

Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.165 São Paulo

V O T O - V I S T A

O Senhor Ministro Edson Fachin: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo Governador do Estado de São Paulo, contra a Lei 10.849/2001 daquele Estado a qual estabelece punições contra empresas que exijam teste de gravidez e apresentação de atestado de laqueadura como condição para contratar mulheres aos seus postos de trabalho.

Os dois principais argumentos do Autor desta ação são, em síntese: i) usurpação de competência exclusiva da União da legislar sobre direito do trabalho (art. 22, I, da Constituição Federal); e ii) desproporcionalidade da penalidade imposta, pois o “*cancelamento da inscrição fiscal não é meio apropriado ao escopo perseguido. Cancelada a inscrição, caso a infratora prossiga na prática discriminatória, a nenhuma sanção mais estará sujeita, porque exaurida a apenação, que não poderá voltar a ser impingida*

O Ministro Relator, Dias Toffoli, votou pela **procedência do pedido** desta ação direta de inconstitucionalidade, com arrimo na jurisprudência desta Corte e nos termos do art. 22, I, da Constituição Federal, no sentido de que a norma estadual em questão, por tratar de direito do trabalho, não poderia dispor sobre o tema.

Os precedentes que sustentam este posicionamento explicitam que “*essa questão, como de resto todo o direito do trabalho, não pode ser regionalizada, nem distritalizada, visto que suas regras devem ser estáveis para todos os trabalhadores.*” (ADI-MC 953, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 08/10/1993).

Outro argumento que se consolidou na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi o de que “*não obstante a relevância social do tema aqui tratado, tenho por mim que o diploma impugnado, ao estabelecer regras e penas administrativas no âmbito das relações de trabalho, invadiu a competência legislativa da União, além de confiar ao Poder Executivo local poder de fiscalização que, pelo disposto no art. 21, XXIV, compete exclusivamente à União.* (...)” (Voto da Ministra Ellen Gracie, Reladora da ADI 953, julgamento em 19/03/2003)

Por fim, no inventário desta Suprema Corte sobre o tema também está escrito que “*a edição, pelo Congresso Nacional, de legislação disciplinando o tema em questão no âmbito nacional, (...), revelou a iniciativa do legislador federal em exercer a competência prevista nos arts. 21, XXIV e 22, I, da Carta Maior, além de melhor implementar as garantias dos direitos individuais insculpidos na Constituição.*” (Voto da Ministra Ellen Gracie, Relatora da ADI 953, julgamento em 19/03/2003) A referência, no particular, diz respeito às Leis Federais 9.029/1995 e 9.799/1999.

Pedi vista dos autos, com o intuito de explicitar, neste Plenário, minha inflexão sobre o tema, especialmente no que diz respeito ao conteúdo do princípio federativo e suas consequências para o regime de repartição de competências legislativas no Estado Constitucional brasileiro.

Em síntese, esta é a memória da discussão dos autos. Passo, então, ao voto-vista, pedindo vénia para expor nova proposta de solução.

Antes de tecer considerações específicas sobre os argumentos trazidos pelo Autor desta ação, que envolvem repartição constitucional de competências e o devido processo legal substantivo, é preciso chamar a atenção para uma premissa da discussão dos autos: não se está diante de uma legislação regulamentadora de direito do trabalho, mas de uma legislação protetiva contra a discriminação de gênero, proibitiva de restrição de acesso a postos de trabalho em razão do sexo feminino.

Tem-se plena ciência de que os casos anteriores já julgados por esta Corte (ADI-MC 953, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento 08/10/1993; ADI 953, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgamento 19/03/2003; ADI-MC 2.847, Relator Ministro Moreira Alves, julgamento 13/03/2002; ADI 2.847, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgamento 30/08/2007) são de fato muito semelhantes ao que ora se submete novamente à análise desta Corte.

Entretanto, é tempo de sintonia com a concretização do direito à não discriminação da mulher no acesso ao mercado de trabalho (art. 3º, IV; art. 5º, I; e art. 7º, XXX, da Constituição Federal), na linha do precedente firmado na ADI 1.946, Relator Ministro Sydney Sanches, julgamento 03/04/2003.

No julgamento da ADI 1.946, que definiu o âmbito de proteção do direito fundamental à licença-gestante previsto no art. 7º, XVIII, da Constituição de 1988, primando pela sua máxima efetividade, este Supremo Tribunal Federal deu importante contribuição também para a concretização do direito à não

discriminação da mulher no acesso ao mercado de trabalho, que ficou explicitada já na ementa do referido julgado:

“(...) Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$ 1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira, facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora.

Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88), proibição que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal.” (ADI 1.946, Relator Ministro Sydney Sanches, julg. 03/04/2003)

Assim sendo, importante se faz chamar a atenção, no presente caso, para o conteúdo da norma cuja constitucionalidade se alega com fundamento na competência exclusiva da União para legislar sobre direito do trabalho (art. 22, I, da Constituição Federal).

A norma impugnada tem conteúdo que vai muito além da regulamentação do direito do trabalho, pois se apresenta como concretização do direito à não discriminação da mulher no acesso ao mercado de trabalho (art. 3º, IV; art. 5º, I; e art. 7º, XXX, da Constituição Federal) e como tal deve ser analisada.

Resta nítido, portanto, como primeira premissa aqui posta, que não se trata de legislação típica regulamentadora de direito do trabalho, porquanto mesmo diante de uma análise menos verticalizada, em termos de compreensão hermenêutica, já é possível chegar à conclusão de que se consubstancia em norma concretizadora do direito fundamental à não discriminação da mulher no mercado de trabalho, a exigir releitura da tradicional repartição de competências constitucionais no contexto da doutrina e jurisprudência brasileiras.

A repartição de competências é característica fundamental em um Estado federado para que seja protegida a autonomia de cada um dos seus membros e, por conseguinte, a convivência harmônica entre todas as esferas, com o fito de evitar a secessão. Nesta perspectiva, esta distribuição pode se dar em sentido horizontal ou vertical, levando em conta a predominância dos interesses envolvidos.

Repartir competências comprehende compatibilizar interesses para reforçar o federalismo em uma dimensão realmente cooperativa e difusa, rechaçando-se a centralização em um ou outro ente e corroborando para que o funcionamento harmônico das competências legislativas e executivas otimizem os fundamentos (art. 1º) e objetivos (art. 3º) da Constituição da República.

Ao construir uma rede interligada de competências, o Estado se compromete a exercê-las para o alcance do bem comum e para a satisfação de direitos fundamentais. E nesse contexto, é necessário avançar do modo como a repartição de competências há tempos é lida – a partir de um modelo estanque que se biparte no sentido horizontal ou vertical, ou ainda, em competência legislativa ou administrativa – para um modelo em que o princípio informador seja a máxima efetividade dos direitos fundamentais como critério de distribuição destas competências.

E não se está aqui a afirmar que a sistemática de repartição de competências não seja relevante para o Estado Federal brasileiro, mas não pode ser visto como único princípio informador, sob pena de resultar em excessiva centralização de poder na figura da União.

E esta centralização leva a que Estados, Distrito Federal e Municípios, embora igualmente integrantes da República Federativa do Brasil, conforme comando normativo disposto no art. 1º, da Constituição da República, tenham suas respectivas competências sufragadas, assumindo um papel secundário na federação brasileira, contrariamente ao determinado pelo Texto Constitucional.

No caso dos autos, a proteção contra a discriminação da mulher no acesso ao mercado de trabalho (art. 3º, IV; art. 5º, I; e art. 7º, XXX, da Constituição Federal), está densificada pela norma estadual ora impugnada (Lei 10.849/2001 do Estado de São Paulo), tem este objetivo explicitado já na sua ementa:

“Autoriza o Executivo a adotar as punições que especifica contra as empresas que exijam a realização de teste de gravidez

e apresentação de atestado de laqueadura para o acesso das mulheres ao trabalho, e dá providências correlatas.”

E os dispositivos que compõem a referida norma demonstram a verticalização da proteção já existente nas Leis Federais 9.029/1995 e 9.729/1999, sem qualquer conflito aparente, numa teia concretizadora do direito fundamental em questão:

“Artigo 1º. Fica o Poder Executivo autorizado a cancelar, administrativamente, a inscrição estadual das empresas que exigirem a realização de teste de gravidez e a apresentação de atestado de laqueadura, como condição de acesso de mulheres ao trabalho.

Artigo 2º. Os agentes da administração pública estadual que exigirem teste de gravidez e a apresentação de atestado de laqueadura para admissão, exercício ou promoção profissional das mulheres, sofrerão penalidades administrativas desta lei.

Artigo 3º. O Conselho Estadual da Condição Feminina publicará, periodicamente, a lista das empresas e órgãos públicos que forem identificados como promotores da discriminação de que trata esta lei.

(...)"

Verifica-se, portanto, que as disposições normativas estaduais não são redundantes, nem despiciendas em relação à legislação federal regulamentadora da proteção contra a discriminação da mulher no mercado de trabalho (Leis Federais 9.029/1995 e 9.729/1999), de modo que não se sustenta o argumento da incompatibilidade da norma impugnada com o princípio do devido processo legal substantivo.

Em concreto, tem-se que as restrições impostas pela Lei 10.849/2001 do Estado de São Paulo são: adequadas ao fim de coibir as práticas discriminatórias contra a mulher no momento de acesso ao mercado de trabalho; necessárias porque se somarão a outras já existentes no plano federal compondo um mais eficiente conjunto inibitório da nefasta prática discriminatória; e, por fim, apresentam-se razoáveis por dar concretude a

direito fundamental que beneficiará parcela significativa e importante da população economicamente ativa brasileira.

Determinando-se a igualdade e equilíbrio entre os entes federativos, a Constituição ressalta a necessidade de maximização do exercício destas competências para que o Estado cumpra seu desiderato de pacificação e satisfação social. É este novo olhar que se propõe a partir da nova ordem inaugurada pela Constituição Federal de 1988. Uma mirada voltada para: a otimização da cooperação entre os entes federados; a maximização do conteúdo normativo dos direitos fundamentais; o respeito e efetividade do pluralismo com marca característica de um Estado Federado.

E nesses múltiplos olhares, o meu direciona-se para uma compreensão menos centralizadora e mais cooperativa da repartição de competências no federalismo brasileiro. Nesse contexto, dou interpretação expansiva à competência comum fixada no art. 23, I, da Constituição Federal, para compreender a legislação local protetiva, ora questionada, como parte de uma política pública contra a não discriminação da mulher no acesso ao mercado de trabalho, fruto de um esforço cooperativo entre entes federativos interessados em, solidariamente, zelar e guardar a Constituição e as leis brasileiras sobre o tema.

Diante do exposto, proponho, ainda que em breves linhas, uma revisitação da jurisprudência desta Corte quanto ao tema, com a devida vênia do Ministro Dias Toffoli, Relator do presente feito, e dos que o acompanharem, declarando meu voto pela **improcedência** do pedido desta ação direta de constitucionalidade.