



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

PROCESSO Nº TST-E-ED-RR-619-11.2017.5.12.0054

SDI-1
CMB/cmb

Embargante : **SINDICATO DOS EMPREGADOS NO COMERCIO DE SAO JOSE E REGIAO**

Embargada : **LOJAS RIACHUELO S.A.**

Relator : **Ministro AUGUSTO CÉSAR LEITE DE CARVALHO**

JUSTIFICATIVA DE VOTO CONVERGENTE

PROTEÇÃO AO MERCADO DE TRABALHO DA MULHER – ARTIGO 7º, XX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – TRABALHO AOS DOMINGOS NAS ATIVIDADES DO COMÉRCIO EM GERAL – APLICAÇÃO DA ESCALA DE REVEZAMENTO QUINZENAL PREVISTA NO ARTIGO 386 DA CLT

Discute-se, no caso, qual a norma aplicável à escala de revezamento que favoreça o descanso semanal com mais frequência aos domingos às mulheres que trabalham na atividade do comércio, se a norma dita geral do artigo 386 da CLT ou aquela inserta, e dita específica, no artigo 6º, parágrafo único, da Lei nº 10.101/2000, com redação dada pela Lei nº 11.603/2007.

O eminente Ministro Relator conclui pelo conhecimento do recurso de embargos, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, pelo seu provimento para restabelecer a sentença, que condenou a ré ao pagamento em dobro das horas trabalhadas no segundo domingo consecutivo que deveria ser destinado ao repouso, nos termos do art. 386 da CLT.

Inicialmente, registro que também **conheço** do recurso de embargos, porquanto constato a especificidade do aresto indicado pelo Ministro Relator.

Os debates havidos por ocasião do início do julgamento, em especial pela qualidade dos votos proferidos e pela sustentação oral da ilustre patrona do Embargante, convenceram-me da necessidade do pedido de vista regimental, sobretudo para verificar a eventual colisão dos fundamentos por mim adotados em julgados da 7ª Turma com aqueles acolhidos pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 658312 / SC, do qual se originou o Tema 528.



PROCESSO Nº TST-E-ED-RR-619-11.2017.5.12.0054

Examinei atentamente os votos proferidos pelos Ministros que compuseram a maioria, especialmente para identificar os fundamentos determinantes e em que extensão eles seriam – ou não – aplicáveis ao caso presente, assim como também senti a necessidade de analisar o critério definidor do caráter especial da norma aplicável ao trabalho da mulher, se a lei destinada a regulamentar o trabalho em domingos no comércio, se a regra anterior da CLT.

Importante, pois, revisitar alguns dos fundamentos externados pelos Ministros do STF, a começar pelo Relator, **Ministro Dias Tóffoli**. S. Ex^a. centrou a sua fundamentação na possibilidade, constitucionalmente assegurada, de **reconhecimento da possibilidade de tratamento diferenciado da mulher como forma de assegurar a plenitude do princípio da igualdade** e, ao fazê-lo, também se valeu de dados da realidade, mais especificamente a histórica exclusão da mulher do mercado de trabalho; a existência de componentes orgânico e biológico, a justificar o tratamento diferenciado, inclusive pela menor resistência física da mulher, e um componente social, pelo fato de ser comum o acúmulo de atividades no lar e no ambiente de trabalho. Afirmou, em consequência:

“Esses parâmetros constitucionais são legitimadores de um tratamento diferenciado, **desde que a norma instituidora amplie direitos fundamentais das mulheres e atenda ao princípio da proporcionalidade na compensação das diferenças**. Essa é a tese em jogo (...)” (fl. 9).

Destacou, em outras passagens, fundamentos não menos relevantes:

1. o firme propósito do legislador ordinário em assegurar a plena igualdade e, nesse propósito, não haver revogado o artigo 384 da CLT pela Lei nº 7.855/1989, editada para adequar a legislação então vigente aos novos paradigmas constitucionais e, acrescento eu, igualmente não modificou o artigo 386, ambos os dispositivos integrantes do Capítulo III da CLT, destinado à regulamentação do trabalho da mulher. Ao agir dessa forma, ainda segundo palavras do Ministro Relator, o “legislador entendeu que deveria manter a regra do art. 384 da CLT, **a fim de garantir à mulher uma diferenciada proteção**, dada sua identidade biossocial peculiar e sua potencial condição de mãe, gestante ou administradora do lar” (fls. 9/10).

Embora não me seja muito simpática a referência à condição de “administradora do lar” atribuída à mulher, entendo-a como reveladora da existência da denominada “tripla jornada”, destinada aos cuidados da casa e ao próprio papel de



PROCESSO Nº TST-E-ED-RR-619-11.2017.5.12.0054

cuidado da família, este desempenhado, quase que instintivamente, pelas mulheres, ainda que lhes deva ser reservado lugar cada vez maior no mundo do trabalho.

O Ministro Relator transcreveu longo trecho do voto condutor no julgamento desta Corte, da lavra do Ministro Ives Gandra, que motivou o debate no STF, e, em um deles, analisa a alegação referente ao suposto prejuízo causado à mulher por reduzir a sua inserção no mercado de trabalho. Elencou o Ministro Ives argumentos encampados pelo Relator e perfeitamente aplicáveis ao caso em exame (fls. 11/12):

“Não parece existir fundamento sociológico ou mesmo comprovação por dados estatísticos a amparar a tese de que o dispositivo em questão dificultaria ainda mais a inserção da mulher no mercado de trabalho. Não há notícia da existência de levantamento técnico ou científico demonstrar que o empregador prefira contratar homens, em vez de mulheres, em virtude da obrigação em comento. (...)

Torno a insistir: o **discrímen**, na espécie, não viola a universalidade dos direitos do homem, na medida em que o legislador vislumbrou a necessidade de maior proteção a um grupo de trabalhadores, de forma justificada e proporcional”.

2. a necessidade de garantir proteção especial à mulher voltada à inserção no mercado de trabalho, mediante incentivos específicos (artigo 7º, XX, da Constituição Federal, regulamentado pela Lei nº 9.799, de 26 de maio de 1999, que inseriu na Consolidação das Leis do Trabalho regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho). Nesse aspecto, **reconheceu a plena possibilidade de tratamento diferenciado da mulher, desde que fossem legítimos os propósitos** (fl. 13):

“O fato é que tanto as disposições constitucionais convencionais como as infraconstitucionais não impedem que ocorram tratamentos diferenciados, desde que existentes elementos legítimos para o **discrímen** e que as garantias sejam proporcionais às diferenças existentes entre os gêneros, ou ainda, definidas por algumas conjunturas sociais”.

Um ponto importante a ser ressaltado consistiu na referência ao parecer da Procuradoria-Geral da República, ao destacar a proteção assegurada à mulher no citado capítulo da CLT, **a firmar o pressuposto da existência de regime jurídico distinto entre homens e mulheres em situações específicas**. Portanto, não



PROCESSO Nº TST-E-ED-RR-619-11.2017.5.12.0054

se referiu a um único dispositivo, ainda que apenas um deles estivesse sob questionamento. Mencionou o capítulo da CLT, repise-se (fl. 16):

“Ademais, a CLT, ao estabelecer um Capítulo destinado à ‘PROTEÇÃO DO TRABALHO DA MULHER’, demonstrou inequívoco interesse em estabelecer regime jurídico distinto entre homens e mulheres, em situações específicas. Desse modo, não se afigura inconstitucional a diferenciação estabelecida em razão de critério objetivo e razoável (saúde da mulher), tal como ocorre na espécie.”.

O Ministro Relator no STF afirmou, em outro momento, que o ideal de igualdade iniciado no plano constitucional verdadeiramente em 1988 não significava a possibilidade de serem eliminadas “garantias que foram instituídas por escolha do legislador, dentro de sua margem de ação” (fl. 17), o que significa validar – e não afastar – as normas protetoras específicas até então existentes, assim como outras que eventualmente venham a ser editadas.

O voto da **Ministra Rosa Weber**, a par de ratificar a fundamentação exauriente do Ministro Relator, centrou a sua fundamentação nas peculiaridades que marcam a atuação da mulher no mercado de trabalho, com menção expressa à dupla jornada de trabalho, responsável maior pela “administração da casa e da educação dos filhos” e rebateu, de modo especial, a suposta injustificada violação ao princípio da igualdade em relação ao homem e a exemplificou com a diferenciação em matéria previdenciária, ao reproduzir e encampar parte o voto do Ministro Ives Gandra (fl. 42):

“Essa diferenciação em matéria previdenciária apenas se justifica diante da realidade do **desgaste maior da mulher trabalhadora**, quando se tem em conta a necessidade a que está sujeita, de compatibilização dos deveres domésticos com o trabalho profissional”.

O **Ministro Gilmar Mendes** chamou a atenção para a importância de ser avaliado o contexto da realidade, em julgamentos que envolvam temas dessa natureza e ressaltou a previsão constitucional de regras específicas destinadas à proteção da mulher no mercado de trabalho, **a autorizar a adoção de regras que lhe sejam específicas** (fl. 62):

“E, quando nós discutimos esse tipo de tema, nós não podemos perder de vista a própria realidade. Se nós, a partir das nossas visões, decidirmos



PROCESSO Nº TST-E-ED-RR-619-11.2017.5.12.0054

atuar como bom juiz *Magnaudo*, provavelmente, nos façamos aí um desenho extremamente colorido e talvez róseo da realidade. Mas especialmente, em situações tensas, como o mundo tem vivido, nós temos que não só pensar - isso já tive oportunidade até de ressaltar dos empregados, mas também da empregabilidade -, nós temos que nos preocupar com esse contexto.

(...)

É bem verdade, e a gente não ignora, e é importante que se diga que o Texto Constitucional tem uma norma clara, que é mais uma definição de direitos. **Ela, na verdade, fixa um dever de proteção, que é a cláusula do artigo 7º, inciso XX, ao destacar que a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei, o que exige, do legislador, um atuar de forma positiva, políticas, até de caráter compensatório, indutoras de estímulos, não é?** – grifos postos.

De maneira sintética, a **Ministra Cármen Lúcia** registrou os fundamentos que inspiraram o que denominou de “a grande transformação da Constituição”, relativamente ao tratamento normativo diferenciado da mulher, nele incluído o artigo 384 da CLT (fls. 84-87):

“A grande transformação da Constituição talvez tenha sido, na minha compreensão, a de transformar o que era liberdade e igualdade em libertação e igualação, por um sistema jurídico que faz com que consigamos novos espaços de concretização de direitos, que, em verdade, sempre existiram, porque o princípio da igualdade veio reconhecido na Carta Imperial, desde 1824, embora tenhamos sido o último povo a acabar com a escravidão.

(...)

Por isso mesmo eu acho que o art. 384 apenas afirma a possibilidade de a mulher participar com as suas diferenças

(...) o legislador definiu, uma diferença levando em consideração exatamente essa peculiar condição, é, na experiência da diferença, que se garante a igualdade. Isso vale para todo mundo, vale para homens e mulheres, vale para aqueles que têm outras formas de incapacidade para determinadas situações.

Portanto, não consigo vislumbrar por que e como não teria sido recepcionada o que considero ser uma lei protetiva para o trabalhador em geral. E digo isso, porque acho que quando lutamos para que essas normas sejam introduzidas é que estamos realizando essa igualação, assegurada tantas vezes pela Constituição, no princípio mais vezes repetido”.

Em contundente e rica fundamentação, o **Ministro Celso de Mello** enfatizou, com todas as letras, **a recepção pela Constituição de 1988 das normas que já compunham o sistema normativo** destinadas à proteção da mulher.



PROCESSO Nº TST-E-ED-RR-619-11.2017.5.12.0054

Embora tenha ele se dirigido a analisar o citado artigo 384, os fundamentos que mencionou podem perfeitamente ser aplicados ao artigo 386 do mesmo diploma legal:

“Mostra-se inquestionável, Senhora Presidente, que a norma **inscrita** no art. 384 da CLT **representou, no momento e nas circunstâncias** em que foi editada, **uma expressiva** tomada de posição *por parte do Estado brasileiro, fortemente* estimulado, *no plano jurídico e social, por um valor primordial* que se forjou *no espírito e na consciência de todos: a necessidade* de fazer observar **o princípio básico** *que proclama a essencialidade da outorga de proteção ao trabalho da mulher, em clara reação* do ordenamento positivo nacional a **situações concretas** *de opressão, de exclusão, de degradação e de discriminação, que têm provocado, historicamente, a injusta* marginalização da mulher.

É por isso que entendo recepcionada pela vigente Constituição da República a regra **fundada** no art. 384 da CLT, *essencialmente porque a cláusula de igualdade, consagrada* no texto da Lei Fundamental, *não pode ser interpretada para prejudicar a mulher trabalhadora nem para reduzir-lhe* – muito menos para suprimir-lhe – conquistas sociais **já definitivamente** consolidadas.

(...)

Veja-se, pois, considerados todos os aspectos que venho de ressaltar, **que o processo de afirmação** da condição feminina **há de ter, no Direito, não** um instrumento de opressão, **mas uma fórmula de libertação destinada a banir, definitivamente,** da *práxis* social, **a deformante** matriz ideológica **que atribuía à dominação patriarcal um odioso estatuto de hegemonia capaz de** *condicionar* comportamentos, *de moldar* pensamentos *e de forjar* uma visão de mundo **absolutamente incompatível** com os valores **desta** República, **fundada** em bases democráticas e cuja estrutura se acha modelada, *entre outros signos que a inspiram*, pela repulsa **a qualquer** tipo de discriminação contra a mulher.

Se esta Suprema Corte, *por absurdo, julgasse não recepcionado* o art. 384 da CLT, **tal decisão implicaria frontal transgressão ao princípio** que veda o retrocesso social.

O exame desse importante *postulado constitucional, consideradas* as razões que lhe são subjacentes **e sobre as quais já discorri, longamente,** em votos **proferidos** nesta Corte (ADI 3.105/DF – ADI 4.350/DF – ARE 727.864-AgR/PR – RE 581.352-AgR/AM– RE 795.749-AgR/CE – STA 223-AgR/PE, v.g.), **permite-me afirmar** que a pretensão ora deduzida **pela empresa recorrente, caso acolhida fosse, provocaria inadmissível efeito perverso traduzido,** no caso em julgamento, **no desrespeito e na ofensa ao princípio que veda o retrocesso social.**

Como se sabe, o princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, **que sejam desconstituídas** as conquistas **já alcançadas** pelo cidadão **ou** pela formação social em que ele vive, **consoante adverte** autorizado magistério doutrinário (...)



PROCESSO Nº TST-E-ED-RR-619-11.2017.5.12.0054

Na realidade, **a cláusula que proíbe o retrocesso** em matéria social **traduz**, no processo de sua concretização, **verdadeira dimensão negativa** pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional, **impedindo**, em consequência, **que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos**, venham a ser reduzidos **ou** suprimidos.

Lapidar, sob todos os aspectos, **o magistério** de J. J. GOMES CANOTILHO, **cuja lição**, a propósito do tema, **estimula** as seguintes reflexões ("**Direito Constitucional e Teoria da Constituição**", p. 320/321, item n. 3, 1998, Almedina):

(...)

'O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos já realizado e efectivado através de medidas legislativas ('lei da segurança social', 'lei do subsídio de desemprego', **'lei do serviço de saúde'**) deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.'**(grifei)**"

Quero destacar o trecho final dessa transcrição. Afirmou o Supremo, pela voz do Ministro Celso de Mello, que a configuração do princípio da igualdade inaugurado em 1988 não poderia representar a permissão para que fossem suprimidas conquistas sociais inseridas no sistema jurídico e, portanto, já consolidadas. Apontou, como corolário, essência mesmo do princípio, a **proibição de que "sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive"**. Uma vez alcançado determinado patamar de proteção social, não mais se revela possível retroceder-se ao estágio anterior, o que faz remeter à lição de Eros Roberto Grau (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Melhoramentos, 2002. p. 34), quando menciona que a atividade interpretativa deve ser realizada vendo-se o sistema como um todo, e não a partir de regras isoladas ou consideradas num único contexto, como assinala:

"[...] a interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele 'do texto' até à Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum".



PROCESSO Nº TST-E-ED-RR-619-11.2017.5.12.0054

E vem do conjunto do sistema normativo a premissa do Estado brasileiro de garantia do exercício dos direitos sociais, o que significa estabelecer uma diretriz a ser perseguida, inclusive pelo Poder Judiciário: torná-los efetivos, concretos, realizados, implementados, elevados que foram à condição de direitos fundamentais, na clássica linha evolutiva traçada por Bobbio. Consagrou, portanto, o princípio da máxima efetividade.

E é exatamente essa efetividade que impede, por meio da aplicação do princípio da vedação do retrocesso social (da não retrocessão social ou, para J. J. Canotilho, proibição de contrarrevolução social ou da evolução reaccionária), a aplicação da regra em foco.

Significa afirmar que a legislação, ao atribuir densidade (ou densificação) aos direitos de ordem fundamental, não pode ter a sua eficácia afastada por qualquer outra. Estabelecido um determinado patamar de concretude de um direito fundamental, não se admite possa dele retroceder, repita-se, como leciona, em outras palavras, Jorge Miranda (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: Constituição*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 397. t. 4):

“Não é possível eliminar, pura e simplesmente, as normas legais e concretizadoras, suprimindo os direitos derivados a prestações, porque eliminá-las significaria retirar a eficácia jurídica às correspondentes normas constitucionais. Nisto consiste a regra do não retorno da concretização ou do não retrocesso social, fundada também no princípio da confiança inerente ao Estado de Direito”.

Para Luiz Roberto Barroso (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 379),

“[...] é uma derivação da eficácia negativa, particularmente ligada aos princípios que envolvem os direitos fundamentais. Ela pressupõe que esses princípios sejam concretizados através de normas infraconstitucionais (isto é: freqüentemente, os efeitos que pretendem produzir são especificados por meio da legislação ordinária) e que, com base no direito constitucional em vigor, um dos efeitos gerais pretendidos por tais princípios é a progressiva ampliação dos direitos fundamentais. Partindo desses pressupostos, o que a vedação do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente. Isto é: a invalidade, por inconstitucionalidade, ocorre quando se revoga uma norma



PROCESSO Nº TST-E-ED-RR-619-11.2017.5.12.0054

infraconstitucional concessiva de um direito, deixando um vazio em seu lugar”.

Não se trata, é certo, de um princípio expresso no Texto Constitucional. Por isso, o mesmo autor diz ser decorrência do sistema jurídico-constitucional e exemplifica (BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 158):

“[...] se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido”.

É o que também assinala Marthius Sávio Cavalcante Lobato (LOBATO, Marthius Sávio Cavalcante. *O valor constitucional para a efetividade dos direitos sociais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2006. p. 227), que se vale de Ana Paula de Barcelos:

“O princípio da proibição do retrocesso social não é um princípio constitucional expresso, podendo vir a ter suas potencialidades estabelecidas a partir do momento que se estabeleça como princípio densificador do Estado de Direito”.

Pressupõe, desta forma, que os princípios constitucionais que se dedicam aos direitos fundamentais são concretizados por meio de normas infraconstitucionais, ou seja, os efeitos que se pretendem produzir são especificados por meio de legislação ordinária. Buscam progressiva ampliação dos direitos em questão, tal como preconiza o *caput* do artigo 7º da CFB/88.

Essa ampliação progressiva instituída no dispositivo mencionado também é mencionada por Luiz Roberto Barroso, que igualmente indica o art. 5º, § 2º, da Constituição. Mais uma vez, recorre-se à lição do jurista lusitano (CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 339-340), que estabelece a dimensão desse princípio:

“O princípio da democracia económica e social aponta para a **proibição de retrocesso social**.

A idéia aqui expressa tem sido designada como proibição de <contra-revolução social> ou da <evolução reaccionária>. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex.: direitos dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma *garantia institucional* e



PROCESSO Nº TST-E-ED-RR-619-11.2017.5.12.0054

um *direito subjectivo*. A proibição do retrocesso social nada pode fazer contra as recessões e crises económicas (*reversibilidade fática*), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos *direitos adquiridos*. [...]

O princípio da **proibição de retrocesso social** pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas [...] deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial. Não se trata, pois, de proibir um retrocesso social abstracto um *status quo* social, mas de proteger direitos fundamentais sociais sobretudo no seu núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.”

Na mesma diretriz, Ingo Sarlet (SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., 6. ed., p. 450) adverte:

“Negar reconhecimento ao princípio da proibição do retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de um modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte. Com efeito, como bem lembra Luís Roberto Barroso, mediante o reconhecimento de uma proibição de retrocesso está a se impedir a frustração da efetividade constitucional, já que, na hipótese de o legislador revogar o ato que deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito, estaria acarretando o retorno à situação de omissão (inconstitucional, como poderíamos acrescentar) anterior”.^[32]

Para ele,

“encontra-se vedada a possibilidade de o legislador infraconstitucional desconstituir pura e simplesmente o grau de concretização que ele próprio conferiu às normas constitucionais, principalmente quando o atendimento do objetivo constitucional depende, em princípio, dessa densificação. Se tal fosse possível, estaríamos diante da hipótese de um verdadeiro golpe contra a nossa Lei Fundamental”.

O próprio STF já se pronunciou a respeito da aplicação desse princípio em outro tema referente à mulher, ao estabelecer interpretação conforme os direitos fundamentais e fixar **a impossibilidade de retrocesso** na conquista da



PROCESSO Nº TST-E-ED-RR-619-11.2017.5.12.0054

proteção à maternidade e, conseqüentemente, à gestante, como se constata no julgamento da ADI 1946 / DF, Rel. Min. Sydney Sanches (Pleno, DJ DJ 16-05-2003, p. 00090):

“EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. LICENÇA-GESTANTE. SALÁRIO. LIMITAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14 DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 3º, IV, 5º, I, 7º, XVIII, E 60, § 4º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O legislador brasileiro, a partir de 1932 e mais claramente desde 1974, vem tratando o problema da proteção à gestante, cada vez menos como um encargo trabalhista (do empregador) e cada vez mais como de natureza previdenciária. Essa orientação foi mantida mesmo após a Constituição de 05/10/1988, cujo art. 6º determina: a proteção à maternidade deve ser realizada ‘na forma desta Constituição’, ou seja, nos termos previstos em seu art. 7º, XVIII: ‘licença à gestante, sem prejuízo do empregado e do salário, com a duração de cento e vinte dias’. 2. Diante desse quadro histórico, não é de se presumir que o legislador constituinte derivado, na Emenda 20/98, mais precisamente em seu art. 14, haja pretendido a revogação, ainda que implícita, do art. 7º, XVIII, da Constituição Federal originária. Se esse tivesse sido o objetivo da norma constitucional derivada, por certo a E.C. nº 20/98 conteria referência expressa a respeito. E, à falta de norma constitucional derivada, revogadora do art. 7º, XVIII, a pura e simples aplicação do art. 14 da E.C. 20/98, de modo a torná-la insubsistente, implicará um retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado.

3. 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. Estará, ainda, conclamado o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R\$1.200,00, para não ter de responder pela diferença. Não é crível que o constituinte derivado, de 1998, tenha chegado a esse ponto, na chamada Reforma da Previdência Social, desatento a tais conseqüências. Ao menos não é de se presumir que o tenha feito, sem o dizer expressamente, assumindo a grave responsabilidade.

4. A convicção firmada, por ocasião do deferimento da Medida Cautelar, com adesão de todos os demais Ministros, ficou agora, ao ensejo deste julgamento de mérito, reforçada substancialmente no parecer da Procuradoria Geral da República.



PROCESSO Nº TST-E-ED-RR-619-11.2017.5.12.0054

5. Reiteradas as considerações feitas nos votos, então proferidos, e nessa manifestação do Ministério Público federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade é julgada procedente, em parte, para se dar, ao art. 14 da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, interpretação conforme à Constituição, excluindo-se sua aplicação ao salário da licença gestante, a que se refere o art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal.

6. Plenário. Decisão unânime.”

Também em Portugal, o Tribunal Constitucional teve oportunidade de pronunciar-se sobre o tema, ao declarar inconstitucional diploma legal que implicava revogação de norma de concretização de direito fundamental, sob a justificativa de que o Estado não pode voltar atrás, descumprir o que já havia cumprido, passar à condição de devedor, como assinala Maria da Graça Bellino de Athayde de Antunes Varela (VARELA. Maria da Graça Bellino de Athayde de Antunes. DIREITO DE MORADIA: dimensão objetiva e subjetiva. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2005), para quem representa um

“(...) desdobramento do efeito de irradiação das normas fundamentais de direito social [...] Assegurado o direito social na Carta Magna, a legislação infraconstitucional que o densificar não pode ser revogada sem que sejam garantidos os mesmos efeitos, ainda que sob outra forma de atuação estatal.(...)

Deve-se ressaltar, no entanto, e mais uma vez, que não há uma proibição de modificação da legislação e sim uma vedação a que essa modificação implique perda do nível de concretização do direito social”.

Esse nível de concretização dos direitos sociais pode ser compreendido na diretriz estabelecida, pelo constituinte, no *caput* do art. 7º da Constituição Federal, compreendida na expressão “além de outros que visem à melhoria de sua condição social”.

Ao cancelar a regra desigualadora da mulher, existente na CLT antes da Constituição de 1988, **o Supremo não abriu margem a interpretações em sentido diverso, de caráter restritivo, e deixou muito claro não se poder adotar como obstáculo a inaplicabilidade aos trabalhadores do sexo masculino.**

Por outro lado, alertou para as peculiaridades que marcam a inserção (ou talvez a exclusão) da mulher no mercado de trabalho. A própria Ministra Rosa Weber ressaltou que não estava em causa a sua condição pessoal ou da Ministra Cármen Lúcia, para quem considerou “totalmente desarrazoado” o debate. Afirmou,



PROCESSO Nº TST-E-ED-RR-619-11.2017.5.12.0054

porém, a importância para as “comerciárias, industriárias, bancárias, quer dizer, mulheres todas que estão ao abrigo da Consolidação das Leis do Trabalho nas suas relações de emprego” (fl. 30).

Portanto, não está em debate a peculiar situação das mulheres que conseguem alcançar posição de destaque na sociedade no campo profissional, como médicas, advogadas, empresárias, cientistas ou magistradas. A questão repousa sobre o universo imensamente maior das que se encontram na labuta diária pela sobrevivência e pela dignidade.

E essa foi exatamente a premissa que revelou a necessidade de outra compreensão, de minha parte, para o tema. As decisões que relatei partiram do pressuposto de que a regra contida no artigo 6º da Lei nº 10.101/2000, por se dirigir indiretamente a destinatários específicos (os trabalhadores do comércio em geral, cujo labor passou a poder ser exigido aos domingos), afastariam a regra geral quanto à disciplina do direito ao descanso nos domingos.

De fato, **a regra é específica**, se for analisada no contexto das atividades econômicas em geral, **mas é genérica**, quando observada a partir da ótica do trabalho no comércio, por ser aplicada a todo e qualquer contrato de trabalho celebrado no âmbito dessa atividade econômica. Há outra, porém, de **cunho genérico quanto às atividades econômicas**, mas **específica quanto à classe trabalhadora a quem se destina**: o artigo 386 da CLT, aplicável exclusivamente às mulheres, mas em todas as atividades econômicas.

O entrelaçamento desses dois conceitos e contextos – o que é geral e o que é específico – permite concluir que **a especificidade do destinatário há de prevalecer em relação à especificidade da atividade econômica**, sobretudo porque a conclusão em contrário, ou seja, **o afastamento da regra da CLT, permitiria a adoção de injustificada prática discriminatória entre as próprias mulheres**. Basta constatar que aquelas que se dedicassem ao labor em qualquer outro setor que não fosse o comércio continuariam com o direito à coincidência quinzenal do repouso aos domingos, ao passo que as que labutassem nesse setor da economia não desfrutariam do mesmo direito. Seriam, então, igualadas aos homens ou, em última análise, perderiam o tratamento desigualitário que as favorece exatamente pela sua condição de inferiorização na sociedade.

Não se pode ignorar esse aspecto: ainda hoje, no ano de 2021, os mais diversos indicadores remetem à realidade desigual no mercado de trabalho da mulher. E quem diz isso é o IBGE, aliás o fez recentemente ao publicar, no dia 8 de



PROCESSO Nº TST-E-ED-RR-619-11.2017.5.12.0054

março – não por coincidência, o Dia Internacional da Mulher – a 2ª edição do relatório “Estatísticas de gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil”, que apontam para a realidade desigual, dentro e fora do mercado de trabalho, do qual extraio alguns indicadores:

	Homens	Mulheres
Participação na força de trabalho	73,7%	54,5%
Nível de ocupação com crianças (de até 3 anos vivendo no domicílio)		54,6%
Nível de ocupação sem crianças		67,2%
Ocupação de cargos gerenciais em 2020	62,6%	37,4%
Mulheres entre vereadores eleitos		16,0%
Média de horas semanais de pessoas e/ou afazeres domésticos por pessoas de 14 anos ou mais	11,0%	21,4%
Homicídios ocorridas no domicílio (indicador de violência doméstica)	11,2%	30,4%

Outros dados interessantes colhidos desse relatório:

a) “Entre as mulheres, também há diferenças marcantes por rendimento domiciliar *per capita*, com uma média maior de horas trabalhadas nas atividades de cuidados e afazeres domésticos entre aquelas que fazem parte dos 20% da população com os menores rendimentos (24,1 horas) em comparação com as que se encontram nos 20% com os maiores rendimentos (18,2 horas). Essa diferença mostra que a renda é um fator que impacta no nível da desigualdade entre as mulheres na execução do trabalho doméstico não remunerado, uma vez que permite acesso diferenciado ao serviço de creches e à contratação de trabalho doméstico remunerado, possibilitando a delegação das atividades de cuidados de pessoas e/ou afazeres domésticos, sobretudo a outras mulheres.

Mesmo para as mulheres que se encontram ocupadas, o seu maior envolvimento em atividades de cuidados e/ou afazeres domésticos tende a impactar na forma de inserção delas no mercado de trabalho, que é marcada pela necessidade de conciliação da dupla jornada entre trabalho remunerado e não-remunerado.

b) “Em 2019, as mulheres receberam 77,7% ou pouco mais de $\frac{3}{4}$ do rendimento dos homens. A Desigualdade de rendimentos do trabalho (CMIG 13) era maior entre as pessoas inseridas nos grupos ocupacionais que auferem maiores rendimentos, como Diretores e gerentes e Profissionais das ciências e intelectuais, grupos nos quais as mulheres receberam, respectivamente, 61,9% e 63,6% do rendimento dos homens”.

Em trabalho no qual analisam a desigualdade entre mulheres e homens no mundo do trabalho, ainda “no prelo”, em que se valem de dados coletados



PROCESSO Nº TST-E-ED-RR-619-11.2017.5.12.0054

desde 2016 com base na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Marilane Oliveira Teixeira e André Krein (ela, Doutora em desenvolvimento econômico e pesquisadora do Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho/IE- UNICAMP e ele doutorando em sociologia na Universidade de Coimbra) apontam para a existência de **inferioridade da condição da mulher em relação ao homem** em quase todos os itens analisados, de modo particular quando se agrega o componente da raça, ou seja, quando dizem respeito à mulher negra (TEIXEIRA, Marilane Oliveira; KEIN, André Krein. *Os desafios para a igualdade entre mulheres e homens no mundo do trabalho*. No prelo – destaques inseridos).

Esse estudo aponta para a **“inserção significativamente maior dos homens no mercado de trabalho** – ou ainda, no trabalho produtivo – do que das mulheres” e maior “tempo de procura por trabalho produtivo entre as pessoas de 14 anos ou mais de idade que não estavam trabalhando e que tentavam conseguir trabalho (...) principalmente, entre as mulheres negras”.

A taxa de **subutilização da força de trabalho** diminuiu do segundo trimestre de 2020 em relação ao segundo trimestre de 2021 entre os homens ao passo que “entre as mulheres cresceu, passando de 34% para 34,9%”; “No segundo trimestre de 2021, a taxa de subutilização da força de trabalho entre os homens brancos era de 18,5%, entre os homens negros de 26,9%, entre as mulheres brancas de 27,6% e entre as mulheres negras chegou a 40,9”.

Em relação à **“média de rendimento mensal** de todos os trabalhos, é possível observar que, no segundo trimestre de 2016, entre as pessoas responsáveis pelo domicílio, as mulheres possuíam rendimento equivalente a 72,9% do rendimento dos homens (...) e as mulheres negras possuíam rendimento equivalente a 39,1% do rendimento dos homens brancos”.

As **“ocupações com o maior número de trabalhadoras** no segundo trimestre de 2021 eram trabalhadoras dos serviços domésticos em geral (3,61 milhões); escriturárias gerais (2,42 milhões); balconistas e vendedoras de lojas (1,65 milhão); trabalhadoras de limpeza de interior de edifícios, escritórios, hotéis e outros estabelecimentos (1,61 milhão); e professoras do ensino fundamental (1,33 milhão”.

“A proporção de homens de 14 anos ou mais de idade que afirmaram **realizar atividades de cuidado** em 2019 foi de 24,1%. A de mulheres, por outro lado, foi de 32,8%. Quando analisado os cuidados pessoais, atividade mais diretamente associada ao entendimento do que são as atividades de cuidado, verifica-



PROCESSO Nº TST-E-ED-RR-619-11.2017.5.12.0054

se uma proporção de 28,1% entre as mulheres e apenas 16,4% entre os homens em 2019”.

“Em 2019, as mulheres possuíam **jornadas de trabalho** (produtivo e reprodutivo) maiores que os homens em todos os setores analisados” e **rendimento por hora de trabalho produtivo** 10,7% menor que os homens e rendimento por hora de trabalho produtivo e reprodutivo 22,2% menor que os homens. A desigualdade é ainda maior em relação às mulheres negras. “Em 2016, enquanto os homens brancos possuíam rendimento por hora de trabalho produtivo e trabalho reprodutivo em média de 15,8 reais, as mulheres negras possuíam de 6,6 reais. Já em 2019, enquanto os homens brancos possuíam rendimento por hora de trabalho de 19,6 reais, as mulheres negras possuíam rendimento de 8,0 reais por hora trabalhada”.

As **maiores diferenças** remuneratórias estão concentradas nos segmentos em que as mulheres são maioria: indústria têxtil (76,0%); médicos, odontológicos e veterinários (77,0%); administração pública (76,0%) e instituições financeiras (66,0%).

As **diferenças salariais** expressam a dificuldade que as mulheres encontram em avançar em suas carreiras, da mesma forma em que indicam a forte segregação presente no mercado de trabalho. Elas se concentram dentro das áreas menos valorizadas socialmente, no ensino estão presentes majoritariamente na educação infantil ou no ensino fundamental, enquanto os homens no ensino médio e superior. As diferenças salariais resultam da forma desigual em que mulheres e homens acessam a determinadas ocupações e setores econômicos.

Outros dados são apresentados e, ainda segundo os mencionados pesquisadores, **“as mulheres estão concentradas nas atividades profissionais ou ocupações de menor remuneração”** e “a amplitude da diferença salarial varia de acordo com o setor, a ocupação, a escolaridade e o tempo de serviço.”

É do referido estudo a indicação sobre as causas apontadas pelas próprias mulheres, quanto ao fato de assumirem “integralmente a responsabilidade pela reprodução social”. Nesse contexto, “são compelidas a inserirem-se nas ocupações tradicionais e com elevado grau de segregação por sexo que, por sua vez, está associado à criação e perpetuação de desigualdades dentro e fora do mercado de trabalho”.

Por isso, concluem que, para



PROCESSO Nº TST-E-ED-RR-619-11.2017.5.12.0054

“medir a condição das mulheres trabalhadoras, tanto nos espaços de produção quanto de reprodução, é essencial que se analise as condições de inserção das mulheres no mundo do trabalho, sua permanência e intermitências, a partir dos principais desafios enfrentados para compatibilizar a dupla presença.”

Em outro estudo em que analisam a realidade do trabalho da mulher no mercado produtivo e no ambiente doméstico, na perspectiva das doutrinas capitalistas, Marilane Oliveira Teixeira e Thaís Alegri enfatizam:

“A forma como as mulheres integram-se na atividade econômica é uma complexa combinação entre as oportunidades oferecidas pelo próprio mercado de trabalho, as condições de realização das tarefas no âmbito da reprodução social e as condições socioeconômicas das mulheres. Quanto menor o acesso às políticas públicas e maior o nível de pobreza das famílias, maiores são os obstáculos para as mulheres se inserirem na atividade econômica remunerada.

(...)

Essa assimetria entre os sexos se expressa em todas as esferas da vida, e leva a um questionamento sobre os limites conceituais inerentes à definição de trabalho e da própria participação da força de trabalho feminina e os seus condicionamentos, marcados por práticas sociais discriminatórias que desfavorecem a integração das mulheres na estrutura produtiva, ao mesmo tempo em que reforçam o seu papel reprodutivo, fortalecendo a divisão sexual do trabalho que se apresenta nos mais distintos âmbitos da vida e, no mercado de trabalho, na desproporcional repartição entre os gêneros no espaço produtivo e reprodutivo” (TEIXEIRA, Marilane Oliveira; ALEGRI, Thais. A PODEROSA MÃO INVISÍVEL DOS CUIDADOS: produção e reprodução em tempos de crise. In LEONE, Eugenia Troncoso; PRONI, Marcelo Weishaupt Proni (Org). *Facetas do Trabalho no Brasil Contemporâneo*. CRV/Unicamp-le: Curitiba, 2021. P. 271).

Não se pense que a discriminação se verifica apenas nas camadas menos qualificadas do trabalho humano. Luciana Portilho e Eugenia Troncoso Leone analisaram o contexto do trabalho feminino nas ocupações que exigem nível superior de educação e concluíram pela **permanência da segregação e percepção de remuneração inferior**:

“As conquistas femininas no campo educacional não têm sido acompanhadas por conquistas de dimensão equivalente no mercado de trabalho nas ocupações que exigem nível superior de educação. A maior proporção de mulheres do que de homens nessas ocupações não lhes tem



PROCESSO Nº TST-E-ED-RR-619-11.2017.5.12.0054

garantido o acesso a níveis de rendimento semelhantes aos dos homens. Assim, as diferenças de rendimento entre sexos embora ocorra em todos os níveis de escolaridade, são maiores exatamente entre pessoas com educação de nível superior, onde as mulheres constituem mais da metade dos ocupados com essa escolaridade” (TEIXEIRA, Marilane Oliveira; ALEGRI, Thais. A SEGREGAÇÃO DE GÊNERO NAS OCUPAÇÕES QUE EXIGEM NÍVEL SUPERIOR DE EDUCAÇÃO. In LEONE, Eugenia Troncoso; PRONI, Marcelo Weishaupt Proni (Org). *Facetas do Trabalho no Brasil Contemporâneo*. CRV/Unicamp-Ie: Curitiba, 2021. P. 243).

Se já era grave a situação de vulnerabilidade da mulher no mercado de trabalho, ainda mais se ampliou com a chegada da pandemia, seja pelo fechamento de postos de trabalho formais ou alternativos, seja pela redução das redes de apoio, seja pelo aumento do trabalho doméstico, como assinalam Daniela S. Gorayeb, Adriana Nunes Ferreira, Camila Veneo C. Fonseca, Juliana de P. Filleti e Juliana P. M. Cajueiro, em trabalho no qual analisam a repercussão da COVID-19 no mercado de trabalho feminino:

“Nesse contexto, as mulheres, que já enfrentavam grande vulnerabilidade na sua inserção no mercado de trabalho (NPEGen, 2020a), foram duplamente afetadas. Em primeiro lugar, pelo fechamento de postos de trabalho formais e pelo novo fenômeno de eliminação dos ‘espaços de trabalho alternativos’, principalmente nas atividades de serviços não essenciais – não só as mais afetadas na pandemia (CORSEUIL et al., 2021), mas também nas quais as mulheres têm grande participação (PRATES; BARBOSA, 2020a; COTRIM, TEIXEIRA; PRONI, 2020). Em segundo, pela redução das redes de apoio às mulheres (fechamento de escolas, creches e dispensa de empregadas domésticas), determinante para o forte aumento da sua carga horária despendida com o trabalho doméstico não-remunerado (os cuidados com a casa e com os filhos ou outro parente)² e, desse modo, para a redução da carga horária de trabalho remunerado ou até para a sua saída da força de trabalho” (GORAYEB, Daniela S., et al. MULHERES NO MERCADO DE TRABALHO NO CONTEXTO DA CRISE ECONÔMICO-SANITÁRIA DE 2020: saída da força de trabalho e indisponibilidade” (n LEONE, Eugenia Troncoso; PRONI, Marcelo Weishaupt Proni (Org). *Facetas do Trabalho no Brasil Contemporâneo*. CRV/Unicamp-Ie: Curitiba, 2021. P. 286).

Daí a necessidade do tratamento diferenciado, a fim de que possa lhes ser garantida a condição de igual. Não se trata, destaque, de atribuir-se à mulher a condição de “coitada”, inferiorizá-la ou negar a possibilidade de que possa exercer a atividade que desejar no ambiente social. Ao contrário, significa, a partir de



PROCESSO Nº TST-E-ED-RR-619-11.2017.5.12.0054

dados da realidade – e não a partir de impressões pessoais, muitas vezes distantes do que ocorre para além das portas deste Tribunal – reconhecer-lhe direitos específicos para que tenha condições de verdadeiramente trabalhar.

Esses são fundamentos mais do que suficientes para justificar a mudança de posicionamento que ora adoto, na linha de precedentes outros de Turmas deste Tribunal que o cancelaram e que foram devidamente transcritos no voto do eminente Relator, que deixo de transcrever a fim de evitar repetição.

Assim, com a devida vênia da divergência, sigo na linha do Ministro Relator e voto com Sua Excelência.

Brasília, 2 de dezembro de 2021.

CLÁUDIO BRANDÃO
Ministro