

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

**DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO
TRABALHO III**

ILTON GARCIA DA COSTA

MIRTA GLADYS LERENA MANZO DE MISAILIDIS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito do trabalho e meio ambiente do trabalho III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Ilton Garcia da Costa; Mirta Gladys Lerena Manzo de Misailidis. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-704-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO III

Apresentação

Esta publicação é o resultado de um conjunto de artigos científicos apresentados no XXVII Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), no GT “Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho III”. Vale registrar que esses eventos vêm se convertendo em momentos fundamentais na difusão da doutrina, das correntes jurisprudenciais, de conhecimentos e de experiências forenses no âmbito juslaboralista, merecendo destaque o rigor acadêmico de todos os que participam nesta coletânea. Esse fato consubstancia um valor significativo e uma garantia de seriedade, somados a uma identidade humanista que nós, estudiosos/as do Direito do Trabalho, também costumamos representar no mundo jurídico.

Com temas variados e de grande relevância acerca do mundo laboral, o GT “Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho III” oportuniza reflexões muito interessantes. Os temas foram agrupados em seis eixos de apresentação: Globalização; Trabalho Escravo; Meio Ambiente Laboral; Terceirização; Assédio Moral e Reforma Trabalhista.

No âmbito da Globalização cabe salientar a dimensão política da globalização para possibilitar com maior clareza o papel do Estado-nação na complexidade mundial. Neste aspecto, Hannah Arendt apresenta o diagnóstico de que a face do século XX ficou marcada pelos refugiados sem pátria, destituídos de direitos. (CADEMARTORI, 2009).

O desenvolvimento perfaz sob outros doutrinadores com o objetivo de embasar a seguinte problemática: O Valor Social do Trabalho: Numa Reflexão filosófica Frente às Mudanças Estruturais Provocadas pelo Fenômeno da Globalização. autoria: Jazam Santos e Lucilaine Ignacio da Silva.

As Transformações do Mundo do Trabalho: Um Ensaio Sobre a Substituição do Trabalho Humano pelas Novas tecnologias e o Papel do Estado Social frente à Temática. autora: Bárbara De Cezaro; Direito à Desconexão do Trabalho Frente a uma Sociedade Hiperconectada, autora: Barbara Bedin.

O segundo eixo trata sobre o Trabalho Escravo, os trabalhos foram focados na conceituação e caracterização da escravidão contemporânea e das condições análogas às de escravo que têm

sido objeto de discussão de parlamentares, de fiscais do Ministério do Trabalho, de advogados e dos juristas em geral e tem reflexo na efetiva proteção aos trabalhadores ou em sua negação. Nesse eixo os temas apresentados foram: Do Combate ao Trabalho em Condição Análoga à de Escravo sob a Perspectiva da Inclusão Social e da Proibição ao Retrocesso. autores: Rita de Cassia Rezende e Ilton Garcia Da Costa; Standard Probatório para a Configuração do Crime de Escravidão e a Dignidade da Pessoa Humana. autoria: Silvio Carlos Leite Mesquita e Daniela Arruda De Sousa Mohana.

A seguir as apresentações foram destinadas ao Meio Ambiente do Trabalho o Meio Ambiente Natural atualmente uma das maiores preocupações da sociedade moderna e de risco. Os temas apresentados foram: Meio Ambiente do Trabalho: Saúde e Segurança do Trabalhador como Direito Social e Direito Fundamental. autoria: Sonia Aparecida de Carvalho e Maira Angelica Dal Conte Tonial; Programa Trabalho Seguro do TRT de Santa Catarina: A: Ação Institucional de Inserção /Conscientização Social, Prevenção de Acidentes de Trabalho e Defesa do Trabalho Digno, Seguro e Saudável. autor: Ricardo Jahn e dentro desse eixo o Trabalho Infantil Artístico: Limites entre a Liberdade Artística e a Proteção Integral. autoras: Grasielle Augusta Ferreira Nascimento e Maria Aparecida Alkimin; A Teoria do Risco e o Medical Monitoring no Direito do Trabalho Brasileiro. autores: Larissa de Oliveira Elsner , Gustavo Vinícius Ben.

No eixo direcionado à Terceirização das relações de Trabalho, a terceirização pode ser entendida como um reflexo da crescente tendência de flexibilização dos direitos trabalhistas que ganhou força nas duas últimas décadas do século XX. Autores apontam que o fomento das estratégias de flexibilização das relações de

trabalho ocorreu em estreita consonância com um receituário político de inspiração neoliberal. Nesse sentido cabe mencionar as seguintes apresentações: Novos Contornos Da Terceirização e a Harmonização com os Direitos dos Trabalhadores Terceirizados: Desafios e Perspectivas. de Alinne Bessoni Boudoux Salgado , Caroline Kindler Hofstteter; e Ética Empresarial, Compliance e Terceirização Trabalhista: Possibilidade ou Utopia. autoras: Soraia Paulino Marchi Barbosa , Carina Pescarolo.

Quanto ao tema Assédio Moral o presente estudo se justifica, ao analisar o assédio moral decorrente as relações de emprego, procurando identificar sua forma de manifestação e tipologia, e principalmente, verificando-se se a conduta assediadora no ambiente laboral tem o potencial de gerar efeitos deletérios para além dos atores desta relação e para a sociedade em geral. Do mencionado tema foram apresentados os seguintes trabalhos: As Consequências Individuais e Sociais do Assédio Moral Laboral elaborado por Debora Markman e Mirta

Gladys Lerena Manzo De Misailidis; Discriminação no Trabalho e Exigência de Atestados de Esterilização ou de Gravidez (Lei N° 9.097 /1995). autoria: Karla Jezualdo Cardoso Paiffer , Gisele Mendes De Carvalho; Da Repercussão das Mídias Sociais no Término do Contrato de Trabalho. autoras: Adriana Mendonça Da Silva , Cássia Sousa Costa.

Finalmente os temas levantados foram relacionados à Reforma Trabalhista Lei 13.467 de 2017, a qual traça uma análise acerca do caráter precarizador das relações do trabalho. Inicialmente, demonstra-se que a inserção deste novo modelo no ordenamento jurídico só foi possível em face do recente momento de ruptura democrática. Em seguida, verificam-se os impactos sociais perversos da reforma, a qual precariza o contrato e a remuneração e na liberdade do trabalhador. Por fim, constata-se que a mencionada alteração legislativa afasta a República Federativa do Brasil do compromisso de manter uma agenda para o trabalho decente. Os textos a seguir: A Reforma trabalhista e a Prevalência do Acordado sobre o Legislado: O Limite constitucional da Atuação do Sindicato dos Trabalhadores. autoria de Max Emiliano da Silva Sena e Letícia da Silva Almeida; A Pejotização do Contrato de Trabalho e a Reforma Trabalhista. autoria José Antonio Remedio e Selma Lúcia Doná; Contribuição Sindical: O Desmantelamento do Sindicalismo Brasileiro pela Reforma Trabalhista. autores Silvio Ulysses Sousa Lima , José Eleomá De Vasconcelos Ponciano; Aspectos Intertemporais dos Honorários de Sucumbência Instituídos pela Reforma Trabalhista. autores: Laíssa Fabris de Souza e Luiz Alberto Pereira Ribeiro; O Contrato "Zero Hora" E a Intermitência Democrática. autoria: Ailsy Costa De Oliveira; A Remuneração por Produtividade e o Contrato Intermitente no Setor Sucroalcooleiro. autora: Mariana Loureiro Gama.

Prof. Dr. Ilton Garcia Da Costa – UENP

Profa. Dra. Mirta Gladys Lerena Manzo De Misailidis – UNIMEP

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**DISCRIMINAÇÃO NO TRABALHO E EXIGÊNCIA DE ATESTADOS DE
ESTERILIZAÇÃO OU DE GRAVIDEZ (LEI Nº 9.029/1995)**

**DISCRIMINATION IN THE WORK AND REQUIREMENT OF STERILIZATION
OR PREGNANCY CERTIFICATES (LAW NO. 9.029/1995)**

**Karla Jezualdo Cardoso Paiffer ¹
Gisele Mendes De Carvalho ²**

Resumo

O artigo visa a análise da Lei 9.029/1995, que busca inibir práticas discriminatórias na relação de trabalho. A Lei tem como base os direitos fundamentais à igualdade, o direito social ao trabalho e à dignidade da pessoa humana, na luta contra qualquer forma de discriminação, que podem ser por origem, raça, cor, etnia, religião, orientação sexual, idade, estado civil, situação econômica, sexo, entre outros. A Lei é concisa e será avaliada na íntegra, enfatizando os tipos penais que são específicos a condutas de exigência de atestados de gravidez e esterilização, assim como normas correspondentes ao âmbito cível e administrativo.

Palavras-chave: Direito ao trabalho, Discriminação, Gravidez, Esterilização

Abstract/Resumen/Résumé

The article aims at analyzing Law 9.029/1995, which seeks to inhibit discriminatory practices in the employment relationship. The Law is based on the fundamental rights to equality, the social right to work and the dignity of the human person, in the fight against all forms of discrimination, which may be by origin, race, color, ethnicity, religion, sexual orientation, marital status, economic status, sex, among others. The Act will be evaluated in its entirety, emphasizing the types of penalties that are specific to the conduct of pregnancy and sterilization certificates, as well as rules corresponding to the civil and administrative scope.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to work, Discrimination, Pregnancy, Sterilization

¹ Mestre em Direito e Pós-Graduada em Direito e Processo Civil e do Trabalho pelo Centro Universitário de Maringá. Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania. Advogada.

² Professora Associada de Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá. Doutora e Pós-Doutora pela Universidad de Zaragoza, Espanha. Mestre em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá.

INTRODUÇÃO

O mundo contemporâneo é composto por pessoas com evidentes diversidades étnicas culturais, diferenças na origem, no sexo, na cor, na raça, na orientação sexual, condição econômica, estado civil, situação familiar, idade, entre outras distinções que não devem fazer diferença, em virtude do direito à igualdade de todos na sociedade.

O ordenamento jurídico brasileiro deve repugnar tratamentos discriminatórios às pessoas, pois dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, um Estado Democrático de Direito, constitui construir uma sociedade livre, justa e solidária e, promover o bem de todos sem preconceitos de qualquer natureza, como preceitua o artigo 3º, incisos I e IV, da Carta Magna.

Nesse prisma é que deve ser protegido o acesso ao direito ao trabalho para todos, um direito fundamental social, devendo o mesmo ser resguardado tanto na admissão, manutenção e rescisão da relação de emprego, assim como o direito à igualdade, para que não ocorra atos do empregador de natureza discriminatória em todas as etapas do vínculo empregatício.

Nesse contexto, a Lei 9.029, de 13 de abril de 1995, surgiu com os mesmos propósitos constitucionais para promover o direito à igualdade para todos na relação de emprego, reafirmando a aversão à atos discriminatórios que limite o acesso ao direito social ao trabalho.

Embora a Lei tenha como ênfase a proteção da mulher ao acesso ao mercado de trabalho, dentro de um contexto histórico mundial de discriminação e da luta das mulheres por direitos iguais na relação de emprego, há uma proteção ampla na Lei quanto às formas de discriminação.

Trata-se de uma Lei concisa, composta por apenas seis artigos que serão analisados minuciosamente, com previsões no âmbito cível, administrativo e penal, especialmente quando às questões de exigência de comprovação de não gravidez e esterilização, e a indução ou instigação à esterilização genética ou controle ilegal de natalidade.

A análise da respectiva Lei é extremamente relevante, pois está atrelada ao direito fundamental à igualdade, assim como ao direito social ao trabalho, direitos fundamentais preponderantes para a garantia da dignidade da pessoa humana.

1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A dignidade da pessoa humana, consagrada como fundamento basilar da República Federativa do Brasil, está insculpida no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, com a finalidade de proteção dos direitos mínimos do ser humano para sua subsistência, assim como dos direitos mais íntimos da pessoa humana, que devem ser respeitados perante toda a sociedade, para garantir uma vida com dignidade.

Nesse prisma, Ingo Wolfgang Sarlet, define a dignidade da pessoa humana como:

“ a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições essenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos” (SARLET, 2007:62).

Os direitos fundamentais estão diretamente ligados à dignidade da pessoa humana, caracterizada por um substancial de fundamentalidade, ambos têm uma ligação tão estreita que a dignidade assume simultaneamente a função de elemento e medida dos direitos fundamentais, gerando necessariamente a violação simultânea ambos (SARLET, 2007:103-104).

Em um contexto histórico marcado por violações aos direitos da pessoa humana e de sua dignidade, principalmente quanto à liberdade e igualdade, a aclamação por proteção é ressaltada conforme o momento histórico, iniciando desde os primórdios da humanidade e continuam a ser gerados novos direitos e, diante da essencialidade desses direitos, é indiscutível a necessidade de sua proteção ser normatizada pela própria Constituição Federal.

Os direitos fundamentais podem estar em qualquer parte do texto constitucional, e ainda, “doutrinadores discutem a tríplice localização dos direitos fundamentais: os expressos na Constituição, os implícitos no sistema de proteção constitucional e os decorrentes dos tratados internacionais” (FACHIN, 2008:221-222).

A relevância dos direitos fundamentais não depende da sua localização na Carta Magna, mas sua magnitude está na efetivação de suas funções, que englobam as funções de prestação social, de liberdade (eficácia vertical), de proteção perante terceiros (eficácia horizontal) e a função de não discriminação, que em síntese possuem como finalidade a proteção do ser humano, que de forma igualitária deve ser garantidos direitos e deveres inerentes a sua subsistência e dignidade, contra agressões do Estado ou de outros indivíduos.

No presente artigo, dentre as funções dos direitos fundamentais, compete a pormenorização da função de não discriminação, que está diretamente relacionada ao direito à igualdade e ao objetivo fundamental da República Federativa Brasileira, tema abrangido no capítulo subsequente.

2 DIREITO À IGUALDADE COMO FUNDAMENTO BASILAR DA CARTA MAGNA

2.1 A Igualdade como Objetivo Fundamental e a Função de Não-discriminação

A Carta Magna cristalizou, em seu artigo 3º, os objetivos fundamentais do Estado democrático brasileiro, devendo tais objetivos ser perseguidos pelo Estado e pela sociedade, para a concretização dos direitos e garantias fundamentais e da dignidade pessoa humana.

O preceito constitucional objetiva que o Estado construa uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional, erradicando a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais, e ainda, promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Convém destacar entre os objetivos, fundamento básico do Estado, a promoção do bem de todos sem qualquer forma de discriminação, afinal, assim já destacava o memorável filósofo Jean Jacques ROUSSEAU (2001:62), para quem “se indagarmos em que consiste precisamente o maior de todos os bens, que deve ser o fim de qualquer sistema de legislação, chegaremos à conclusão de que ele se reduz a estes dois objetivos principais: a liberdade e a igualdade”.

A Carta Política tem por finalidade, ao prever como objetivo fundamental a não discriminação e o direito à igualdade expandido por todo texto constitucional, o tratamento equitativo aos seres humanos, independente de suas peculiaridades, todos são sujeitos de direitos e deveres, que merecem igualmente respeito perante o Estado e à sociedade.

Nesse contexto, frisa-se no texto constitucional, especificamente no *caput*, do artigo 5º que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. É necessário frisar que o direito à igualdade subdivide-se em igualdade formal e material, sobre essa temática leciona José Procópio da Silva de Souza Dias:

A igualdade formal consiste no direito de todo cidadão não ser desigualado pela lei senão em consonância com os critérios albergados ou ao menos não vedados pelo ordenamento constitucional. É a igualdade perante a lei. A igualdade material ou substancial impõe o tratamento uniforme de todos os homens, uma igualdade no acesso aos bens da vida. A igualdade pode ser tomada num sentido negativo, como direito de não ser discriminado ilegalmente, mas também o direito de não ser discriminado sem fundamento constitucional válido. Num sentido positivo é também um direito ao máximo de condições e oportunidades e de participação de benefícios, cujo conteúdo é o dever de agir de modo a viabilizá-los (DIAS, 2010:117).

Não se pode perder de vista que o tratamento igualitário de forma indiscriminada, ou seja, sem considerar condições especiais, pode gerar uma forma de discriminação e desigualdades, portanto, em situações justificadas há permissão no tratamento diferenciado de pessoas na medida de suas desigualdades, como forma de efetivação da Justiça.

2.2 Direito à Igualdade entre Homens e Mulheres

A história está marcada pela luta e muitas conquistas das mulheres que reivindicaram por direito à igualdade em todos os setores da sociedade, a luta por mudanças na ordem cultural e jurídica. Como as reivindicações das mulheres no Movimento Nacional contra a Carestia em 1968, Movimento de Luta por Creches em 1970, Movimento Brasileiro pela Anistia em 1974 e a criação de Grupos Feministas e os Centros de Mulheres em 1975. Todas essas participações feministas tinham por finalidade revisar o papel social da mulher, assim como a discriminação no mercado de trabalho, entre outros aspectos. Ressalta-se que foram imprescindíveis para o processo de redemocratização dos códigos e promulgação de leis que visassem a efetiva atuação econômica e social da mulher (GIULIANI, 2000:649-650).

É importante enfatizar a importância da Constituição e das leis infraconstitucionais na busca pela igualdade entre homens e mulheres em todos os setores sociais, na família, no trabalho, entre outros. Nesse contexto que muitas mulheres de diferentes seguimentos sociais e com críticas diversas à desigualdade de gênero no mercado de trabalho e nas relações familiares, participaram do processo de elaboração da Constituição de 1988 (GIULIANI, 2000:658).

A igualdade em direitos e deveres entre homens e mulheres está prevista no artigo 5º, inciso I, da Carta Política como direito fundamental, preceituando que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”, expressando um intenso valor da sociedade moderna, a busca pela igualdade, sem discriminação entre os sexos.

A correta interpretação do artigo supracitado torna inaceitável a utilização do *discrimen* sexo, sempre que o mesmo seja eleito com o propósito de desnivelar materialmente o homem da mulher; aceitando-o, porém, quando a finalidade pretendida for atenuar os desníveis (MORAES, 2006:34). A respeito, Uadi Lammêgo Bulos faz importantes considerações:

O constituinte, ao igualar homens e mulheres, acatou uma solicitação há muito reclamada. Expressou em termos constitucionais positivos as longas lutas travadas contra a discriminação do sexo feminino. Ao fazê-lo garantiu muito mais que a igualdade ‘perante a lei’; assegurou a igualdade material de direitos e obrigações entre os sexos. Logo, homens e mulheres, que estiverem em situação idêntica, não poderão, seja qual for o argumento, sofrer qualquer cerceamento em suas prerrogativas e nos seus deveres, sob pena de infringir a Carta de 1988”. (BULOS, 2007:421)

A preocupação constitucional em prever normas de proteção especial à mulher, assim como incentivos para sua inclusão social e no mercado de trabalho, é o resultado de décadas de lutas das mulheres contra discriminações, para que se possa ter além de igualdade perante a lei, também a igualdade em direitos e obrigações (SILVA, 2001:220).

2.3 DIREITO À IGUALDADE E O CONTRATO DE TRABALHO

O direito ao trabalho é elevado pela Constituição Federal como direito social, e ainda, o valor social ao trabalho expressa o fundamento do Estado Democrático Brasileiro (artigo 1º, inciso IV e 6º, da Constituição Federal). Sendo assim, também é considerado um direito fundamental e sua proteção e garantia são essenciais à dignidade da pessoa humana.

As previsões constitucionais referentes ao direito ao trabalho estão dispersas em toda Constituição, principalmente em um rol extenso no capítulo dos direitos sociais, no artigo 7º e incisos, sobre os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, tais como relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, seguro-desemprego, fundo de garantia do tempo de serviço, salário mínimo, piso salarial proporcional, irredutibilidade do salário, décimo terceiro, repouso semanal remunerado, gozo de férias anuais remuneradas, licença-maternidade, licença-paternidade, proteção do mercado de trabalho da mulher, aviso prévio, adicional de insalubridade e periculosidade, aposentadoria, entre outros direitos.

Assim como prevê a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil e a proibição de qualquer discriminação ao trabalhador portador de deficiência.

A “não-discriminação é, provavelmente, a mais expressiva manifestação do princípio da igualdade, cujo reconhecimento, como valor constitucional, inspira o ordenamento jurídico brasileiro no seu conjunto” (BARROS, 2009:1128), inclusive, como restou evidente, está diretamente voltada ao direito ao trabalho. A propósito, José Afonso da Silva:

“A discriminação é proibida expressamente, como consta no art. 3º, IV da Constituição Federal, onde se dispõe que, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, está: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Proibi-se, também, a diferença de salário, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor, estado civil ou posse de deficiência (art. 7º, XXX e XXXI).” (SILVA, 2003:222)

A discriminação pode estar presente nas mais diversas relações, em destaque na relação de trabalho, constantemente evidente e, pode ocorrer em todos os seus momentos, desde o período pré-contratual que engloba os requisitos e motivação para admissão, o tratamento durante a relação contratual e no término do contrato de trabalho.

Há diversos dispositivos na Consolidação das Leis do Trabalho que estão estritamente vinculados e inseridos no artigo 1º, da Lei nº 9.029/1995, como em seu artigo 373-A¹, em um rol exemplificativo, veda expressamente diversos atos discriminatórios que caracterizem limitação e impedimento ao acesso ao trabalho, como anúncios de emprego com exigências, sem justificativa, de características pessoais, assim como pelos mesmos motivos recusar emprego e promoção, demitir, definir remuneração, formação profissional, oportunidades de ascensão profissional, exigir atestado ou exame para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego, impedir o acesso ou adotar critérios para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas.

¹ Art. 373-A, CLT: “Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir; II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível; III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional; IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego; V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez; VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias. Parágrafo único. O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher”.

É cediço que uma das dificuldades em eliminar atos discriminatórios ocorre diante de sua origem social, portanto, não é suficiente “promulgar leis contra os atos discriminatórios, é necessário, combater as causas. Seu combate exige educação, informação e sensibilização. O fato de a discriminação ser uma injustiça já é uma razão suficiente para condená-la” (BARROS, 2009:1131-1132).

O ato discriminatório que limita a oportunidade de emprego, assim como em outros âmbitos, exceto quando legalmente permitidas por se tratarem de justas motivações, devem ser repudiadas e combatidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, através da normatização e de políticas públicas, essa é a finalidade do texto constitucional.

3 DA PROIBIÇÃO DE PRÁTICAS DISCRIMINATÓRIAS: LEI 9.029 DE 1995

3.1 A Finalidade da Lei (Art. 1º)

A Lei 9.029/1995 foi promulgada sete anos após o nascimento da Constituição Federal de 1988, reafirmando proteções constitucionais fundamentais relacionadas diretamente à dignidade da pessoa humana, o direito social ao trabalho e a intolerância à discriminação.

Nesse prisma, a referida Lei preceitua em seu artigo 1º, que a seguinte norma:

Art. 1º Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7.º da Constituição Federal².

O primeiro dispositivo da Lei faz uma conexão entre o direito à igualdade e o direito ao trabalho, tendo como propósito fortalecer princípios e normas já preceituados pela Constituição Federal e legislação infraconstitucional, conforme analisado nos capítulos anteriores, com a finalidade de proteger a sociedade de atos discriminatórios de todos os gêneros, em específico no mercado de trabalho, repugnando condutas em qualquer momento do contrato de trabalho, ou seja, na admissão, manutenção ou rescisão contratual.

Deve-se frisar que as práticas discriminatórias são incompatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro, nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci:

² Artigo 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal: proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

Práticas discriminatórias: são as condutas que têm por finalidade diferenciar pessoas, separando-as em grupos alijados de determinados benefícios. O Estado Democrático de Direito, promessa e compromisso constitucional brasileiro (art. 1.º, *caput*, CF), é incompatível com qualquer tipo de discriminação, em busca da consagração da *dignidade da pessoa humana* (art.1.º, III, CF) e dos *valores sociais do trabalho e da livre iniciativa* (art. 1.º, IV, CF). Além disso, como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, elegeram-se a *promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação* (art. 3.º, IV, CF) (NUCCI, 2007:262).

No entanto, há normas constitucionais com tratamentos discriminatórios para equiparar os desiguais, desde que pautado na razoabilidade e para fins lícitos, assim são as considerações de José Procópio da Silva de Souza Dias, citando Luís Roberto Barroso:

A discriminação será inaceitável, segundo o mesmo autor, se singularizar um destinatário; se o critério discriminador não residir nos fatos, situações ou pessoas desequiparadas; se o fator de *discrímen* adotado não guardar pertinência lógica com a discriminação, se o *discrímen* não for consoante a interesses constitucionalmente prestigiados; se a exegese da norma ensejar desequiparações veladas ou não assumidas, ainda que implicitamente. A nova doutrina constitucional brasileira consagra discriminações possíveis, dentro de um juízo de proporcionalidade, aquelas que tiverem razoabilidade e se destinarem a fins legítimos. Deve haver equilíbrio entre meio e fim e ser necessária para a realização do objeto visado. Deve se ponderar a proporcionalidade entre o valor objetivado e o sacrificado (DIAS, 2010:118).

É com esse fundamento que o legislador, no artigo 373-A, parágrafo único, da CLT, garante que não constituem ato discriminatório as políticas públicas temporárias para proporcionar a igualdade entre homens e mulheres, principalmente em função da formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher.

A priori, pode ser observado que também é finalidade da Lei é garantir que garantias constitucionais não se tornem razão para a discriminação, assim como por outras motivações como por raça, cor, origem, orientação sexual, sexo, estado civil, situação familiar, idade, ou qualquer outra forma de discriminação injustamente disseminada no ambiente de trabalho, englobando desde a relação pré-contratual a rescisão contratual. Assim como no caso da licença maternidade, licença paternidade, salário família, entre outros, podem gerar para o empregador um ônus maior ou considerar inviável para empresa, a contratação ou manutenção de determinadas pessoas (DIAS, 2010:118).

Embora a Lei tenha gerado expectativas para os avanços no combate à discriminação no ambiente de trabalho, a mesma é concisa e restrita, principalmente no tocante a responsabilidade penal, contendo apenas seis artigos, inclusive repetindo direitos já

cristalizados no texto constitucional, embora o tema possibilite uma série de normatizações para efetivar o direito à igualdade, a não-discriminação e a dignidade da pessoa humana.

3.2 RESPONSABILIDADE PENAL

3.2.1 A Finalidade Específica da Lei

Em uma análise geral, a finalidade da Lei nº 9.029/1995, principalmente do artigo 1º, é a proteção da dignidade do trabalhador e o seu direito a não sofrer discriminação no emprego, no entanto, a tutela penal delimita a conduta criminosa apenas para práticas discriminatórias relacionadas a exigência de atestados de gravidez e esterilização para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica.

Conforme já vislumbrado, a Lei também tem como base evitar que garantias constitucionais em casos especiais sejam motivações para a discriminação na relação de emprego por sua onerosidade ou inviabilidade ao empregador e, é nesse sentido que se penaliza as condutas discriminatórias voltadas a gravidez, sendo de certa forma um preconceito exercido em regra contra as mulheres.

Assim como a proteção e o incentivo ao trabalho da mulher está amplamente disseminado nos textos legais infraconstitucionais, em especial na Consolidação das Leis Trabalhistas que normatiza a respeito da busca da igualdade entre os sexos no mercado de trabalho, dentro de um contexto histórico da luta feminina contra o preconceito³.

Nesse contexto, o ordenamento jurídico brasileiro normatiza que as oportunidades profissionais devem ser oferecidas para ambos os sexos, como no artigo 390-E, da CLT, onde resta evidente a finalidade em promover a igualdade, criando incentivos para projetos referentes ao trabalho da mulher, princípio esse oriundo do direito fundamental cristalizado no artigo 7º, inciso XX, da Constituição Federal, como necessidade de equiparação em direitos e obrigações entre os sexos. Nesse prisma explana Paulo Roberto de Oliveira Lima, a saber:

[...] uma legislação ordinária que favoreça o mercado de trabalho da mulher, mediante proteção e incentivos, constitui o mais escancarado reconhecimento da situação de desigualdade em que se encontram os dois sexos. Se assim não fora, nenhuma necessidade teria a mulher de ser especialmente protegida, podendo disputar passo a passo, em igualdade de condições com o homem, o mercado de trabalho. [...] Vê-se, portanto, que a razão da desequiparação derivou do desejo confessado do legislador constituinte de privilegiar a mulher, seja porque carente de proteção num mercado de trabalho marcadamente machista, seja porque as normas de

³ Vide artigo 373-A, *caput*, da Consolidação das Leis Trabalhistas.

proteção à maternidade, criando direitos excepcionais de inatividade (licença gestação) e de assistência ao neonato (amamentação), tornaram desinteressante a contratação de mulheres, as quais passaram, por isso mesmo, a necessitar de especial proteção do Estado (LIMA, 1993:28).

A proteção contra a discriminação da mulher no mercado de trabalho, na vertente da Lei nº 9.029/1995, está direcionada principalmente à maternidade, vista por muitos empregadores como um ônus, um empecilho para a contratação, tendo em visto o direito à licença maternidade e a estabilidade provisória.

A licença-maternidade, prevista no artigo 7º, incisos XVIII, da Constituição Federal, ratificado pelo artigo 392, *caput*, da CLT, trata-se do direito de licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de 120 (cento e vinte) dias, podendo, esse prazo se estender por mais 60 (sessenta) dias, nos termos do artigo 1º, da Lei 11.770/2008, para as trabalhadoras que tiverem filhos, adotarem ou obtiverem guarda judicial e que a empresa que participe do Programa Empresa Cidadã.

De outra sorte, a licença-paternidade, prevista no inciso XIX, do mesmo dispositivo constitucional supracitado e regulamentado provisoriamente pelo artigo 10, parágrafo 1º, dos Atos de Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, demonstra notável disparidade entre o lapso temporal da licença maternidade e a da paternidade, esta sendo apenas de 5 (cinco) dias.

Na mesma norma citada, no artigo 10, II, “b”, também prevê como benefício à mulher a estabilidade no emprego, no caso, a vedação da dispensa arbitrária ou sem justa causa, desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco meses) após o parto. A finalidade da norma é garantir o emprego à empregada gestante, devendo a princípio, se a gestante ainda estiver em período de estabilidade, priorizar sua reintegração, assim não sendo possível, será devida a indenização referente aos salários e demais direitos incidentes no lapso temporal em que foi dispensada no período de estabilidade.

A estabilidade da gestante sempre foi objeto de divergências doutrinárias e jurisprudenciais, em especial quanto ao desconhecimento do empregador do estado gravídico na dispensa da empregada e, o direito a estabilidade para gestantes em período de experiência, ou de forma mais ampla, em contratos por prazo determinado. Para tanto, a Súmula nº 244, do Tribunal Superior do Trabalho, que regulamenta a estabilidade da empregada gestante, foi modificada nos seguintes termos:

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT).

II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado⁴.

Como resta claramente evidente, há estabilidade independente do conhecimento do empregador e do tipo de contrato de trabalho, ou seja, contrato por prazo indeterminado ou determinado. Relevante as considerações elencadas por Ricardo Antônio Andreucci a respeito do desconhecimento do estado gravídico pelo empregador e o objetivo social da norma:

Confirmação da gravidez após a dispensa: o objetivo social da norma é proteger a empregada gestante contra a dispensa obstativa ao exercício das prerrogativas inerentes à maternidade. A norma também resguarda a indispensável atenção ao recém-nascido, tanto que prorrogou a estabilidade até 5 meses após o parto. Assim, se a concepção ocorreu durante a vigência do vínculo e, assim, independente da inexistência de ato ilícito realizado pelo empregador, tendo em vista que nem a própria empregada tinha conhecimento de sua gravidez à época da dispensa, já havia o direito à estabilidade, porque ocorrido o fato gerador, ou seja, a concepção, tratando-se de responsabilidade objetiva. Nesse caso, a gravidez preexistiu à dispensa (ANDREUCCI, 2011:587).

Para a concretização da finalidade constitucional de equiparação entre os sexos, a Carta Magna normatiza algumas diferenciações, como a licença-maternidade muito superior à licença-paternidade, incentivo ao trabalho da mulher, entre outras. O lapso temporal superior concedido à mulher, tem como fundamento a necessidade biológica, sendo imprescindível para se restabelecer, repousar e proteger-se de patologias em ambos os partos e, há ainda a necessidade biológica do nascituro de amamentação em curtos períodos (LIMA, 1993:26-27).

A diferença na licença entre homens e mulheres no nascimento do filho tem como principal motivação o caráter biológico, conforme explanado acima; no entanto, há também o aspecto social, relacionado à necessidade de a mãe ter que suprir as necessidades do filho concernentes à higiene, guarda, alimentação, entre outros. Mas a motivação social não se

⁴ O item III, da respectiva súmula, tinha a seguinte redação: III - Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa.

enquadra com a realidade da sociedade, em que muitos homens e mulheres dividem os afazeres domésticos, com os mesmos deveres para ambos (LIMA, 1993:27).

Não se pode perder de vista que a licença paternidade está regulamentada de forma provisória e retrógrada pelos Atos de Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, e que merece ser revista, para que haja uma adequação a essa nova realidade, para que o homem possa prestar uma maior assistência à mulher em um momento tão delicado que pertence a ambos.

A ampliação do período de licença paternidade, limitando-se a um período de adequação do casal a nova realidade e a assistência mútua ao filho, assim como a previsão do direito à estabilidade ao homem, que também é responsável pelo sustento e assistência do recém-nascido, poderia ser regulamentada por Lei de forma pormenorizada, inclusive, teria como provável consequência amenizar a discriminação da mulher no mercado de trabalho, muitas vezes excluídas da contratação por serem portadoras exclusivas de tais direitos.

É por esses e outros motivos que a Lei 9.029/1995 enfatiza a necessidade da proteção da mulher no mercado de trabalho, pois além das desigualdades existentes em todo contexto histórico, tem como principal fonte de discriminação o fator da gravidez e da responsabilidade preponderante perante os filhos menores.

Em consequência, os empregadores limitam a contratação de mulheres grávidas, em fases e idades prováveis de terem filhos ou se esses já existentes possam gerar causas para a mulher ausentar-se do trabalho e, para tanto, realizam perguntas discriminatórias muitas vezes mascaradas nas entrevistas, como o estado civil, período de relacionamento, idade, quantidade e idade dos dependentes, entre outras e, até mesmo, a exigência de comprovação, negativa ou positiva, de gravidez ou de esterilização, tema que será abordado no próximo capítulo.

3.2.2 Tutela Penal

A proteção penal prescrita na Lei 9.029/1995 está exclusivamente direcionada à inibição de práticas discriminatórias no mercado de trabalho, contra pessoas que potencialmente possam estar em estado grávidico ou vir a ter filhos durante o contrato de trabalho, no entanto, os tipos penais somente estão relacionados a questões que envolvam a exigência de comprovação de esterilização ou atestado de gravidez, como requisito essencial para ter uma oportunidade ou continuar em uma relação de emprego.

Os tipos penais estão previstos no artigo 2º, da Lei 9.029/1995, nos seguintes termos:

Art. 2º Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias:

I - a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez;
II - a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem;

a) indução ou instigamento à esterilização genética;

b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS).

Pena - detenção de um a dois anos e multa

Iniciando-se a análise do tipo penal pelo inciso I, além da conduta ser criminosa e consequentemente a previsão de uma sanção, não há muita inovação no presente inciso, já previsto parcialmente em outras normas infraconstitucionais. Assim ocorre no artigo 373-A, inciso IV, da Consolidação das Leis Trabalhistas, que preceitua a respeito da proibição do ato discriminatório de “exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego”.

Há também a previsão do artigo 13, na Lei 9.263 de 12 de janeiro de 1996, que regulamenta o planejamento familiar, dispondo que “é vedada a exigência de atestado de esterilização ou de teste de gravidez para quaisquer fins”.

Cumpramos neste passo, que embora haja várias previsões à respeito, apenas as condutas previstas no artigo 2º, incisos I e II, da Lei 9.029/1995, constituem crime, assim vejamos de forma pormenorizada as condutas tipificadas no inciso I, narradas por Guilherme de Souza Nucci:

exigir (demandar, ordenar) é a conduta, cujo objeto é o teste (verificação sem cunho científico), exame (observação médica), perícia (verificação por especialista), laudo (peça escrita elaborada por perito), atestado (documento que contém uma afirmação solene), declaração (manifestação solene e juridicamente válida) ou outro procedimento (método de verificação) relativo à esterilização (processo que torna uma pessoa incapaz de gerar filhos) ou ao estado de gravidez (estado da mulher, que carrega no útero um embrião ou feto). Em suma, volta-se a conduta típica a qualquer tipo de determinação para que a pessoa, candidata a um emprego, demonstre ser estéril ou que se encontre livre de prenhez (NUCCI, 2007:262).

O tipo penal está restritamente ligado à conduta de exigir qualquer forma de comprovação referente a esterilização ou a gravidez, se não houver a exigência, não há crime, como por exemplo na conduta prevista no artigo 373-A, inciso V, da CLT, em que há o impedimento ao acesso ou adoção de critérios para deferimento de inscrição ou aprovação em

concursos, em empresas privadas, em razão do sexo, idade, cor, situação familiar, e estado de gravidez.

Posta assim a questão, resta evidente que o tipo penal é insuficiente para o próprio objetivo geral da Lei previsto no artigo 1º, sendo de forma geral a proibição da “adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade”.

De forma contraditória, a conduta criminosa não abrange de forma geral as referidas práticas discriminatórias, ao mesmo tempo em que prevê como crime, a conduta de exigir documentos para comprovação referente ao estado de gravidez ou esterilização, que sequer estão previstas no artigo supracitado, no entanto, há reciprocidade na objetividade jurídica da Lei, em uma análise geral e, do tipo penal, a proteção à dignidade do trabalhador contra práticas discriminatórias.

Não obstante a Lei regulamente práticas discriminatórias na relação de trabalho, o tipo penal não traz como elemento subjetivo do tipo, ou seja, como finalidade do sujeito ativo limitar o acesso ou manutenção do emprego.

Há também as condutas típicas previstas no artigo 2º, inciso II e alíneas, da Lei 9.029/1995. Na alínea “a” é considerado crime a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem medidas para induzir ou instigar seus empregados, ou seja, respectivamente dar origem ou estimular a ideia, a realizar a esterilização genética, sendo este um procedimento que torne a pessoa “incapacidade de gerar filhos em virtude de alteração no corpo humano” (NUCCI, 2007:263), independente do empregado aderir a ideia ou concretizar o ato, o crime será consumado.

A alínea “b” refere-se a adotar medidas para promover o controle de natalidade, no sentido de evitar ou diminuir a quantidade de filhos do trabalhador, exceto que este ato seja o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde - SUS.

Portanto, deve-se entender que o fato do empregador agir no sentido de conscientizar seus empregados a respeito da paternidade responsável e a importância de levar em consideração a quantidade de filhos e a capacidade econômica para criá-los e sustentá-los com o devido amparo, não haverá infração penal, desde que respeitadas as normas estabelecidas por organismos estatais (NUCCI, 2007:263).

O direito fundamental à liberdade da família na decisão quanto ao planejamento familiar está garantido constitucionalmente no artigo 226, parágrafo 7º, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
[...] § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

O planejamento familiar, regulamentado pela Lei 9.263 de 12 de janeiro de 1996, é conceituado no artigo 2º como “conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”, portanto, os tipos penais têm como finalidade a proteção aos trabalhadores a liberdade em decidir quando, quantos ou se terão filhos, sem a influência ou intervenção do Estado ou de instituições privadas, no caso em tela, o empregador.

Todos os crimes contidos na Lei 9.029/1995 são punidos se cometidos na forma dolosa, e são crimes próprios, ou seja, somente poderão ser cometidos pelo sujeito previsto no tipo penal, no caso em apreço, a previsão está no artigo 2º, parágrafo único, a saber:

Art. 2º. [...] Parágrafo único. São sujeitos ativos dos crimes a que se refere este artigo:
I - a pessoa física empregadora;
II - o representante legal do empregador, como definido na legislação trabalhista;
III - o dirigente, direto ou por delegação, de órgãos públicos e entidades das administrações públicas direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Portanto a responsabilidade penal pode ser atribuída às pessoas acima referidas, no entanto, em caso de pessoa jurídica, há peculiaridades, nesse sentido explana Ricardo Antônio Andreucci:

Deve ser ressaltado que a responsabilidade penal é personalíssima, atingindo, nesse caso, somente pessoas naturais, estando excluídas da imputação as pessoas jurídicas, que, nesse caso, não têm responsabilidade penal. No caso de pessoas jurídicas, será sujeito ativo do crime aquele que for responsável pela exigência ilegal ou pela adoção das medidas vedadas em lei, sendo perfeitamente possível a coautoria e a participação delitiva (ANDREUCCI, 2011: 386).

Importante mencionar que a característica como crime próprio é o que possibilita a distinção entre os crimes desta Lei, com os crimes similares previstos na Lei 9.263/1996. Esta Lei, como já explanado, tem por finalidade regulamentar o planejamento familiar, e dentre sua normatização apresenta como crime as seguintes condutas:

Art. 17. Induzir ou instigar dolosamente a prática de esterilização cirúrgica:
Pena - reclusão, de um a dois anos.

Parágrafo único - Se o crime for cometido contra a coletividade, caracteriza-se como genocídio, aplicando-se o disposto na Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956.

Art. 18. Exigir atestado de esterilização para qualquer fim.
Pena - reclusão, de um a dois anos, e multa.

Como pode ser observado, as condutas acima narradas são semelhantes aos crimes da Lei 9.029/1995, no entanto, trata-se de crimes comuns, ou seja, podem ser cometidos por qualquer pessoa.

Novamente o legislador é contraditório e repetitivo, em ambos os tipos penais a pena prevista é de 1 (um) a 2 (dois) anos e multa, nessa linha são crimes de menor potencial ofensivo, regidos pela Lei 9.099/1995, portanto processados no Juizado Especial Criminal, o que possibilita uma série de benefícios como a transação penal, composição civil e suspensão condicional do processo. E ainda, ao invés da conduta criminosa em casos que há relação de trabalho ser penalizada de forma mais rigorosa, tem pena de detenção, enquanto a outra aplica-se a reclusão.

O sujeito passivo é o empregado, no caso de exigência de documentos que comprovem a gravidez, somente poderá ser vítima a mulher, e no caso de esterilização tanto o homem quanto a mulher, assim como nos demais tipos.

3.2.3 Das Sanções Cíveis, Administrativas e Trabalhistas

A Lei 9.029/1995 além da tutela penal normatiza em seu texto sanções cíveis, administrativas e trabalhistas. No artigo 3º, possibilita ao julgador, além da aplicação da responsabilidade penal atribuída no artigo 2º, outras penalidades cíveis e administrativas, vejamos:

Art. 3º Sem prejuízo do prescrito no art. 2º e nos dispositivos legais que tipificam os crimes resultantes de preconceito de etnia, raça ou cor, as infrações do disposto nesta Lei são passíveis das seguintes cominações:

- I - multa administrativa de 10 vezes o valor do maior salário pago pelo empregador, elevado em 50 por cento em caso de reincidência;
- II - proibição de obter empréstimo ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais.

Não há uma obrigatoriedade na atribuição ao ofensor de referidas sanções, ficando a critério do julgador analisar o caso em concreto, cabendo lembrar que são passíveis de aplicação da sanção as condutas que resultam em crime ou que apenas contrariem os termos da Lei. No entanto, a Lei é omissa quanto à destinação do valor arrecadado da multa administrativa de dez vezes o valor do salário do empregado com acréscimo de cinquenta por cento em caso de reincidência, podendo a mesma ser ou não revertida ao empregado.

Na seara trabalhista, há previsão no artigo 4º, que no texto original da Lei possuía a seguinte redação no *caput* do artigo, sendo *in verbis*: “O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, faculta ao empregado optar entre”. Posteriormente alterada pela Lei 12.288/2010, passou a ter a seguinte redação:

Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, *além do direito à reparação pelo dano moral*, faculta ao empregado optar entre:

- I - a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais;
- II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais. (*grifo nosso*).

A mudança no dispositivo demonstra a finalidade do legislador em frisar que as opções de indenização, são referentes a danos materiais, especificamente a lucros cessantes, ou seja, uma indenização por aquilo que o empregado deixou de receber no período de afastamento, por origem de uma discriminação. Portanto, além dos danos materiais sofridos pelo desemprego acarretado injustamente, o empregado também tem o direito a indenização por danos morais, pela discriminação, humilhação causada pela dispensa.

Destaca-se que o dispositivo em apreço tem por finalidade a proteção daqueles que estão inseridos em uma relação de emprego, não se aplicando ao período de admissão, tal determinação pode ser visualizada no início do *caput* ao transcrever “o rompimento da relação de trabalho”, portanto, somente será aplicada em casos de dispensa discriminatória.

Há inovação no artigo 4º, que introduz novas modalidades na seara trabalhista, possibilitando ao empregado a escolha entre dois instrumentos distintos, além da reparação por dano moral, a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento,

mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais; ou a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento.

A previsão da possibilidade de o empregado optar por ser reintegrado tem como base a proteção à continuidade do vínculo, no entanto, de forma sensata, há a opção em receber a indenização, caso o empregado considere que a reintegração é inviável, o que em geral é muito lesivo ao empregado, colocando em risco a agressão a outros direitos fundamentais.

Há semelhança com o instituto da rescisão indireta, disposta no artigo 483 e alíneas, da Consolidação das Leis Trabalhistas, que faculta ao empregado sair do emprego para cessar as agressões aos seus direitos fundamentais no ambiente de trabalho, sem perder os seus direitos, além de ressalvada a indenização por dano moral.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discriminação por sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, idade, orientação sexual, religião, pelo planejamento familiar, em suma, a discriminação por qualquer motivação injusta deve ser repudiada pela sociedade mundial, especialmente a brasileira, pautada em um ordenamento jurídico que tem como base a dignidade humana, e fundado nos princípios da igualdade, liberdade, solidariedade e como objetivo da República Federativa promover o bem de todos, indistintamente.

O combate à discriminação está enraizado em todo o ordenamento jurídico, em destaque na Carta Maior, preceituado como direito fundamental a não ser discriminado, de ser portador de direito e deveres de forma igualitária a todas as pessoas. E seguindo a norma constitucional que surgiu a Lei 9.029/1995, buscando uma ampliação no combate à discriminação, especificando essa proteção para a relação de emprego.

Em geral, a Lei protege homens e mulheres, todos igualmente sujeitos de direitos e deveres que devem ser protegidos da discriminação, no entanto, há uma finalidade especial de tutela da mulher, que no decorrer de toda a história caminha em busca da igualdade de direitos, após tantas agressões a seus direitos fundamentais, principalmente o direito a igualdade ao direito social ao trabalho, o que continua sendo uma luta constante.

Em análise do primeiro artigo da Lei, é possível observar que o legislador foi amplo na coibição de práticas discriminatórias que limitem ao acesso e a manutenção da relação de emprego, no entanto, prevê sanções civis e administrativas alternativas e que ficam a mercê do entendimento do julgador, não havendo responsabilização penal para esses atos em geral.

Quanto à responsabilidade tutela penal, limitou-se a normatizar condutas restritas e sem consonância com os objetivos gerais da Lei em combater qualquer forma de discriminação. Além disso, a pena ínfima que se enquadra nos crimes de menor potencial ofensivo, regidos pela Lei 9.099/1995, que perante a composição civil, a transação penal, suspensão do processo, entre outros benefícios, perdem a força de coação para o combate necessário de um crime grave como a discriminação.

No âmbito trabalhista há inovação na previsão do artigo 4º, possibilitando ao empregado agredido, a livre escolha para retornar ao trabalho, em respeito ao princípio da continuidade da relação de trabalho, ou se o mesmo julgar inadequada a reintegração receber a indenização cabível.

Nessa linha de análise, podemos concluir que o legislador teve louváveis intenções ao buscar normatizar e combater a discriminação no ambiente de trabalho, no entanto, de pouca efetividade e sem muitas inovações ao que já estava disposto em Lei no ordenamento jurídico, o que pode claramente ser comprovado na busca de jurisprudência, raras as condenações civis e administrativas, e ausente a responsabilidade penal.

Para alcançar a efetividade, não basta apenas a complementação da Lei em apreço, são necessárias políticas públicas e a educação da sociedade para que não só na relação de emprego, mas em qualquer outra relação, a discriminação injustificada seja repudiada pelo ordenamento jurídico, em respeito aos direitos fundamentais e à dignidade de qualquer pessoa humana.

REFERÊNCIAS

- ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Legislação Penal Especial*. 8. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr. 2009.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. In: MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2011.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

DIAS, José Procópio da Silva de Souza. *Leis Antidiscriminação: Lei n. 9.029 de 13-4-1995 – Incrimina práticas discriminatórias para fins de admissão e permanência no trabalho*. In: JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz Junqueira. *Legislação Penal Especial*. v. 2. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.

GRACCHUS BABEUF. Manifesto dos Iguais. 1796. Disponível em: <http://www.marxists.org/portugues/babeuf/1796/mes/manifesto.htm#t1n>. Acesso: 05 dez. 2012.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Isonomia entre os sexos no sistema jurídico nacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

MACIEL, Silvio. *Discriminação de gravidez Lei 9.029, 13.04.1995*. In: CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio. (coord). *Legislação criminal especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. rev. atual. e ampl São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros. 2003.