



Do direito à diversidade ao direito da diversidade

MATTOS FILHO > Mattos Filho, Veiga Filho,
Marrey Jr e Quiroga Advogados

ÍNDICE

Igualdade de gênero e direitos da mulher	5
Direitos LGBT+	16
Equidade racial e direitos	30
Direitos das pessoas com deficiência	44
Liberdade religiosa	59



Igualdade de gênero e direitos da mulher

Ao promover o **direito à diversidade** no mundo jurídico, passamos a ter a clareza de que existe, em realidade, um **direito da diversidade**, que se expressa por meio de normas jurídicas que asseguram a efetividade do respeito às diferenças. Para as empresas, essa constatação faz com que a diversidade deixe de ser apenas uma boa prática e passe a ser regra de direito que todos estão obrigados a seguir. Há vasta legislação sobre o tema em diferentes campos do Direito, que garantem a igualdade entre as pessoas para que seja possível convivermos em uma sociedade diversa, na qual as pessoas devem ser tratadas como iguais, respeitando suas diferenças.

Neste livro, apresentamos casos nas esferas civil, trabalhista e penal atinentes aos cinco pilares que trabalhamos em nosso programa de Diversidade e Inclusão: igualdade de gênero, LGBT+, diversidade racial, pessoas com deficiência (PcD) e liberdade religiosa. Todos são casos julgados pelo poder judiciário brasileiro que sob variados argumentos afirmam o direito à igualdade e a não-discriminação.

Reconhecemos que esse é só um passo importante rumo de um trabalho ainda maior de conscientização do mundo jurídico que trata da diversidade e que muitos outros casos poderiam estar aqui descritos, até mesmo em outros âmbitos da diversidade, já que são incontáveis as diferenças e as igualdades que existem entre nós. Ainda assim, estamos contentes em compartilhar essa compilação que demonstra nosso comprometimento com os direitos humanos, com a diversidade e, também, claro, com a igualdade.

Uma vez que a diversidade se manifesta de inúmeras formas e, portanto, constitui um campo aberto para a criação de novos direitos, reconhecemos que esse é só o começo de um trabalho de conscientização do mundo jurídico e que muitos outros casos poderiam estar aqui descritos. Ainda assim, estamos contentes em compartilhar este trabalho e em reafirmar o nosso comprometimento com os direitos humanos, com a igualdade e a não-discriminação.

Boa leitura!

Do Direito à diversidade ao Direito da diversidade

**Bianca dos Santos Waks, Laura Davis Mattar,
Luiz Felipe Centeno Ferraz e Roberto Quiroga Mosquera**

Nos últimos tempos fala-se muito sobre diversidade, que significa pluralidade, multiplicidade, característica ou estado do que é diverso, ou seja, do que é diferente. Não há, evidentemente, nada mais diverso e plural do que a própria condição humana. A diversidade humana é, de fato, fascinante. Conviver com ela amplia os nossos horizontes e enriquece-nos como indivíduos, uma vez que, ao conhecer o outro, conhecemos melhor a nós mesmos.

Somos quase oito bilhões de pessoas no mundo, cada uma um ser único. Como seres humanos compartilhamos nossa característica maior: somos dotados de razão. Nesse sentido, apesar de diferentes, somos todos iguais. O direito à diversidade é justamente o direito à convivência com aquele que é diferente – seja em aspectos físicos e biológicos, culturais, sociais ou de qualquer natureza – e a garantia de igualdade tanto sob o aspecto formal quanto o material.

Como sociedade, comprometemo-nos com os direitos humanos, com a igualdade e a não-discriminação. Contudo, como sabemos, não temos sido bem-sucedidos em tornar este compromisso uma realidade.

Nessa perspectiva, desde 2015 o Mattos Filho vem promovendo o programa de Diversidade e Inclusão, que reafirma o nosso compromisso com a promoção e defesa dos direitos humanos e que busca, entre outras ações, atrair e desenvolver profissionais, valorizando a singularidade de cada um. Nossas frentes de atuação vêm se expandindo: iniciamos com mulheres, demos seguimento com o público LGBT+ e, mais recentemente, incluímos a perspectiva da diversidade racial, com foco na população negra. Pretendemos, ainda, trabalhar mais dois aspectos: as pessoas com deficiência e aquelas com diferentes religiões.

Igualdade de gênero e direitos da mulher

Desde o precedente criado pelo STF, os Tribunais de Justiça brasileiros têm sido categóricos ao repudiar qualquer prática que remeta à discriminação de gênero, especialmente em casos que envolvam a oportunidade de participação em concursos públicos. É o caso, por exemplo, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro ("TJRJ")⁴ que, recentemente, corroborou o entendimento já fixado pelo STF, em caso similar ao levado à Corte Suprema, no qual uma candidata ao cargo de soldado da Polícia Militar foi privada de continuar no respectivo concurso público diante do desrespeito à proporção entre homens e mulheres estabelecida no edital do certame.

Em seu acórdão, o TJRJ reconhece violação ao artigo 5º da Constituição Federal e destaca precisamente que a diferença de tratamento dos gêneros jamais pode se dar em razão do gênero em si, devendo, ao contrário, constar na legislação e encontrar amparo em motivos objetivos e transparentes para o exercício das atividades da Administração Pública.

É evidente que o STF criou um precedente histórico, repercutido até os dias atuais, e que representou um importante marco na conquista de direitos iguais entre homens e mulheres. De todo modo, é fato que a luta das mulheres por igualdade, em especial no palco dos Tribunais brasileiros, ainda está longe do fim. ■

¹ STF. RE 528.684/MS. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 03.09.2013.

² STJ. REsp 173.312/MS. Rel. Min. Luiz Vicente Cericchiaro, j. 23.11.1998

³ CF. Art. 5º. *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, nos termos seguintes:*

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

⁴ TJRJ. Apl. 0165062-02.2014.8.19.0001, Rel. Des. Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto, j. 19.09.2017.

A igualdade de gênero e o direito à participação em concursos públicos

Melina Siemerink Biasetto

A igualdade de oportunidades entre homens e mulheres é uma questão bastante recorrente no Poder Judiciário brasileiro. Diversos são os casos em que nossos tribunais são instados a se pronunciar sobre situações de discriminação, em que a participação da mulher é tolhida.

O Supremo Tribunal Federal ("STF"), em setembro de 2013, apreciou um caso¹ envolvendo discriminação de gênero em concurso público. Em suma, uma major da Polícia Militar do Mato Grosso do Sul impetrou mandado de segurança a fim de proteger seu direito de participar de concurso público para ingresso no Curso de Formação de Oficiais da Polícia Militar daquele estado. O edital previa apenas a possibilidade de concorrentes do sexo masculino, ou seja, excluía a participação de candidatas do sexo feminino.

Após ter sido concedida a segurança pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, o Superior Tribunal de Justiça, acionado pelo estado a se manifestar, pronunciou-se no sentido de que, a despeito de não poder haver distinção entre homens e mulheres, "a simples distinção, em si mesma"², não afrontaria o princípio constitucional da isonomia.

Por essa razão, a recorrente socorreu-se do STF, suscitando haver grave violação aos preceitos fundamentais fixados no artigo 5º, caput e inciso I³, da Constituição Federal, tendo em vista a ausência de qualquer fundamentação que justificasse as condições estipuladas no edital para participação no certame. A Corte Suprema entendeu que toda e qualquer restrição de direitos individuais deve ser prevista por lei e sempre de forma genérica e

6

abstrata, de modo a jamais incorrer em atos discriminatórios ou arbitrários. Assim, afirmou ser perfeitamente possível que um concurso contenha ressalvas, desde que eventuais critérios diferenciadores encontrem respaldo na legislação e sejam providos da devida fundamentação.

É de se atentar ao fato de que o edital do concurso discutido naqueles autos fora anulado justamente por, de forma absolutamente casuística e infundada, obstar o ingresso de mulheres no Curso de Formação da Polícia Militar estadual, não havendo, como bem aponta o Ministro Relator Gilmar Mendes, "qualquer fundamento plausível à exceção ao princípio da isonomia". Sobre isso, o Ministro ainda destaca que "a imposição de discriminem de gênero, para fins de concurso público, só é compatível com a Constituição nos excepcionais casos em que reste inafastável a fundamentação proporcional e a legalidade da imposição."

Nesse sentido, conforme constata o Ministro nas razões de seu voto, a simples e infundada restrição para afastar a participação feminina dos quadros da Polícia Militar estadual é constitucionalmente inadmissível - em especial, em vista de o Comandante-Geral da mesma Polícia Militar ter declarado extinto o quadro específico para policiais femininas, o que resultou em uma fusão no quadro de profissionais, que contemplava os gêneros de forma igualitária.

Em resumo, resta claro, pela vasta fundamentação utilizada pelo Ministro, que o ordenamento jurídico brasileiro admite diferenciação de pessoas, desde que devidamente fundamentada, o que jamais se deve confundir com discriminação. A previsão legal e a justificativa adequada são os fatores determinantes para que se permita a distinção entre os gêneros, sendo que, sem eles, a diferenciação torna-se instantaneamente discriminação arbitrária e reprimível.

7

Igualdade de gênero no ambiente de trabalho

Marilia Veiga Ravazzi

A discussão sobre condições igualitárias entre homens e mulheres no mercado e no ambiente de trabalho não é recente. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso I e artigo 7º, incisos XXX e XXXI, dedica-se à proteção da igualdade de gênero em direitos e obrigações, inclusive proibindo diferença de salários, de funções e de critérios de admissão no trabalho por motivo de gênero¹.

Apesar de verificarmos uma constante movimentação da sociedade em prol da igualdade de gênero, ainda se nota uma diferença relevante em relação às posições ocupadas por homens e mulheres e aos salários pagos a homens e mulheres em posições semelhantes no mercado de trabalho.

Nesse sentido, vêm surgindo projetos de lei visando a equalização salarial entre homens e mulheres. É o

caso, por exemplo, dos Projetos de Lei nº 371/2011, nº 1.123/2011, nº 4.621/2016, nº 7.045/2017, nº 7.234/2017, nº 8.001/2017, nº 205/2018, todos apensados e ainda pendentes de apreciação, que preveem a proibição de distinção salarial por motivos de gênero, impondo não apenas a equalização salarial, mas também mecanismos de fiscalização e aplicação de penalidades em caso de descumprimento.

A discussão, contudo, não se restringe exclusivamente à igualdade de salários entre homens e mulheres. Leis ordinárias criam direitos que privilegiam as mulheres, no intuito de elevá-las a um patamar de igualdade com os homens em outros aspectos. Como exemplo, podemos mencionar a licença maternidade, a estabilidade da gestante, jornadas especiais etc. Ocorre que, muitas vezes, a implementação desses direitos acaba reforçando,

9

ainda mais, as práticas discriminatórias que favorecem os homens no mercado de trabalho em detrimento das mulheres. Vejamos alguns exemplos.

Muito se discutiu a respeito da constitucionalidade ou não do artigo 384 da Consolidação das Leis do Trabalho ("CLT"), que previa um intervalo especial de 15 minutos para as mulheres entre o término da jornada de trabalho normal e o início das horas extras. Aqueles que defendiam a sua constitucionalidade o faziam com base no princípio da igualdade (artigo 5º da Constituição Federal), sustentando que a lei ordinária não poderia prever direitos diferenciados para as mulheres, em prejuízo dos homens. Por outro lado, a constitucionalidade do mencionado artigo era defendida com o argumento de que, justamente pelo princípio da isonomia, seria necessário atribuir tratamento diferenciado às mulheres para coloca-las em situação de igualdade aos homens.

Após muitos debates, em fevereiro de 2009 o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho ("TST"), por maioria, reconheceu a constitucionalidade do artigo 384

da CLT (IIN-RR - 154000-83.2005.5.12.0046). Mais recentemente, o mesmo entendimento foi confirmado pelo Supremo Tribunal Federal ("STF"). Em novembro de 2014, também por maioria, o Pleno do STF negou provimento ao Recurso Extraordinário nº 658.312/SC, com repercussão geral reconhecida, decidindo que o artigo 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal. Ou seja, as mais altas cortes do Poder Judiciário brasileiro entendem que o artigo 384 da CLT, que, como dito, prevê um intervalo especial para as mulheres na jornada de trabalho, é constitucional e não viola os princípios da igualdade e da isonomia. Não obstante toda a celeuma a respeito do assunto, a Lei nº 13.467/2017 (também conhecida como lei da "Reforma Trabalhista") revogou o artigo 384 da CLT, encerrando desde novembro de 2017 qualquer discussão a respeito da sua aplicabilidade ou constitucionalidade.

Outro exemplo é o processo 755-28.2010.5.03.0143, em que a Sétima Turma do TST reformou acórdão proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª

10

Região (Minas Gerais), para condenar a Reclamada ao pagamento de indenização por danos morais no valor de cinquenta mil Reais em razão da manutenção de um “Programa Gestacional”. Em síntese, a empresa mantinha uma planilha contendo a ordem de preferência para que as trabalhadoras pudessem engravidar, conciliando as gestações à demanda de trabalho, segundo a conveniência do empregador.

O TST entendeu que o empregador extrapolou os limites do seu poder diretivo, invadindo esfera da vida pessoal das trabalhadoras, atingindo sua dignidade, constrangendo suas decisões reprodutivas, interferindo na sua autonomia quanto aos seus projetos de vida, ao seu corpo e à sua intimidade. Além dos dispositivos constitucionais já mencionados, o TST entendeu pela violação aos artigos 373-A e 391, parágrafo único da CLT. O tribunal considerou que a manutenção dessa prática configura presunção de dano moral a todas as empregadas em idade reprodutiva, tendo determinado a expedição de ofício ao Ministério Público do Trabalho para adoção das medidas cabíveis.

De fato, o estabelecimento pelo legislador de direitos que protegem as mulheres é imprescindível para a obtenção da igualdade material entre os gêneros, mas pode acabar levando empresas a adotarem práticas que discriminam as mulheres ou a darem preferência à contratação de mão de obra masculina. Por isso, também é necessário que as empresas, internamente, adotem medidas de conscientização a respeito da igualdade entre homens e mulheres, a fim de que os direitos especiais assegurados pela legislação à proteção feminina não acabem gerando efeitos contrários, prejudicando, ainda mais, a inserção e o crescimento das mulheres no mercado de trabalho. ■

¹ Art. 5º 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, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

Direitos LGBT+

Mães em cárcere: o *Habeas Corpus* coletivo concedido em favor de presas gestantes e mães de crianças

Eloisa Yang e Marcela Venturini Diorio

A situação precária do sistema carcerário brasileiro, as condições desumanas e degradantes às quais as pessoas presas são submetidas e o verdadeiro estado de coisas *inconstitucional*¹ que tudo isso implica são fatos notórios.

Neste sentido, o Cadastro Nacional de Presas Grávidas ou Lactantes do Conselho Nacional de Justiça² apontou a existência, em fevereiro de 2018, de nada menos que 418 mulheres grávidas e 262 lactantes encarceradas em todo o país. É evidente que as instalações prisionais são ainda mais inadequadas para gestantes e mães de crianças gestadas no cárcere, por não lhes garantir acesso a programas de saúde pré-natal, a assistência regular ao parto e pós-parto e condições razoáveis de higiene

e autocuidado. Ademais, inexistem, ali, mínimas condições para o desenvolvimento e cuidado dos filhos – violando-se direitos fundamentais e regras internacionais de proteção aos direitos humanos.

A Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016 (Marco Legal de Atenção à Primeira Infância), sancionada pela presidente Dilma Rousseff, trouxe significativo avanço na garantia dos direitos dessas mulheres. Por meio de alteração no artigo 318 do Código de Processo Penal, que trata das hipóteses de cabimento da substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, foi incluída a condição de estar gestante e/ou de ser mãe de crianças, ou seja, filhos e filhas com até 12 anos de idade.

12

No entanto, mesmo depois da entrada em vigor da lei, seguiu-se a observar considerável relutância e recusa na substituição da prisão preventiva nestas hipóteses, o que gerou e perpetuou diversos casos graves de violações dos direitos das gestantes/lactantes e de seus filhos – como exemplo, o recente caso de Jéssica Monteiro, que permanecia presa junto com o seu filho recém-nascido em uma carceragem, mesmo tendo dado à luz havia apenas três dias³.

Em maio de 2017, impetrou-se no Supremo Tribunal Federal (“STF”) o *Habeas Corpus* nº 143.641/SP, em favor de “todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças”, com vias de uniformizar o entendimento sobre a concessão da prisão domiciliar. A ação foi impetrada pelo Coletivo de Advogados de Direitos Humanos (CADHu), e a ela logo aderiu a Defensoria Pública da União e, após, na qualidade de *amici curiae*, as

Defensorias Públcas estaduais e do Distrito Federal, além de diversas organizações da sociedade civil.

Os impetrantes e assistentes argumentaram, dentre outras questões, que a prisão preventiva em estabelecimentos precários retira das mulheres grávidas o acesso a programas de saúde pré-natal, assistência regular na gestação e no pós-parto, e ainda priva as crianças – que, obviamente, relação alguma tem com atos ilícitos – de condições adequadas ao seu desenvolvimento, violando-se as garantias constitucionais da individualização e da intranscendência da pena, da vedação de penas cruéis e, ainda, ao respeito à integridade física e moral da presa.

No julgamento, a maioria dos ministros da Segunda Turma do STF reconheceu o cabimento do *Habeas Corpus*, dado o caráter coletivo dos abusos e a necessidade da garantia de acesso à justiça de grupos sociais mais vulneráveis. Superou-se, ali, o óbice de que essa modalidade de ação

13

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275 e a alteração de prenome e sexo de pessoas transgêneras nos assentos de registro civil

Nayara Ferreira Araujo Alves

No dia 1º de março de 2018 o Supremo Tribunal Federal (“STF”), em sessão plenária¹, julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275 (“ADI 4.275”), proposta pela Procuradoria-Geral da República (“PGR”) em 2009, que visava a conferir interpretação conforme a Constituição Federal ao artigo 58² da Lei nº 6.015/1973 (“Lei de Registros Públicos”), para possibilitar, especificamente, que pessoas trans³ pudessem alterar seu prenome e sexo nos assentos de registro civil independentemente da realização de cirurgia de redesignação de sexo (ou transgenitalização).

Embora a petição inicial da PGR utilizasse o termo “transexuais”, o STF, ao julgar procedente a ADI

4.275, por maioria⁴, ampliou adequadamente o escopo de sua decisão, para reconhecer o direito de todos os transgêneros à alteração de seu prenome e sexo, diretamente nos cartórios de registro civil, sem a necessidade de realização de cirurgia ou de tratamentos hormonais.

Antes do julgamento da ADI 4.275, as decisões judiciais acerca dessa questão eram as mais variadas possíveis e a insegurança jurídica era enorme. A depender do juiz, da vara e da comarca, as pessoas transgêneras que desejassem alterar seu nome e sexo nos assentos de registro civil ficavam praticamente à mercê da sorte. Muitas foram as decisões que simplesmente negaram esse direito que, à evidência, é fundamental.

17

Igualdade de gênero e direitos da mulher

tradicionalmente visou a tutelar direito de pessoa individualizada desde a impetração, ante o fato de que as mulheres favorecidas não compõem um contingente difuso e indeterminável de pessoas – ao revés, são facilmente determináveis por meio de cadastros obrigatórios do Estado, ao qual incumbe o ônus de identificá-las. Reconheceu-se também que deve prevalecer o direito à dignidade das mães e das grávidas, bem como o direito das crianças à liberdade, à educação, à saúde e à família. Segundo o relator, Ministro Ricardo Lewandowski, a medida seria necessária para garantir a prioridade absoluta na proteção às crianças, bem como a efetividade do mandamento contido no artigo 5º, XLV da Constituição Federal, que determina que nenhuma pena passará da pessoa condenada.

Assim, em decisão histórica, foi concedido o *Habeas Corpus* coletivo por maioria de votos, e determinada a substituição da prisão preventiva por domiciliar, em todo o território nacional, de todas as mulheres gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou de

pessoas com deficiência (sem prejuízo da aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, nos termos do artigo 319 do Código de Processo Penal). Foram estabelecidos alguns critérios para a concessão da medida, como a exceção nos casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, ou contra seus descendentes. Também foi estabelecido prazo de 60 dias para a análise e implantação de modo integral das determinações pelos tribunais estaduais e federais.

O *Habeas Corpus* havia sido desmembrado por determinação do Ministro Lewandowski em relação a 16 estados da federação pela demora em prestarem algumas informações requisitadas, dando origem ao *Habeas Corpus* nº 149.521/2017 – no qual o escritório Mattos Filho atua como *amicus curiae* em parceria com a organização ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero.

Ao tempo em que se escrevem essas linhas, quase três meses após o julgamento, constata-se que

14

a decisão ainda não foi cumprida por completo – mesmo tendo o STF estabelecido o prazo de 60 dias para sua concretização. Faltam dados oficiais, em vista da já mencionada negligência com aqueles que estão no sistema carcerário; mas, em balanço próprio feito pelo Colégio Nacional de Defensores Públicos-Gerais (Condege), aponta-se que grande parte dos pedidos de conversão da prisão feitos após o *Habeas Corpus* foram negados ou se encontram pendentes de análise. Segundo relatos de defensores, juízes têm exigido provas de que a criança precisaria dos cuidados da mãe – mesmo tendo a Suprema Corte ordenado que se desse “credibilidade à palavra da mãe” quanto à necessidade da mesma para cuidar da criança. Tem-se constatado verdadeira inversão da lógica da decisão do STF, segundo a qual a substituição de eventual prisão por recolhimento domiciliar deveria ser a regra para as mulheres que se encaixem nos requisitos já mencionados, e do próprio Código de Processo Penal e da Constituição Federal, segundo os quais a prisão provisória deveria, por si só, possuir caráter subsidiário e ser aplicada somente

quando não coubessem outras medidas restritivas ou a própria manutenção da liberdade.⁴

Permanece evidente, pois, a necessidade da atuação contínua das Defensorias, da advocacia e de organizações da sociedade civil para buscar dos órgãos do Poder Judiciário a efetivação da decisão da Suprema Corte em cada caso concreto, garantindo-se, assim, os direitos humanos das mães e das crianças. ■

¹ Condição inclusive reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Integra do acórdão disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em 18/05/2018.

² Fonte: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%5Cpainei.lcnj. Acesso em 18/05/2018

³ Fonte: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/recem-nascido-fica-em-cela-com-mae-que-foi-pres-a-pouco-antes-de-dar-a-luz-em-sp.ghtml>>. Acesso em 18/05/2018.

⁴ Informações disponíveis em <http://agenciapatriciaigalvao.org.br/direitos-sexuais-e-reprodutivos/justica-e-lenta-em-soltar-presas-gravidas-ou-com-filhos-menores-como-mandou-o-stf/>. Acesso em 18/05/2018.

O respeito e a promoção dos direitos LGBT+ no ambiente de trabalho

Vivian Simões Falcão Alvim de Oliveira Almeida

Criado em 2013, o Fórum de Direitos e Empresas LGBT+ tem como objetivo articular empresas em torno do compromisso com o respeito e a promoção dos direitos humanos de lésbicas, gays, bissexuais e pessoas trans. Busca-se, a partir dele, aprimorar as práticas de gestão empresarial para a efetiva adoção de valor às marcas das empresas; combater a homo-lesbo-transfobia e seus efeitos prejudiciais às pessoas, aos negócios e à sociedade; e, ainda, influenciar o meio empresarial e a sociedade na adoção de práticas de respeito aos direitos humanos LGBT+. Diversas grandes empresas nele reunidas assinaram compromissos que promovem os direitos LGBT+¹ e concordam em ser monitoradas quanto à sua efetivação.

O Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, por sua vez, lançou, também há alguns anos, a campanha Livres & Iguais² para promover a igualdade de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, aumentando a conscientização sobre a violência e a discriminação que sofrem. Mais recentemente, em 2017, foram criados os Padrões de Conduta para Empresas relativos aos direitos LGBT+, um conjunto de diretrizes para se combater à discriminação da população LGBT+ em diferentes contextos – locais de trabalho, cadeia de fornecedores, comunidades etc.

Além de trazer luz ao assunto e ampliar a segurança jurídica em relação a esse pleito recorrente, a decisão do STF pôs uma pá de cal em duas importantes questões que ainda eram muito debatidas no Poder Judiciário, ao determinar que pessoas trans: (i) não precisarão judicializar os pedidos de alteração de seu prenome e sexo, podendo obtê-la diretamente pela via administrativa; e (ii) não precisarão comprovar a realização de cirurgia de redesignação de sexo para fazer jus à referida alteração.

Com base nos princípios da dignidade da pessoa humana⁴, da igualdade⁵, da vedação a discriminações odiosas⁶, da liberdade⁷ e da privacidade⁸, o STF deu um passo importante na luta contra a discriminação e o tratamento excluente de pessoas que são marginalizadas, estigmatizadas, constrangidas e discriminadas. E, muito além de resolver uma questão meramente burocrática, reforçou o entendimento de que o direito à autodeterminação do próprio gênero, enquanto expressão do princípio do livre desenvolvimento da personalidade, é um direito fundamental que deve ser reconhecido e assegurado.

No entanto, apesar do efeito multiplicador que essa decisão pode (e deve) ter - assim como ocorreu no passado, quando do julgamento da ADI nº 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, que reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo - é possível que ainda haja alguma resistência por parte dos cartórios em efetivar o direito das pessoas trans garantido pelo STF. A mudança de mentalidade e de tratamento não vai se operar da noite para o dia, mas é preciso continuar buscando a efetivação dos direitos fundamentais da população LGBT+, especialmente das pessoas trans, para mudar a realidade de intensa marginalização e violação de direitos a que elas estão submetidas no Brasil. ■

¹ A íntegra da sessão pode ser acessada em: <https://www.youtube.com/watch?v=-jMt7fOoYg0>.

² Lei nº 6.015/1973, art. 58: "o prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios". Acesso em 07/06/2018

Nesse sentido, o julgamento da ADI 4.275 pode ser considerado um marco na ampliação e consolidação dos direitos fundamentais das pessoas trans. Nas palavras da Ministra Carmen Lúcia, essa decisão representou "mais um passo na caminhada pela efetivação material do princípio da igualdade, no sentido da não discriminação e do não preconceito"⁹. E, de fato, a liberdade, a igualdade e a não discriminação devem ser as bases de uma sociedade verdadeiramente democrática.

Vale lembrar que, para além da decisão do STF, os princípios de Yogyakarta¹⁰ já reforçam a ideia de que: "[t]odos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Todos os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis e inter-relacionados. A orientação sexual e a identidade gênero são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa e não devem ser motivo de discriminação ou abuso"¹¹. Esses princípios foram, aliás, brilhantemente citados pelo eminentíssimo Ministro Celso de Mello em seu voto¹².

³ O termo "trans" é utilizado neste artigo no sentido de "transgênero(s)" ou "transgênero(s)", e inclui transexuais, travestis e todas as pessoas com identidade de gênero diversa de seu sexo biológico.

⁴ Todos os Ministros da Corte reconheceram o direito de alteração de nome e sexo sem a necessidade de cirurgia de transgenitalização. Porém, houve um dissenso sobre a necessidade de autorização judicial para a alteração do registro. Os Ministros Edson Fachin, Luiz Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Carmen Lúcia (presidente da Corte) entenderam ser desnecessária a autorização judicial. Nesse ponto, o Ministro Marco Aurélio (relator) entendeu ser necessário o procedimento de jurisdição voluntária e os Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, entenderam ser necessária a obtenção de autorização judicial para a alteração do registro.

⁵ Constituição Federal, artigo 1º, inciso III.

⁶ Constituição Federal, artigo 5º, caput.

⁷ Constituição Federal, artigo 3º, inciso IV.

⁸ Constituição Federal, artigo 5º caput.

⁹ Constituição Federal, artigo 5º, inciso X.

¹⁰ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371085>. Acesso em 07/06/2018.

¹¹ Documento que resultou de uma conferência realizada em 2006, com a presença de especialistas em legislação internacional de direitos humanos de 25 países – incluindo o Brasil –, que visa a guiar os Estados em relação à aplicação de legislação internacional concernente à orientação sexual e diversidade de gênero.

¹² http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf.

¹³ <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4.275DFVotodoMin.CelsodeMello.pdf>. Acesso em 07/06/2018.

presença de uma transexual no ambiente de trabalho e ao tratamento dispensado à Reclamante". A empresa, ao criar um banheiro unissex, que até então não existia, acabou por reforçar a discriminação em relação à empregada, sendo fator agravante as advertências no sentido de que ela não exigisse ser chamada pelo nome social.

O TST entende que esse tipo de dano moral independe de prova de lesão à honra, moral ou imagem, e manteve a condenação já fixada ao empregador de indenizar a empregada ao pagamento de trinta mil Reais. Da decisão se extrai que os locais de trabalho necessitam estar preparados para bem receber e atender a todos os seus empregados, adaptando-se a todas as suas particularidades, sejam elas quais for, cabendo ao empregador adotar todas as medidas de treinamento e estrutura para garantir a efetivação dos direitos de todos, sob pena de condenação judicial.

Tratamento igualitário para todos os empregados independentemente do seu gênero ou orientação sexual

A decisão no processo nº 179-60.2015.5.09.0121, que contou com relatoria do Ministro Marcio Eurico Vitral Amaro, da 8ª Turma do TST exemplifica que, uma vez que o Poder Judiciário busca o tratamento isonômico entre as pessoas, não há prejuízo quando a empresa trata seus empregados de forma igualitária. O caso discute a alegação de suposta discriminação em razão da orientação sexual de dois empregados que mantiveram relação amorosa e, em consequência, foram trocados de setor.

A Justiça do Trabalho decidiu no sentido de negar os pedidos de indenização porque era de conhecimento de todos ser política da empresa proibir relacionamento entre empregados. Assim, a transferência de setor, por si só, sem que tenha sido comprovado que os então empregados foram vítimas

22

Entre as razões para o surgimento desse movimento de combate às práticas discriminatórias na sociedade e, em especial, no ambiente de trabalho no Brasil está a adaptação do mercado à dura reprimenda do Poder Judiciário, que não titubeia ao condenar empresas ao pagamento de indenizações por danos morais em razão de discriminação por motivos relacionados à orientação sexual ou à identidade de gênero.

É o que podemos verificar em decisões da Justiça do Trabalho, algumas delas destacadas abaixo, as quais refletem a intenção dos tribunais, aqui representados pelo Tribunal Superior do Trabalho ("TST"), de garantir tratamento igualitário a todos os cidadãos, nos termos conferidos pela Constituição Federal³.

Identidade de gênero e uso de banheiro unissex

O caso constante no Processo nº 402-32.2012.5.09.0084, com relatoria da Ministra Maria de Assis Calsing, da 4ª Turma do TST refere-se a uma empregada transexual que foi proibida de usar o banheiro feminino, tendo recebido tratamento diferenciado em relação à pronúncia de seu nome social, além de advertência de seu empregador para que se abstivesse de exigir ser tratada pelo seu nome social, um direito legal. A discussão travada nos autos do processo diz respeito ao fato de que "evidenciada a condição de transexual da Reclamante, contratada após aprovação em concurso público, o que se verificou é que não foi providenciada, pelo empregador, a adequação do ambiente de trabalho à sua patologia (assim definida pela Classificação de Patologia Internacional de Doenças, CID-10)".

Nesse sentido, decidiu o Tribunal que a culpa do empregador ficou evidenciada pela "ausência de uma orientação efetiva aos seus funcionários em relação à

21

de discriminação em razão de sua orientação sexual, não configura ato apto a ensejar pagamento de indenização por danos morais.

O Tribunal concluiu que a troca dos empregados de setor deriva da política da empresa que proíbe o relacionamento afetivo entre quaisquer empregados, não guardando relação alguma com sua orientação sexual. Nesse sentido, já que a política da empresa seria adotada para qualquer empregado, considera-se uma postura de tratamento igualitário, não gerando punição.

Estabilidade provisória parental de casal homoafetivo

No caso apresentado no processo nº 2715-88.2011.5.02.0053, o empregado alegou ser pai de dois filhos - um nascido em julho de 2011 e outro em dezembro de 2011, ambos gerados através de "mãe substitutiva" ou "barriga de aluguel" -, sendo compartilhada a responsabilidade pelo cuidado das crianças com seu companheiro, com quem mantém relação homoafetiva. Diante da lacuna existente na lei, o TST manteve a decisão do Tribunal Regional que deferiu a garantia provisória de emprego ao Reclamante.

A decisão tomada pelo Tribunal Regional foi com base na proteção da família e do nascituro e defendeu que "a interpretação restritiva do texto constitucional, no sentido de que a licença maternidade e a garantia provisória de emprego são direitos conferidos unicamente à gestante, acarretaria situações nas quais a discriminação

23

é evidente". É nítida a necessidade de se estender as garantias relacionadas ao período parental aos que, de fato, cuidam da família e das crianças, independentemente de sexo ou orientação sexual.

Vale dizer que essa posição também já foi adotada no âmbito do funcionalismo público pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, quando, após adoção de crianças por casal homoafetivo foi conferida licença a um dos cônjuges, pelo período de 180 dias⁴.

Pelos julgados acima descritos, conclui-se que todos - empregados, empregadores e sociedade - se beneficiam com a garantia de tratamento igualitário e a promoção de um ambiente de trabalho adequado, com vedação à discriminação em razão da orientação sexual e identidade de gênero. ■

¹ <http://www.forumempresaslgbt.com/10-compromissos/>
Acesso em 08/06/2015

² <https://nacoesunidas.org/campanha/livreseiguais/>
Acesso em 08/06/2015

³ Art. 5º, da Constituição Federal: 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.

⁴ Processo 0358326-13.2016.8.19.0001, 22ª Câmara Cível TJRJ, 27/3/2018.

24

A aplicabilidade da Lei Maria da Penha a mulheres transgêneros

Flávia Ludovico

A Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, mais conhecida como "Lei Maria da Penha", entrou em vigor no dia 22 de setembro de 2006 e tornou mais rigorosa a punição para agressões praticadas contra mulheres em âmbito doméstico e familiar. A legislação teve inspiração no emblemático caso de violência doméstica sofrido por Maria da Penha Maia Fernandes, que por seis anos sofreu severas agressões por parte do marido e veio a se tornar paraplégica em decorrência de um atentado com arma de fogo ocorrido em 1983.¹ A inação das autoridades ante as violências por ela sofrida levaram a que, duas décadas mais tarde, fosse o Estado brasileiro objeto de condenação pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.²

O artigo 5º do referido texto legal estabelece que "configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial". Entendeu-se, então, que, como fruto não apenas de diferenças físicas naturais mas também – e talvez sobretudo – de relações de sujeição historicamente construídas no ambiente doméstico e/ou familiar, são as mulheres merecedoras de tratamento legal diferenciado em certos casos de violência, à vista de sua hipossuficiência nas relações de poder de que se trate. E, a despeito de algum estranhamento inicial da doutrina tradicional, ainda apegada a cânones de igualdade formal, compreendeu a comunidade

jurídica a importância da distinção – a qual, na falta de políticas públicas de promoção da igualdade de oportunidades e tratamento, tampouco é o bastante para garantir a igualdade material entre os diferentes gêneros na sociedade brasileira.

É de se ver que a lei define como sujeito passivo da violência ali referida a "mulher" vítima de agressões de gênero, sem especificar, contudo, se a norma poderia se aplicar também a mulheres transgêneros.

De início, cumpre esclarecer que a transgeneridade diz respeito à "condição possível de indivíduos assumirem uma identidade de gênero, masculina ou feminina, diferente daquela que concorda com suas características biológicas, identidade essa designada por ocasião do seu nascimento".³ Com relação ao polo ativo da violência doméstica, tem-se que qualquer pessoa pode figurar como agressor, desde que caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade e demonstrada relação

de vulnerabilidade, hipossuficiência, inferioridade física ou econômica entre autor e vítima.⁴ Mas, e com relação ao sujeito passivo?

O Superior Tribunal de Justiça ("STJ"), ao julgar o Conflito de Competência nº 88.027-MG, não chegou a escrutinar pormenorizadamente o sujeito passivo da violência doméstica e familiar definida na lei, à luz da complexidade das fronteiras entre gêneros hoje conhecidas – as quais transcendem os critérios meramente anatômicos. Não obstante, referido precedente foi utilizado recentemente como fundamento para que a Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher de São Gonçalo/RJ considerasse a Lei Maria da Penha aplicável também a mulheres transgêneros e até mesmo a homens de orientação homoafetiva.⁵

O caso concreto envolvia pedido de medidas protetivas em favor de uma mulher transexual e homossexual cuja mãe, opondo-se à identidade de

gênero e à orientação sexual assumidas pela filha, teria submetido-a coativamente a internação em clínica para tratamento de dependência de drogas.

Em consonância com o mencionado entendimento do STJ no sentido de que o sujeito ativo da violência doméstica pode ser tanto o homem quanto a mulher, o juiz sentenciante considerou que o fato de a suposta agressora ser mulher não afastaria a aplicação da Lei Maria da Penha, uma vez que, segundo ele, “a cultura machista e patriarcal se estruturou de tal forma e com tamanho poder de dominação que suas ideias foram naturalizadas na sociedade, inclusive por mulheres. Sendo assim, não raro, mulheres assumem comportamentos machistas e os reproduzem, assumindo, não raro, o papel de opressor, sendo instrumentalizadas pelo dominador”. O magistrado foi além e reconheceu não haver razões para não aplicar as medidas protetivas previstas pela Lei Maria da Penha às mulheres transgêneros e também ao homem que exerce o papel social de

mulher, ou seja, que assume o gênero feminino,⁶ como os travestis, transexuais e homens gays.

Na mesma linha de expansão da aplicação da lei, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios proferiu recente acórdão⁷ reconhecendo a aplicação da Lei Maria da Penha a mulheres transgêneros independentemente de submissão a cirurgia de mudança de sexo e de alteração no registro civil, sob o fundamento de que “a alteração do registro de identidade ou a cirurgia de transgenitalização são apenas opções postas à sua disposição para que exerça de forma plena e sem constrangimentos sua liberdade de escolha, não se tratando de condicionantes para que seja considerada mulher”, pois “o que o legislador elegeu como objeto de proteção na Lei 11.340/2006 foi a própria noção do ‘feminino’, socialmente construída, e não apenas o sexo biológico.”

27

E, na esteira dessa discussão, tem-se notícia de que no final de 2016 foi oferecida a primeira denúncia pelo Ministério Público de São Paulo pela prática de um feminicídio em desfavor de uma mulher transexual.⁸ A vítima teria sido morta a facadas por seu parceiro em fevereiro daquele ano e a acusação pioneira reforçaria o entendimento de que a Lei Maria da Penha seria aplicável a casos de agressões a mulheres transexuais e travestis, independentemente de cirurgia ou alteração no registro civil.

A questão é terreno fértil para debates uma vez que em direito penal, via de regra, não existe a chamada analogia in malam partem. Para alguns autores,⁹ por questões de segurança jurídica e em respeito à tipicidade penal estrita, somente quem for identificado por meio de documentação civil como mulher (certidão de registro de nascimento, identidade civil ou passaporte) poderá ser sujeito passivo da qualificadora do feminicídio. Há outros, no entanto,¹⁰ que, levando em consideração o

entendimento progressivo dos tribunais brasileiros acerca da aplicabilidade da Lei Maria da Penha a indivíduos transgêneros, defendem ser de grande valor a predominância da identidade social sobre o sexo biológico, que a jurisprudência tem considerado para desenvolvimento também do debate sobre os contornos do feminicídio e suas implicações para indivíduos transexuais. É como pensamos. ■

28

¹ Informações disponíveis em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/lei-maria-da-penha>. Acesso em 20/05/2018.

² A respeito, ver: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em 20/05/2018.

³ MODESTO, Edith. Transgenerideade: um complexo desafio. Via Atlântica, São Paulo, n.º 24, 49-65, Dez/2006. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/viaatlantica/article/viewFile/57215/99115>.

⁴ No dia 05/12/2008, o Superior Tribunal de Justiça considerou, no âmbito do julgamento do Conflito de Competência de nº 88.027-MG, que o sujeito passivo da violência doméstica objeto da Lei Maria da Penha é a mulher, e que o sujeito ativo pode ser tanto o homem quanto a mulher, desde que caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade.

⁵ Juízo de Direito da Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca de São Gonçalo/RJ, processo n.º 0018790-25.2017.8.19.0004, julgado em 26/05/2017.

⁶ “Enquanto o sexo, que pode ser masculino ou feminino, é um conceito biológico, o gênero, também feminino e masculino, é um conceito sociológico independente do sexo.” NICOLITT, André. Manual de processo penal. São Paulo: RT, 2016, p. 575.

⁷ TJDFT, Recurso em Sentido Estrito nº 2017.16.1.007612-7, 1ª Turma Criminal, Des. Rel. George Lopes, d.j. 05/04/2018

⁸ Informação disponível em <http://agenciabrasilebc.com.br/geral/noticia/2016-10/ministerio-publico-de-sp-denuncia-feminicidio-de-mulher-transexual>. Acesso em 20/05/2018.

⁹ Nesse sentido: BITTENCOURT, Cezar Roberto. Qualificadora do feminicídio pode ser aplicada a transexual. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-15/cezar-bitencourt-feminicidio-aplicado-transexual>, acesso em 20/05/2018. Também: PUREZA, Luiz Víctorio. O transexual como vítima do feminicídio. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17335&revista_caderno=3. Acesso em 20/05/2018.

¹⁰ Nesse sentido: CASTRO, David Campos. A distinção entre femicídio e feminicídio no debate acerca da lei nº 13.104/2015 e suas implicações para indivíduos transexuais. Boletim IBCCRIM, ano 25, nº 299, outubro/2017. Disponível em <http://201.23.85.222/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=95602&iIndexSrv=1&nomeArquivo=90008%2Epdf>, acesso em 20/05/2018. Também: JÚNIOR, Eudes Quintino de Oliveira. O transexual e o crime de feminicídio. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16.MI248860,51045-O+transexual+e+o+crime+de+feminicidio>. Acesso em 20/05/2018.

Equidade racial e direitos



A Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41 e o racismo estrutural

Leonardo de Castro Coelho

Atualmente, ainda é comum presenciar situações de discriminação ou injúria racial nos veículos de comunicação, os quais, vía de regra, resultam na discussão sobre a responsabilidade civil ou criminal de quem praticou o ato. Porém, outro fenômeno mais complexo e menos visível e que também merece o devido debate é o denominado racismo estrutural (ou institucional).

O tema foi abordado em detalhes no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41 ("ADC 41"), proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil perante o Supremo Tribunal Federal ("STF"), com o objetivo de declarar a constitucionalidade da Lei Federal nº 12.990, de 9 de junho de 2014, que trata da reserva de determinado

percentual de vagas a candidatos negros em concursos públicos no âmbito da Administração Pública Federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União Federal.

O julgamento da ADC 41 foi concluído em 8 de junho de 2017 e, por unanimidade, sob a relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, o STF reconheceu a constitucionalidade da referida lei. Dentre os vários (e importantes) temas abordados durante o julgamento, destaca-se o posicionamento do Ministro Barroso sobre a existência e características do aludido racismo estrutural (ou institucional) existente no Brasil.

outras formas de discriminação³ e pelo próprio repúdio expresso ao racismo⁴, definido como crime inafiançável e imprescritível.

A par dessas considerações, é inevitável concluir que o combate ao racismo e aos seus efeitos nocivos na sociedade deve ultrapassar a mera punição, cível ou criminal, de indivíduos que se valem, por exemplo, de injúria mediante a utilização de elementos referentes a raça, cor ou etnia. Ademais, é necessário trabalhar, diariamente e de modo proativo, na promoção da igualdade material dos cidadãos brasileiros, garantindo que as instituições e as relações sociais presentes em seu cotidiano não contribuam para perpetuar a hierarquização de indivíduos, fruto de uma desigualdade histórica, econômica e social. ■

³ Artigo 5º, caput, da Constituição Federal de 1988.

⁴ Artigo 3º, I e III, da Constituição Federal de 1988.

¹ Artigo 3º, IV, da Constituição Federal de 1988.

⁴ Artigo 5º, caput, XLII, da Constituição Federal de 1988.

Ao desenvolver um dos fundamentos sobre a constitucionalidade da Lei Federal nº 12.990/2014, qual seja, o de que a promoção de política de ação afirmativa, como aquela prevista na lei, não implicaria ofensa ao princípio da isonomia (igualdade), o Ministro expõe que o racismo estrutural é um obstáculo consideravelmente complexo em relação à efetiva igualdade material entre os cidadãos brasileiros, notadamente pela ideia de que no Brasil se construiu uma “democracia racial”, a qual, na visão do magistrado, é equivocada.

A linha de raciocínio adotada pelo Ministro Barroso funda-se majoritariamente em dados estatísticos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística e do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, pelos quais se constata, por exemplo, (i) a manutenção da sub-representação da população negra entre as camadas mais ricas da sociedade e a sobre-representação entre as mais pobres; (ii) a desproporção do número de negros em favelas, no sistema carcerário e como vítimas de homicídios; e (iii) as taxas de

analfabetismo, nível de renda, acesso à saúde e participação do mercado de trabalho da população negra em níveis consideravelmente desproporcionais (negativamente) em relação a outros grupos.

Por essas razões, conclui o Ministro, é desnecessário tentar comparar a situação brasileira com àquela dos Estados Unidos da América à época da promulgação de ampla legislação segregacionista (*Jim Crow Laws*), visto que, no Brasil, tal medida sequer foi necessária para perpetuar a desigualdade entre negros e outros grupos. Em vez disso, no Brasil teria bastado alimentar o aludido ideal de uma “democracia racial”, mas que teve como antecedente a ausência de políticas efetivas de integração do negro (ex-escravo) na sociedade e sua manutenção em funções subalternas após a abolição da escravatura, dando azo ao aludido racismo estrutural.

O referido racismo estrutural, reforça o Ministro, não se confunde com aquele objeto das ações judiciais mencionadas no início deste texto – motivadas por

32

condutas comissivas de discriminação racial, fruto de uma percepção deturpada de que determinados grupos de pessoas são superiores a outros (“mais puro e assumido racismo”, nas palavras do Ministro Barroso), e que sujeitam indivíduos à responsabilidade criminal ou cível. Em outras palavras, o racismo estrutural não resulta de um conflito racial aberto ou regras formais de segregação cujo repúdio é comumente aceito.

As consequências do racismo estrutural (ou institucional), como exposto pelo Ministro, também são outras. Diferentemente do racismo “declarado”, o racismo estrutural tem efeitos profundos e combatê-lo é ainda mais difícil. Isto porque, como se colhe do respectivo voto, “apesar de não ser explicitamente ‘desenhado’ para discriminhar, afeta, em múltiplos setores, as condições de vida, as oportunidades, a percepção de mundo e a percepção de si que pessoas, negras e brancas, adquirirão ao longo de suas vidas”. E afastá-lo é difícil pois seria necessário repensar um aparato social e institucional arraigado

na sociedade brasileira que acabou por manter a exclusão e marginalização de um desses grupos por décadas.

Porém, mesmo diante da sensibilidade e complexidade do tema, o Ministro Barroso sustenta que a própria Constituição Federal é suficiente para nortear os próximos avanços da sociedade brasileira nessa área. Bastaria se atentar ao fato de que ela já abrange três dimensões de igualdade: a igualdade formal, com alicerce na previsão de que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”¹; a igualdade material, por prever como objetivos da República “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”²; e, ainda, a igualdade por reconhecimento, consistente no respeito às minorias, sua identidade e suas diferenças, também consagrada em um dos objetivos fundamentais do país, qual seja, o de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer

33

O papel do empregador como inibidor de práticas de racismo no ambiente de trabalho

Amanda Costa

Trata-se de análise do Processo nº 0000709-13.2015.5.12.0014, ajuizado por Ana Amélia Ferreira dos Santos em face de Makro Atacadista S.A., em que a autora alega ter sido vítima do crime de injúria racial por parte de outra empregada da empresa, bem como ter sofrido outros episódios de ofensas dentro do ambiente de trabalho, sem que houvesse nenhuma manifestação ou medida tomada por parte da empresa.

A Reclamante afirma que a empresa estava ciente dos fatos por terem sido por ela reportados aos seus superiores hierárquicos e ao canal de reclamações interno. Diante dessa situação, em que nada foi feito, a autora requereu a indenização por danos morais.

Em defesa, a empresa negou que ela tenha sofrido ofensas e injúrias raciais.

A sentença de primeiro grau, com base nos depoimentos das partes e das testemunhas, entendeu que o canal disponibilizado para solução dos problemas pela empresa, por ser em inglês, dificultava o seu acesso pelos empregados. Ademais, determinou que houve assédio praticado por um empregado, pelo qual o empregador tem responsabilidade objetiva. A condenação em danos morais foi arbitrada em quinhentos mil Reais, tendo sido reduzida em grau recursal para setenta mil Reais, valor mantido pelo Tribunal Superior do Trabalho ("TST").

35

Equidade racial e direitos

Nas relações sociais, nelas compreendidas as relações de trabalho, é imperioso que sejam observados os princípios norteadores da vida em sociedade, sendo que um dos mais importantes, derivado do princípio da igualdade, é o princípio da não discriminação. Nas palavras de Maurício Godinho Delgado, o princípio da não discriminação compreende "a diretriz geral vedatória de tratamento diferenciado à pessoa em virtude de fator injustamente desqualificante"¹. Ainda de acordo com Delgado, a prática de discriminação consiste naquela conduta em que se nega a alguém, em função de fator injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta vivenciada.²

O princípio da não discriminação está presente na Lei nº 9.029 de 13 de abril de 1995, que em seu artigo 1º, estabelece a proibição de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação

de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas as hipóteses de proteção ao menor de idade previstas no inciso XXXIII, do artigo 7º, da Constituição Federal de 1988. Paralelamente, no âmbito do direito internacional do trabalho, a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho ("OIT")³, também trata de medidas relativas à proibição de discriminação em matéria de emprego e profissão.

Embora haja legislação específica sobre o tema, são inúmeras situações julgadas diariamente pela Justiça do Trabalho brasileira envolvendo práticas de discriminação racial no ambiente de trabalho. Reforça-se, pois, a importância de se fazer um olhar crítico sobre o assunto, principalmente no que se refere às formas de prevenção e às sanções que os empregadores poderão sofrer, seja por suas ações ou omissões, ao não incentivarem a promoção de um ambiente de trabalho saudável e harmonioso.

36

Em razão da força de políticas afirmativas e do rigor da legislação envolvendo o tema, há que se dizer que as empresas têm dado especial atenção, até mesmo por questões de governança corporativa, às estratégias para o combate à discriminação e ao racismo. Elas têm criado programas institucionais de incentivo e promoção do respeito no ambiente de trabalho e editado normas e políticas internas proibindo condutas discriminatórias, assédio e outras formas de opressão com previsão de sanções que podem envolver, inclusive, demissão por justa causa e/ou comunicação dos atos faltosos às autoridades competentes.

O caso citado acima demonstra que a condenação da empregadora foi fundamentada na conduta omissiva da empresa que, mesmo tendo recebido denúncias por parte da autora via reporte a superiores hierárquicos e denúncia em canal de comunicação interno no ambiente de trabalho, não tomou atitudes para solucionar o problema.

O valor fixado para fins de indenização, consoante entendimento do TST foi de que o valor arbitrado atenderia ao princípio da razoabilidade e o critério satisfatório-punitivo da compensação por dano moral.

Contudo, em que pese o aumento da conscientização do empregador sobre seu papel social fundamental na promoção do respeito e no combate ao racismo no ambiente de trabalho, é necessário que as empresas incentivem seu capital humano a fazerem o mesmo. São frequentes as situações apreciadas pelo TST de assédio moral racista por parte de superior hierárquico⁴, indicando a necessidade de treinamento específico para líderes e gestores acerca das melhores práticas de liderança, que prezem pelo respeito aos subordinados e às relações de trabalho. O melhor interesse do empregador em garantir a efetividade desses treinamentos reside na sua responsabilização em caso de danos decorrentes de ato praticado por seu empregado, no exercício de seu trabalho ou em razão dele – como o caso acima descrito.

37

As decisões do TST mostram que o papel social do empregador vai além do vínculo de emprego pelo qual o empregado, em troca de salário, contribui com sua força de trabalho para a promoção do lucro ao empregador. Reciprocamente, o empregador tem o dever de promover e garantir que a força de trabalho do empregado seja exercida em ambiente saudável e harmonioso. Se na sociedade em geral, como parte de política pública, os governos municipais, estaduais ou federal buscam criar a consciência coletiva para que as relações na sociedade sejam baseadas na tolerância e no respeito, no âmbito laboral, caberá ao empregador garantir boas relações interpessoais de trabalho em um ambiente saudável.

Como foi possível aferir do caso concreto mencionado, a prova da prática de ato de racismo no ambiente de trabalho vem sendo considerada pelo TST em recentes julgados⁵ como um viabilizador da rescisão indireta do contrato de trabalho

(também conhecida como a justa causa aplicada pelo empregado ao empregador), o que reforça o grau de reprovabilidade das práticas de racismo pela sociedade.

As empresas, enquanto detentoras do papel social de promover a igualdade material, devem criar políticas contrárias ao racismo no ambiente de trabalho, bem como programas de inclusão voltados à atração, retenção e desenvolvimento de minorias, com o objetivo de promover a igualdade material e o respeito à diversidade no ambiente de trabalho.

Assim, pode-se concluir, que não se trata somente de instituir políticas de aversão ao tratamento discriminatório no ambiente de trabalho, mas também de garantir a sua efetividade, ativamente combatendo o racismo e outras práticas de discriminação. Como dito, isso pode ser feito por meio de ações afirmativas, treinamento específico de líderes e gerentes para identificar e coibir desvios

38

e instituição de canais de denúncia difundidos que garantam o anonimato e adoção das medidas cabíveis, sempre conduzindo as investigações de maneira prudente, sigilosa, respeitando a ampla defesa e o contraditório e a gradação de eventuais penalidades. ■

¹ DELGADO, Maurício Godinho. Princípios de direito individual e coletivo do trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 42.

² DELGADO, Maurício Godinho. Princípios de direito individual e coletivo do trabalho. 3 ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 43.

³ A Convenção nº 111, aprovada pela OIT, em 1958, ratificada pelo Brasil em 26 de novembro de 1965, e promulgada pelo Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968, assim conceitua discriminação: "(I) Para os fins da presente Convenção, o termo «discriminação» compreende: a) Toda a distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade e oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão; b) Toda e qualquer distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Estado Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de patrões e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados."

⁴ Processos TST-AIRR-234-50.2016.5.23.0003, TST-RR-831-24.2012.5.09.0011 e TST-RO-1001595-16.2015.5.02.0000.

⁵ Processo TST-RR-134-66.2011.5.04.0402

Direitos das pessoas com deficiência

Crimes de racismo, injúria racial e imprescritibilidade

Flavia Guimarães Leardini e Maria Tereza Grassi Novaes

Diversos são os casos que poderiam ser relacionados no presente artigo a fim de ilustrar condutas discriminatórias ou preconceituosas que extrapolaram os limites da liberdade de expressão e feriram princípios como a igualdade, a inviolabilidade da honra e da imagem das pessoas de forma a atingir valores da sociedade brasileira.¹ Apesar de muitos os casos, foram poucos os que, por inúmeras razões – inclusive em virtude de um elevado índice de subnotificações dessas condutas –, chegaram às cortes superiores brasileiras.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) voltou a se manifestar acerca da imprescritibilidade dos “crimes de racismo”, em especial no que toca à injúria racial, figura prevista no artigo 140, § 3º do Código Penal após reforma empreendida pela Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997.

conceituação jurídica foi estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal (“STF”) no julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.424-2/RS⁶ (Caso Ellwanger).

Ante as polêmicas até então verificadas acerca da existência e delimitação do racismo como fenômeno social e jurídico, e a fim de se obter o real sentido e alcance da norma constitucional, a definição jurídico-constitucional do termo “racismo” foi dada pelo STF por meio da conjugação de fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais, e não pelo mero conceito biológico de “raça”. Ou seja, partindo da premissa de que não há subdivisões biológicas na espécie humana, entendeu o STF que a divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo político-social. Desse processo origina-se o racismo, que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista, o que perfaz realidade inconciliável com os padrões éticos e morais definidos pela Constituição Federal Brasileira.⁷

Orientando-se pelo precedente anterior,² a Sexta Turma do STJ, em julgamento realizado em fevereiro do presente ano,³ ratificou o entendimento de que a injúria racial seria mais uma conduta inserida no cenário dos “crimes de racismo” e não um tipo autônomo e de implicações essencialmente distintas⁴. Portanto, aquela seria merecedora do mesmo tratamento constitucional conferido a estes, qual seja, a imprescritibilidade.⁵

Isso porque, por se tratar a injúria racial de ato resultante de preconceito de raça ou de cor – elemento exigido pelo tipo em análise –, viria ela a integrar o rol não taxativo de condutas constantes da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, ainda que prevista em outro código. De acordo com o entendimento esposado, a discriminação e o preconceito seriam espécies do gênero racismo, cuja

40

Equidade racial e direitos

Consignou-se, portanto, que os crimes de racismo (gênero do qual faria parte a injúria racial) teriam por base “os preconceitos e sua propagação, que discriminam grupos e pessoas, a elas atribuindo as características de uma ‘raça’ inferior em função de sua aparência ou origem”.⁸ Assim definiram-se, pois, as condutas a que o constituinte houve por conferir tratamento diferenciado, vedando-lhes a prescrição e outros possíveis benefícios penais e processuais.

Voltando ao precedente do STJ, a controvérsia jurídica que se pretendeu resolver mediante a compreensão da injúria racial como espécie dos “crimes de racismo” deriva de que ela não somente está fora da lei específica que trata desses delitos (argumento formal-topográfico) mas de a injúria exprimir ofensa à honra de indivíduo determinado, e não a uma coletividade (argumento substancial). Contudo, um breve olhar aos tipos penais arrolados na Lei nº 7.716/89 (artigos 3º a 20) evidencia que, ao contrário do que faz o tipo principal inscrito em seu artigo 20,

41

¹ HC 109676, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 11/6/2013, DJe-158 de 14/8/2013

² AgRg no AREsp 686.965/DF, Rel. Min. Ericson Maranho (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 18/8/2015, DJe 31/8/2015

³ STJ, AgRg no AREsp 734.236/DF, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 27/2/2018, DJe 8/3/2018

⁴ No último dia 4/6/2018, o STF confirmou a decisão do STJ referida, reconhecendo a injúria racial ser merecedora do mesmo tratamento constitucional conferido aos crimes de racismo nos autos do ARE 983531 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, v. <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=983531&classe=ARE-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>

⁵ Art. 5º, XLII da CF: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

⁶ STF, HC 82.424, Rel. Min. Moreira Alves, Rel. p/ Acórdão: Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 17/9/2003, DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524

⁷ A respeito, veja-se notícia divulgada pelo website do Supremo Tribunal Federal a respeito do julgamento em questão: http://www2.stf.jus.br/portalStf/internacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185077&modo=cms. Acesso em 8/6/2018.

⁸ AgRg no AREsp 686.965/DF, Rel. Min. Ericson Maranho (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 18/8/2015, DJe 31/8/2015.

⁹ “Artigo 103 - Salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exerce dentro do prazo de 6 (seis) meses, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do § 3º do art. 100 deste Código, do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia.”

muitos tutelam imediatamente interesses individuais e apenas mediatamente o interesse difuso sobre a igualdade racial; as diferentes figuras típicas seriam, pois, complementares, e a tutela jurídica do princípio da igualdade tende a privilegiar óticas materiais e sistêmicas em detrimento da análise isolada de leis.

Sendo assim, havendo ofensa à honra subjetiva por meio da utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião e origem, pode-se configurar espécie do crime de racismo, prescindido, portanto, de lapso temporal para a sua persecução penal – à luz da imprescritibilidade estatuída pela Constituição Federal para esse gênero de delitos.

Apesar da equiparação aos “crimes de racismo” no tocante à imprescritibilidade, o rito estabelecido pelo Código Penal para a injúria racial mantém-se diverso daquele previsto na Lei nº 7.716/89. Ou seja, para a injúria racial, em razão inclusive da determinação da vítima atingida pela conduta discriminatória e ofensiva à honra subjetiva, o

Ministério Pùblico dependerá da representação do ofendido – a ser apresentada no prazo de seis meses⁹ – para promover a ação penal, o que não é exigido nos demais crimes de racismo dispostos na Lei nº 7.716/89, os quais são de ação penal pública incondicionada.

Por fim, acertado ou não o entendimento reafirmado pelo STJ no corrente ano, o qual visa a facilitar a persecução criminal, é certo que a imprescritibilidade conferida à injúria racial não resolverá o histórico déficit de observância do princípio da igualdade presente na sociedade brasileira, o qual requer urgentes avanços educacionais, culturais e políticos – mormente em uma sociedade ainda tão demarcada pelas heranças da escravidão. Sem eles, o direito penal – que não é instrumento apto a equacionar ou gerir problemas sociais – nada fará, até porque incide somente em uma diminuta fração dos atos discriminatórios ocorrentes, e tampouco poderá prevenir a perpetuação dessas condutas praticadas diariamente sem maiores consequências. ■

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.357 e a importância da educação inclusiva para a construção de uma sociedade democrática

Jéssica Tolotti Canhisares

Uma sociedade democrática, justa e solidária é aquela que abraça a diversidade. Essa é a essência do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.357¹ ("ADIn 5.357"), proposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN), em que o plenário do Supremo Tribunal Federal ("STF"), sob a relatoria do Ministro Edson Fachin, se pronunciou de forma paradigmática² em matéria de direitos das pessoas com deficiência³. O STF julgou improcedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade dos artigos 28, §1º e 30, caput, da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), que obrigam as instituições de ensino, públicas e privadas, a adequarem-se em termos pedagógicos, de infraestrutura ou de

qualquer outra forma necessária para a efetivação de uma educação inclusiva, vedada a cobrança de valores adicionais em suas mensalidades, anuidades e matrículas. A CONFENEN argumentava, a partir de teses de violação do direito de propriedade e à livre iniciativa e na obrigação do Estado de promover o atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência, que essas obrigações implicariam custos desproporcionais para as escolas privadas⁴.

O julgamento da ADIn 5.357 é relevante para a promoção e defesa dos direitos das pessoas com deficiência não apenas por seus sólidos fundamentos jurídicos – invocou os objetivos fundamentais da República, os direitos fundamentais das pessoas com deficiência e as

45

Direitos das pessoas com deficiência

obrigações assumidas pelo Brasil no âmbito internacional –, mas também pela humanidade marcante dos votos dos Ministros, que perceberam na alteridade o elemento essencial da realização de uma sociedade democrática, justa e solidária. Confirmou-se, assim, que a inclusão das pessoas com deficiência não recai unicamente sobre o Estado, sendo tarefa também dos particulares.

Essa perspectiva alinha-se com a mudança, invocada pela Ministra Rosa Weber em seu voto, da percepção do que é a deficiência: se antes era um conceito médico, ela é hoje um conceito social. A marginalização da pessoa com deficiência não pode mais ser imputada à condição individual, mas ao contexto social, verdadeiro gerador de impedimentos, barreiras e exclusão.

Em seu voto, o Ministro Edson Fachin invocou os objetivos fundamentais da República inscritos no artigo 3º da Constituição Federal e observou que "somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem

de todos seja promovido sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação". Pontuou, com sensibilidade, que "o enclausuramento em face do diferente furtar o colorido da vivência cotidiana, privando-nos da estupefação diante do que se coloca como novo, como diferente". Assim, a questão não se refere apenas ao direito de inclusão da pessoa com deficiência, mas também ao direito de todos de conviver com a pluralidade. A presença de uma criança com deficiência em uma escola regular, como acrescentou o Ministro Teori Zavascki, é uma oportunidade especial para uma lição de humanidade, solidariedade e fraternidade, e de convivência sem exclusões e discriminações.

Outro aspecto notável do acórdão é que o STF, depois de invocar a proteção constitucional da pessoa com deficiência⁵, buscou o fundamento para o direito a um ensino inclusivo no artigo 24 da Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2006 – que no Brasil tem status de emenda constitucional⁶. Esse dispositivo

46

O papel do empregador como promotor da inclusão social da pessoa com deficiência

Amanda Costa

Pessoas com deficiência são aquelas que têm “impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”¹. Essas pessoas, em que pese possuírem, na maioria das vezes, deficiências que lhes incapacitam apenas parcialmente para determinados tipos de trabalho, são excluídas do mercado de trabalho e muitas vezes privadas de oportunidades de provar o seu potencial, a sua adaptabilidade ao mercado de trabalho e a possibilidade de convivência na rotina de uma empresa. É frequente a busca unicamente pelo cumprimento da lei ou a criação de empregos de caráter subalterno apenas para pessoas com

deficiência. Contudo, é preciso promover a efetiva integração das pessoas com deficiência no ambiente empresarial, ocupando cargos dignos a fim de que, respeitadas suas limitações, possam mostrar seu potencial².

A Convenção nº 159 da Organização Internacional do Trabalho (“OIT”)³ e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas (“ONU”)⁴ fixaram diretrizes políticas de reabilitação profissional e emprego para pessoas com deficiência. A convenção da ONU, em seu artigo 2º, ampliou o conceito de discriminação por motivo de deficiência definindo-a como “qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir

48

Direitos das pessoas com deficiência

estabelece uma meta de inclusão plena para as pessoas com deficiência e veda a exclusão do sistema educacional regular sob o pretexto de sua deficiência. Logo, a Lei nº 13.146/2015 não inovou e não contrariou o ordenamento jurídico brasileiro, mas atendeu ao compromisso constitucional e internacional de proteção e promoção dos direitos das pessoas com deficiência, especialmente por meio do ensino inclusivo.

Por fim, cabe dizer que o STF, relembrando que os direitos de propriedade e à livre iniciativa não são absolutos, consagrou a inclusão da pessoa com deficiência como objetivo a ser perseguido por todos e, também, a escola como o ambiente privilegiado para tanto, já que “à escola não é dado escolher, segregar, separar, mas é seu dever ensinar, incluir, conviver”. ■

¹ STF, ADI nº 5.357 MC-Ref, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. 09/06/2016, DJ 10/11/2016. O pedido foi julgado improcedente por maioria de votos, vencido o Min. Marco Aurélio.

² A inclusão no ensino regular não é tema novo no STF, que já havia reconhecido a obrigatoriedade de uma escola pública remover as

barreiras arquitetônicas em prol da acessibilidade às pessoas com deficiência (STF, RE nº 440.028, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, j. 29/10/2013, DJ 25/11/2013).

³ Não é sem importância o correto uso de termos técnicos quando se busca falar de inclusão e de temas marcados por estigmas e preconceitos. O termo “pessoas com deficiência”, hoje objeto de consenso no meio jurídico e nas organizações voltadas à promoção e defesa dos direitos das pessoas com deficiência, foi cunhado na Declaração de Salamanca de 1994 e consagrado na Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2006. O termo substituiu a expressão “pessoas portadoras de deficiência” utilizado anteriormente, cuja inadequação reside na aparente voluntariedade que o verbo “portar” invoca. Eufemismos presentes em expressões como “excepcionais”, “pessoas especiais” ou “pessoas com necessidades especiais” são combatidos, bem como os termos “deficiente” ou “pessoa deficiente”, por transmitirem a ideia de que a pessoa é deficiente “por inteiro”. Ressalve-se que a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional pertinente adotaram, em razão da época em que editadas, a terminologia “pessoa portadora de deficiência”. Sobre a terminologia, veja-se: <http://diversa.org.br/artigos/como-chamar-pessoas-que-tem-deficiencia/>. Acesso em 08/06/2018.

⁴ A CONFENEN alegou violação aos artigos 5º, caput, XXII, XXIII, LIV, 170, II e III, 205, 206, caput, II e III, 208, caput, III, 209, 227 da Constituição Federal.

⁵ Artigos 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 40, §4º, I, 201, §1º, 203, IV e V, 208, III, 227, §1º, II, e 2º, e 224 da Constituição Federal.

⁶ Trata-se da primeira convenção internacional de direitos humanos a ser incorporada ao direito brasileiro com status de emenda constitucional, na forma do §3º do artigo 5º da Constituição Federal, após a reforma da Emenda Constitucional nº 45.

47

ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável".

No âmbito nacional, a Constituição Federal confere proteção especial às pessoas com deficiência por meio de garantias constitucionais como a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho (artigo 1º, incisos III e IV); a construção de uma sociedade justa e solidária e a redução das desigualdades sociais (artigo 3º, incisos I e III); o direito social ao trabalho (artigo 6º, caput); a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano com o fim de assegurar a todos uma existência digna conforme os ditames da justiça social (artigo 170); bem como a ordem social cuja base é o primado do trabalho (artigo 193).

No mesmo sentido a legislação previdenciária prevê, no artigo 93 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991⁵, uma ação afirmativa em benefício das pessoas com deficiência reabilitadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social ("INSS"). Referido artigo é norma autoaplicável e estabelece o percentual mínimo de vagas que devem ser reservadas às pessoas com deficiência, desde que haja beneficiário reabilitado ou pessoa com deficiência habilitada, considerando o número total de empregados da empresa⁶.

O parágrafo 1º do citado artigo 93 da Lei nº 8.213/1991⁷, por sua vez, trata de uma garantia indireta de emprego ao estabelecer condição objetiva e essencial (de interpretação restritiva) que é a necessidade de prévia contratação do substituto para ocupar o cargo de profissional com deficiência ou reabilitado pelo INSS (contratado em razão da previsão contida no caput do artigo) demitido imotivadamente. Caso essa dispensa ocorra, como no Processo nº TST-RR-770-71.2013.5.09.0095⁸, ela será nula se não cumprir essa condição.

¹⁰ Atualmente o processo está pendente de julgamento de recurso de revista pelo TST.

¹¹ A validade da instituição dessas práticas como meios de recrutamento de pessoas com deficiência foi considerado pelo Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, nos autos do processo TST-AIRR-44-24.2011.5.02.0011 como uma das formas para que as empresas consigam cumprir a cota mínima legal. Muito embora no processo específico a ré, Sé Supermercados Ltda., por questões técnicas como falta de data no documento de convênio, não tenha conseguido provar que o não cumprimento da cota decorreu da dificuldade de recrutamento dos profissionais, não se pode descartar esse instrumento como norteador para os empregadores que buscam a observância do art. 93, da Lei 8.213/91.

Empresas que descumprem o disposto no artigo 93, caput e parágrafo 1º da Lei nº 8.213/1991 podem ser autuadas administrativamente pelo Ministério do Trabalho e Emprego, pelo Ministério Público do Trabalho e pelo Sindicato da Categoria (caso haja disposição para tanto em norma coletiva), bem como podem ser condenadas na Justiça do Trabalho por eventuais ações trabalhistas individuais (propostas pelos próprios empregados) ou coletivas (ajuizadas pelo Ministério Público do Trabalho ou pelo Sindicato da Categoria), podendo haver determinação para reintegração desses empregados, imposição de limitação ao direito de contratação de novos empregados sem que seja cumprida a cota mínima de pessoas com deficiência, sem prejuízo de pagamento de danos morais individuais ou coletivos.

Nesse contexto, é dever legal e função social das empresas, dentro das suas capacidades⁹ e do seu poder de direção, atuar de maneiraativa para, dentre outras iniciativas, (i) introduzir medidas que viabilizem a criação de postos de trabalho compatíveis com

pessoas com deficiência; (ii) modificar o ambiente de trabalho para atender as limitações das pessoas com deficiência contratadas; e (iii) implementar políticas e programas internos voltados à conscientização de todos os colaboradores para recepção e relacionamento com empregados com deficiência.

Muito embora seja dever do empregador cumprir a exigência da contratação da cota mínima de pessoas com deficiência, ele não pode ser responsabilizado pelo seu descumprimento quando ficar comprovado que realizou esforços para preencher a mencionada cota. Nesse sentido foi a decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho do Rio de Janeiro, nos autos da Ação Civil Pública nº 0148400-98.2009.5.01.0482¹⁰, que envolve empresa atuante no setor de petróleo, que executa trabalhos offshore.

Da análise do acórdão proferido nesse processo, "a lei de cotas, embora não tenha estabelecido exceções, deve ser aplicada com razoabilidade para que empregadores não sejam excessivamente

50

empregados, sem prejuízo de realizar medidas compensatórias para benefício dessas minorias a fim de cumprir com a sua função social.

Destaca-se a importância de treinar e capacitar profissionais de recursos humanos para a contratação, a capacitação e a empregabilidade de pessoas com deficiência participantes de processos seletivos. Atualmente, vale dizer, há consultorias especializadas que, quando contratadas, encaminham às empresas candidatos em conformidade com a legislação vigente do artigo 93, da Lei nº 8.213/91. Outra forma de buscar profissionais habilitados nos termos da lei de cotas para o preenchimento das vagas reservadas às pessoas com deficiência é a formalização de convênios com entidades de assistência e capacitação dessas pessoas ou a oferta de cursos de capacitação às pessoas com deficiência que ainda estejam desqualificadas para os empregos oferecidos pela empresa (artigos 35 e 36 do Decreto nº 3.298 de 20 de dezembro de 1999).¹¹

Por fim, é importante também introduzir nos ambientes de trabalho das empresas uma cultura de respeito para que a pessoa com deficiência se sinta verdadeiramente incluída na empresa e útil para o seu desenvolvimento e progresso, não podendo ser admitida qualquer prática discriminatória pelos demais colaboradores.

Assim, não se trata somente de instituir políticas de aversão ao tratamento discriminatório no ambiente de trabalho, mas também de garantir a sua efetividade, inclusive com a instituição de canais de denúncia anônima efetivos, respeitada a ampla defesa, o contraditório e a graduação de eventuais penalidades. ■

52

punidos por não conseguirem cumprir o percentual da totalidade de seu quadro efetivo. No caso das empresas ligadas ao setor de petróleo, que executam trabalhos offshore, o número de empregados embarcados deve ser excluído para o cálculo da cota, já que pessoas com determinados tipos de deficiência, por questões de segurança, não podem trabalhar em plataformas de petróleo. Diante da Teoria do Risco Profissional, ao empregador caberá a avaliação de cada caso separadamente, certamente não fugindo à recomendação de observância do tipo de deficiência acoplada ao trabalho ofertado, com as respectivas capacitações cabíveis”.

Sobre o assunto, é necessário ter cautela com alegações relacionadas às supostas dificuldades encontradas pelo empregador para atender ao comando do artigo 93 da Lei nº 8.213/91, sob pena de se esvaziar o conteúdo do preceito normativo. A mera alegação de que a ausência de cumprimento da cota social é resultado da falta de capacitação

e especialização de trabalhadores enquadrados como pessoas com deficiência também pode ser visto pelos Tribunais Trabalhistas como uma forma de discriminação por motivo de deficiência.

Esse foi o entendimento mantido pelo Tribunal Superior do Trabalho (“TST”), no processo TST-RR-770-71.2013.5.09.0095 (já citado na nota de rodapé 8), nº qual os julgadores entenderam haver dispensa discriminatória, nos termos da Súmula 443 do TST, já que, segundo entendimento jurisprudencial, se presume “discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego”.

Desse modo, cumpre à empresa que não observou a cota mínima comprovar cabalmente que houve verdadeiro esforço para recrutamento e seleção de profissionais qualificados, bem como manutenção das pessoas com deficiência em seu quadro de

Pessoas com deficiência e a tutela do direito penal

Rogério Fernando Taffarello

Atendendo-se ao chamado da coordenação da presente obra coletiva, lançou-se o desafio, entre outros, de no âmbito de uma discussão mais ampla acerca de direito e diversidade, abordar, também sob o ângulo penal, problemas legais atinentes às pessoas com deficiência.

Como efeito da promulgação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, internalizada no direito brasileiro por meio do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, bem assim como decorrência da ordem de valores positivada pela Constituição Federal de 1988, veio a lume, há poucos anos, a Lei Federal nº 13.146, de 6 de julho de 2015, a qual, conforme expressa a sua epígrafe, sistematiza no Brasil o tratamento jurídico relativo à “inclusão da pessoa com deficiência”.

Referido diploma legislativo, também conhecido como “Lei Brasileira de Inclusão” ou ainda como “Estatuto da Pessoa com Deficiência”, inovou em nossa ordem jurídica ao instituir, em seus artigos 88 a 91, tipos penais específicos atinentes a práticas discriminatórias que os titulares desses direitos possam sofrer – e efetivamente sofrem – no seio social. Tais figuras legais incriminam condutas como a prática, indução ou incitação à discriminação de pessoa em razão de sua deficiência (artigo 88), a apropriação ou desvio de bens ou direitos patrimoniais de pessoas com deficiência (artigo 89), o abandono dessas pessoas em hospitais, casas de abrigo ou estabelecimentos congêneres (artigo 90) e a retenção ou uso indevido de cartão magnético ou outro meio ou documento utilizado por pessoa com deficiência para o recebimento de benefícios ou direitos (artigo 91).

¹ Art. 2º da Lei Federal nº 13.146 de 6 de julho de 2015, que regulamenta internamente as disposições da Convenção da ONU.

² Em recente julgado pelo Tribunal Superior do Trabalho (Processo nº TST-RR-1301-47.2010.5.09.0004), nos autos de ação trabalhista ajuizada por Ana Caroline Oliveira Machado foi mantida a condenação do Cinemark Brasil S.A. ao pagamento de danos morais, no valor de cinco mil Reais, por ofensa à dignidade de empregada com deficiência (hemimelia fibular), na medida em que foi comprovado pela prova oral e documental (um cartaz com a informação de que os empregados da bilheteria deveriam trabalhar em pé) a obrigação imposta a autora. Restou entendido que a ré, ao exigir que a autora trabalhasse em pé durante toda a jornada de trabalho, deixou de observar a sua condição especial, provocando-lhe desconforto e sofrimento físico, o que se traduz em evidente ato ilícito.

³ Ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 129, de 22 de maio de 1991.

⁴ Incorporada ao sistema jurídico nacional por meio do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

⁵ Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção: até 200 empregados...2%; de 201 a 500...3%; de 501 a 1.000...4%; de 1.001 em diante... 5%.

⁶ De acordo com o entendimento mantido pelo TST, nos autos do processo nº TST-Ag-AIRR-10937-76.2014.5.01.0050, “não é qualquer portador de deficiência que está a empresa obrigada a contratar ou a manter contratado, mas apenas aqueles que sejam beneficiários de reabilitação ou os que, portadores de deficiência, demonstrem habilidade para alguma atividade no quadro da empresa, não havendo que se obrigar as empresas, indistintamente, à contratação sem critérios, apenas pelo fato de o contratado ser deficiente, físico ou mental.”

⁷ Art. 93 §1º, da Lei 8.213/91. “A dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante”

⁸ Em ação ajuizada por Marcos Antunes (Processo nº TST-RR-770-71.2013.5.09.0095) foi mantida pelo TST a condenação da empresa VRG Linhas Aéreas S.A. no sentido de reintegrar empregado com deficiência cujo contrato de trabalho foi rescindido imotivamente sem que tivesse sido cumprido a disposição do §1º do art. 93 da Lei 8.213/91, qual seja a contratação de substituto de condição semelhante. No caso, a dispensa do autor foi considerada nula e de cunho discriminatório e ele foi reintegrado aos quadros da empresa.

⁹ Constitui, assim, dever da empresa promover o que, à luz da citada Convenção, denomina-se de “adaptação razoável”, compreendida como “as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais”.

meio de vigência¹ da lei ainda não tenham sido judicializados, e portanto não apareçam nos sistemas da Justiça.²

É de se ver, ainda, que, para além da existência desses tipos específicos trazidos pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, também o Código Penal (“CP”) traz um tipo legal de crime relacionado ao tema: trata-se da injúria qualificada, prevista no artigo 140, § 3º do CP³ a qual incrimina com pena majorada a ofensa à dignidade ou decoro de alguém que se pratique mediante a utilização de “elementos referentes a [...] condição de pessoa [...] portadora de deficiência”. E, com efeito, se essa figura delitiva apresenta, em certa medida, semelhantes questões relacionadas a uma subnotificação em virtude de fatores acima expostos (especialmente a vulnerabilidade social do grupo populacional tutelado), é também possível que a sua incidência em casos penais contribua de algum modo para que o delito da lei específica relativo a atos mais genéricos de discriminação

contra pessoas com deficiência (Lei 13.146/15, artigo 88) tenha incidência concreta menor do que seria de se esperar em investigações e processos criminais, visto que as figuras legais se superpõem e se excluem em certos casos - ocasionando um conflito aparente de normas penais.

De todo modo, é preciso ter algo em mente: o direito penal, embora possa ser instrumento útil para a repressão de fatos de especial gravidade, absolutamente não é o meio adequado para gerir ou resolver problemas sociais, dos quais é exemplo o déficit de efetividade do princípio da igualdade na sociedade brasileira. O direito penal, é preciso compreender-se, é meio violento de administração de conflitos sociais, por meio do qual o Estado restringe a liberdade de cidadãos ao intervir coercitivamente para reprimir uma violência praticada por alguém contra um direito fundamental de outrem; e, porque coercitivo e violento, gera estigmatizações, privações de direitos e liberdades, riscos de outras respostas

Sucede, porém, que, três anos após a promulgação da lei, praticamente não se encontram rastros de incidência dessas espécies delitivas no noticiário geral ou especializado, e tampouco nos canais de pesquisa eletrônica de processos dos tribunais brasileiros.

Tal situação conduz, inevitavelmente, a que se indague: por que isso ocorre? E, ante a inexistência de estudos empíricos que se dediquem a responder essa indagação, parece-nos oportuno especular, ainda que sem maior pretensão científica ou rigor metodológico, algo do que possa respondê-la.

Em primeiro lugar, é necessário lembrar que, tipicamente, delitos que visem a proteger interesses de grupos especialmente vulneráveis tendem a apresentar elevados índices de subnotificação – correspondentes à diferença entre o número de fatos efetivamente ocorridos e o daqueles efetivamente levados ao conhecimento das agências de controle (polícias e Ministério Público) –, na medida em que grupos sociais mais vulneráveis tendem a ter menos

acesso a autoridades ou, quando o têm, tendem a confiar menos na disposição dos órgãos públicos em atender-lhes a contento. Em segundo lugar, em um país ainda tão carente de efetividade do princípio da igualdade, é comum haver uma naturalização de atos discriminatórios, os quais, mesmo quando de gravidade juridicamente relevante, nem sempre são percebidos como potenciais ilícitos e por vezes chegam a ser vistos como “brincadeiras” socialmente aceitáveis; de outra parte, é também comum que autoridades não se mostrem suficientemente conscientes da relevância e impacto individual e social dessas condutas, deixando de investigar eficazmente tais atos. Em terceiro lugar, cumpre lembrar a conhecida ineficiência das agências estatais de controle do crime, que faz que investigações criminais em geral, até mesmo as de baixa complexidade, possam arrastar-se por anos em delegacias de polícia sem resultarem em seu arquivamento ou na formalização de processos criminais – o que, a seu turno, faz que ilícitos possivelmente notificados nesses quase dois anos e

56

violentas e outros efeitos individuais e sociais bastante nocivos a cidadãos e à comunidade. Não obstante, seu eventual uso excessivo tende a elevar a cultura autoritária da burocracia estatal, fragilizando a democracia e o Estado de Direito. E, por isso mesmo, só deve o direito penal intervir em fatos marcadamente graves, para os quais nenhuma política pública ou intervenção jurídica de outras naturezas (regulação civil ou administrativa, por exemplo) mostre-se eficaz.

Assim é que, sem qualquer sombra de dúvidas, a busca da sociedade e dos cidadãos brasileiros por uma realidade mais igualitária e inclusiva e por maior justiça social há que compreender que os vetores determinantes para que tais objetivos sejam atingidos estão no desenvolvimento de políticas públicas eficientes, para as quais há toda uma vasta gama de instrumentos jurídicos à disposição de cidadãos e agentes públicos – boa parte deles sistematizada ao longo de mais de uma centena de artigos previstos no Estatuto da Pessoa com

Deficiência, dos quais, acertadamente, apenas uma diminuta porção cuida de normas de direito penal. E, conseguindo-se dar cumprimento às normas e princípios gerais ali estabelecidos, é de se esperar que os seus tipos penais se tornem pouco necessários – e então a sua reduzida presença em processos nos tribunais brasileiros será devida menos à indesejável subnotificação do que à mais que desejável inocorrência de tais ilícitos. Caminhemos. ■

¹ Note-se que, embora a Lei nº 13.146/15 já conte quase três anos, o seu período de vigência tem seis meses a menos, por força de seu artigo 127, que determinou sua entrada em vigor somente 180 dias após a data de sua publicação – evento que ocorreu, portanto, em janeiro de 2016.

² Importa, conduto, deixar claro: é certo que ofensas graves – e, portanto, penalmente relevantes – praticadas contra pessoas com deficiência ocorrem com frequência no Brasil, conforme aponta recentíssimo relatório da organização internacional Human Rights Watch a respeito, publicado em fins de maio do corrente ano. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/report/2018/05/23/318044>>, acesso em 23/05/2018.

³ Está-se a cuidar do mesmo dispositivo de lei que criminaliza a injúria racial, modalidade mais conhecida de injúria qualificada por discriminação, a qual, como aqui se aponta, não é, porém, a única.

58



Liberdade religiosa

Liberdade religiosa

religioso, com professores que atuam como representantes de igrejas.

Em uma votação apertada, o STF rejeitou a ADI 4.439, por seis votos a cinco, reconhecendo a possibilidade do ensino religioso confessional. Votaram pela procedência da ação o Relator Ministro Roberto Barroso e os Ministros Marco Aurélio Mello, Celso de Mello, Rosa Weber e Luis Fux. Votaram pela improcedência da ação os Ministros Alexandre de Moraes, Carmen Lúcia, Edson Fachin, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes.

Os Ministros que entenderam pela possibilidade do ensino confessional argumentam que a previsão expressa de facultatividade da matéria na Constituição Federal seria contraponto suficiente ao ensino de caráter religioso confessional ou interconfessional nas escolas públicas.

Infelizmente, essa decisão não parece fazer prevalecer de forma absoluta o direito à diversidade religiosa, que deveria abranger inclusive aqueles que optam por não ter qualquer crença. Ainda que, em teoria, seja possível compatibilizar o ensino religioso com o Estado laico, já que a própria Constituição Federal prevê que o ensino religioso nas escolas públicas será matéria facultativa, na prática, essa faculdade nem sempre é respeitada de forma plena.

A realidade hoje é que não há parâmetros curriculares e conteúdos mínimos propostos pelo Ministério da Educação em matéria de ensino religioso, o que resulta na adoção dos mais variados modelos de ensino pelos sistemas de educação estaduais e municipais (ensino confessional, ensino interconfessional, ensino sobre religiões, entre outros). Há sistemas em que a matrícula na matéria é automática, devendo o aluno requerer o seu desligamento; há

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.439 e o ensino religioso confessional nas escolas públicas

Jaqueline Mello Joseph

O tema da liberdade religiosa foi recentemente abordado pelo Supremo Tribunal Federal ("STF") na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.439 (ADI 4.439), que tratou da impossibilidade do ensino religioso confessional em escolas públicas, isto é, do ensino vinculado a uma ou mais igrejas ou confissões religiosas. O debate foi trazido pela Procuradoria Geral da República que sustentou o entendimento de que nas escolas públicas é vedado o proselitismo, sendo proibida a admissão de professores na qualidade de representantes de quaisquer religiões.

A tese embasou-se na alegada necessidade de compatibilização do caráter laico do Estado, consagrado pelo artigo 19, inciso I, da Constituição

Federal – de acordo com o qual o Estado deve adotar uma postura de total neutralidade com relação aos assuntos religiosos –, com a previsão de que as escolas públicas de ensino fundamental devem contar com a disciplina do ensino religioso, de matrícula facultativa, constante no artigo 210, parágrafo 1º, do mesmo diploma.

De acordo com o Procurador Geral, as autoridades públicas competentes estariam interpretando e aplicando o artigo 33 da Lei de Diretrizes e Bases da educação nacional (Lei nº 9.394/96), que disciplina o ensino religioso nas escolas públicas, como se compatível com o ensino confessional ou interconfessional, que torna as escolas espaços de doutrinamento

60

Liberdade religiosa

outros em que a inclusão do aluno depende de manifestação expressa. Há sistemas que computam o ensino religioso na carga horária mínima fixada pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação, mas a avaliação da disciplina pode ou não ser considerada para fins de promoção do aluno. Não são todos os sistemas que oferecem alternativas para o aluno que opta por não cursar a matéria de ensino religioso, o que pode, no limite, fazer com que o aluno não cumpra a carga horário mínima requerida. Por fim, não há uma definição clara sobre os requisitos de admissão de professores na rede pública para ministrar o ensino religioso, tampouco das exigências quanto à graduação ou, ainda, quanto à indicação ou credenciamento por autoridades religiosas.

Nesse sentido, sem a existência de parâmetros nacionais para a disciplina, como bem asseverou o Ministro Relator Roberto Barroso

em seu voto, "não existe um mecanismo que contribua para que o conteúdo do ensino religioso seja transmitido sem proselitismo e com respeito à liberdade religiosa dos alunos em todas as escolas de ensino fundamental no Brasil."

Em linha com os Ministros que votaram a favor da ADI 4.439, entendemos que garantir aos alunos das escolas públicas o conhecimento sobre as diferentes religiões da forma mais neutra e imparcial possível promove a diversidade religiosa e favorece a tolerância e o respeito mútuo no ambiente escolar. ■

62

A liberdade de religião no ambiente de trabalho

Marilia Veiga Ravazzi

A Constituição Federal de 1988, em seus artigos 5º, incisos VI e VIII, e 19, inciso I, preconiza o Estado laico, ou seja, o Estado sem uma religião oficial, conferindo assim liberdade religiosa a todos os seus cidadãos¹. A separação entre as igrejas e o Estado é uma das maiores conquistas sociais, advinda da revolução francesa e incorporada à realidade brasileira desde a proclamação da República, em 1889, tendo sido mantida em todas as constituições posteriores. Todavia, até os dias de hoje há inúmeras situações de intolerância religiosa no país, inclusive dentro dos ambientes de trabalho.

A intolerância religiosa refere-se tanto à total negação da religião, quanto à imposição radical de determinada prática religiosa. Nas relações de trabalho, qualquer extremismo relacionado

à religião pode configurar o que se chama de “assédio moral religioso”, geralmente relacionado à discriminação de empregados por motivos de religião.

Não obstante o poder diretivo e potestativo do empregador, esse não pode impor ao empregado que pratique ou se abstenha de praticar determinada religião. Da mesma forma, ainda que a liberdade de religião seja garantida ao empregado, esse nem sempre poderá impor ao empregador a prática de suas crenças no ambiente de trabalho. É nesse contexto que, na convivência social em que se inserem as relações de trabalho, a ponderação de princípios fundamentais deve ser feita com razoabilidade e proporcionalidade, de maneira a assegurar a proteção das garantias constitucionais.

63

Liberdade religiosa

Alguns casos envolvendo a liberdade religiosa no ambiente de trabalho já se tornaram emblemáticos no Poder Judiciário: processo nº TST-RR-745-84.2011.5.03.0066, a Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho (“TST”) manteve acórdão proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho (“TRT”) da 3ª Região (Minas Gerais), por considerar discriminatória a demissão de uma empregada por motivos religiosos. O acórdão declarou a nulidade da dispensa e, em despacho proferido em 27 de setembro de 2017, o Ministro e Vice-Presidente do TST, Emmanoel Pereira, deferiu liminar para determinar a imediata reintegração da empregada.

No caso concreto, a empregada manifestou indisponibilidade de trabalhar aos sábados por motivos religiosos. A empresa a demitiu “por não possuir disponibilidade de horário para atender às necessidades do setor” e por não haver “outra vaga compatível para remanejamento”. O Tribunal entendeu que a jornada de segunda a sexta-feira era totalmente compatível com as atividades da

empregadora, e que não houve provas suficientes acerca da inexistência de vagas compatíveis para um possível remanejamento. Não havendo provas de qualquer outro motivo para a demissão, o Tribunal determinou que a empregadora não poderia justificar a demissão em razão da indisponibilidade da empregada aos sábados, e presumiu discriminatória a demissão. O acórdão ponderou, ainda, que o poder potestativo do empregador de proceder à dispensa imotivada não é absoluto, encontrando limites nos princípios do valor social do trabalho, da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da não-discriminação e, por fim, da liberdade religiosa. Situação semelhante foi discutida também no Processo nº RR-51400-80.2009.5.21.0017, para o qual o TST aplicou idêntica solução.

Já no caso relacionado ao processo nº TST-AIRR-86100-18.2010.5.23.0009, a Sexta Turma do TST manteve o acórdão proferido pelo TRT da 23ª Região (Mato Grosso), deferindo indenização

64

por danos morais em razão da adoção de critérios discriminatórios religiosos no processo de admissão ao emprego. No caso específico, a coordenadora da empresa era testemunha de Jeová e ocupava importante cargo na igreja. A candidata à vaga, por sua vez, já havia sido testemunha de Jeová, mas foi desassociada da religião por ser mãe solteira. Segundo o TRT, ficou comprovado que o processo seletivo foi descontinuado em virtude da situação religiosa da Reclamante. A decisão, mantida pelo TST e já transitada em julgado, invoca os princípios constitucionais da não-discriminação e da liberdade religiosa, para condenar a Reclamada no pagamento de indenização por danos morais no valor de cinco mil Reais. Vale dizer que no processo nº RR-303-33.2011.5.01.0080, o TST também manteve acórdão regional que deferiu indenização por danos morais decorrente de discriminação religiosa no processo seletivo.

Em vista do acima exposto, nota-se que a religião ainda é motivo de discriminação no ambiente

de trabalho. Em um cenário político e social de busca pela igualdade e de respeito à diversidade, recomenda-se fortemente a adoção de medidas de conscientização dos profissionais a esse respeito no ambiente corporativo, inclusive por meio de políticas e campanhas internas de combate à discriminação e a quaisquer atos de imposição de vontade mediante restrição da liberdade alheia, sejam eles do empregador ou do empregado. ■

¹ Art. 5º 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, nos termos seguintes: (...) VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; (...) VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.
Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvençioná-los, embraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles, ou seus representantes, relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.

A esse respeito, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a chamada "Lei de Drogas", prevê, em seu artigo 2º, com relação às "plantas de uso estritamente ritualístico-religioso", uma ressalva à proibição do "plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas", desde que haja autorização legal ou regulamentar a respeito. Quer dizer, em consonância com a liberdade de religião, a lei excepciona a criminalização da utilização de substâncias proibidas quando estas constituem o elemento central do culto – como é o vinho – substância de inegável teor psicoativo, mas uma droga lícita – nas celebrações da Igreja Católica.

No ponto, a Resolução nº 01, de 25 de janeiro de 2010 do Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas ("Conad") estabelece um conjunto de normas e procedimentos compatíveis com o uso religioso da ayahuasca, bebida de propriedades enteógenas utilizada nos cultos das doutrinas religiosas do Daime, Barquinha, União do Vegetal (UDV), Cefluris, entre

outras. Há milênios consumida pelos indígenas da região amazônica em rituais xamânicos, a ayahuasca, obtida pela cocção do cipó jagube (*banisteriopsis caapi*) e da folha rainha (*psicotrya viridis*), exerce papel fundamental nas referidas doutrinas religiosas, surgidas a partir do início do século XX, e que, em linhas gerais, misturam elementos do catolicismo à comunhão da bebida inebriante.

A *psicotrya viridis* tem, entre outros alcaloides, o dimetiltriptamina ("DMT"), que constitui o princípio ativo da ayahuasca e é responsável pelos efeitos psicoativos da bebida. O DMT é um potente alucinógeno e está presente na lista de substâncias proibidas da Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de Viena de 1971, ratificada pelo Brasil, e na lista de substâncias de uso proscrito da Portaria SVS/MS nº 344/98, editada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária ("Anvisa"), órgão responsável por regular as substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial.

A regulamentação do uso de substâncias psicoativas proibidas para fins litúrgicos como garantia do direito à diversidade religiosa

Marcela Venturini Diorio

Consolidando os instrumentos internacionais de proteção às diferenças culturais, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (artigo 18), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 (artigo 18) e a Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções de 1981 (artigos 1º a 8º), a Constituição Federal de 1988, ao adotar como princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político¹ (artigo 1º, III e V), garante ao cidadão brasileiro a liberdade de crer e de expressar sua crença e também a liberdade de não crer em nada, positivando, assim, o direito à diversidade religiosa.

A liberdade de consciência, de crença e de religião é direito humano inegável, cujas garantia e promoção devem ser viabilizadas pelo Estado por meio de ações legislativas e administrativas. Como é próprio de um estado democrático de direito, entretanto, é comum haver direitos conflitantes. Um exemplo é o possível choque entre a liberdade de religião e o direito à saúde: poderia o direito à liberdade de culto ser ceifado em nome da saúde pública – bem jurídico cuja proteção legitima, ao menos declaradamente,² a criminalização de determinadas substâncias psicoativas? Nesse contexto, como harmonizar o uso religioso de substâncias taxadas pelo Estado como drogas ilegais, tal como ocorre nas doutrinas religiosas que fazem uso litúrgico da ayahuasca?





Mattos Filho, Veiga Filho,
Marrey Jr e Quiroga Advogados

São Paulo | Rio de Janeiro | Brasília | New York | London

www.mattosfilho.com.br

Liberdade religiosa

Objeto de discussão desde 1987 no âmbito das agências administrativas de controle (à época no então Conselho Federal de Entorpecentes - Confen e posteriormente no Conad), finalmente em 2010, após anos de atuação de um grupo multidisciplinar de trabalho especialmente destinado a avaliar a regulamentação do uso religioso da ayahuasca, foi publicada pelo Conad a referida Resolução nº 01. Dentre as muitas ponderações feitas pelo grupo de trabalho, a principal consistiu no fato de que a liberdade de consciência e de crença é direito inviolável e fundamental dos cidadãos brasileiros, constitucionalmente previsto, cabendo ao Estado legislar para que seja garantida a proteção aos locais de culto e suas liturgias (artigos 1º, III, e 5º, VI da Constituição Federal).

O processo regulatório da ayahuasca no Brasil representa significativo avanço no tocante ao direito à diversidade religiosa e tem servido de inspiração ao surgimento de temas regulatórios nacionais e internacionais com finalidade semelhante.

Em junho de 2011, ao julgar o direito de manifestação em prol da realização das chamadas "marchas da maconha" no país (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187), o Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, relator do caso, asseverou com as seguintes e marcantes palavras a importância da referida regulamentação do Conad para fins de concretização do direito à liberdade religiosa no Brasil: "a Resolução em causa, ao assim definir o tema, preserva a liberdade religiosa, cujo conteúdo material compreende, na abrangência de seu amplo significado, dentre outras prerrogativas essenciais, a liberdade de crença (que traduz uma das projeções da liberdade de consciência), a liberdade de culto, a liberdade de organização religiosa, a liberdade de elaboração de um 'corpus' doutrinário e a liberdade contra a interferência do Estado, que representam valores intrinsecamente vinculados e necessários à própria configuração da ideia de democracia, cuja noção se alimenta, continuamente, dentre outros fatores relevantes, do respeito ao pluralismo".

Ainda, no mesmo voto o Ministro Celso de Mello foi além e acenou com a possibilidade de que a Corte Suprema brasileira, caso provocada, venha a analisar e eventualmente se posicionar de maneira favorável à ampla descriminalização do uso de drogas para fins religiosos. Afirmou o Ministro que a exceção trazida na Lei de Drogas reflete a preocupação do Estado em respeitar a liberdade religiosa e em preservar os rituais e celebrações litúrgicas de qualquer doutrina ou linha, “em ordem a excluir a possibilidade de intervenção repressiva do Estado motivada por atos que, registrados durante o culto, possam culminar em utilização cerimonial de bebidas ou de plantas alucinógenas cujo consumo seja dogmaticamente qualificado como prática essencial, em termos espirituais, segundo os cânones e as concepções teológicas formulados com apoio no corpo doutrinário que dá sustentação teórica a uma particular comunidade de fiéis”.

Longe de desconsiderar os efeitos absolutamente perversos da atual política de drogas – que, por meio

de uma abordagem autoritária e incompreensiva da complexidade dos fenômenos humanos associados ao uso de drogas, incrementa a violência do tráfico e das agências estatais repressoras, além do consumo perigoso, ante a falta de informações confiáveis e a ausência de controle de qualidade das substâncias que circulam ilegalmente –, é preciso reconhecer que a descriminalização e regulamentação do uso litúrgico de plantas (e de substâncias psicoativas delas extraídas) em celebrações religiosas constitui importante marco no que se refere ao fortalecimento do próprio estado democrático de direito, fundado sobretudo no respeito ao pluralismo. ■

¹ Pluralismo político entendido, aqui, como o reconhecimento da diversidade, da coexistência na polis – ou seja, nos diversos espaços de aglutiuações e de discussões públicas – de opiniões e posicionamentos diversos; não se confunda, evidentemente, com a noção de pluripartidarismo político.

² Cabe ressalvar, nesse ponto, o fato de amplos setores da doutrina penal no Brasil e no exterior questionarem severamente a ideia de que a criminalização das drogas seja apta a tutelar a saúde pública, sendo essa a fonte de diversos questionamentos teóricos à legitimação dos crimes associados à produção, à circulação e ao consumo dessas substâncias.