribunal Federal do Trabalho <sup>173</sup> alemão, este, levantou uma questão prejudicial para o Tribunal de Justiça, para saber se o artigo 2º nº 1 e

---

<sup>171</sup> MORENO DE TORO, Carmen. **La sentencia «Marshall»: una nueva perspectiva del TJUE sobre las medidas de acción positiva**. Disponível em: <https://helvia.uco.es/handle/10396/7420> Acesso: 01/06/2019. Pag. 337.

<sup>172</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Sentença de 17/10/1995. Caso Eckhard Kalankee v Freie Hansestadt Bremen. C-450/93.

<sup>173</sup> É oportuno pontar que o Tribunal Federal do Trabalho alemão não considerou que houvesse qualquer incompatibilidade entre o modelo de promoção preferencial em favor das mulheres apresentado em Bremen e no direito constitucional alemão, nem com o direito comunitário, pois considerou que não se tratava de um regime de cotas rígidas, que reservava as mulheres um determinado número de postos vacantes e que era independente de sua capacitação, mas o considerou como um tratamento preferencial a candidata mulher que estava necessariamente condenada a sua capacitação idêntica a outros candidatos. Assim como considerou que o modelo de tratamento poderia contribuir para superar no futuro as desvantagens sofridas atualmente pelas mulheres e que acabam por perpetuar as desigualdades sofridas no passado. (MARTÍN VIDA, María Ángeles. **Medidas de tratamiento preferente a favor de las mujeres en el ámbito comunitario: reflexiones al hilo de la sentencia Marschall**. Revista Española de Derecho Constitucional, n. 53. 1998. Pag. 321)

4º da Diretiva 76/207 /CEE<sup>174</sup> opõem-se aos regulamentos em questão. As disposições da presente Diretiva estabelecem que:

#### Artigo 2

1. O princípio da igualdade de tratamento, na acepção das disposições adiante referidas, implica a ausência de qualquer discriminação em razão do sexo, quer direta, quer indiretamente, nomeadamente pela referência à situação matrimonial ou familiar.

4. A presente Diretiva não constitui obstáculo à medidas que tenham em vista promover a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, em particular às que corrijam as desigualdades de facto que afetam as oportunidades das mulheres nos domínios referidos no n.º 1 do artigo I.

O Tribunal de Justiça da União Europeia seguindo o seu Advogado-Geral, em oposição a decisão dos tribunais alemães, acabou por decidir que a Lei de Land Bremen se opõe a citada Diretiva, com os seguintes argumentos: 1) como o artigo 2º, número 4º trata-se de uma exceção a um direito individual consagrado na Diretiva, deve ser interpretado de uma forma restritiva; 2) uma norma nacional que garanta a preferência absoluta e incondicional as mulheres a uma nomeação ou promoção excede uma medida destinada a promover a igualdade de tratamento e excede os limites da exceção prevista no n.º 4 do artigo 2.º da Diretiva; 3) criar um sistema desta natureza, que procura estabelecer uma representação equitativa das mulheres em relação aos homens em todos os níveis, substitui a promoção da igualdade de oportunidades contemplada no n.º 4 do artigo 2.º pelo seu resultado, que só poderia ser alcançada através da aplicação dessa igualdade de oportunidades<sup>175</sup>.

Sobre a respectiva manifestação do tribunal destaca, primeiramente, que foi bastante criticada por vários setores. O Parlamento Europeu realizou um debate sobre a decisão, em que a maioria dos parlamentares se posicionou contra o respectivo acórdão e em favor das ações positivas. Setores feministas, por sua vez, receberam o julgado como uma agressão aos direitos das mulheres, assim como, um grupo de 23 senadoras socialistas, lideradas por Victoria Campos, firmaram um artigo afirmando que a sentença era um despropósito e que

---

<sup>174</sup> Ela foi modificada pela Diretiva 2002/73/CE.

<sup>175</sup> SOUZA, Cristiane Aquino de, **La Paridad en los Espacios de Toma De Decisiones: Un Análisis De Las Sentencias Kalankee Y Marschall**. Rev. direitos fundam. democ., v. 19, n. 19, p. 39-53, jan./jun. 2016. Pag.42 Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/517/454>>. Visualização:10/05/2018.

reforçam a impressão de que os direitos das mulheres são “papel molhado” e que se encontrava distante de uma verdadeira igualdade<sup>176</sup>.

Há de se concordar com as severas críticas endereçadas ao citado acórdão, isto porque, além de apresentar argumentos fracos e falíveis, a decisão prende-se a um caráter meramente formal da lei. Defende que a interpretação da norma tem que ser restrita, mas em nenhum momento considera clamar pela proporcionalidade e razoabilidade na interpretação das medidas da Diretiva, assim como, em nenhum momento explica como a normativa deve ser interpretada, limita-se somente a considerar a forma “restrita” e, por isso, estaria contra as normas europeias. Deste modo, o acórdão implicitamente incorpora, um preconceito injustificado contra as distinções ou diferenças de tratamento em favor das mulheres que transparece no argumento do advogado-geral, uma argumentação particularmente formalista em sua abstração sobre as desigualdades e das circunstâncias capazes de influenciá-los efetivamente.<sup>177</sup>

Souza chama atenção para outro ponto de relevância da decisão, a decisão considera que normativa nacional que garante a preferência das mulheres seria absoluta e incondicional, contudo, em nenhum momento ela seria dessa forma. O que poderia ser criticável, segundo a autora, seria que além da classificação no mesmo nível e pertencente ao sexo sub-representado, outros aspectos poderiam ser considerados para a promoção. O tribunal deveria ter fundamentado, por exemplo, na desproporcionalidade da medida, ao considerar a decisão ao promover uma mulher sub-representada, sem levar em conta outros critérios que além da igualdade de formação<sup>178</sup>. Contudo, em nenhum momento esse ponto foi abordado na decisão.

Charpentier, também argumenta que a cláusula da ação afirmativa em questão não era, de fato, absoluta e incondicional. Segundo o autor as alegações contidas na decisão

---

<sup>176</sup> ATIENZA, Manuel. **Un comentario al caso Kalankee. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 19, 1996. pag. 111-112.

Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/un-comentario-al-caso-Kalankee-0/>>

Acesso: 02/06/2019.

<sup>177</sup> MIGUEL, Alfonso Ruiz. **La Discriminación Inversa y el Caso Kalanke**. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Pag. 134-135 Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/la-discriminacion-inversa-y-el-caso-Kalankee-0/>> acesso: 25/05/2019.

<sup>178</sup> SOUZA, Cristiane Aquino de. **La Paridad En Los Espacios De Toma De Decisiones: Un Análisis De Las Sentencias Kalankee Y Marschall**. Rev. direitos fundam. democ., v. 19, n. 19, p. 39-53, jan./jun. 2016. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/517/454>>. Pag. 43-44. Acesso: 10/05/2019

parecem ser inerentes à expressão "cota", uma palavra que pode ser distorcida e manipulada para parecer uma flagrante violação do princípio da igualdade. Embora as "cotas de decisão" (tal como são referidas na Alemanha) estejam relacionadas com a proporção relativa de trabalhadores masculinos e femininos no posto de grau superior relevante, os meios utilizados para atingir a meta (50% da força de trabalho) não permitem a utilização irrestrita do tratamento preferencial que, por conseguinte, não é abrangida pela derrogação prevista no artigo 2.º, n.º 4, da Diretiva Igualdade de Tratamento. Isto porque, em primeiro lugar, não fixa uma percentagem obrigatória de cargos reservados para mulheres (todos os cargos, como resultado, permanecem abertos a ambos os sexos). Em segundo lugar, exige que as mulheres demonstrem que possuem uma qualificação equivalente as suas contrapartes masculinas.<sup>179</sup>

Há também de se fazer ressalvas a pontuais argumentos utilizados pelo Advogado Geral no seu resumo circunstanciado de conclusões. Em que ele propõe ao tribunal que o regulamento nacional examinado é, de fato, contrário a Diretiva da Comunidade.

Primeiramente, AG Tesouro faz sua análise na influência da "estrutura social que penaliza" as mulheres, argumentando que as preferências de emprego eram inadequadas para a tarefa de equalizar oportunidades. Tesouro defendia que os obstáculos estruturais eram os verdadeiros causadores da baixa representação de mulheres no mercado de trabalho. Para ele, o que as mulheres necessitavam, acima de tudo, para ter competitividade no mercado de trabalho com o homem, era o aconselhamento vocacional e treinamento para melhorar suas qualificações. Bem como, políticas sociais progressivas, como por exemplo, o cuidado infantil subsidiado, para que assim houvesse a redução do peso da vida doméstica. Por seu turno, as preferências de emprego como de "natureza compensatória" ou voltadas para uma "discriminação histórica" não tinham o condão de superar os obstáculos que as mulheres enfrentam hoje. Sendo apenas mecanismos "ilusórios" e "irrelevantes" para o objetivo de aumentar as oportunidades a longo prazo<sup>180</sup>.

---

<sup>179</sup> CHARPENTTER, Louis, **The European Court of Justice and the Rhetoric of Affirmative Action**, ELJ, 1998, pag. 167.  
Disponível em:  
<[https://www.researchgate.net/publication/5015227\\_The\\_European\\_Court\\_of\\_Justice\\_and\\_the\\_Rhetoric\\_of\\_Affirmative\\_Action](https://www.researchgate.net/publication/5015227_The_European_Court_of_Justice_and_the_Rhetoric_of_Affirmative_Action)> Acesso: 12/05/2019.

<sup>180</sup> CHARPENTTER, Louis, **The European Court of Justice and the Rhetoric of Affirmative Action**, ELJ, 1998, pag. 167.

Pode-se até concordar com uma parte do que foi exposto pelo Advogado Geral, em verdade os obstáculos estruturais são um dos grandes fatores da discriminação e desigualdade do gênero feminino em relação ao gênero masculino e que as medidas citadas por ele teria um peso importante no combate a problemática. Contudo, não se pode ignorar que as ações afirmativas também tem a sua importância no enfrentamento dessa questão, ajudam a encorajar a participação das mulheres em várias profissões nos setores da vida profissional em que estão atualmente sub-representadas, a representação é fundamental, quanto mais mulheres participando da vida em sociedade, mais outras mulheres teriam o ímpeto de fazer o mesmo. Tudo é uma questão de representatividade. Como nas boas palavras de Raposo, ressaltando que a discriminação positiva acima de tudo visa “defrontar uma condição social e psicológica ligada a percepção que os membros do grupo têm de si mesmo enquanto cidadão de segunda categoria”<sup>181</sup>

Tesauro ainda sugeriu que “a própria circunstância de dois candidatos de sexo diferente possuírem qualificações equivalentes implica, de fato, e por definição, que ambos tiveram e têm iguais oportunidades: encontram-se, portanto, em condições de igualdade no ponto de partida.”<sup>182</sup>.

A respectiva posição do advogado foi extremamente equivocada, primeiro porque o fato de uma mulher ter qualificações equivalentes ao homem não significa, necessariamente, que ela teve igualdade de oportunidades. Argumentar isso seria uma falácia, o gênero feminino ainda enfrenta dificuldades para se afirmar na vida em sociedade, muitas das vezes para alcançar um maior destaque precisa ter ações extraordinárias - muito além da que a dos homens – para que assim tenha algum espaço, seja na seara profissional ou na vida em sociedade. Não é fácil o gênero feminino lidar com o fardo de ser considerado o gênero frágil, a desconfiança de ser considerada instável, assim como, de ser renegada ao papel secundário de progenitora e cuidadora da família. Desta forma, se uma mulher encontra-se em uma posição de equidade de qualificações com um homem, não é porque teve igualdade de oportunidades é porque foi além do que a sociedade esperava dela.

Em contraposição ao fundamento de Tesauro, Atienza, preceitua que o ponto de vista do Advogado-Geral não seria propriamente um argumento, mas sim, uma falácia, baseada

---

Disponível

em:

<[https://www.researchgate.net/publication/5015227\\_The\\_European\\_Court\\_of\\_Justice\\_and\\_the\\_Rhetoric\\_of\\_Affirmative\\_Action](https://www.researchgate.net/publication/5015227_The_European_Court_of_Justice_and_the_Rhetoric_of_Affirmative_Action)> Acesso: 12/05/2019.

<sup>181</sup> RAPOSO, Vera Lucia. **O poder de Eva**. Coimbra: Almedina. 2004. Pag. 308.

<sup>182</sup> AG Tesauro, in Kalankee, loc cit n 2.

em uma certa ambiguidade. O autor pontua que expressão “igualdade de oportunidades” podem ser compreendidas, de fato, como uma igualdade para aspirar à posição, mas não que, necessariamente, ambos tiveram "igualdade de oportunidades" para alcançar essa determinada colocação, isto é, para alcançar a classificação especial. Assim, não é porque ambos os candidatos apresentem qualificações equivalentes que, de fato, eles têm ou não uma igualdade de oportunidades<sup>183</sup>.

Por fim, vale ressaltar que em nenhum momento os julgadores consideraram que o modelo de tratamento poderia contribuir para superar as desvantagens sofridas pelas mulheres, bem como, que durante anos o gênero feminino sofreu (e ainda sofre) com um ambiente rodeado por pensamentos machistas e androcêntricos.

### 3.2 CASO MARSCHALL

Apesar do caso Marchall também corresponder a uma situação suscitada na Alemanha e tratar basicamente da mesma temática, o acórdão tomou caminhos diferentes do acórdão Kalanke.

Marschall, trabalhava como professor titular em uma determinada escola, todavia, apresentou sua candidatura para um cargo mais alto, em conjunto com uma candidata do gênero feminino. Levando em consideração que a concorrente era do gênero feminino e com a mesma formação que Marschall, o órgão público de Ansberg (Nordrhein-Westfalen) informou a intenção de promover a candidata mulher, de acordo com a Lei da Função Pública do Land, nº 5 do artigo 25<sup>184</sup>.

Diante do fato, Marschall, apresentou uma queixa ao órgão público de Ansberg, sendo negada a sua reclamação, recorreu ao Tribunal Administrativo de Gelsenkirchen. Este tribunal, por sua vez, decidiu submeter a questão prejudicial ao Tribunal de Justiça da União Europeia para determinar se a legislação nacional em questão era compatível com os n.º 1º e 4º do artigo 2.º da Diretiva 76/207/CEE, nas mesmas disposições citadas anteriormente no

---

<sup>183</sup> ATIENZA, Manuel. **Un comentario al caso Kalankee**. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 19, 1996. pag. 117. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/un-comentario-al-caso-Kalankee-0/>> Acesso: 02/06/2019.

<sup>184</sup>Sempre que, no âmbito do serviço competente para a promoção, em uma determinada categoria de uma carreira haja menos mulheres do que homens, estas devem, em caso de igualdade de aptidão, competência e eficiência profissional, ser promovidas prioritariamente, exceto se predominarem razões específicas de outro candidato. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Sentença de 11 de novembro de 1997. Caso Hellmut Marshall contra Land Nordrhein-Westfalen. C-409/95, 1997

caso Kalanke<sup>185</sup>. Como explanado anteriormente, o caso Marshall tomou outro rumo e, dessa vez, o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu que a norma em análise não estava em desacordo com o normativo europeu.

Os fundamentos utilizados pelo Tribunal, centrou basicamente em dois parâmetros. Primeiramente, na existência de uma "cláusula de abertura" da disposição impugnada, seguindo a ideia de que as mulheres têm preferência na promoção caso estejam em uma competição direta pelo cargo com uma figura masculina, mas desde que sejam detentoras da mesma qualificação. Ademais, as candidaturas teriam que ser objeto de uma apreciação objetiva tendo em conta todos os critérios relativos "à pessoa" dos candidatos.

É interessante observar que nessa decisão, bem divergente da sentença anterior, os julgadores consideraram e refletiram sobre o papel secundário e ainda coadjuvante da mulher no mercado de trabalho, e que este ainda está em sua grande maioria compartimentado em função do gênero, à medida que concentram o trabalho feminino nos postos inferiores da hierarquia profissional. Através de ações positivas pode-se possibilitar uma a igualdade que ainda é meramente formal transforme-se em uma igualdade de fato, já que as raízes da desigualdade de gênero são bem mais profundas do que se imagina.

O acórdão também considerou, diferente do que ocorreu no caso Kalanke (principalmente nos argumentos desenvolvidos pelo Advogado-Geral), que a ação positiva teria o intuito de neutralizar a situação de desigualdade em que se encontram as candidatas mulheres relativamente aos seus concorrentes masculinos. Reconhecendo ainda que mesmo as mulheres apresentando igualdade de qualificação, o empregador teria uma maior tendência de promover um homem ao invés de uma mulher, devido a utilização de determinados critérios tradicionais de promoção que desfavorecem, na prática, as mulheres, tal como a idade, a antiguidade e a consideração de que o candidato é pai de família assegurando sozinho o rendimento familiar<sup>186</sup>.

Schiek prescreve que a decisão do TJUE no caso Marschall pode ser vista como um passo em direção ao reconhecimento geral da ação positiva. Salientando a importância de combater a discriminação indireta nas decisões em matéria de emprego e permitindo que sejam tomadas medidas contra a discriminação estrutural ao mesmo tempo. O princípio da

---

<sup>185</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Sentença de 11/11/1997. Caso Hellmut Marschall contra Land Nordrhein-Westfalen. C-409/95. 1997

<sup>186</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Sentença de 11 de novembro de 1997. Caso Hellmut Marschall contra Land Nordrhein-Westfalen. C-409/95. 1997

igualdade assimétrica dos gêneros, que pode estar por trás deste raciocínio, é capaz de justificar uma mistura sensata de medidas de ação positiva, incluindo o tratamento preferencial.<sup>187</sup>.

Rodríguez Piñero, na esteira de Schiek, também considera que uma das grandes consequências da decisão – para o autor a primeira consequência - é a legitimidade, em princípio de medidas de ação positiva, incluindo cotas com certas condições de flexibilidade, proporcionalidade e abertura<sup>188</sup>. Assim, diferente de Kalanke, no caso Marschall, a possibilidade de utilização das ações positivas no combate à discriminação e da desigualdade do gênero feminino enfim foram consideradas.

Contudo, o autor argumenta ainda que a solução dada pelo Julgamento Marschall não é isenta de problemas. Para Rodríguez Piñero, o acórdão enfatizava a flexibilidade da preferência, mas não esclareceu suficientemente quais seriam os critérios de distinção entre sistemas rígidos e sistemas abertos. Outrossim, quando sujeitou à consideração ao tribunal nacional, gerou certas incertezas jurídicas e, na opinião do autor, piores, pois abriria margens excessivas de poder discricionário em relação ao poder de revogação do sistema de cotas<sup>189</sup>.

Ballester Pastor, também criticou uma parte da decisão, asseverando que o tribunal falhou ao não definir um critério objetivo de "mérito", o que, conseqüentemente, poderia ocultar a arbitrariedade e a discriminação indireta contra as mulheres. Ademais, defende que não estaria especificado qual seria a posição do Tribunal se outros fatores além do "sexo" fossem incorporados para o estabelecimento da preferência. Por exemplo, "O que aconteceria com as medidas que consistem em atribuir um ponto adicional às mulheres em certos testes de acesso?"<sup>190</sup>.

O ponto suscitado pelos autores é interessante, pois demonstra que o tribunal apesar de ter uma manifestação mais sensata que a realizada no caso Kalanke, a decisão em Marschall foi longe de ser perfeita, restando pontos em aberto e obscuros.

---

<sup>187</sup> SCHIEK, Dagmar. **More Positive Action in Community Law: Case C-409/95, Marschall v Land Nordrhein-Westfalen**. Industrial Law Journal, Vol. 27, nº 2. 1998. Pag. 161.

Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/283457443\\_More\\_positive\\_action\\_in\\_community\\_law\\_Case\\_C-40995\\_Marschall\\_v\\_Land\\_Nordrhein-Westfalen\\_1998\\_IRLR\\_39\\_ECJ](https://www.researchgate.net/publication/283457443_More_positive_action_in_community_law_Case_C-40995_Marschall_v_Land_Nordrhein-Westfalen_1998_IRLR_39_ECJ)> Acesso: 02/05/2019.

<sup>188</sup> RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel. **"Igualdad de oportunidades y prioridad de la mujer en los ascensos en la Sentencia Marschall del TJCE"**. Revista de Relaciones Laborales nº 22, 1995. Págs. 102-109.

<sup>189</sup> RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel. **"Igualdad de oportunidades y prioridad de la mujer en los ascensos en la Sentencia Marschall del TJCE"**. Revista de Relaciones Laborales nº 22, 1995. p. 102-109.

<sup>190</sup> BALLESTER PASTOR, Amparo. **Reserva de puestos de trabajo, acción afirmativa y discriminación inversa (Un análisis conceptual y de legalidad tras la Sentencia Marschall)**. Revista de Relaciones Laborales nº18. 1998. pags.725-751

### 3.3. CASO BADECK

O acórdão Badeck, C-158/97, de 28 de março de 2000, terceiro dos casos de ação positiva sobre os quais o TJE decidiu. Este caso responde a questões submetidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de Hesse (Alemanha) no âmbito de um processo de controle de legalidade apresentado por vários parlamentares em torno da validade de uma Lei desse Estado, de 1993, sobre a igualdade de direitos entre mulheres e homens e pela eliminação da discriminação contra as mulheres na Administração Pública (HGIG)<sup>191</sup>.

Segundo os recorrentes, a lei seria contrária à Constituição do Estado de Hesse e à Diretiva 76/207/CEE. No pedido de decisão prejudicial, o órgão jurisdicional alemão submete cinco questões ao TJCE quanto à admissibilidade, exigências e limites da ação positiva no direito comunitário. Nas premissas estabelecidas nos dois acórdãos anteriores - processos Kalanke e Marschall - o Tribunal começa por analisar se um regulamento nacional que reserva metade dos postos de trabalho para mulheres em setores da função pública em que está sub-representado entra em contradição com os parágrafos 1º e 4º do art. 2º da Diretiva<sup>192</sup>

Com base no princípio da não discriminação, o Tribunal aceita - como já tinha admitido no caso Marschall - a legitimidade da ação afirmativa, desde que seja individualizada e flexível. Desta maneira, a regra só é válida se não se opusesse a quaisquer razões de maior peso jurídico e que as candidaturas fossem objeto de uma "avaliação objetiva" que tenha em conta as situações pessoais específicas de todos os candidatos.

Segundo o tribunal em Badeck, a legislação nacional optou pelo que é geralmente conhecido como "cota flexível de resultados"<sup>193</sup>. Este sistema previa a avaliação da adequação, capacidade e desempenho profissional dos candidatos em relação aos requisitos

---

<sup>191</sup> SASTRE IBARRECHE, Rafael. **La acción positiva para las mujeres em el derecho comunitario**. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ISSN-e 1696-9626, Nº. 6, 2004. Pag. 18.

<sup>192</sup> SASTRE IBARRECHE, Rafael. **La acción positiva para las mujeres em el derecho comunitario**. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ISSN-e 1696-9626, Nº. 6, 2004. Pag. 14.

<sup>193</sup> Segundo o texto do acórdão “expressão «cota de resultado ('Ergebnisquote') flexível». As características deste sistema são, por um lado, que a HGIG não fixa de maneira uniforme as cotas válidas para todos os sectores e serviços em causa, mas precisa que as características desses sectores e serviços são determinantes para a fixação de objetivos vinculativos. Por outro lado, a HGIG não prevê necessariamente a priori — de maneira automática — que o resultado de cada processo de seleção, em uma situação «de impasse», devido à igual qualificação dos candidatos, deva obrigatoriamente favorecer o candidato do sexo feminino. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Sentença de 2000. Caso Georg Badeck and Others. C-158/97. I – 1920)

do cargo a ser preenchido ou do cargo a ser conferido. Por conseguinte, o TJUE estimou que a regra de prioridade introduzida pelas normas nacionais não era absoluta e incondicional, uma vez que os critérios de seleção do caso<sup>194</sup>.

Apesar da similaridade com o caso Marschall há de se pontuar uma diferenciação entre eles, nesta decisão o TJUE não fundamenta o seu raciocínio na igualdade de oportunidades (e a comparação entre indivíduos em competição no mercado de trabalho), mas sim, na igualdade substantiva entre dois gêneros que possuem uma desigualdade de fato. É neste argumento, que o Tribunal constrói a legitimidade de ações positivas para reduzir as desigualdades de duas formas: uma compensatória (em atenção à redação do antigo artigo 141.4º do TCE), para tentar reduzir as desvantagens na área laboral de pessoas pertencentes ao sexo sub-representado e a outra de prevenção, pensada nas situações de desigualdades que continuam a ocorrer.<sup>195</sup>

Da análise do caso Badeck, observa que o TJUE reiterou a necessidade de medidas de ação positiva como uma forma de combate à discriminação do gênero feminino e a luta para uma maior participação da mulher no mercado de trabalho. Assim como, o TJCE considerou que as ações positivas são compatíveis com o direito comunitário desde que não haja uma prioridade, de forma automática e incondicional. Por fim, pontuou que as candidaturas devem ser objetos de uma avaliação objetiva, levando em consideração a situação pessoal específica de todos os candidatos.

### 3.4. CASO ABRAHAMSSON

Se o caso Badeck há um reconhecimento das cotas dentro do Direito da União Europeia, no caso Abrahamsson a situação é um pouco diferente. Ou nas palavras de Ballestrero “se houve uma solução positiva para o problema da legitimidade de ação afirmativa no caso Badeck a solução é negativa no caso Abrahamsson”<sup>196</sup>.

---

<sup>194</sup> MARTÍN, Nuria Elena Ramos. **Positive Action in EU Gender Equality Law: Promoting Women in Corporate Decision-Making Positions**. Labour Law, Economic Changes and New Society. Pag. 27 Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/283301114\\_Positive\\_Action\\_in\\_EU\\_Gender\\_Equality\\_Law\\_Promoting\\_Women\\_in\\_Corporate\\_Decision-Making\\_Positions](https://www.researchgate.net/publication/283301114_Positive_Action_in_EU_Gender_Equality_Law_Promoting_Women_in_Corporate_Decision-Making_Positions)> Acesso: 29/05/2019

<sup>195</sup> BALLESTERO, Maria Vittoria. **Igualdad Y Acciones Positivas. Problemas Y Argumentos De Una Discusión Infinita**. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 29 (2006) ISSN: 0214-8676 pags. 59-60 Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/igualdad-y-acciones-positivas-problemas-y-argumentos-de-una-discusin-infinita-0/>> Acesso: 02/06/2019.

<sup>196</sup> BALLESTERO, Maria Vittoria. **Igualdad Y Acciones Positivas. Problemas Y Argumentos De Una Discusión Infinita**. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 29 (2006) ISSN: 0214-8676 pag. 71.

O caso Abrahamsson inicia no dia 3 de junho de 1996, quando a Universidade de Goteborg anunciou a vaga de professor de ciências da hidrosfera. A oferta de emprego indicava que a designação para este lugar deveria contribuir para promover a igualdade dos sexos na vida profissional e que poderia ser aplicada uma discriminação positiva em conformidade com o regulamento 1995:936. Apresentaram-se oito candidatos, entre os quais as Sr.as K. Abrahamsson, G. Destouni e E. Fogelqvist e o Sr. L. Anderson<sup>197</sup>.

A comissão de nomeação das faculdades de ciências, encarregada da seleção procedeu, a dois votos, o primeiro tinha em conta unicamente as qualificações científicas dos candidatos (critério objetivo). Nessa votação, L. Anderson ficou em primeiro lugar e G. Destouni em segundo. Entretanto, na segunda votação ponderando tanto os méritos científicos quanto o regulamento 1995:936, G. Destouni ficou em primeiro lugar. Ocorre que a senhora G. Destouni declinou da vaga, fazendo com que o reitor da universidade recorresse novamente ao júri para que este se pronunciasse sobre as candidaturas<sup>198</sup>.

O júri, por sua vez, declarou que não poderia reexaminar o processo tendo em conta estes elementos, uma vez que o aspecto da igualdade já tinha sido avaliado na primeira decisão. Relativamente ao restante, declarou que uma maioria dos seus membros considerava que a diferença entre L. Anderson e E. Fogelqvist era considerável, mas que lhe era difícil interpretar o alcance do §3, terceiro parágrafo, do regulamento 1995:936. Então o reitor da universidade de Göteborg decidiu nomear E. Fogelqvist para a cátedra de professor. Na sua decisão, o reitor fez referência ao regulamento 1995:936 e ao plano de igualdade homens-mulheres da universidade, indicando que a diferença entre os méritos respectivos de L. Anderson e da E. Fogelqvist não era tão considerável que a discriminação positiva a favor desta última constituísse uma inobservância da exigência de objetividade no provimento do lugar<sup>199</sup>.

---

Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/igualdad-y-acciones-positivas-problemas-y-argumentos-de-una-discusin-infinita-0/>> Acesso: 02/06/2019.

<sup>197</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Sentença de 06/06/2000. Katarina Abrahamsson and Leif Anderson v Elisabet Fogelqvist. C-407/98.

<sup>198</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Sentença de 2000 Katarina Abrahamsson and Leif Anderson v Elisabet Fogelqvist. C-407/98.

<sup>199</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Sentença de 2000 Katarina Abrahamsson and Leif Anderson v Elisabet Fogelqvist. C-407/98.

Da decisão do reitor, foi interposto recurso junto ao Board of the University Appels Board (Overklagandenämnden) pelo Sr. Anderson e por outra recorrente, a Sr.<sup>a</sup> Abrahamsson<sup>200</sup>

A problemática ocorreu na seara da Diretiva relativa à igualdade de tratamento entre homens e mulheres e, se esta, se oporia ou não à legislação nacional, segundo a qual um candidato a um lugar que pertence ao sexo sub-representado e possui qualificações suficientes para esse cargo ser escolhido dê preferência a um candidato do sexo oposto que teria sido nomeado, mesmo quando a diferença entre os respectivos méritos dos candidatos não for tão grande a ponto de levar a uma violação da exigência de objetividade. O parecer do Tribunal de Justiça foi de que esse método de seleção não é permitido pelo direito da UE, uma vez que a seleção de um candidato qualificado é, em última análise, baseada no mero fato de pertencer ao sexo sub-representado, o que é mesmo que os méritos do candidato selecionado sejam inferiores aos de um candidato do sexo oposto<sup>201</sup>.

É interessante observar que o tribunal considerou que a lei sueca sobre a ação positiva difere da lei alemã discutida nos casos anteriores, pois permite a concessão de uma preferência a um candidato do gênero sub-representado que, mesmo com qualificações suficientes, não tenha uma classificação igual à de outros candidatos do outro sexo. Assim, a lei sueca concederia automaticamente aos candidatos do gênero infra representado um trato preferencial.<sup>202</sup>

Para Ballestrero, o raciocínio do Tribunal nesta decisão não seria tão diferente do raciocínio utilizado no caso Badeck. Todavia a autora prescreve que a decisão inova por fazer menção ao critério de proporcionalidade: uma provisão desigual, orientada para resultados, deve não apenas ser flexível (ou seja, a preferência não deve ser concedida automaticamente, mas também deve permitir uma exceção "individualizada" à critério

---

<sup>200</sup> HENNING, Ann Numhauser - **Swedish Sex Equality Law before the European Court of Justice-Case C-407/98 Katarina Abrahamsson and others**, ILJ, 2001, pag. 121 e ss. Disponível em: <<https://academic.oup.com/ilj/article-abstract/30/1/116/699523?redirectedFrom=fulltext>> Acesso: 02/06/2019.

<sup>201</sup> MARTÍN, Nuria Elena Ramos. **Positive Action in EU Gender Equality Law: Promoting Women in Corporate Decision-Making Positions**. Labour Law, Economic Changes and New Society. Pag. 28 Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/283301114\\_Positive\\_Action\\_in\\_EU\\_Gender\\_Equality\\_Law\\_Promoting\\_Women\\_in\\_Corporate\\_Decision-Making\\_Positions](https://www.researchgate.net/publication/283301114_Positive_Action_in_EU_Gender_Equality_Law_Promoting_Women_in_Corporate_Decision-Making_Positions)> Acesso: 29/05/2019

<sup>202</sup> BALLESTERO, Maria Vittoria. **Igualdad Y Acciones Positivas. Problemas Y Argumentos De Una Discusión Infinita**. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 29 (2006) ISSN: 0214-8676 pp. 59-76. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/igualdad-y-acciones-positivas-problemas-y-argumentos-de-una-discusin-infinita-0/> Acesso: 02/06/2019.

preferencial, como legítimo); deve também ser adequada ao objetivo (legítimo) que deseja alcançar, isto é, a substancial igualdade entre homens e mulheres na vida profissional<sup>203</sup>.

Já para Martín, a grande importância presente nesse caso é que ele constitui a primeira vez que o TJUE tem que lidar com a interpretação do âmbito e significado do n° 4 do antigo artigo 141° do Tratado CE. Segundo a autora alguns acadêmicos esperavam que o TJUE anulasse sua jurisprudência anterior e, uma vez que a nova disposição do Tratado entrasse em vigor, a maioria das restrições ao uso de medidas de ação positiva desapareceria. No entanto, o TJUE adotou uma abordagem mais conservadora e continuou nos moldes de Kalanke e Marschall<sup>204</sup>.

Neste ponto, é interessante observar que o tribunal seguiu o seu Advogado-Geral Saggio, considerando que estas regras eram contrárias ao artigo 2.º. n° 4, da Diretiva, por não serem claras e precisas, assim como, por conferirem as candidatas mulheres uma prioridade automática, desde que possuíssem as qualificações suficientes, mesmo que fossem inferiores às dos candidatos masculinos. Assim, o TJUE retoma, pois, a fórmula utilizada no caso Marschall, em que somente são admissíveis as ações positivas quando os candidatos têm qualificações equivalentes – sendo feita uma análise objetiva das candidaturas, levando-se em conta a situação específica pessoal de todos os candidatos<sup>205</sup>. Mais uma vez tribunal poderia ter avançado na matéria, todavia, não o fez.

### 3.5. CASO LOMMERS

O litígio surgiu do fato do funcionário do Ministério da Agricultura neerlandês, senhor H. Lommers, ter requerido a reserva de um lugar no infantário para o seu filho. Contudo, o seu pedido foi indeferido, com o fundamento de que a reserva de um lugar de infantário do Ministério da Agricultura só é possível para os filhos dos funcionários

---

<sup>203</sup> BALLESTERO, Maria Vittoria. **Igualdad Y Acciones Positivas. Problemas Y Argumentos De Una Discusión Infinita**. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 29 (2006) ISSN: 0214-8676 pp. 59-76.

Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/igualdad-y-acciones-positivas-problemas-y-argumentos-de-una-discusin-infinita-0/> Acesso: 02/06/2019.

<sup>204</sup> MARTÍN, Nuria Elena Ramos. **Positive Action in EU Gender Equality Law: Promoting Women in Corporate Decision-Making Positions**. Labour Law, Economic Changes and New Society. Pag. 28 Disponível em:

<[https://www.researchgate.net/publication/283301114\\_Positive\\_Action\\_in\\_EU\\_Gender\\_Equality\\_Law\\_Promoting\\_Women\\_in\\_Corporate\\_Decision-Making\\_Positions](https://www.researchgate.net/publication/283301114_Positive_Action_in_EU_Gender_Equality_Law_Promoting_Women_in_Corporate_Decision-Making_Positions)> Acesso: 29/05/2019.

<sup>205</sup> MARTINS, Ana Maria Guerra. **A Igualdade de Não Discriminação dos Nacionais de Estados Terceiros Legalmente Residentes na União Europeia: Da Origem na Integração Econômica ao Fundamento da Dignidade do Ser Humano**. Coimbra: Almedina. 2010. Pag. 273.

masculinos em caso de urgência, em conformidade a Lei holandesa sobre Igualdade de Tratamento entre Homens e Mulheres, de 1º de março de 1980 (WGB)<sup>206</sup>.

O caso em tela apresenta afinidades com a hipótese abordada no caso Badeck, já que o problema central é o estabelecimento de Medidas destinadas a facilitar a atividade profissional das mulheres. Mas na situação em debate, ocorre através de concessões de certas vantagens - o acesso a serviços de acolhimento de crianças - nas suas condições de trabalho.<sup>207</sup> O que também o faz considerar que a situação se enquadra no conceito restrito de igualdade de oportunidades.<sup>208</sup>

O Tribunal inicia a sua argumentação preceituando que tanto homens como mulheres encontram-se em circunstâncias similares ao que tange a criação e cuidados com os filhos. Todavia, a situação de emprego no Ministério da Agricultura era caracterizada por uma infrarrepresentação importante quanto ao gênero feminino, seja no tocante do seu número seja na sua inserção nos postos de grau superior<sup>209</sup>. Com a referida medida, buscava uma redução na baixa representação, através da eliminação de possíveis causas que comprometessem a capacidade de competição das mulheres em relação aos homens no mercado de trabalho.

Considerou ainda que a ação positiva só estaria de acordo com ordenamento europeu se estivesse em conformidade com o princípio da proporcionalidade e, para isso, as exceções nelas previstas teriam que abranger também os trabalhadores do gênero masculino que integram famílias monoparentais. Assim, se os pais que educam sozinhos os seus filhos tiverem o acesso ao serviço o princípio da proporcionalidade estaria sendo respeitado<sup>210</sup>.

Ademais, o TJUE ressaltou que a medida do Ministério holandês poderia ajudar na perpetuação da divisão tradicional de papéis entre homens e mulheres, argumentando que a promoção da igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, seguida pela introdução

---

<sup>206</sup>MARTÍN, Nuria Elena Ramos. **Positive Action in EU Gender Equality Law: Promoting Women in Corporate Decision-Making Positions**. Labour Law, Economic Changes and New Society. Pag. 29 Disponível em:

<[https://www.researchgate.net/publication/283301114\\_Positive\\_Action\\_in\\_EU\\_Gender\\_Equality\\_Law\\_Promoting\\_Women\\_in\\_Corporate\\_Decision-Making\\_Positions](https://www.researchgate.net/publication/283301114_Positive_Action_in_EU_Gender_Equality_Law_Promoting_Women_in_Corporate_Decision-Making_Positions)> Acesso: 29/05/2019

<sup>207</sup>SASTRE IBARRECHE, Rafael. **La acción positiva para las mujeres em el derecho comunitario**. Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ISSN-e 1696-9626, Nº. 6, 2004. Pag 18.

<sup>208</sup>TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Sentença de 28/03/2000. Caso Georg Badeck and Others. C-158/97. I - 2935

<sup>209</sup>TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Sentença de 28/03/2000. Caso Georg Badeck and Others. C-158/97.

<sup>210</sup> MARTINS, Ana Maria Guerra. **A Igualdade de Não Discriminação dos Nacionais de Estados Terceiros Legalmente Residentes na União Europeia: Da Origem na Integração Econômica ao Fundamento da Dignidade do Ser Humano**. Coimbra: Almedina. 2010. Pag. 274

de uma medida que beneficiaria as mães trabalhadoras, também poderia ser alcançada. se seu escopo for estendido para incluir pais que trabalham. Contudo, concluiu, por fim, que a medida em questão recaia no âmbito da exceção da ação positiva prevista na Diretiva relativa à igualdade de tratamento entre homens e mulheres, tendo em conta a insuficiência da oferta no número de locais de acolhimento disponíveis e a possibilidade de os empregadores para conceder pedidos de funcionários do sexo masculino em situações de emergência.<sup>211</sup>

Essa decisão é interessante por dois motivos, primeiro, porque o TJUE reconhece que as mulheres e homens não tem uma igualdade de participação do mercado de trabalho, e que por vezes essa baixa representação é relacionada a uma dupla jornada. Contudo, este é dos poucos pontos que pode ser considerado como positivo para as mulheres.

O TJUE ao reconhecer que apenas as mulheres têm esse acesso, enquanto os homens em casos de urgência, é legitimar os papéis sociais de cada gênero e, conseqüentemente, reforçar a imagem da mulher como cuidadora e provedora do lar. O TJUE olvida que em diversas situações a baixa participação do gênero feminino no mercado de trabalho nada mais é que uma consequência da própria discriminação, sendo alimentada por estereótipos que subjagam a figura da mulher. Nestes casos, a discriminação não é direta, mas indiretamente a mulher passa a ser preterida em relação ao homem, já que engravida, enfrenta duas jornadas etc. Como bem pontua Martins, medidas deste tipo não são consideradas necessariamente consentânea com objetivo que pretende atingir. Pelo contrário, até podem perpetuar a tradicional divisão de tarefas entre homens e mulheres<sup>212</sup>.

Neste sentido Alda Facio adverte que:

“La atribución de características, comportamientos y roles dicotómicos a cada uno de los sexos es un roblema de discriminación contra las mujeres porque, como ya se dijo, los de las mujeres gozan de menor o ningún valor. Pero el problema es más serio aún: las características, comportamientos y roles que cada sociedad atribuye a los hombres, son las mismas que se le asignan al género humano. De esta manera lo masculino se convierte en el modelo de lo humano. Esto dificulta aún más la eliminacion de la discriminación contra las mujeres porque ya no se trata solamente de

---

<sup>211</sup> MARTÍN, Nuria Elena Ramos. **Positive Action in EU Gender Equality Law: Promoting Women in Corporate Decision-Making Positions.** Labour Law, Economic Changes and New Society. Pags. 28-29 Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/283301114\\_Positive\\_Action\\_in\\_EU\\_Gender\\_Equality\\_Law\\_Promoting\\_Women\\_in\\_Corporate\\_Decision-Making\\_Positions](https://www.researchgate.net/publication/283301114_Positive_Action_in_EU_Gender_Equality_Law_Promoting_Women_in_Corporate_Decision-Making_Positions)> Acesso: 29/05/2019

<sup>212</sup> MARTINS, Ana Maria Guerra. **A Igualdade de Não Discriminação dos Nacionais de Estados Terceiros Legalmente Residentes na União Europeia:** Da Origem na Integração Econômica ao Fundamento da Dignidade do Ser Humano. Coimbra: Almedina. 2010. Pag. 275.

eliminar estereotipos y cambiar roles sino que es necesario reconceptualizar al ser humano, tarea que implica reconstruir todo el “saber” que hasta ahora ha partido de una premisa falsa: el hombre como modelo o paradigma de lo humano y la mujer como “lo otro”<sup>213</sup>

Assim, resta evidenciado que se a alocação preferencial de vagas em creches para as funcionárias do gênero feminino provavelmente melhoraria a igualdade de oportunidades para as mulheres, uma vez que foi estabelecido que elas tinham mais probabilidade do que os homens de desistir de suas carreiras para criar um filho. Por um lado, a manifestação do TJUE, também ilustrou os perigos potenciais da respectiva ação positiva, no sentido de que continua a estereotipar as mulheres como cuidadoras.<sup>214</sup>

### 3.6. CONFRONTO ENTRE OS ACÓRDÃOS

A lógica de Kalanke, Marschall, Badeck, Abrahamsson e Lommers lança a luz sobre a semântica da ação positiva<sup>215</sup>. A cada caso, o tribunal foi moldando as ações afirmativas para tentar combater a discriminação da mulher e fomentar a sua melhor participação no mercado de trabalho. Quando a citada política foi convocada pela primeira vez perante a Corte - no caso Kalanke - ela aparecia como um meio inadequado, inflexível e indefinido para eliminar a discriminação. No entanto, quando se mostrou “segura” aos olhos dos julgadores, estes, consideraram-na como uma medida bem ajustada, condicional, flexível e temporária. Na realidade, Marschall é o reflexo sensato de Kalanke e a condição de uma produção discursiva intencional<sup>216</sup>.

---

<sup>213</sup> FACIO, Alda; FRIES, Lorena. **Feminismo, gênero y patriarcado**. Academia. Revista Sobre Ensenanza del Derecho de Buenos Aires. Año 2, número 6, 2005. Pag. 271.

<sup>214</sup> Comissão Europeia. **EU Gender Equality Law**. (Org Susanne Burri and Sacha Prechal). Luxemburgo. 2008. Pag. 17.

Disponível em:  
<<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwiynr2ftJbJAhVBXhoKHeeBBjYQFjAAegQIABAB>>

<sup>215</sup>CARUSO, Daniela, **Limits of the Classic Method: Positive Action in the European Union After the New Equality Directives**, Harv. Int'l L J., 2003, pags. 336 e ss.

Disponível em:  
<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwj6tMDUuZbjAhUbEcAKHwXIBtIQFjABegQIAhAC&url=https%3A%2F%2Fjeanmonnetprogram.org%2Farchive%2Fpapers%2F02%2F021001.pdf&usq=AOvVaw28K6e3ag05gJViihuWcnpY> Acesso: 06/05/2019.

<sup>216</sup>CHARPENTTER, Louis, **The European Court of Justice and the Rhetoric of Affirmative Action**, European Law Journal, Vol. 4, No.2, June 1998, Pag. 167.

Disponível em:  
<[https://www.researchgate.net/publication/5015227\\_The\\_European\\_Court\\_of\\_Justice\\_and\\_the\\_Rhetoric\\_of\\_Affirmative\\_Action](https://www.researchgate.net/publication/5015227_The_European_Court_of_Justice_and_the_Rhetoric_of_Affirmative_Action)> Acesso: 12/05/2019.

Partindo deste pressuposto, bem como, da análise de cada uma das sentenças alguns pontos podem ser debatidos, seja de conexão entre elas ou de reflexão se houve de fato alguma evolução entre os entendimentos do tribunal.

Primeiramente, atentam-se para os pressupostos que uma medida de ação positiva deve conter, segundo o tribunal, para que se encontre dentro dos parâmetros normativos do ordenamento jurídico na União Europeia. Para tanto, remete-se ao caso Marschall, neste acórdão os julgadores deixaram claro que a ação afirmativa precisa: a) não conceder automática e incondicionalmente a prioridade as candidatas mulheres com qualificação igual à dos seus concorrentes do sexo masculino e b) Quando as candidaturas são objeto de uma apreciação objetiva tem que considerar situações particulares de carácter pessoal de todos os candidatos.<sup>217</sup>.

Quanto a prioridade automática e incondicionada, o tribunal clamou pela necessidade de uma “cláusula de abertura”. Esta, seria responsável por de impedir o “tratamento discriminatório intolerável”<sup>218</sup> dos trabalhadores do gênero masculino, em outras palavras, ao recepcionar um critério objetivo, o tribunal visava impedir situações em que uma mulher fosse automaticamente “promovida” ou escolhida (em detrimento de um homem) pelo simples fato de ser mulher. Desta maneira, em caso de recrutamento e promoção, as metas e / ou cotas só poderiam ser aceitas se toda e qualquer candidatura for objeto de uma avaliação objetiva que leve em conta as situações pessoais específicas de todos os candidatos<sup>219</sup>. Entendimento esse que foi utilizado em todos os acórdãos.

Sobre a visão geral da jurisprudência do TJUE relativa a medidas de ação positiva, Martín argumenta que o tribunal possui uma interpretação muito rigorosa deste conceito. Ressalta que o significado das medidas de ação positiva não tem sido objeto de sólida argumentação. Para a autora, o principal problema é que a abordagem do TJUE a este

---

<sup>217</sup>TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Sentença de 11 de novembro de 1997. Caso Hellmut Marschall contra Land Nordrhein-Westfalen. C-409/95, 1997.

<sup>218</sup>MARTÍN, Nuria Elena Ramos. **Positive Action in EU Gender Equality Law: Promoting Women in Corporate Decision-Making Positions**. Labour Law, Economic Changes and New Society. Pag. 27 Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/283301114\\_Positive\\_Action\\_in\\_EU\\_Gender\\_Equality\\_Law\\_Promoting\\_Women\\_in\\_Corporate\\_Decision-Making\\_Positions](https://www.researchgate.net/publication/283301114_Positive_Action_in_EU_Gender_Equality_Law_Promoting_Women_in_Corporate_Decision-Making_Positions)> Acesso: 29/05/2019

<sup>219</sup> Comissão Europeia. **EU Gender Equality Law**. (Org Susanne Burri and Sacha Prechal). Luxemburgo. 2008. Pag 17. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwiynr2ftJbJAhVBXhoKHeeBBjYQFjAAegQIABAB&url=http%3A%2F%2Fec.europa.eu%2Fsocial%2FblobServlet%3FdocId%3D1771%26langId%3Den&usg=AOvVaw3kRrZ7MfFX4K2hLcGEFY2k> Acesso: 02/06/2019.

conceito depende muito de expressões indeterminadas como: "cota de resultados rígidos", "cota de resultado flexível" e "cláusulas de economia que permitem uma avaliação objetiva". Esses termos criam incerteza jurídica quanto ao uso de medidas de ação positiva, uma vez que foram estabelecidos pelo TJUE como parâmetros da legitimidade das medidas de ação afirmativa sem definir previamente seu significado pleno.<sup>220</sup>

Outro ponto de reflexão é que, de uma forma geral, o tribunal consagra as medidas preferenciais mais como um direito individual do que propriamente um direito coletivo das mulheres. Sempre utilizando expressões como “direito individual”<sup>221</sup> “critérios relativos à pessoa dos candidatos”<sup>222</sup>. Reafirmando esse ponto de vista, Caruso argumenta que o TJCE tem falado bem mais em uma linguagem voltada para a igualdade individual e da aplicação neutra das regras de não discriminação, do que abordando a questão da discriminação baseada no gênero em termos de uma justiça mais coletiva.<sup>223</sup>

Evidenciando a supracitada abordagem do tribunal, Martins relata a preferência do TJUE em adotar uma justiça individual, baseando no direito de cada um ser tratado de acordo com a sua situação pessoal, em detrimento de uma justiça em grupo, aquela que concede uma preferência automática e absoluta a um certo grupo, no caso as mulheres, recebendo o seu benefício por fazerem parte do gênero feminino. Contudo, chama atenção, para o caso Badeck, nele, o TJUE pincelou a ação positiva como um pequeno direito coletivo das trabalhadoras, quando considerou que uma certa porcentagem de diplomadas implica uma porcentagem corresponde a de promoções, em matéria de formação, nas áreas em que as mulheres são sub-representadas, metade dos lugares devem ser ocupados <sup>224</sup>.

---

<sup>220</sup>MARTÍN, Nuria Elena Ramos. **Positive Action in EU Gender Equality Law: Promoting Women in Corporate Decision-Making Positions**. Labour Law, Economic Changes and New Society. Pag. 30 Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/283301114\\_Positive\\_Action\\_in\\_EU\\_Gender\\_Equality\\_Law\\_Promoting\\_Women\\_in\\_Corporate\\_Decision-Making\\_Positions](https://www.researchgate.net/publication/283301114_Positive_Action_in_EU_Gender_Equality_Law_Promoting_Women_in_Corporate_Decision-Making_Positions)> Acesso: 29/05/2019

<sup>221</sup> Expressão utilizada no caso Marschall na part 32. I – 6392. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Sentença de 11 de novembro de 1997. Caso Hellmut Marschall contra Land Nordrhein-Westfalen. C-409/95, 1997); no caso Kalanke na part. 21 - I – 307 (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Sentença de 17/10/1995. Caso Eckhard Kalanke v Freie Hansestadt Bremen. C-450/93.) e no caso Lommers na part 47 I – 2938 (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Sentença H. Lommers v Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij, 19/03/2002. C-476/99)

<sup>222</sup> Expressão utilizada em Marschall na part. 33 - I - 6393

<sup>223</sup> CARUSO, Daniela, **Limits of the Classic Method: Positive Action in the European Union After the New Equality Directives**, Harv. Int'l L J., 2003. Pag. 339.

<sup>224</sup>MARTINS, Ana Maria Guerra. **A Igualdade de Não Discriminação dos Nacionais de Estados Terceiros Legalmente Residentes na União Europeia: Da Origem na Integração Econômica ao Fundamento da Dignidade do Ser Humano**. Coimbra: Almedina. 2010. Pag. 276.

Por fim, evidenciou que - excluindo o caso Kalanke que em nenhum momento do acórdão foi abordado a condição da mulher - há um reconhecimento do tribunal de que a mulher não se encontra em pé de igualdade perante o homem, assim como, que a discriminação pelo fato de ser mulher ainda é latente. No caso Marschall, por exemplo, o tribunal foi enfático ao falar que o gênero feminino ainda sofre certos preconceitos e ideias estereotipadas, sobre seu papel e suas capacidades de vida ativa e devido ao receio, por exemplo, de que interrompam mais frequentemente a sua carreira, outrossim, de que em razão das atividades domésticas e familiares, organizem o seu tempo de trabalho de forma menos flexível ou de que estejam mais vezes ausentes em razão de gravidez, partos e períodos de aleitamento<sup>225</sup>.

No caso Badeck, por sua vez, ao reconhecer a importância das medidas e afirmando que “fazem, assim, parte das que se propõem eliminar as causas das menores oportunidades de acesso ao trabalho e de carreira conferidas às mulheres e consistem, ademais, em intervenções na orientação e formação profissionais<sup>226</sup>” evidência que as mulheres, em geral, têm menos oportunidade que os homens no mercado de trabalho.

Já em Lummers, o TJUE teve uma decisão contraditória, se por um lado atestou que a mulher é obrigada a renunciar a sua carreira para cuidar da vida doméstica bem mais que homem, por outro lado, ao reconhecer uma norma que concede o acesso à serviços de acolhimento de criança, essencialmente, para mulheres, está de acordo com as diretrizes da União Europeia, acabou por reforçar muitos estigmas que fundamentam a própria discriminação em função do gênero, por relacionar a sua figura ao estigma de cuidadora do lar. Ademais, configura-se como de um ponto de vista divergente da própria fala do TJUE em casos anteriores, principalmente no caso Marschall, em que o acórdão perfilhou os vários estereótipos que o gênero feminino é vítima.

Se as normativas da União Europeia consagraram as ações positivas como um meio de enfrentar a discriminação do gênero feminino, o TJUE passa a ter o papel de interpretar e contemplar o alcance dessas medidas. Esperou que, assim como as normas paulatinamente foram se desenvolvendo procurando cada vez mais tutelar os direitos sociais (dentre estes o direito antidiscriminatório), o tribunal também evoluísse nos seus entendimentos, tutelando de

---

<sup>225</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Sentença de 11 de novembro de 1997. Caso Hellmut Marschall contra Land Nordrhein-Westfalen. C-409/95, 1997.

<sup>226</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Sentença de 28/03/2000. Caso Georg Badeck and Others. C-158/97 -part. 54. I - 1927

uma forma mais ampla os direitos coletivos. Contudo, nas cinco decisões analisadas, o TJUE mostrou-se rígido, objetivo e formalista em suas interpretações. Demonstrando que a luta das mulheres ainda tem um longo caminho para percorrer.

## CONCLUSÃO

Este estudo teve início com a realização de uma análise etimológica de alguns conceitos primordiais para a compreensão das relações de poderes entre os gêneros, e, igualmente, das questões ligadas à discriminação que o gênero feminino vem enfrentando, em um contexto europeu. No trajeto, foi possível verificar que os estudos feministas foram determinantes na compressão de que as relações de poder entre homens e mulheres baseadas em conceitos biológicos e estáticos não eram mais capazes de explicar toda a complexidade do assunto. Assim, a luz dos estudos de Simone Beauvoir, Ann Oakley, Rhoda Unger e Joan Scott, passou-se a compreender que a dominação do gênero masculino, era voltada para estudos sociais, pensamentos e conceitos que levassem a compreender que divisão de papéis entre gêneros era mais uma construção social do que a presença de determinado órgão sexual. Bem como, que uma mulher é caracterizada como tal, pela sua pertença na sociedade e não pelo designo biológico imutável que a expressão “sexo” propunha.

Ainda na primeira parte, foi pertinente discorrer sobre o conceito de igualdade. Neste contexto, destacou-se a sua matriz formal e material, percebendo que a igualdade formal por muitas vezes não contempla uma real e efetiva equidade. A letra da lei, por vezes, não considera os aspectos específicos de cada grupo, bem como, que nem todos estão em um mesmo patamar para serem igualados. Fazendo com que haja uma necessidade de se clamar por uma igualdade mais efetiva, aquela que aponte que nem todos encontram-se na mesma condição e, por isso, devem ser tratados de forma desigual na medida de sua desigualdade.

Partindo desse pressuposto, debateu sobre o grupo do gênero feminino, este, que em determinadas áreas da sociedade não se encontra com as mesmas oportunidades que o gênero masculino. Sendo assim, consagrada a igualdade de gêneros, como uma forma de contemplar a inclusão da mulher em várias searas da vida, seja na sua participação e no poder de decisão seja na vida pública ou privada. Bem como entender que não há papéis sociais prefixados para os gêneros, pois caso haja, é sem dúvidas um bom combustível para embasar a discriminação da mulher.

Nesta senda, apontou o conceito de discriminação, seja ela direta ou indireta. Considerou que, atualmente, a forma mais vista e difícil de ser combatida de discriminação do gênero feminino é a indireta. Por se tratar de conceitos e situações neutras e sutis, tornando complicado o seu reconhecimento e enfrentamento. Além disso, ressaltou os grandes momentos em que as mulheres lutaram pelos seus direitos, evidenciando que,

indiscutivelmente, as lutas feministas tiveram uma grande importância na conquista de diversos direitos para as mulheres.

Indubitavelmente, houve, com o passar do tempo, um aumento na participação da mulher na vida em sociedade, da mesma forma, que muitos direitos foram sendo reconhecidos e o papel de coadjuvante, em um mundo majoritariamente protagonizado por homens foi sendo contestado.

Considerando que discriminação e a desigualdade (de uma forma geral) ainda é latente, foi apresentado o conceito de ações positivas, medidas estas que são utilizadas para evitar ou/e combater os resultados e os efeitos que a discriminação produz. Ainda sobre o conceito, foi considerado que “ações positivas” “ações afirmativas” e “discriminação positiva” possuem mesma conotação.

Para tanto, a segunda parte do trabalho, procurou aprofundar as suas reflexões em documentos, normas de tratados, políticas e ações que buscassem enfrentar a discriminação do gênero feminino.

Da apreciação dos documentos e convenções da ONU possibilitou a percepção de alguns avanços, ao que tange aos direitos das mulheres elas passaram a ganhar um destaque maior a nível internacional. Quanto a discriminação do gênero feminino, na IV Conferência das Nações Unidas Sobre as “Mulheres igualdade, desenvolvimento e paz”, o documento proporcionou uma análise abrangente da situação da igualdade e discriminação, passando a temática a ser tratada como uma questão de direitos humanos. Já a Convenção das Nações Unidas Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres–1979, fez com que os países que ratificaram a Convenção assumissem o compromisso de combater não apenas o fenômeno da desigualdade, mas também, da discriminação de gêneros.

Em relação as normativas da União Europeia no combate à discriminação e desigualdade de gêneros, notou-se que houve um progresso admirável, se em um primeiro momento, com o advento do artigo 119º do Tratado de Roma, a matriz era meramente econômica/mercantil, em um momento atual, com as alterações do Tratado de Amsterdã, Nice e Lisboa e a criação da Carta de Direitos Fundamentais, o contorno social passou a ter um maior destaque.

Seguidamente, abordaram-se alguns artigos que fundamentam as ações da União Europeia ao que tange o direito antidiscriminatório. Em relação a autorização de medidas de

ações positivas para melhorar a sub-representação da mulher ou prevenir desvantagens na carreira profissional foi analisado o artigo 157º TFUE e o artigo 23º da CFUE. Já para fundamentar as ações do Parlamento e da Comissão para a realizações de ações foi abordado o artigo 19º do TFUE.

Outrossim, o dentre as políticas da União Europeia, evidenciou a grande importância da *Mainstreaming* de Gênero, mecanismo essencial para o combate à discriminação e desigualdade, à medida que ele age em todos os ramos, analisa estatísticas de atuação, assim como, considera que trabalhar com o diálogo entre os homens é fundamental. Trata-se uma política global. Contudo, compreende-se que o combate à discriminação de gênero não será um processo fácil, os resultados serão lentos, foram anos de subjugação da mulher, muitos dos traços machistas ainda continuam impregnados na sociedade e os estereótipos e papéis sociais ainda são uma realidade na mentalidade das pessoas.

Na terceira e última parte, analisou cinco decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia. Kalanke, Marschall, Badeck, Abrahamsson e Lommers, decisões que, essencialmente, abordam a tônica da ação positiva, medidas utilizadas como uma forma de combater a discriminação da mulher e fomentar a sua melhor participação no mercado de trabalho. Se por um lado os Tratados da União Europeia consagraram as ações positivas, o tribunal foi o responsável de fazer a sua modulação e amplitude.

Se de início, no caso Kalanke, a determinada ação positiva foi considerada inadequada, em Marschall, o tribunal foi mais prudente, considerado e reconhecendo que a mulher não se encontra em igualdade de oportunidades com homem e que estereótipos e preconceitos ainda diminuam a sua chance de participação no mercado de trabalho. Em Badeck, Abrahamsson e Lommers, seguiu o mesmo raciocínio. Nota-se que para o tribunal não é qualquer ação afirmativa que se encontra de acordo com os desígnios da União Europeia, é necessário que não conceda automática e incondicionalmente a prioridade aos candidatos femininos e que candidaturas tenham uma apreciação objetiva.

No caso Lommers, o TJUE não foi feliz ao considerar que apenas o infatário era de acesso as mulheres, enquanto para homens apenas em casos emergências. O TJUE, com essa manifestação, reformou os estereótipos que tanto fundamentam as discriminações que a mulher vem sofrendo, considerá-la como cuidadora foi um infeliz ponto de vista.

Neste contexto, nota que as decisões do tribunal ainda têm um longo caminho de evolução para percorrer. As políticas de ações afirmativas ainda são consideradas em uma

seara dos direitos individuais, e não como um direito do “grupo de mulheres” como uma prerrogativa do coletivo. Outrossim, as citadas medidas ainda têm um caráter muito estrito e objetivo. Esperou-se que, assim como as políticas da União Europeia foram avançando, as decisões do tribunal, conseqüentemente, seriam. Todavia, desde Marschall, de uma maneira geral, o raciocínio foi o mesmo em todas as demais decisões.

O percurso: evolução de conceitos; progresso das lutas das mulheres; o desenvolvimento das normativas internacionais; o necessário compromisso da União Europeia em enfrentar e contemplar em suas ações e tratados a política de não discriminação; forma como o tribunal vem se manifestando, foi relevante para observar que a luta pelo direito das mulheres e o extermínio da discriminação, encontra-se longe de ser um caminho fácil e de célere desfecho.

Definitivamente, é o momento de entender quais as melhores políticas, como e onde atuar. O mais importante é perceber que as mulheres precisam participar na criação dessas medidas, a atuação seja no Parlamento, na Comissão ou Tribunal de Justiça da União Europeia é fundamental, não apenas para que se possibilite uma melhor visualização do que as mulheres enfrentam, mas também, por uma questão de representatividade. A representatividade faz com que outras mulheres tenham um ímpeto maior de participar e visualizar que os tempos são outros e que o poder de decisão tem lugar sim para as mulheres.

Ações positivas ajudam, tratam de uma forma mais imediata as desigualdades e as conseqüências das diversas formas de discriminação que as mulheres sofrem, contudo, não são medidas que devem ser utilizadas para sempre. Por isso, que em conjunto com as medidas de ações positivas é importante utilizar-se de noções do *Mainstreaming* de Gênero, à medida que se possibilita uma forma de atuar em vários setores, desde a raiz do problema, com a capacitação de mulheres, o apoio familiar e profissional, conversas sobre a temática etc. Assim, é agindo na raiz e nas contensões dos danos de tantos séculos de subjugação, que os índices vão se tornando cada vez menores. Os dados atuais podem não se animadores, contudo, será um processo lento e gradativo, o importante é utilizar as pesquisas e observar as áreas para uma atuação mais incisiva.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ALBUQUERQUE, Martim. **Da Igualdade: Introdução a jurisprudência**. Coimbra: Almedina. 1993.

AMÂNCIO, Lígia. **O gênero no discurso das ciências sociais**. *Análise Social*, vol.XXXVIII (168). 2003. Disponível em: <<http://análisesocial.ics.ul.pt/documentos/1218791078B9rDE5id4Po89MU8.pdf>>. Acesso em: 07/03/ 2019

ATIENZA, Manuel. **Un comentario al caso Kalanke. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 19, 1996.

Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/un-comentario-al-caso-Kalanke-0/>  
Acesso: 02/06/2019.

BALLESTEROS MORENO, Maria Costanza. **La Igualdad entre hombres y mujeres em la tomada de decisiones em la Unión Europea**. Tese de Doutoramento (Instituto de Direitos Humanos). Universidade Carlos III. Madrid. 2015.

BALLESTER PASTOR, Amparo. **Reserva de puestos de trabajo, acción afirmativa y discriminación inversa (Un análisis conceptual y de legalidad tras la Sentencia Marschall)**. *Revista de Relaciones Laborales* nº18. 1998. pags.725-751

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed, Saraiva: São Paulo, 1996.

BARRÈRE UNZUETA, Maria Angeles. **Discriminacion, Derecho Antidiscriminatorio y Accion Positiva em Favor de Las Mujeres**. Madrid: instituto Vasco de administración publica-civitas. 1997.

BELEZA, Maria Tereza Couceiro. **Mulheres, Direito, Crime ou a Perplexidade de Cassandra**. Lisboa: Coimbra Editora. 1993.

BUTTLER, Judith. **Problemas de Gênero: Feminismo e Subversão de Identidade**. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª.ed. Edições Almedina. 1997.

CANOTILHO, J.J. Gomes, et all, **Compressão Jurídico-Política da Carta**, Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Coimbra: Coimbra Editora. 2001.

CANOTILHO, Mariana Rodrigues. **Brevíssimos Apontamentos Sobre A Não Discriminação No Direito Da União Europeia**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007- ISSN 1646-6853. - Nº 14;

CASAS BAAMONDE, Maria Emilia. **Igualdad y Diferencia em la Regulacion Jurídica del Trabajo de la Mujer**. (A Igualdade dos Gêneros nas Relações de Trabalho). Coordenação: Laís de Oliveira Penido. Brasília: Escola Superior de do Ministério Público do Trabalho. 2006.Pags 38-40

CASALEIRO, Paula. **Convenção Europeia dos Direitos Humanos: contributo para a proteção das crianças em conflito com a lei**. E-cadernos CES [Online], 20 | 2013. Disponível em: <https://journals.openedition.org/eces/1638>. Acesso: 02/05/2019.

CARUSO, Daniela, **Limits of the Classic Method: Positive Action in the European Union After the New Equality Directives**, Harv. Int'l L J., 2003, p. 336 e ss.

Disponível em:  
<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwj6tMDUuZbjAhUbEcAKHWXIBtIQFjABegQIAhAC&url=https%3A%2F%2Fjeanmonnetprogram.org%2Farchive%2Fpapers%2F02%2F021001.pdf&usq=AOvVaw28K6e3ag05gJViihuWcnpY> Acesso: 06/05/2019.

CHALMERS Damian, DAVIES Gareth, MONTI Giorgio. **Europeu Union law**. United States of America: Cambridge University Press. 2010.

CHARPENTTER, Louis, **The European Court of Justice and the Rhetoric of Affirmative Action**, ELJ, 1998, pag. 167.

Disponível em:  
[https://www.researchgate.net/publication/5015227\\_The\\_European\\_Court\\_of\\_Justice\\_and\\_the\\_Rhetoric\\_of\\_Affirmative\\_Action](https://www.researchgate.net/publication/5015227_The_European_Court_of_Justice_and_the_Rhetoric_of_Affirmative_Action) Acesso: 12/05/2019.

DE BEAUVOIR, Simone. **O Segundo Sexo. Fatos e Mitos**. 4 ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970.

DE LAZARI, Joana Sueli. **Inferioridade Feminina: o (des)enredo da violência**. Revista de Ciências Humanas, vol. 7, n. 10, p.72-88,1991.

Disponível em <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/revistacf/article/view/23754>>. Acesso em: 30/01/ 2019.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. (Tradução e notas: Nelson Boeira). São Paulo: Justiça e Direito. 2002.

ELLIS, Evelyn. **EC Sex Equality Law**. Nova Iorque: Oxford University Press Inc. 1998.

FACIO, Alda; FRIES, Lorena. **Feminismo, gênero y patriarcado**. Academia. Revista Sobre Ensenanza del Derecho de Buenos Aires. Ano 2, número 6, 2005. Disponível em: [http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev\\_academia/revistas/06/feminismo-genero-y-patriarcado.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/06/feminismo-genero-y-patriarcado.pdf)

FERNANDES, Lilian Maria de Oliveira. **Ações Afirmativas como Políticas de Promoção da Igualdade e Combate à Discriminação e Violência Contra a Mulher**. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade de Coimbra. Coimbra. 2012.

HENNING, Ann Numhauser - **Swedish Sex Equality Law before the European Court of Justice-Case C-407/98 Katarina Abrahamsson and others**, ILJ, 2001, p. 121 e ss.  
Disponível em:  
<https://academic.oup.com/ilj/articleabstract/30/1/116/699523?redirectedFrom=fulltext>  
Acesso: 02/06/2019.

HENRIQUES, MIGUEL Gorjão (org.) **Tratado de Lisboa. Carta dos Direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina. 7.ed. 2018.

LOPES, Dulce Margarida de Jesus. **O Princípio da Não discriminação em razão do sexo na ordem jurídica comunitária**. (temas de integração). Portugal. 1999. Disponível em:  
[https://www.academia.edu/5892195/O\\_princípio\\_da\\_não\\_discriminação\\_em\\_razão\\_do\\_sexo\\_na\\_ordem\\_jurídica\\_comunitária](https://www.academia.edu/5892195/O_princípio_da_não_discriminação_em_razão_do_sexo_na_ordem_jurídica_comunitária)  
Acesso: 02/05/2019.

MACHADO, Jonatas E.M. **Direito da União Europeia**. Coimbra: Coimbra editora. 2.ed. 2014.

MARTINS, Ana Maria Guerra. **A Igualdade de Não Discriminação dos Nacionais de Estados Terceiros Legalmente Residentes na União Europeia: Da Origem na Integração Econômica ao Fundamento da Dignidade do Ser Humano**. Coimbra: Almedina. 2010.

MARTÍN, Nuria Elena Ramos. **Positive Action in EU Gender Equality Law: Promoting Women in Corporate Decision-Making Position**. Amsterdã. Disponível em:  
[https://www.researchgate.net/publication/283301114\\_Positive\\_Action\\_in\\_EU\\_Gender\\_Equality\\_Law\\_Promoting\\_Women\\_in\\_Corporate\\_Decision-Making\\_Positions](https://www.researchgate.net/publication/283301114_Positive_Action_in_EU_Gender_Equality_Law_Promoting_Women_in_Corporate_Decision-Making_Positions)  
Acesso: 05/02/2019.

MARTIN VIDA, Maria Angeles. **Fundamentos y Limites Constitucionales de las Medidas de Accion Positiva**. Madrid: Civitas. 2003.

\_\_\_\_\_. **Medidas de tratamento preferente a favor de las mujeres en el ámbito comunitario: reflexiones al hilo de la sentencia Marschall**. Revista Española de Derecho Constitucional.

MARTÍN, Nuria Elena Ramos. **Positive Action in EU Gender Equality Law: Promoting Women in Corporate Decision-Making Positions**. Labour Law, Economic Changes and New Society. Disponível em: <http://www.dtcens.com>

MEENA, Helen. **Equality Law In An Enlarged European Union Understanding the Article 13 Directives**. United States of America: Cambridge University Press. 2007.

MELLO, Celso Antônio de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ed. São Paulo: Malheiros Editores.

MESQUITA, Maria Jose Rangel. **Introdução ao Contencioso da União Europeia**. Coimbra: Almedina. 2018. Pag. 28

MIGUEL, Alfonso Ruiz. **La Discriminación Inversa y el Caso Kalanke**. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/la-discriminacin-inversa-y-el-caso-Kalanke-0/> acesso: 25/05/2019.

MORENO DE TORO, Carmen. **La sentencia «Marshall»: Una Nueva Perspectiva Del TJUE Sobre Las Medidas De Acción Positiva**. Disponível em: <http://helvia.uco.es/handle/10396/7420> Acesso: 01/06/2019.

OAKLEY, Ann. **Sex, Gender and Society**. 1973. 6ed. Inglaterra: Gower Publishing Company Limited. 1985.

PALOMINO, Rafael. **La discriminación positiva en la UE y los límites de la discriminación positiva: carencias y debilidades de las actuales políticas de discriminación positiva en Europa**. Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 9. 2008. pag. 496.  
Disponível em: <http://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/view/ANDH0808110479A>.  
visualização: 20/05/2019

PAIS, Sofia Oliveira. **Estudos da União Europeia**. Coimbra: Almedina. 2014

PECH, Laurent. **A Union Founded on the Rule of Law: Meaning and Reality of the Rule of Law as a Constitutional Principle of EU Law**. European constitutional law review. 2010.

Acesso: 24/05/2019. Disponível em

< [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1744164](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1744164)>

PETERS, Anne. **Women, Cotas and Constitutions: A comparative study of affirmative action for women under american, German, European Community and Internation Law**. Reino Unido: Kluwer Law International. 1999.

PENIDO, Laís de Oliveira. **A Igualdade dos Gêneros nas Relações de Trabalho**. Brasília: Escola Superior de do Ministério Público do Trabalho. 2006.

PINTO, Celi Regina Jardim. **Feminismo, História e Poder**. Dossiê. Revista De Sociologia e Política V. 18, Nº 36: 15-23 JUN. 2010

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Direito social da União Europeia**. Coimbra: Almedina. 2009.

---

\_\_\_\_\_. **Igualdade de Gênero e Direito comunitário – Notas Breves.** Nº 10. 2004. Disponível em: <https://exaequo.apem-estudos.org/artigo/igualdade-de-genero-e-direito-comunitario> Acesso: 02/05/2019

RAMALHO, Maria do Rosário Palma; MOREIRA, Teresa Coelho **A Igualdade nas Relações de Trabalho.** (Coordenação). Lisboa: AAFDL. 2019.

RAMOS, R.M. Moura, et all. **Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia – Alguns Aspectos.** Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

RAMOS, R.M. Moura. **Estudos de Direito da União Europeia.** Coimbra: Gestlegal. 2019.

RAMOS, R.M. Moura. **TFUE ARTS. 18º-23º.** Tradado de Lisboa Anotado e Comentado. (coordenadores: Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio). Coimbra: Almedina.

RAPOSO, Vera Lucia. **O poder de Eva.** Coimbra: Almedina. 2004.

RATO, Helena, et all, **Promoção da Igualdade de Gênero,** Volume I - Promoção da Igualdade de Gênero pelas Organizações Internacionais, Cadernos INA, Nº 20, Oeiras:INA. 2005.

REY MARTINEZ, F, **El Derecho Fundamental a no Ser Discriminado por Razón de Sexo.** Madrid: Mc Graw-Hill. 1995.

RODRÍGUEZ PIÑERO, M. Y FERNÁNDEZ LOPEZ, M. **Igualdad y Discriminación,** Madrid: Tecnos. 1986.

RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel. **"Igualdad de oportunidades y prioridad de la mujer en los ascensos en la Sentencia Marschall del TJCE"**. Revista de Relaciones Laborales nº 22, 1995. p. 102-109.

RUBIN, Gayle S. **O Tráfico de Mulheres.** *Gayle Rubin: Políticas do Sexo.* Coleção Argonautas. Disponível em: <[http://cdn.ubueditora.com.br/trechos/políticas\\_do\\_sex0.pdf](http://cdn.ubueditora.com.br/trechos/políticas_do_sex0.pdf)>. Acesso: 02/01/2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI Luiz Guilherme; MITIDIERO Daniel. **Curso de Direito Constitucional** 7. Ed São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SASTRE IBARRECHE, Rafael. **La accion positiva para las mujeres em el derecho comunitario.** Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ISSN-e 1696-9626, Nº. 6, 2004.

---

\_\_\_\_\_. **La accion positiva para las mujeres em el derecho comunitario.** (A Igualdade dos Gêneros nas Relações de Trabalho). Coordenação: Laís de Oliveira Penido. Brasília: Escola Superior de do Ministério Público do Trabalho. 2006

SCOTT, Joan Wallach. **Gênero: uma categoria útil de análise histórica.** Educação & Realidade. Porto Alegre, vol. 20, n. 2, jul./dez. 1995, p. 71-99. Disponível em: <[https://archive.org/details/scott\\_gender](https://archive.org/details/scott_gender)>. Acesso em: 11. nov. 2018.

SCHABAS, William A. **The European Convention on Human Rights: A Commentary.** Reino Unido: Oxford University Press. 2015.

SCHIEK, Dagmar. **More Positive Action in Community Law: Case C-409/95, Marschall v Land Nordrhein-Westfalen.** Industrial Law Journal, Vol. 27, n° 2. 1998.

Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/283457443\\_More\\_positive\\_action\\_in\\_community\\_law\\_Case\\_C-40995\\_Marschall\\_v\\_Land\\_Nordrhein-Westfalen\\_1998\\_IRLR\\_39\\_ECJ](https://www.researchgate.net/publication/283457443_More_positive_action_in_community_law_Case_C-40995_Marschall_v_Land_Nordrhein-Westfalen_1998_IRLR_39_ECJ)  
Acesso: 02/05/2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros Editores. 2005.

SILVA, Manuela. **A Igualdade de Gênero: Caminhos e Atalhos Para uma Sociedade Inclusiva.** Lisboa. Cadernos Condição Feminina. 1998.

SIERRA HERNAIZ, E. **Acción Positiva y Empleo de la Mujer, Colección de Estudios No. 82, CES, Madrid, 1999.**

SOUSA, Marcelo Rabelo de. **TUE ART. 2º.** Tradado de Lisboa Anotado e Comentado. (coordenadores: Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio). Coimbra: Almedina.

SOUZA, Cristiane Aquino de, **La Paridad en los Espacios de Toma De Decisiones: Un Análisis De Las Sentencias Kalanke Y Marschall.** Rev. direitos fundam. democ., v. 19, n. 19, p. 39-53, jan./jun. 2016. Disponível em:

<<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/517/454>>.  
Visualização:10/05/2018.

UGENA-COMINA, Maria Perez. **Igualdad Entre Mujeres y Hombres: Instrumentos Jurídicos y Regimen de Garantías.** Granada: Comares. 2015.

VICENTE, Joana Nunes. **TFUE ART. 157º.** Tradado de Lisboa Anotado e Comentado. (coordenadores: Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio). Coimbra: Almedina.

VILA, Marisa Iglesias. **Acción positiva y género en la Unión Europea: ¿Es la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas un obstáculo para la acción positiva en Europa?** J. Cruz Parceros y R. Vázquez (eds.), Los derechos de las mujeres en el Derecho internacional, México: Fontamara-SCJN, 2010.

Disponível em: [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiH\\_uyWvpbjAhWSQUEAHcgjBdgQFjAAegQIAhAB&url=https%3A%2F%2Fwww.academia.edu%2F750269202692%2FAcci%25C3%25B3n\\_positiva\\_y\\_g%25C3%25A9nero\\_en\\_la\\_Uni%25C3%25B3n\\_Europea\\_Es\\_la\\_jurisprudencia\\_del\\_Tribunal\\_de\\_Justicia\\_de\\_las\\_Comunidades\\_Europeas\\_un\\_obst%25C3%25A1culo\\_para\\_la\\_acci%2](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiH_uyWvpbjAhWSQUEAHcgjBdgQFjAAegQIAhAB&url=https%3A%2F%2Fwww.academia.edu%2F750269202692%2FAcci%25C3%25B3n_positiva_y_g%25C3%25A9nero_en_la_Uni%25C3%25B3n_Europea_Es_la_jurisprudencia_del_Tribunal_de_Justicia_de_las_Comunidades_Europeas_un_obst%25C3%25A1culo_para_la_acci%2)

5C3%25B3n\_positiva\_en\_Europa&usg=AOvVaw0UQwCiANlqt-k0DEo5YHnn Acesso:  
01/06/2019.

## LISTA DE LEGISLAÇÕES, NORMAS, DOCUMENTOS E JURISPRUDÊNCIA REFERENCIADOS

COMISSÃO PARA A IGUALDADE E OS DIREITOS DAS MULHERES. **A Abordagem Integrada de Igualdade de Gênero. Lisboa “mainstreaming”**. Lisboa. CIDM: PCM. Agenda Global número 5. 1999.

COMISSÃO DOS DIREITOS DA MULHER E DA IGUALDADE DOS GÊNEROS. **Direitos da Mulher e Igualdade dos Gêneros**. 2014.

COMISSÃO EUROPEIA. **Igualdade e Combate à Discriminação na União Europeia Alargada – Verde**. Luxemburgo. 2004.

\_\_\_\_\_ **Compromisso Estratégico para a Igualdade de gênero 2016-2019**. Luxemburgo. 2016.

\_\_\_\_\_ **A igualdade em 100 palavra**: Glossário de termos sobre igualdade entre mulheres e homens. Luxemburgo. 1998.

\_\_\_\_\_ **Fichas técnicas sobre a União Europeia**. 2018. Disponível em: [https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjZysOj\\_fPbAhULWRQKHfVfCCEQFggnMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.europarl.europa.eu%2Fftu%2Fpdf%2Fftu%2FFTU\\_2.3.8.pdf&usg=AOvVaw1lK7NCGaWRidTvDmsP6Jy\\_](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjZysOj_fPbAhULWRQKHfVfCCEQFggnMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.europarl.europa.eu%2Fftu%2Fpdf%2Fftu%2FFTU_2.3.8.pdf&usg=AOvVaw1lK7NCGaWRidTvDmsP6Jy_)

\_\_\_\_\_ **European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-discrimination Gender Equality Law in Europe**. Bruxelas. 2016.

COMISSÃO PARA IGUALDADE NO TRABALHO E NO EMPREGO. **Manual de formação de formadores/as em igualdades entre homens e mulheres**. Lisboa. 2003. Disponível em: [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiC\\_Kf\\_hJbjAhVwAWMBHS2ZAfUQFjAAegQIARAC&url=http%3A%2F%2Fcite.gov.pt%2Fimgs%2Fdownlds%2FManual\\_CITE.pdf&usg=AOvVaw3XuxGIuk5-yQ5-qv9cER6D](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiC_Kf_hJbjAhVwAWMBHS2ZAfUQFjAAegQIARAC&url=http%3A%2F%2Fcite.gov.pt%2Fimgs%2Fdownlds%2FManual_CITE.pdf&usg=AOvVaw3XuxGIuk5-yQ5-qv9cER6D). Acesso: 06/02/2019.

AGÊNCIA DE DIREITOS HUMANOS DA UNIÃO EUROPEIA. **Handbook on European Non-Discrimination Law**. 2010. Disponível em: [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwirqsO446XjAhUUesAKHSw9BM8QFjAAegQIAhAC&url=https%3A%2F%2Ffra.europa.eu%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Ffra\\_uploads%2F1510-FRA-CASE-LAW-HANDBOOK\\_EN.pdf&usg=AOvVaw1NmAbLnlC4oC\\_7EqVYLe1F](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwirqsO446XjAhUUesAKHSw9BM8QFjAAegQIAhAC&url=https%3A%2F%2Ffra.europa.eu%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Ffra_uploads%2F1510-FRA-CASE-LAW-HANDBOOK_EN.pdf&usg=AOvVaw1NmAbLnlC4oC_7EqVYLe1F) Acesso: 24/05/2019.

\_\_\_\_\_ **Handbook on European non-discrimination law**. 2018. Disponível em:

<[https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwi19Lupr4LjAhWlQxUIHwB1BEQQFjACegQIAhAC&url=https%3A%2F%2Fwww.echr.coe.int%2FDocuments%2FHandbook\\_non\\_discr\\_law\\_ENG.pdf&usq=A0vVaw2gM987w2fqLVmmXWoYn33o](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwi19Lupr4LjAhWlQxUIHwB1BEQQFjACegQIAhAC&url=https%3A%2F%2Fwww.echr.coe.int%2FDocuments%2FHandbook_non_discr_law_ENG.pdf&usq=A0vVaw2gM987w2fqLVmmXWoYn33o)>  
Acesso: 24/05/2019.

INSTITUTO EUROPEU PARA A IGUALDADE DE GÊNERO. **Breve Descrição.** Lituânia. Disponível em: <http://cite.gov.pt/pt/destaques/noticia579.html>. Acesso: 20/03/2019

INSTITUTO PORTUGUÊS DE APOIO DE DESENVOLVIMENTO (2012): **Estratégia da Cooperação Portuguesa Para a Igualdade de Género.** Disponível em: <http://www.institutocamoes.pt/images/cooperacao/estrategiacpigualdadegenero.pdf>. Acesso: 10/01/2019

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW).** 1979. Pag. 52. Disponível em: < [https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2018/01/Guia-CEDAW--Protocolo-Opcional\\_Cig.pdf](https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2018/01/Guia-CEDAW--Protocolo-Opcional_Cig.pdf) > Acesso em: 30.jan. 2019.

PARLAMENTO EUROPEU. **Relatório Sobre a Aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia no Quadro Institucional da EU.** Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2019-0051\\_PT.html](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2019-0051_PT.html). Acesso: 25/04/2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Sentença de 11 de novembro de 1997. Caso Hellmut Marschall contra Land Nordrhein-Westfalen. C-409/95, 1997

\_\_\_\_\_ Sentença de 5 de outubro de 1995. Caso Eckhard Kalanke v Freie Hansestadt Bremen. C-450/93. 1995.

\_\_\_\_\_ Sentença de 6 de julho de 2000. Caso Katarina Abrahamsson and Leif Anderson v Elisabet Fogelqvist. C-407/98. 2000.

\_\_\_\_\_ Sentença de 19 de março de 2002. Caso H. Lommers v Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij, C-476/99. 2002.

\_\_\_\_\_ Sentença de 9 de fevereiro de 1982. Caso Eileen Garland v. British Rail Engineering Limited. C- 12/81. 1982.

\_\_\_\_\_ Sentença de 7 de junho de 1972. Caso Luisa Sabbatini, née Bertoni, v. European Parliament. C- 20/71. 1972.

\_\_\_\_\_ Sentença de 21 de novembro de 1999. Caso Susanne Lewen v. Lothar Denda. C- C-333/97. 1999.

\_\_\_\_\_ Sentença de 17 de maio de Caso Douglas Harvey Barber v. Guardian Royal Exchange Assurance Group, C- 262/88. 1990.

\_\_\_\_\_ Sentença de junho de 2004. Caso Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten v. Wirtschaftskammer Österreich. C-220/02. 2004.

\_\_\_\_\_ Sentença de 13 de julho de 1989. Caso Ingrid Rinner-Kühn v. FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG. C- 171/88. 1989.

\_\_\_\_\_ Sentença de 8 de abril de 1976. Caso Defrenne II. C- 43/75.1976.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2006/54/CE de de 5 de julho de 2006. Jornal Oficial da União Europeia. L 204/23, 26.7.2006. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006L0054&from=LV> Acesso: 05/04/2019

\_\_\_\_\_ Diretiva 86/378/ CEE, de 24 de julho de 1986. Jornal Oficial das Comunidades Europeias, L 225/40 12 /8/86 Disponível: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31986L0378&from=PT>> Acesso: 05/04/2019

\_\_\_\_\_ Diretiva nº 92/85 / CEE de 19 de outubro de 1992. Jornal Oficial nº L 348 de 28/11/1992. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31992L0085>> Acesso: 05/04/2019

\_\_\_\_\_ Diretiva nº 97/80 / CE, de 15 de dezembro de 1997. Jornal Oficial nº L 014 de 20/01/1998. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A31997L0080>> Acesso: 05/04/2019

\_\_\_\_\_ Diretiva nº 76/207/CEE, de 9 de fevereiro de 1976. Jornal Oficial nº L 039 de 14/02/1976. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31976L0207>> Acesso: 05/04/2019

\_\_\_\_\_ Diretiva nº 2002/73/CE de 23 de setembro de 2002. Jornal Oficial nº L 269 de 05/10/2002. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:32002L0073>> Acesso: 05/04/2019

\_\_\_\_\_ Diretiva nº 79/7/CEE, de 19 de dezembro de 1978. Jornal Oficial nº L 006 de 10/01/1979. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31979L0007>> Acesso: 05/04/2019

\_\_\_\_\_ Diretiva nº 96/97/CE do Conselho de 20 de dezembro de 1996. Jornal Oficial nº L 046 de 17/02/1997. Disponível em:< <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:31996L0097>> Acesso: 05/04/2019

\_\_\_\_\_ Diretiva nº 75/117/CEE do Conselho, de 10 de fevereiro de 1975. Jornal Oficial nº L 045 de 19/02/1975. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31975L0117> Acesso: 05/04/2019

\_\_\_\_\_ Diretiva nº 96/34/CE, de 3 de junho de 1996. Jornal Oficial nº L 145 de 19/06/1996. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX%3A31996L0034>> Acesso: 05/04/2019

\_\_\_\_\_ Diretiva 2002/73/CE de 23 de setembro de 2002. Jornal Oficial nº L 269 de 05/10/2002. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:32002L0073>