

Como aprimorar a fiscalização trabalhista relativa à discriminação de gênero

How to improve labor inspection related to gender discrimination

Roberto Wakahara¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: Embora diversas pesquisas demonstrem que a mulher tem menor remuneração, maior taxa de desemprego e mais dificuldades de ascensão profissional, quando comparada ao homem, poucas são as fiscalizações trabalhistas que tratam da discriminação de gênero. O artigo discute como a fiscalização trabalhista pode ser aprimorada nesse tocante. Critérios para o correto enquadramento da infração trabalhista são propostos, relacionando a proporção entre candidatos e aprovados consoante cada um dos gêneros, seja para processos seletivos, seja para promoção de empregados. Além da lavratura de auto de infração, outros mecanismos para o enfrentamento da questão por parte da Inspeção do Trabalho são analisados, tais como o Termo de Compromisso, a mediação e o diálogo com outros atores sociais como os sindicatos e as ONG's que defendem os direitos das mulheres.

Palavras-chave: Discriminação. Discriminação de gênero. Fiscalização trabalhista. Teto de vidro. Auto de infração.

Abstract: Although several surveys show that women have lower wages, higher unemployment rates and more difficulties in professional growth than men, there are few labor inspections that deal with gender discrimination. The article discusses how labor inspection can be improved on that matter. Criteria for the correct framing of the labor infraction are proposed, relating the proportion between candidates and approved according to each gender, whether for selection processes or for employee promotion. In addition to issuing the infraction notice, other mechanisms for dealing with the issue by the Labor Inspection are analyzed, such as the Term

¹ Doutor e Mestre em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo. Mestre em Trabalho, Saúde e Ambiente pela Fundacentro. Pesquisador do GETRAB-USP. Auditor-Fiscal do Trabalho - roberto.wakahara@gmail.com.

of Commitment, mediation and dialogue with other social actors such as unions and NGO's that defend women rights.

Keywords: Discrimination. Gender discrimination. Labor inspection. Ceiling glass. Infraction notice.

1. Introdução

Diversas pesquisas mostram que a mulher tem menor remuneração, maior taxa de desemprego e mais dificuldades de ascensão profissional, quando comparada ao homem (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2022; CNN, 2021).

No entanto, consultando ao final de 2022 a base eletrônica de dados do “Sistema Auditor - Auto de Infração”, utilizado pelos Auditores-Fiscais do Trabalho para lavrar autos de infração, tivemos a oportunidade de perceber que nos últimos 10 anos menos de 10 autos de infração haviam sido lavrados por discriminação de gênero. Nesse período foram lavrados mais de 2.000.000 de autos de infração sobre os mais diversos temas da legislação laboral, mas tão somente uma ínfima parcela deles tinha a questão da discriminação de gênero como seu objeto.

Dos poucos autos lavrados podemos destacar um de 2017, no qual a empresa foi autuada por “adotar qualquer prática discriminatória e limitativa de acesso ao trabalho ou à sua manutenção por motivo de sexo”, com supedâneo no art. 1º da Lei nº 9.029/95. Tratava-se de um caso evidente de discriminação, no qual uma empresa com 10 anos de existência jamais havia contratado uma mulher sequer como empregada. Nesse período, a empresa autuada já havia contratado mais de 90 empregados, mas nenhuma dessas pessoas era do gênero feminino.

Outrossim, desde 2012, foi lavrado apenas um auto de infração por “considerar o sexo como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional ou oportunidade de ascensão profissional”, com fundamento no art. 373-A da Consolidação das Leis do Trabalho.

Ora, esse descompasso entre a realidade da discriminação de gênero existente no país e a quase inexistência de autos de infração lavrados sobre o assunto demonstra que a inspeção do trabalho precisa se voltar para o tema.

Aliás, será que a inspeção do trabalho não está sendo androcêntrica e discriminatória?

2. Discriminação no mundo e no Brasil

Os dados relativos ao terceiro trimestre de 2022 da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) espelham que as mulheres recebem menos do que os homens. Enquanto o rendimento médio do homem é de R\$ 2.909,00, o da mulher é de R\$ 2.305,00 (IBGE, 2022).

Uma das principais formas de se legitimar essa diferenciação é a divisão sexual do trabalho, na qual os homens ocupam posições de destaque, enquanto as mulheres estão destinadas a posições inferiores.

Uma de suas vertentes é conhecida como segregação horizontal, na qual profissões de prestígio são destinadas aos homens enquanto outras profissões, não tão bem remuneradas, são destinadas às mulheres. Exemplificativamente, a área de tecnologia da informação é majoritariamente masculina e bem remunerada, enquanto profissões de auxiliar e de assistente de enfermagem, mal remuneradas, são destinadas às mulheres.

Outra de suas vertentes é a segregação vertical, na qual, dentro de uma mesma profissão, na mesma empresa, as mulheres estão limitadas aos cargos inferiores e os homens estão aptos a preencherem todos os cargos, sobretudo os de chefia. Tal fenômeno é comumente denominado como teto de vidro. Ex: bancário homem é superintendente regional ou gerente de agência e bancária mulher é gerente de contas ou escriturária.

Alice Monteiro de Barros (2008) define o teto de vidro como a barreira invisível que limita a ascensão das mulheres nas empresas, afastando-as dos cargos de chefia e postos de direção.

Nesse sentido, faz-se importante destacar a situação das diretorias das principais instituições financeiras do país como forma de se demonstrar o teto de vidro. O Bradesco compunha-se, ao final de 2022, de 1 diretor-presidente homem, 7 diretores executivos vice-presidentes homens, 8 diretores executivos gerentes homens, 2 diretoras executivas gerentes mulheres, 5 diretores executivos adjuntos homens. Portanto, apenas 8,7% dos cargos de alto escalão (2 de 23) são ocupados por mulheres (BRADESCO, 2022). O Banco do Brasil possuía, ao fim de 2022, 1 presidente homem, 7 vice-presidentes homens e 1 vice-presidente mulher, 20 diretores homens e apenas 3 diretoras mulheres. Portanto, apenas 12,5% dos cargos de alto escalão (4 de 32) eram ocupados por mulheres nessa instituição financeira (BANCO DO BRASIL, 2022). A Diretoria do Itaú, por sua vez, ao final de 2022, era composta por 1 presidente

homem, 10 diretores membros do Comitê Executivo homens e 1 mulher, além de 15 diretores homens e 3 diretoras mulheres. Portanto, apenas 13,3% dos cargos de alto escalão (4 de 30) eram ocupados por mulheres (ITAÚ, 2022). O Santander possuía no mesmo período 1 diretor-presidente homem, 7 diretores vice-presidentes executivos homens, 4 diretoras vice-presidentes executivas mulheres, 32 diretores homens, 6 diretoras mulheres. Portanto, apenas 20% dos cargos de alto escalão (10 de 50) eram ocupados por mulheres (SANTANDER, 2022). E a Caixa Econômica Federal possuía os melhores resultados, talvez como fruto dos escândalos de assédio sexual recentes, mas ainda estava longe do razoável. Ela possuía 1 presidente mulher, 7 vice-presidentes homens, 5 vice-presidentes mulheres, 19 diretores homens e 5 diretoras mulheres. Portanto, apenas 29,7% dos cargos de alto escalão (11 de 37) eram ocupados por mulheres (CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, 2022). Note-se que apesar desses números todas essas empresas aderiram aos Princípios de Empoderamento das Mulheres, iniciativa da ONU Mulheres e do Pacto Global das Nações Unidas (WOMEN'S EMPOWERMENT PRINCIPLES, 2022) que visa o empoderamento das mulheres e almeja a igualdade de gênero, inclusive nos mais altos escalões das companhias.

Nos tribunais superiores, a situação não é diversa. Nenhum deles destinava em dezembro de 2022 sequer um terço de suas vagas às mulheres. No Supremo Tribunal Federal (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2022) eram 2 mulheres de um total de 11 ministros ($2/11 = 18\%$). No Superior Tribunal de Justiça (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2022) havia 6 mulheres de um total de 33 ministros ($6/33 = 18\%$). No Tribunal Superior do Trabalho (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2022) eram 7 mulheres de um total de 27 ministros ($7/27 = 26\%$). No Tribunal Superior Eleitoral (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2022) havia 1 mulher de um total de 7 ministros ($1/7 = 14\%$). e no Superior Tribunal Militar (SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR, 2022) havia 1 mulher de um total de 15 ministros ($1/15 = 7\%$).

No mesmo sentido, a situação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. A quantidade de professoras não passava de 19% em 2018. Eram 26 mulheres de um total de 137 professores (JORNAL DO CAMPUS, 2018). Ao final de 2022, a situação não mudou, eis que passaram a ser 28 mulheres e 122 homens, mantendo a média de 19% (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, 2022).

Outra forma de discriminação que existe, mas é mais rara na atualidade, é aquela mais escancarada, na qual para a mesma função, o homem recebe um valor superior ao da mulher.

Assim, o que não faltam são dados e estudos a comprovar a discriminação da mulher no mundo do trabalho.

3. Não enfrentamento das questões de gênero no Brasil

Como explicado anteriormente, no tocante à discriminação de gênero, poucos foram os autos de infração lavrados com base no art. 1º da Lei nº 9.029/95 ou no art. 373-A da CLT.

Ora, a primeira conclusão a que se chega é que o enfrentamento à discriminação de gênero não está gozando da atenção que merece.

Pois bem, a discriminação de gênero é com certeza a mais presente das discriminações em nossa sociedade. Por meio dela, cerca de metade da população tem seus direitos tolhidos. São cidadãs que não gozam de todos os benefícios que a nossa sociedade pode proporcionar.

Há mulheres em todos os estratos sociais, pobres ou ricas, de todas as raças, negras, amarelas, brancas, de todas as orientações sexuais, heterossexuais, homossexuais, de todas as religiões, etc.

Assim, o enfrentamento desse tipo de discriminação deveria ser tema de amplo destaque em nossa sociedade.

No entanto, não é assim que ocorre.

A questão de desigualdade de gênero no mundo do trabalho não teve a devida atenção em todos os níveis de nossa sociedade.

Passando pelos próprios costumes de nossos antepassados, reserva-se à mulher um papel secundário no mundo do trabalho. Tal matriz ideológica é repetida na legislação, na jurisprudência, no movimento sindical e na fiscalização trabalhista das questões de gênero.

A Juíza do Trabalho Lisandra Cristina Lopes (2019) explica, por exemplo, que não existe jurisprudência acerca de pagamento desigual entre homens e mulheres no Brasil. Não porque não exista essa diferença salarial, mas pelo fato de que a discriminação seja mais sutil na atualidade. Dificilmente será possível encontrar uma empresa que pague salários diversos para empregados no mesmo local, com a mesma função, apenas em razão do gênero, de modo a se enquadrar no art. 461 da CLT, que trata da equiparação salarial. A magistrada afirma que o momento em que discriminações tão evidentes eram praticadas já foi superado.

Em outras palavras, existe uma deficiência na legislação no tocante à equiparação salarial entre homens e mulheres, que se reflete na jurisprudência e na fiscalização. A miríade de condições impostas pelo legislador no art. 461 da CLT, após a Reforma Trabalhista, esvaziou de sobremaneira o instituto da equiparação salarial. Destaque-se que a disseminação do teletrabalho tornou mais difícil ainda o enquadramento no conceito de mesmo estabelecimento exigido pela norma. Outrossim com a proliferação da terceirização e da quarteirização, a subordinação ao mesmo empregador também se esvazia. Assim, existe dificuldade de se distribuírem demandas trabalhistas sobre a temática ou mesmo de se fiscalizar a questão.

No entanto, mesmo com a deficiência da legislação, há instrumentos legais que são subutilizados pelos atores sociais que têm o condão de coibir as práticas discriminatórias. É o caso dos arts. 1º da Lei nº 9.029/95 e 373-A da CLT.

Some-se a isso o fato de que os próprios sindicatos não têm a questão de gênero como algo caro nas negociações coletivas. Laís Wendel Abramo (2007) enxerga que essa problemática também é reflexo do androcentrismo, que da mesma forma impera no seio do movimento sindical, no qual as reivindicações refletem majoritariamente os anseios de homem médio.

Assim, em virtude dessa sofisticação da discriminação atual no qual as empresas raramente pagam salários desiguais para homens e mulheres que desempenham a mesma função, cabe destacar que a diferenciação da remuneração entre homens e mulheres se localiza no organograma das empresas ou da própria sociedade. Funções mais rentáveis são destinadas aos homens e funções menos rentáveis são destinadas às mulheres.

Quando isso ocorre no âmbito da sociedade não existem ferramentas para o Direito do Trabalho combater essas desigualdades. Exemplificativamente, se os empregadores dos homens engenheiros de computação e das mulheres auxiliares de limpeza são diversos, não pode o Direito do Trabalho enfrentar a questão, com o instrumental atualmente existente. Nesse caso, seriam necessárias políticas públicas para o combate do problema.

No entanto, se essa diferenciação salarial decorre do teto de vidro existente dentro de uma só empresa, acreditamos que a fiscalização trabalhista possa auxiliar no enfrentamento da discriminação com base no art. 1º da Lei nº 9.029/95 e no art. 373-A da CLT.

O artigo 1º da Lei nº 9.029/95 está assim descrito:

“Art. 1º É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo,

origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.”

Facilmente se percebe que a discriminação no acesso à relação de trabalho é vedada pela norma. Já a hipótese do teto de vidro decorre de uma interpretação mais cuidadosa, consoante a valoração dos direitos fundamentais de não discriminação. Isso porque o teto de vidro também se trata de uma medida discriminatória que limita, em sentido amplo, o acesso integral da mulher à relação de trabalho. Afinal, ao segregar à mulher os cargos inferiores na hierarquia empresarial, o empregador não permite que a relação de trabalho da mulher seja plena. Ela é tratada como uma cidadã de segunda categoria.

Note-se que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (CF, art. 5º, caput) e que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações (CF, art. 5º, I). Além disso, promover o bem de todos, sem preconceito de sexo ou qualquer outra forma de discriminação constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (CF, art. 3º, IV). No mais, o Brasil ratificou as Convenções da OIT nº 100 (sobre Igualdade de Remuneração) e nº 111 (sobre Discriminação no Emprego e na Ocupação) e a Convenção da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Ademais, um dos princípios fundamentais que regem a OIT, expresso na Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998, é o da “eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação”.

Não é por outra razão que Firmino Alves Lima, ao interpretar o art. 1º da Lei nº 9.029/95, defende que:

“Seria também inconstitucional a estipulação de prática discriminatória que visasse a suprimir determinado direito e vantagem trabalhista, sem justificção razoável e proporcional, pela quebra do mandamento geral de isonomia previsto o art. 5º, o qual prescreve que todos os brasileiros são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.” (LIMA, 2006)

Assim, entendemos que o art. 1º da Lei nº 9.029/95 também seja aplicável aos casos de segregação vertical.

No entanto, resta evidente que o art. 373-A, III, da CLT é mais direto na vedação do teto de vidro. Afinal dispõe que é vedado “considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar

como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional".

No entanto, tal comando não tem recebido a atenção dos operadores do direito, em especial dos Auditores-Fiscais do Trabalho.

Há apenas um auto de infração lavrado com base no art. 373-A, III, da CLT em todo o território nacional desde que o "Sistema Auditor - Auto de Infração" foi criado em 2012.

Assim, resta claro que a fiscalização trabalhista precisa destinar um enfoque maior sobre a questão. Não existe hoje um projeto de fiscalização de combate à discriminação de gênero, como existe, por exemplo, no caso da pessoa com deficiência. Hoje, há um projeto de fiscalização específico em todo o território nacional que verifica o cumprimento da cota de pessoas com deficiência, estipulada pela Lei nº 8.213/91 em seu art. 93, mas não há um projeto de fiscalização de combate à discriminação de gênero.

Portanto, a criação de um projeto especial de fiscalização dessa questão seria uma medida salutar. Caso isso não seja possível diante da escassez de Auditores-Fiscais do Trabalho na atualidade, acreditamos que ao menos possam ser criadas algumas metas para o assunto.

4. Como configurar a discriminação para fins de autuação trabalhista na realidade legislativa atual

Inicialmente, descreveremos os procedimentos decorrentes da discriminação no momento da seleção para o ingresso na empresa, posteriormente, mencionaremos procedimentos decorrentes de discriminação na ascensão profissional e por fim relataremos procedimentos decorrentes de discriminação na remuneração em virtude de pagamento desigual.

Firmino Alves Lima define ato discriminatório como a "distinção desfavorável fundada em um determinado motivo, de cunho antijurídico e desprovida de razoabilidade e racionalidade" (LIMA, 2006). Para o autor, não é preciso avaliar sequer a intenção do empregador ao discriminar, bastando tão somente que exista uma relação entre o ato do agressor e o prejuízo sofrido pela vítima.

Assim, para a configuração do ato discriminatório não basta existir uma distinção desfavorável para determinado grupo protegido. Essa distinção tem de ser antijurídica e desprovida de razoabilidade e racionalidade.

Desse modo, o ato discriminatório não pode ser analisado somente a partir dos quantitativos de homens e de mulheres dentro de uma empresa ou dentro de um segmento hierárquico. Há de se observar também a quantidade de candidatos e candidatas.

Afinal, não se pode punir uma empresa por apenas contratar homens se não havia mulheres candidatas às vagas. Em outras palavras, a ausência de candidatas é argumento razoável e racional a autorizar o resultado de uma empresa só contratar homens.

Ora, a discriminação surge quando existe quebra na equalização de oportunidades. E não existe essa ruptura no caso de nenhuma mulher ter se candidatado à vaga. Não existe uma distinção desfavorável nessa hipótese, eis que nenhuma mulher foi prejudicada.

Desse modo, para a configuração da discriminação há de se observar se existiram efetivamente mulheres que se candidataram ao cargo.

Portanto, para a configuração da discriminação no acesso ao emprego deve ser estudada a relação entre a quantidade de candidatos por gênero e a quantidade de pessoas efetivamente contratadas por gênero.

No entanto, somente essa análise da relação entre a quantidade de candidatos por gênero e a quantidade de pessoas efetivamente contratadas por gênero não é suficiente para se compreender a questão da discriminação como um todo.

Isso porque existem diversas formas de discriminação indireta que podem mascarar a relação matemática mencionada anteriormente. Por vezes os critérios para a possibilidade de participação já são discriminatórios.

Sandra Fredman (2011) explica que a discriminação indireta possui três elementos: igualdade de tratamento; um impacto desproporcionalmente excludente sobre aqueles que compartilham uma característica protegida; e a ausência de uma justificativa aceitável. Exemplificativamente, para a seleção de um cargo de gerente da empresa, a empresa cria uma regra aplicável a todos, como possuir diploma em determinado curso. Essa regra é aplicável a todos. No entanto, a empresa já sabe de antemão que apenas homens concluíram esse curso. Imagine-se ainda nessa hipótese que o curso não seria tão indispensável para o exercício da função de gerente. Diante desse cenário, tem-se que a regra criada é aplicável a todos, porém cria um impacto desproporcionalmente excludente às mulheres, e não existe uma justificativa aceitável para a estipulação desse critério. Nessa hipótese, restaria caracterizada a discriminação indireta.

Acreditamos também que a estipulação de um critério que leve em conta somente a experiência possa ser enquadrado, em alguns casos concretos, como discriminação indireta, se, em determinada situação, apenas os homens forem enquadrados como experientes e não existir uma justificativa aceitável para a estipulação desse critério.

Assim, para a configuração da discriminação deve ser analisada também a possível ocorrência de discriminação indireta.

No que tange à discriminação na ascensão profissional, também se pode utilizar a metodologia, fazendo os ajustes necessários. Como a empresa tende a limitar cada processo seletivo de um gerente a uma situação única e estanque, o Auditor-Fiscal do Trabalho tem de coletar informações dentro de um certo período. Exemplificativamente, durante os últimos cinco anos, foram selecionados cinco gerentes e todos eram homens, mas em todos os processos havia mulheres candidatas e nunca uma mulher foi escolhida.

Mas a partir de qual percentagem ou proporção pode-se caracterizar a discriminação?

Ora, a igualdade é um conceito relativo, pois depende da comparação de um com o outro. Não existe igualdade com apenas um elemento. A igualdade é uma relação. Assim, os iguais devem ser tratados igualmente. Outrossim, quando não se tratam igualmente os iguais, ofende-se a dignidade das pessoas prejudicadas.

Desse modo, consoante explica Sandra Fredman (2011), a jurisprudência americana tem aplicado a regra dos 4/5 para os casos de discriminação. Ela se traduz na relação entre a taxa de seleção entre os candidatos da característica protegida com a taxa de seleção entre os candidatos sem a característica protegida. Essa relação deve ser superior a 4/5. Assim, havendo, por exemplo, a mesma quantidade de candidatos com características protegidas e não protegidas concorrendo a vagas em uma empresa, será considerado discriminatório se o quantitativo de pessoas escolhidas da categoria protegida for inferior a 4/5 do quantitativo das pessoas escolhidas da categoria não protegida.

Exemplificativamente, se 50 homens e 50 mulheres concorrerem a 18 vagas de emprego, a fim de se respeitar a regra, ao menos 8 mulheres deverão ser contratadas, pois a taxa de seleção entre as mulheres será de 8/50 e a taxa de seleção entre os homens será de 10/50. Assim, comparando-se 8/50 e 10/50, haveria uma relação de 4/5.

Vamos a outro exemplo, apenas para esclarecer o aspecto matemático do critério. Se 75 homens e 25 mulheres concorrerem a 18 vagas de emprego, a fim de se respeitar a regra, ao

menos 4 mulheres deverão ser contratadas, pois a taxa de seleção entre as mulheres será de $4/25$ (ou seja, 16%) e a taxa de seleção entre os homens será de $14/75$ (algo em torno de 18,7%). Assim, comparando-se $4/25$ e $14/75$, haveria uma relação de $4,28/5$.

Trata-se, sem dúvida de uma regra interessante. No entanto, à falta de estipulação de um número absoluto ou de uma proporção na legislação brasileira, acredito que, inicialmente, a fiscalização deva ser mais conservadora na estipulação de uma proporção, devendo fixar uma regra que abarque inicialmente somente os casos extremos. E com o passar do tempo aplique percentuais mais rigorosos, chegando até a regra dos $4/5$.

E casos extremos de discriminação por gênero ainda são corriqueiros nas empresas Brasil afora.

Assim, sugerimos a autuação inicial em casos nos quais é desrespeitada a regra de $1/2$.

Essa proporção absurda traz à tona casos evidentes de discriminação, que mesmo pessoas que tenham ojeriza pela matemática conseguem identificar como discriminatórios.

Note-se que não é a relação absoluta de cargos efetivamente ocupados por homens e mulheres, mas a relação entre a taxa de seleção de mulheres e a taxa de seleção de homens.

Assim, havendo 50 homens e 50 mulheres concorrendo a 15 vagas de emprego, a fim de se respeitar a regra proposta do $1/2$, ao menos 5 mulheres deverão ser contratadas, pois a taxa de seleção entre as mulheres será de $5/50$ (ou seja, 10%) e a taxa de seleção entre os homens será de $10/50$ (ou seja, 20%). Assim, comparando-se $5/50$ e $10/50$, haverá uma relação de $1/2$.

Essa regra de $1/2$ valeria tanto para a contratação inicial dos trabalhadores como para casos de promoção.

Ora, muito possivelmente essa regra não estaria sendo cumprida hoje nem pelos tribunais superiores do país, na seleção de seus ministros, nem pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na contratação de seus professores, mas essa relação de $1/2$ já demonstra de forma cabal a discriminação.

Assim, importante assinalar que, conforme leciona Sandra Fredman (2011), a igualdade é um conceito quadridimensional: primeiramente, quebra o ciclo de desvantagem associado a determinado grupo (dimensão redistributiva); em segundo lugar, promove o respeito à dignidade, corrigindo, assim, estigma, estereótipos, humilhação e violência devido à participação em um determinado grupo (dimensão de reconhecimento); em terceiro, não deve exigir a conformidade como preço da igualdade, em vez disso, deve acomodar a diferença e ter

como objetivo alcançar mudanças estruturais (dimensão transformadora); e, por último, a igualdade substantiva deve facilitar a participação plena na sociedade, tanto social quanto politicamente (dimensão participativa).

Imagine-se, por exemplo, o caso do operador de colheitadeira. Inicialmente, o corte da cana era realizado por meio da força humana pelos boias frias. Nessa época, homens costumavam ganhar mais do que mulheres, pois em virtude de características fisiológicas tinham mais força para efetuar o corte e atingiam maior produtividade. Com a mecanização, poder-se-ia afirmar que teria havido a eliminação das diferenças de ordem física existentes entre os gêneros, fato que, em tese, proporcionaria às mulheres igualdade no acesso aos novos empregos. No entanto, não foi esse o ensinamento que a história nos trouxe. Esse serviço mais bem remunerado foi realizado predominantemente por homens, apesar de as mulheres possuírem, geralmente, mais estudo do que os homens, o que poderia ser apontado como uma vantagem em relação aos homens, tendo em vista que as colheitadeiras são máquinas altamente tecnológicas. Segundo dados de 2018 da Federação dos Trabalhadores na Agricultura em Mato Grosso, menos de 10% das pessoas que operavam máquinas agrícolas pertenciam ao gênero feminino (G1, 2018).

Assim, se homens e mulheres concluírem o curso de operador de colheitadeira e participarem em igual número em processo seletivo para a função não existiria em tese razão para que apenas homens fossem contratados.

No entanto, se restar demonstrado durante a instrução processual que a ausência de contratação de mulheres decorreu da ausência total de candidatas, não restará caracterizada a discriminação. Nesse sentido, assim decidiu o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região ao julgar, em 16/05/2019, Recurso Ordinário em Ação Civil Pública (0010128-27.2018.5.03.0071) movida pelo Ministério Público do Trabalho contra fazendeiro que não havia contratado mulheres para ocupar a função de operador de máquina.

Portanto, o auto de infração sobre discriminação na contratação e na ascensão profissional deve descrever o ato discriminatório, explicando qual é a relação entre a quantidade de candidatos por gênero e a quantidade de pessoas efetivamente contratadas por gênero. Essa relação deve ser igual ou superior à proporção de 1/2. Há de observar ainda se o critério para a participação do processo seletivo não se enquadra como discriminação indireta.

Quanto ao auto de infração por pagamento desigual entre os gêneros é necessário descrever a diferença salarial entre os gêneros e as condições de igualdade entre as pessoas, atentando-se aos requisitos do art. 461 da CLT (mesmo empregador, mesmo estabelecimento empresarial, mesma função, mesma produtividade, mesma perfeição técnica, diferença de tempo de serviço para o mesmo empregador não superior a quatro anos, diferença de tempo na função não superior a dois anos, e inexistência de quadro de carreira ou de plano de cargos e salários, prevista em norma interna da empresa ou de negociação coletiva) ainda quando calcada no art. 373-A da CLT. Isso porque a CLT precisa ser lida sistematicamente e a intenção do legislador ao reformar o art. 461 da CLT foi claramente o de limitar as hipóteses de pagamento de igual salário.

5. Outras formas pelas quais a inspeção do trabalho pode contribuir no enfrentamento da discriminação

Além da autuação, a inspeção do trabalho também pode contribuir para o enfrentamento da discriminação por meio de outros instrumentos.

O primeiro deles é a celebração de Termo de Compromisso decorrente de procedimento especial de inspeção (CLT, art. 627-A). O Termo de Compromisso é um documento no qual a empresa reconhece perante a fiscalização que não está cumprindo a legislação, porém se compromete a adequar sua conduta dentro de determinado prazo. Geralmente estipula-se no Termo de Compromisso que a empresa não poderá ser autuada dentro do prazo previsto para a adequação da conduta.

Outra importante forma de atuação do Auditor-Fiscal do Trabalho é servir como mediador dos conflitos coletivos de trabalho (art. 616, § 2º da CLT e art. 21, IV, do Anexo I do Decreto nº 11.359/23), trazendo os sindicatos patronais e profissionais a criarem normas sobre o assunto.

No momento em que o movimento sindical passa por extremas transformações, com a ruptura do sistema de financiamento, bem como de uma possível reforma sindical que se avizinha, as entidades sindicais precisam se movimentar, criando novas formas de atrair associados.

Nesse sentido, entendemos que a elaboração de normas antidiscriminatórias em convenções ou acordos coletivos pode trazer bons frutos aos sindicatos, mas desde que essas

normas sejam claras e incisivas, como, por exemplo, com a estipulação de cotas para mulheres em todos os níveis hierárquicos da empresa, inclusive em cargos de chefia e de diretoria.

Isso porque as normas meramente programáticas ou ainda que permitiam à mulher tão somente participar de uma concorrência foram insuficientes para garantir a igualdade entre os gêneros.

Note-se que a ação afirmativa como forma de enfrentamento da segregação vertical foi adotada por diversos países. Beatrice Avolio Allechi e Giovanna Francesca Di Laura Mendoza (2017) citam que França, Bélgica, Noruega, Espanha, Holanda e Malásia adotaram cotas de gênero para membros de diretorias de grandes empresas. Menciona ainda que na Colômbia existe uma cota de gênero para cargos de gestão na Administração Pública.

Não é demais lembrar que o Brasil já adota a ação afirmativa como política pública no combate à discriminação desde 1991, quando editou a Lei nº 8.213/91, que previu em seu art. 93 a criação de cotas para pessoas com deficiência em empresas com 100 ou mais empregados. Assim, não existiria qualquer óbice à criação de uma ação afirmativa baseada no gênero.

Note-se que já existe uma iniciativa pioneira de estipulação de cotas para a mulheres no Brasil. E o mais curioso é que ela não vem das entidades mais diretamente identificadas com o mundo do trabalho, mas ao contrário, vem do mercado financeiro. A B3 está prestes a lançar sua norma para aumentar a diversidade de gênero e a participação de grupos sub-representados na alta liderança das companhias listadas na Bolsa (B3, 2022). Após a discussão ocorrida em 2022 (na qual restou identificado que 61% das companhias listadas pela Bolsa não tinham uma mulher sequer entre seus diretores estatutários), a expectativa é que essa norma seja publicada agora no primeiro semestre de 2023. De acordo com a proposta de norma, a previsão é que as empresas brasileiras de capital aberto tenham ao menos uma mulher e um integrante de comunidade sub-representada (pessoas pretas ou pardas, integrantes da comunidade LGBTQIA+ ou pessoas com deficiência) em seu conselho de administração ou diretoria estatutária. Note-se que a regra desenhada pela B3 tem os mesmos contornos da regra aplicada pela NASDAQ (NASDAQ, 2022).

Embora acreditemos que a meritocracia não possa ser aplicada quando parte da população foi privada da oportunidade de adquirir o mérito, entendemos que esse não é o caso das mulheres. Não falta mérito algum às mulheres. Via de regra, são pessoas mais estudadas e

com a mesma experiência de seus pares masculinos. No entanto, devido a estereótipos de nossa sociedade, a chance de se alcançar postos de destaque no país tem sido tolhida das mulheres.

Ademais a ação afirmativa não é uma exceção ao princípio da igualdade, mas é um meio de se alcançar o seu efetivo cumprimento. Afinal, como acentua Sandra Fredman (2011), a ação afirmativa remove barreiras discriminatórias, repara desvantagens passadas, estimula a participação e a representação dos interesses do grupo anteriormente excluído e promove a diversidade e a criação de novos modelos.

Não é por outra razão que a então advogada Cármen Lúcia Antunes Rocha já pregava em 1996 que a ação afirmativa era a “expressão democrática mais atualizada da igualdade jurídica promovida na e pela sociedade” (ROCHA, 1996) e que a democracia não combinava com a discriminação. No mesmo sentido, o então Procurador da República Joaquim Benedito Barbosa Gomes já entendia, em 2001, que:

“As ações afirmativas se definem como políticas públicas (e privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. Na sua compreensão, a igualdade deixa de ser simplesmente um princípio jurídico a ser respeitado por todos, e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade.” (GOMES, 2001).

Note-se que na hipótese de se criar uma cota para mulheres desempenharem determinado cargo na empresa, sua fiscalização é extremamente simples, bastando verificar basicamente o cumprimento da cota. Afinal, argumentos de que não existem mulheres interessadas ou devidamente qualificadas para o exercício do cargo mostram-se pouco verossímeis diante da realidade brasileira (conquanto possíveis em casos muito específicos).

Acreditamos ainda que a estipulação de cotas para mulheres nos cargos de alta direção tende a produzir efeitos benéficos em todo o organograma empresarial, reduzindo, inclusive, a diferenciação de remuneração entre homens e mulheres nos postos mais baixos da hierarquia, pois alterando-se a mentalidade dos gestores, o combate estrutural da discriminação tende a se aperfeiçoar.

No entanto, as cotas devem ser estabelecidas em todos os níveis hierárquicos, de modo que as mulheres não fiquem isoladas. Precisa ser uma política empresarial que transpasse por todos os níveis da pirâmide organizacional. Afinal quando há apenas uma mulher, não são raros os casos de seus colegas homens iniciarem uma campanha de difamação ou até mesmo de casos

de assédio moral ascendente, quando os subordinados homens se juntam para prejudicar a chefe mulher. Por isso mesmo que os professores Edward H. Chang e Katherine L. Milkman (2020) salientam que em certos cenários ter apenas uma mulher em um grupo pode ser até mais deletério à defesa da igualdade de gênero do que não ter nenhuma.

Há de se pensar ainda que na sociedade ocidental atual, a diversidade é um valor e a limitação do poder a apenas um grupo homogêneo de pessoas, tão somente por gozar da mesma característica, não pode ser aceita. Ademais, os diferentes grupos experimentam e veem o mundo de forma diversa. Espera-se que o tempo no qual o legislador elegia quem eram os iguais tenha desaparecido e possa-se efetivar o comando de que todos são iguais perante a lei.

A criação de novos modelos também é fundamental. É preciso que as pessoas do grupo anteriormente excluído possam se inspirar em um exemplo. Isso auxilia de sobremaneira no processo de empoderamento. Exemplificativamente, saber que 50% dos cargos de diretoria de uma multinacional do ramo de tecnologia da informação ou de uma instituição financeira são compostos por mulheres estimula outras mulheres a traçarem carreiras nesse sentido. Por outro lado, saber que nenhuma mulher foi diretora de determinada empresa tem um efeito reverso, induzindo a mulher a nem sequer concorrer a uma vaga.

Além da possibilidade de criação de normas por meio de negociações coletivas tradicionais, acreditamos que o sindicato também possa buscar outras formas de se pressionar a empresa a celebrar um acordo ou uma convenção coletiva na atualidade.

Assim, se o sindicato tiver a habilidade necessária de convencer, por meio das redes sociais, parcela significativa dos consumidores de que a questão de gênero é um bem que deva ser protegido e houver uma mobilização digital nesse sentido, dificilmente a empresa não aceitará celebrar um acordo coletivo sobre o tema. Nesse cenário, é possível até mesmo que a própria empresa se adiante e altere unilateralmente o seu Regulamento de Empresa (hipótese de autorregulação). Ou até mesmo surja uma regulação setorial, liderada por um organismo ao qual as empresas de um setor estão associadas (como, por exemplo, a Febraban).

Também existe a possibilidade de o sindicato pressionar as entidades ou órgãos que emitem selos de boas práticas de gênero, como, por exemplo, o Programa Pró Equidade de Gênero e Raça, coordenado pela Secretaria de Políticas para as Mulheres do Ministério das Mulheres, que analisa oito aspectos dividido em dois eixos. O primeiro eixo se refere à gestão de pessoas e analisa aspectos relativos a recrutamento e seleção, capacitação e treinamento,

ascensão funcional e plano de cargos e carreira (salário e remuneração), políticas de benefícios e programas de saúde e segurança. O segundo eixo se refere à cultura organizacional e analisa aspectos relativos a mecanismos de combate às práticas de desigualdade e discriminações de gênero e raça e de combate à ocorrência de assédios moral e sexual, prática de capacitação na cadeia de relacionamentos da organização e propaganda institucional interna e externa.

Também seria uma possibilidade o Sindicato criar o seu próprio ranking e seu próprio selo para avaliar as empresas nas questões de gênero.

Outra atitude que também cabe à Auditoria-Fiscal do Trabalho é comunicar o Banco Central no caso de julgamento de procedência do auto de infração em instância final administrativa. Isso porque o art. 3º da Lei nº 9.029/95 prevê, além da multa administrativa (inciso I), a proibição de obtenção de empréstimos ou financiamentos junto a instituições financeiras oficiais (inciso II).

Outra atitude que a Inspeção do Trabalho pode adotar para combater a discriminação de gênero é buscar a aproximação com organizações não governamentais de defesa dos direitos das mulheres. Isso pode ser importante para o diálogo com a empresa e até mesmo para o Auditor-Fiscal do Trabalho do gênero masculino. Muitos homens (diretores, gerentes, empregados das empresas fiscalizadas e até mesmo Auditores-Fiscais do Trabalho) não conseguem se enxergar como machistas. Nem todo homem consegue identificar os fenômenos do *maninterrupting* e do *mansplaining*. O *maninterrupting* acontece quando um homem interrompe a fala de uma mulher, algo que ele não faria se o interlocutor fosse homem. Já o *mansplaining* ocorre quando um homem explica algo óbvio a uma mulher, pois acha que a interlocutora não é intelectualmente capaz de entender, algo que ele jamais faria se o interlocutor fosse um homem.

Muitos homens também não conseguem perceber a desigualdade do seu tratamento diante de uma pessoa, tão somente em virtude de seu gênero. Nesse sentido, interessante o caso narrado por Edward H. Chang e Katherine L. Milkman (2020). Afirmam que o Professor Frank Flynn da Universidade de Stanford conduziu um estudo em sala de aula sobre uma empresária chamada Heidi Roizen. À metade do grupo foi apresentada uma narrativa sobre a empresária Heidi Roizen. À outra metade, foi apresentada a mesma narrativa, apenas alterando-se o nome da empresária para o nome masculino Howard Roizen. Quando solicitados a dar suas impressões sobre Roizen, os alunos que leram sobre Heidi foram muito mais duros do que

aqueles que leram sobre Howard; eles também classificaram Heidi como sendo menos competente, menos eficaz, menos agradável e menos contratável do que Howard. Essas avaliações pareciam ser motivadas pelo quanto os alunos não gostavam da personalidade agressiva de Heidi, embora aparentemente não se intimidassem com a personalidade agressiva de Howard. Apesar de ter um registro idêntico, o homem foi julgado muito mais favoravelmente do que a mulher porque o caso em consideração violou as expectativas das pessoas sobre como uma mulher deveria agir.

Acreditamos que questões como *manterrupting*, *mansplaining* e tratamento desigual em relação ao gênero do trabalhador sejam até passíveis de autuação, embora muito difíceis de verificação na prática. Desse modo, acreditamos que a colaboração entre ONG's, Auditoria-Fiscal do Trabalho e a própria empresa seja uma medida que pode contribuir para identificar e conscientizar os trabalhadores homens sobre essas práticas e suas consequências deletérias para o ambiente de trabalho.

6. Considerações finais

A Inspeção do Trabalho ainda tem muito a contribuir para o combate à discriminação de gênero. A estipulação de uma política pública de enfrentamento das questões de gênero por parte da Secretaria de Inspeção do Trabalho pode ser uma medida salutar. A criação de um projeto especial de fiscalização dessa questão seria a medida mais assertiva. Caso não seja possível, entendemos que ao menos alguns metas possam ser criadas sobre o tema.

A correta configuração da infração administrativa por vedação ao acesso de emprego e por vedação à ascensão profissional passa pela identificação de que existem candidatos e candidatas para as vagas, mas que a proporção de aprovação não é igual entre os gêneros. Também deve ser observado se não foram estipulados requisitos para as vagas que não se apresentam como razoáveis, causando a exclusão das candidatas mulheres, caso em que restará configurada a discriminação indireta.

Além da lavratura do auto de infração, a Inspeção do Trabalho também pode utilizar outros instrumentos para contribuir com o enfrentamento da discriminação de gênero, em especial, o Termo de Compromisso, a mediação e o diálogo com ONG's que defendem os direitos das mulheres.

7. Referências

ABRAMO, Laís Wendel. **A inserção da mulher no mercado de trabalho: uma força de trabalho secundária?**. 2007. 327 f. Tese (Doutorado em Sociologia) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

ALLECHI, Beatrice Avolio; MENDOZA, Giovanna Francesca Di Laura. Progreso y evolución de la inserción de la mujer en actividades productivas y empresariales en América del Sur. **Revista de la CEPAL**, Santiago, v. 122, p. 35-62, 2017.

B3. Mulheres seguem distantes dos cargos de alta liderança das empresas de capital aberto, apesar de avanço pontual em 2022. Disponível em: <<https://www.b3.com.br/pt-br/noticias/estudo-mulheres-na-alta-lideranca.htm>>
Disponibilizado em: 19 dez. 2022. Acesso em: 02 de jan. 2023.

BANCO DO BRASIL. Diretoria Executiva. Disponível em: <<https://ri.bb.com.br/governanca-e-sustentabilidade/diretoria-executiva/>> Acesso em: 31 dez. 2022.

BARROS, Alice Monteiro de. Cidadania, relações de gênero e relações de trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 47, n. 77, p. 67-83, jan./jun. 2008.

BRADESCO. Diretores Executivos. Disponível em: <https://www.bradescom.com.br/wp-content/uploads/sites/541/2023/01/01_COMPOSICAO-PORT_2_1_2023.pdf> Acesso em: 31 dez. 2022.

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. Diretoria Executiva. Disponível em: <<https://www.caixa.gov.br/sobre-a-caixa/governanca-corporativa/Paginas/diretoria.aspx>>
Acesso em: 31 dez. 2022.

CHANG, Edward H.; MILKMAN, Katherine L. Improving decisions that affect gender equality in the workplace. **Organizational Dynamics**, v. 49, n. 1, p. 100709, 2020.

CNN. **Mulheres ganham 19% menos do que homens - no topo, a diferença é de mais de 30%**. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/business/mulheres-ganham-19-menos-que-homens-no-topo-diferenca-e-de-mais-de-30/>> Disponibilizado em: 02 abr. 2021. Acesso em: 31 dez. 2022.

FREDMAN, Sandra. **Discrimination Law**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

G1. **Número de mulheres que operam máquinas agrícolas aumenta em MT**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mt/mato-grosso/noticia/2018/11/26/numero-de-mulheres-que-operam-maquinas-agricolas-aumenta-em-mt.ghtml>>. Disponibilizado em: 26 nov. 2018. Acesso em: 04 jan. 2023.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 38, n. 151, p. 129-152, 2001.

IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD)**. Disponível em: <<https://sidra.ibge.gov.br/tabela/5436#resultado>>. Acesso em: 31 dez. 2022.

ITAÚ. **Diretoria Itáú Unibanco Holding SA**. Disponível em: <<https://www.itaubr.com.br/relacoes-com-investidores/itau-unibanco/governanca-corporativa/estrutura-de-governanca/diretoria-itau-unibanco-holding-s-a/>> Acesso em: 31 dez. 2022.

JORNAL DO CAMPUS. **O Clube do Bolinha**. Disponível em: <<http://www.jornaldocampus.usp.br/index.php/2018/11/o-clube-do-bolinha/>> Disponibilizado em: 05 nov. 2018. Acesso em: 04 jan. 2023.

LIMA, Firmino Alves. **Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

LOPES, Lisandra Cristina. Diferenças de remuneração entre homens e mulheres: por que o tema não chega à Justiça do Trabalho? *In*: BOSCO, Carlos Alberto (coord.); FONSECA, Fernanda Cristina de Moraes; RODRIGUES, Laura Bittencourt Ferreira; MAEDA, Patrícia (orgs.). **100 Anos da OIT: pensando o futuro do Direito do Trabalho**. Campinas: Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, p. 101-119, 2019.

NASDAQ. **NASDAQ Board Diversity Rule: what NASDAQ-listed companies should know**. Disponível em: <https://listingcenter.nasdaq.com/assets/Board%20Diversity%20Disclosure%20Five%20Things.pdf> Acesso em: 31 dez. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Relatório da OIT aponta que mulheres recebem 20% menos do que homens**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/199919-relatorio-da-oit-aponta-que-mulheres-recebem-20-menos-do-que-homens> Disponibilizado em: 19 set. 2022. Acesso em: 31 dez. 2022.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 33, n. 131, p. 283-295, 1996.

SANTANDER. **Administração**. Disponível em: <https://www.santander.com.br/ri/administracao> Acesso em: 31 dez. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Ministros em atividade**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/web/verMinistrosSTJ?parametro=1> Acesso em: 31 dez. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. **Composição da Corte**. Disponível em: <https://www.stm.jus.br/o-stm-stm/composicao-corte-2> Acesso em: 31 dez. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Composição atual.** Disponível em:
<<https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=sobreStfComposicaoComposicaoPlenariaApresentacao>> Acesso em: 31 dez. 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Ministros do TST.** Disponível em:
<<https://www.tst.jus.br/ministros>> Acesso em: 31 dez. 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Composição atual.** Disponível em:
<<https://www.tse.jus.br/institucional/ministros/apresentacao>> Acesso em: 31 dez. 2022.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **Docentes.** Disponível em:
<<https://direito.usp.br/docentes>> Acesso em: 30 dez. 2022.

WOMEN'S EMPOWERMENT PRINCIPLES. **WEP's signatories.** Disponível em:
<<https://www.weps.org/companies>> Acesso em: 31 dez. 2022.