

15/09/2021

PLENÁRIO

SEGUNDO JULGAMENTO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 658.312 SANTA CATARINA

RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**
RECTE.(S) : A ANGELONI & CIA LTDA
ADV.(A/S) : ALBERT ZILLI DOS SANTOS E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S) : RODE KEILLA TONETE DA SILVA
ADV.(A/S) : PAULO SÉRGIO ARRABAÇA
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS SUPERMERCADOS-
ABRAS
ADV.(A/S) : HUMBERTO BRAGA DE SOUZA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : FEDERACAO BRASILEIRA DE BANCOS
ADV.(A/S) : CARLOS MARIO DA SILVA VELLOSO E
OUTRO(A/S)

EMENTA

Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Direito do Trabalho e Constitucional. Recepção do art. 384 da Consolidação das Leis do Trabalho pela Constituição Federal de 1988. Constitucionalidade do intervalo de 15 minutos para mulheres trabalhadoras antes da jornada extraordinária. Ausência de ofensa ao princípio da isonomia. Mantida a decisão do Tribunal Superior do Trabalho. Recurso não provido.

1. O assunto corresponde ao Tema nº 528 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do Supremo Tribunal Federal na **internet**.

2. O princípio da igualdade não é absoluto, sendo mister a verificação da correlação lógica entre a situação de discriminação apresentada e a razão do tratamento desigual.

3. A Constituição Federal de 1988 utilizou-se de alguns critérios para tratamento diferenciado entre homens e mulheres: i) em primeiro lugar, levou em consideração a histórica exclusão da mulher do mercado regular de trabalho e impôs ao Estado a obrigação de implantar políticas públicas, administrativas e/ou legislativas de natureza protetora no

RE 658312 2ºJULG / SC

âmbito do direito do trabalho; ii) considerou existir um componente orgânico a justificar o tratamento diferenciado, em virtude da menor resistência física da mulher; e iii) observou um componente social, pelo fato de ser comum o acúmulo pela mulher de atividades no lar e no ambiente de trabalho – o que é uma realidade e, portanto, deve ser levado em consideração na interpretação da norma.

4. Esses parâmetros constitucionais são legitimadores de um tratamento diferenciado desde que esse sirva, como na hipótese, para ampliar os direitos fundamentais sociais e que se observe a proporcionalidade na compensação das diferenças.

5. Recurso extraordinário não provido, com a fixação da seguinte tese jurídica: **“O art. 384 da CLT, em relação ao período anterior à edição da Lei n. 13.467/2017, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, aplicando-se a todas as mulheres trabalhadoras”**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual do Plenário de 3 a 14/9/21, na conformidade da ata do julgamento e nos termos do voto reajustado do Relator, Ministro Dias Toffoli, por unanimidade de votos, impedido o Ministro Roberto Barroso, apreciando o tema nº 528 da repercussão geral, em negar provimento ao recurso extraordinário e fixar a seguinte tese: "O art. 384 da CLT, em relação ao período anterior à edição da Lei nº 13.467/2017, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, aplicando-se a todas as mulheres trabalhadoras".

Brasília, 15 de setembro de 2021.

Ministro Dias Toffoli
Relator

15/06/2016

PLENÁRIO

SEGUNDO JULGAMENTO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 658.312 SANTA CATARINA

ADIAMENTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Senhor Presidente, o Recurso Extraordinário nº 658.312, de minha relatoria, é o segundo item da pauta de julgamentos. O advogado do recorrente está presente, mas não haverá **quorum** para o julgamento, porque o Ministro Luís Roberto Barroso está impedido neste caso.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Certo!

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É da jornada de trabalho extraordinária?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

É.

Os advogados estão aguardando o julgamento do recurso que mencionei. Então, Vossa Excelência poderia anunciar a retirada de pauta ou a indicação de adiamento do julgamento, porque, senão, não haverá **quorum** para sua realização.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Está bem! Eu agradeço a colaboração de Vossa Excelência, muito oportuna.

Eu, então, declaro que o Segundo Julgamento em Recurso Extraordinário 658.312, em que figura como recorrente A Angeloni & Cia Ltda., fica adiado por falta de *quorum* constitucional.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

SEGUNDO JULGAMENTO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 658.312

PROCED. : SANTA CATARINA

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

RECTE.(S) : A ANGELONI & CIA LTDA

ADV.(A/S) : ALBERT ZILLI DOS SANTOS (13379/SC) E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) : RODE KEILLA TONETE DA SILVA

ADV.(A/S) : PAULO SÉRGIO ARRABAÇA (4728/SC)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS SUPERMERCADOS-ABRAS

ADV.(A/S) : HUMBERTO BRAGA DE SOUZA (57001/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : FEDERAÇÃO BRASILEIRA DOS BANCOS-FEBRABAN

ADV.(A/S) : CARLOS MARIO DA SILVA VELLOSO (07725/MG) E OUTRO(A/S)

Decisão: O Tribunal deliberou adiar o julgamento por falta de *quorum* constitucional. Impedido o Ministro Roberto Barroso. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e, para participar do XXII Encontro de Presidentes e Magistrados de Tribunais e Salas Constitucionais da América Latina, na Cidade do México, a Ministra Cármen Lúcia. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 15.06.2016.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Maria Sílvia Marques dos Santos
Assessora-Chefe do Plenário

14/09/2016

PLENÁRIO

SEGUNDO JULGAMENTO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 658.312 SANTA CATARINA

RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**
RECTE.(S) : A ANGELONI & CIA LTDA
ADV.(A/S) : ALBERT ZILLI DOS SANTOS E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S) : RODE KEILLA TONETE DA SILVA
ADV.(A/S) : PAULO SÉRGIO ARRABAÇA
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS SUPERMERCADOS-
ABRAS
ADV.(A/S) : HUMBERTO BRAGA DE SOUZA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : FEDERACAO BRASILEIRA DE BANCOS
ADV.(A/S) : CARLOS MARIO DA SILVA VELLOSO E
OUTRO(A/S)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Angeloni & Cia. Ltda. interpõe recurso extraordinário, com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, contra acórdão da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho assim ementado, na parte que interessa:

“INTERVALO DE 15 MINUTOS PREVISTO NO ART. 384 DA CLT. PARA MULHERES ANTES DO LABOR EM SOBREJORNADA. CONSTITUCIONALIDADE. O debate acerca da constitucionalidade do artigo 384 da CLT não suscita mais discussão no âmbito desta Corte, que, por intermédio do julgamento do TST-IIN-RR-1.540/2005-046-12-00.5, ocorrido na sessão do Tribunal Pleno no dia 17/11/2008, decidiu que o artigo 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal.

Recurso de revista não conhecido” (fl. 213).

No apelo extremo, a recorrente sustenta, com fundamento em alegadas violações dos arts. 5º, inciso I; e 7º, inciso XXX, da Constituição

RE 658312 2ºJULG / SC

Federal, não ter havido a recepção pela Carta Constitucional de 1988 do art. 384 da Consolidação das Leis do Trabalho, o qual prevê a concessão de descanso de 15 minutos às mulheres entre a jornada de trabalho normal e o labor extraordinário, o que implicaria o pagamento de horas extras relativas a esse período. Aduz a recorrente a necessidade de se analisar o feito à luz do princípio da isonomia, haja vista que não pode ser admitida a diferenciação apenas em razão do sexo, sob pena de se estimular discriminação no trabalho entre iguais (fl. 225).

Admitido o recurso extraordinário pelo despacho da Ministra Vice-Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, entendi que a matéria suscitada no recurso extraordinário, de fato, possui índole eminentemente constitucional. Entendi, também, que se deve avaliar, no caso dos autos, quão efetivamente se aplica o princípio da isonomia, com a conseqüente análise da justificativa para o tratamento diferenciado dispensado, na lei, às mulheres. Salientei, ademais, que a questão posta é relevante para os empregadores, para as trabalhadoras e para todos os tribunais com competência para julgar as ações trabalhistas, os quais podem vir a deparar com questionamentos que demandem a apreciação da constitucionalidade da norma mencionada.

Acompanhando o voto deste Relator, o Plenário desta Corte Suprema, em sessão realizada por meio eletrônico, confirmou a existência de repercussão geral da matéria, tendo a ementa do julgado sido redigida nos seguintes termos:

“DIREITO DO TRABALHO E CONSTITUCIONAL. RECEPÇÃO DO ARTIGO 384 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. DISCUSSÃO ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DO INTERVALO DE 15 MINUTOS PARA MULHERES ANTES DA JORNADA EXTRAORDINÁRIA. MATÉRIA PASSÍVEL DE REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS, A REPERCUTIR NA ESFERA DE INTERESSE DE MILHARES DE PESSOAS. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL.”

RE 658312 2ºJULG / SC

O assunto foi inscrito como o Tema nº 528 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do Supremo Tribunal Federal.

O feito prosseguiu para a colheita do parecer ministerial. O opinativo, da lavra do Procurador-Geral da República, Dr. **Rodrigo Janot Monteiro de Barros** (fls. 420/426), foi pelo conhecimento do recurso e por seu não provimento, sob o fundamento de que o dispositivo atacado não ofenderia o princípio da isonomia.

Pela decisão acostada às fls. 431 e 432, admiti o ingresso no feito, como **amicæ curiæ**, da Associação Brasileira de Supermercados (ABRAS) e da Federação Brasileira dos Bancos (FEBRABAN), e indeferi o pedido formulado por outra interessada. As **amicæ curiæ** se manifestaram sobre as questões postas nos autos às fls. 264/ 272 e 308/324, respectivamente.

O pedido de suspensão dos feitos em andamento nos tribunais pelo país foi indeferido, sem prejuízo, a toda evidência, da aplicação do art. 543-B, § 1º, do Código de Processo Civil (fls. 431 e 432).

Em 27 de novembro de 2014, o Plenário desta Suprema Corte, após superar, por maioria de votos, a questão de ordem, também por maioria, negou provimento ao recurso.

Contra o acórdão foram interpostos embargos de declaração que foram acolhidos (DJe 3/9/15), com efeitos modificativos, para, em razão do equívoco consistente na falta de intimação do advogado constituído da parte recorrente sobre a data do julgamento, anular o acórdão proferido pelo Tribunal Pleno. Também foi determinada a imediata inclusão do extraordinário em pauta para novo julgamento.

É o relatório.

14/09/2016

PLENÁRIO

SEGUNDO JULGAMENTO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 658.312 SANTA CATARINA

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Exponho, brevemente, o contexto do caso antes de proferir meu voto no julgamento em testilha.

Ressalto, como proêmio, que o resultado do julgamento do recurso de revista pelo Tribunal Superior do Trabalho fez prevalecer, no ponto que interessa a esse julgamento, o acórdão mediante o qual o Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região deu provimento parcial ao recurso da trabalhadora, concedeu-lhe certas verbas trabalhistas e condenou a empregadora ao “pagamento de quinze minutos com o adicional de 50% [.] de forma indenizatória”, nos termos do art. 384 da CLT, pedido que havia sido julgado improcedente na sentença (fls. 158 a 174).

Importa esclarecer os pontos essenciais levantados no recurso extraordinário: a) os arts. 5º, inciso I, e 7º, inciso XXX, da Constituição Federal de 1988 teriam concretizado, definitivamente, a igualdade entre homens e mulheres, razão pela qual o art. 384 da Consolidação das Leis do Trabalho não teria sido recepcionado por nossa Carta Magna; b) não se justificaria “a diferenciação apenas em razão do sexo, sob pena de se estimular a discriminação no trabalho entre iguais”, ainda mais quando “a recomposição da fadiga, no ambiente de trabalho, é igual para o homem e para a mulher”; c) além de inexistir razões suficientes para o tratamento desigual, esse não possuiria gênese constitucional. Assim, pugna a recorrente pela reforma da decisão objurgada, para que seja afastada sua condenação ao pagamento da indenização referente ao intervalo de 15 minutos, com adicional de 50%, previsto na norma infraconstitucional, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia.

Saliento inexistir precedente desta Corte especificamente sobre o mérito desse tema. Os recursos submetidos a julgamento foram julgados prejudicados por fundamentos outros. **Vide:** ARE nº 653.887/PR, Rel. Min.

RE 658312 2ºJULG / SC

Cármem Lúcia, DJe de 6/9/12; e ARE nº 731.313/RS, de **minha relatoria**, DJe de 31/7/13. Os demais recursos que tramitavam na Corte baixaram à origem após o reconhecimento da repercussão geral da matéria.

Delineadas as questões constitucionais controvertidas, impende tecer algumas considerações acerca do texto e do histórico da norma inquinada de inconstitucional, a qual se encontra no Capítulo III da Consolidação das Leis do Trabalho - que traz regras específicas sobre a “Proteção do Trabalho da Mulher”. Eis o texto:

“Art. 384. Em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso de quinze (15) minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário do trabalho.”

Esse dispositivo ingressou na vida jurídica das mulheres brasileiras com o Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, o qual foi sancionado pelo então presidente Getúlio Vargas durante o período do Estado Novo, no qual não só se unificou toda a legislação trabalhista, como também se inseriram no mundo jurídico novos direitos dos trabalhadores.

Temos de lembrar que a cláusula geral da igualdade foi expressa em todas as Constituições brasileiras.

O art. 179, inciso XIII, da Constituição de 1824 previa que “[a] lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”.

A Constituição de 1891, com a redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926, preocupava-se com a igualdade formal entre as pessoas, a fim de impedir que se fizessem distinções em função das posses ou de títulos nobiliárquicos ou de nascimento, estabelecendo o seguinte: “[t]odos são iguaes perante a lei. A República não admite privilegios de nascimento, desconhece foros de nobreza, e extingue as ordens honorificas existentes e todas as suas prerogativas e regalias, bem como os titulos nobiliarchicos e de conselho” (art. 72, § 2º).

Somente com a Constituição brasileira de 1934 é que, pela primeira vez, ressaltou-se o tratamento igualitário entre o homem e a mulher, quando, de forma exemplificativa, retratou a Constituição a obrigação da

RE 658312 2ºJULG / SC

lei de garantir esse tratamento isonômico: “[t]odos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas” (art. 113, ‘1’). Os aspectos elucidativo e ilustrativo desse texto foram retomados, inclusive no que tange ao tratamento isonômico quanto ao gênero, no art. 153, § 1º, da Emenda Constitucional nº 1 de 1969, a qual modificou o texto da Constituição Federal de 1967.

Quando foi sancionada a Consolidação das Leis Trabalhistas, vigorava a Constituição de 1937, a qual se limitou, como na Constituição de 1946, a garantir a cláusula geral de igualdade, expressa na fórmula “todos são iguais perante a lei”. Nessa última Carta, o art. 157, inciso II, proibia, expressamente, qualquer tratamento diferenciado nos salários para um mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil.

Nem a inserção de cláusula geral de igualdade em todas as nossas Constituições nem a inserção de cláusula específica de igualdade de gênero na Carta de 1934 garantiram, como é de todos sabido, a plena igualdade entre os sexos no mundo dos fatos.

Não foi por outro motivo que a Constituição Federal de 1988 explicitou, em três mandamentos, a necessária garantia da igualdade, sob seus diversos aspectos. Assim, ela i) fixou a cláusula geral de igualdade, prescrevendo, em seu art. 5º, **caput**, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)”; ii) estabeleceu uma cláusula específica de igualdade de gênero, declarando que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações” (art. 5º, inciso I); e iii) ao mesmo tempo, deixou excepcionada a possibilidade de tratamento diferenciado, por opção do constituinte, na parte final desse dispositivo, salientando que isso se dará “nos termos [da] Constituição”.

As situações expressas de tratamento desigual, sobre as quais poderia ocorrer alguma dúvida, foram dispostas formalmente na própria Constituição, como podemos verificar, por exemplo, nos arts. 7º, inciso XX; e 40, § 1º, inciso III, letras a e b.

RE 658312 2ºJULG / SC

Pela leitura desses dispositivos, podemos concluir que a Constituição Federal veio a se utilizar de alguns critérios para esse tratamento diferenciado: i) em primeiro lugar, levou em consideração a histórica exclusão da mulher do mercado regular de trabalho e impôs ao Estado a obrigação de implantar políticas públicas, administrativas ou meramente legislativas de natureza protetora no âmbito do direito do trabalho (PITANGUY, Jacqueline & BARSTED, Leila L. (orgs.). **O Progresso das Mulheres no Brasil**. Brasília: UNIFEM, Fundação Ford e CEPIA, 2006); ii) considerou existir um componente orgânico, biológico, a justificar o tratamento diferenciado por sexo, inclusive pela menor resistência física da mulher; e iii) considerou haver, também, um componente social, pelo fato de ser comum o acúmulo de atividades pela mulher no lar e no ambiente de trabalho – o que, de fato, é uma realidade e, portanto, deve ser levado em consideração na interpretação da norma, como propõe a metódica concretista de Friedrich Müller (**Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. Trad. Peter Naumann: Rio de Janeiro, Renovar, 2005 e **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e à metódica estruturantes do direito**. Trad. Dimitri Dimoulis et. al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008). Não vislumbro ser a espécie um enunciado normativo que retrate mecanismo de compensação histórica por discriminações socioculturais fundado na doutrina do “impacto desproporcional”, tal qual desenvolvida no sistema jurídico norte-americano. O art. 384 da CLT levou em consideração os outros dois critérios acima elencados.

Esses parâmetros constitucionais são legitimadores de um tratamento diferenciado por sexo, 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. Ao se analisar o teor da regra atacada, podemos inferir que a norma trata de aspectos de evidente desigualdade de forma proporcional, garantindo o período de descanso de, no mínimo, quinze (15) minutos antes do início do período extraordinário de trabalho à mulher trabalhadora.

É fato que houve, com o tempo, a supressão de nosso ordenamento

RE 658312 2ºJULG / SC

jurídico de alguns dispositivos protetores da mulher que cuidavam do trabalho noturno e da jornada de trabalho da empregada, previstos nos arts. 374 a 376, 378 a 380 e 387 da Consolidação das Leis do Trabalho. Ocorre que, quando da revogação desses dispositivos pela Lei nº 7.855, de 24/10/89, 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.

Aliás, não há como negar que há diferenças quanto à capacidade física das mulheres em relação aos homens – inclusive com levantamentos científicos (**vide** BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. Ltr, 2008, p. 1080; COSTA, Jurandir Freire. **Homens e Mulheres**. In: **Ordem médica e norma familiar**. Rio de Janeiro: Graal, 1979, p.235-261; SZAPIRO, Ana Maria. **Diferença sexual, igualdade de gênero: ainda um debate contemporâneo**. In: D'Ávila, Maria Inácia, PEDRO, Rosa (Orgs.). **Tecendo o Desenvolvimento: saberes, gênero, ecologia social**. Rio de Janeiro: Mauad: Bapera, 2003. p.83-94; BENNETT, James T. **The politics of american feminism: gender conflict in contemporary society**. University Press of America, 2007). Cuida-se de argumento real e que deve ser considerado. Tanto é que o art. 390 da CLT protege a trabalhadora, impedindo o empregador de contratar mulher em “serviço que demande o emprego de força muscular superior a 20 (vinte) quilos para o trabalho contínuo, ou 25 (vinte e cinco) quilos para o trabalho ocasional”.

Confira-se, sobre o tema, o escólio do saudoso professor Celso Ribeiro Bastos:

“[H]omens e mulheres não são, em diversos sentidos, iguais, sem que com isso se queira afirmar a primazia de um sobre o outro. O que cumpre notar é que, por serem diferentes, em alguns momentos haverão forçosamente de possuir direitos adequados a estas desigualdades” (BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 18).

RE 658312 2ºJULG / SC

O Tribunal Superior do Trabalho vem reconhecendo a vigência do dispositivo ora impugnado. Destaco trecho do voto do eminente Ministro **Ives Gandra Martins Filho**, Relator do RR nº 121100-07.2010.5.13.0026, da Sétima Turma, julgado em 7/3/12, que acentuou a necessidade da manutenção da discriminação positiva em benefício da mulher:

“Ressalte-se que o **maior desgaste** natural da mulher trabalhadora, em comparação com o homem, dada a diferente compleição física, **não foi desconsiderado pelo Constituinte de 1988**, que garantiu, por exemplo, **diferentes condições** para a obtenção da aposentadoria para homens e mulheres, bem como previu períodos distintos de licenças maternidade e paternidade (CF, art. 7º, XVIII e XIX; art. 201, § 7º, I e II; ADCT, art. 10, § 1º).

Assim é que a própria Constituição da República, tendo em mira o estabelecimento de uma **igualdade material**, em detrimento de uma igualdade meramente formal, estabeleceu algumas **diferenças entre os sexos**. Logo, com o objetivo precisamente de concretizar o princípio albergado no inciso I do art. 5º da CF, devem-se **tratar desigualmente homens e mulheres**, na medida das suas desigualdades.

É justamente dentro desse conceito de igualdade material que se insere a ideia de concessão de **vantagens específicas** às trabalhadoras do **sexo feminino**, em função de suas circunstâncias próprias, como é o caso do **intervalo de 15 minutos** antes de iniciar uma jornada extraordinária de que trata o **art. 384 da CLT**.

Deve ser observado, por outro lado, que o Pleno desta Corte Superior, apreciando **incidente de inconstitucionalidade** (cfr. TST-IIN-RR-1.540/2005-046-12-00.5), concluiu que o **art. 384 da CLT** foi **recepcionado** pela **Constituição de 1988**, entendendo que a razão de ser do referido dispositivo legal é a **proteção da trabalhadora mulher**, fisicamente mais frágil que o homem e submetida a um maior desgaste natural em face da sua dupla jornada de trabalho, o que justifica o **tratamento**

RE 658312 2ºJULG / SC

diferenciado da mulher em termos de jornada de trabalho e período de descanso” (DEJT de 9/3/12).

Também nesse sentido, há os seguintes julgados daquela Corte Superior: TST-IIN-RR-1.540/2005-046-12-00.5, Rel. Min. **Ives Gandra**, Tribunal Pleno, DEJT de 13/2/09; TST-RR-218600-78.2009.5.02.0070, Rel. Min. **José Roberto Freire Pimenta**, Segunda Turma, DEJT de 15/3/13; TST-E-RR-46500-41.2003.5.09.0068, Rel. Min. **Maria Cristina Irigoyen Peduzzi**, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT de 12/3/10; TST-E-RR-2868400-73.2002.5.09.0900, Rel. Min. **Horácio Raymundo de Senna Pires**, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT de 20/2/09; TST-RR-43500-48.2008.5.04.0019, Segunda Turma, Rel. Min. **Renato de Lacerda Paiva**, DEJT de 16/12/10; TST-RR-17291/2000-015-09-00, Oitava Turma, Rel. Min. **Maria Cristina Irigoyen Peduzzi**, DEJT de 15/6/09; TST-RR-20198/2005-013-09-00, Primeira Turma, Rel. Min. **Lelio Bentes Corrêa**, DEJT de 12/6/09; TST-RR-3339/2000-069-09-00, Quinta Turma, Rel. Min. **Kátia Magalhães Arruda**, DEJT de 12/6/09; e TST-RR-1300-14.2008.5.02.0332, Rel. Min. **Fernando Eizo Ono**, DEJT de 29/6/11.

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 a demonstrar que o empregador prefira contratar homens em vez de mulheres em virtude da obrigação em comento.

Por sua vez, diante desses argumentos jurídicos, não há espaço para uma interpretação que amplie, sob a tese genérica da isonomia, a concessão da mesma proteção ao trabalhador do sexo masculino, pois além de os declinados raciocínios lógico e jurídico impedirem que se aplique a norma ao trabalhador homem, sob o prisma teleológico da norma, não haveria sentido em se resguardar a discriminação positiva diante das condicionantes constitucionais mencionadas. Adotar a tese ampliativa acabaria por mitigar a conquista obtida pelas mulheres.

Torno a insistir: o *discrímen*, na espécie, não viola a universalidade

RE 658312 2ºJULG / SC

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.

Inexiste, outrossim, violação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher - adotada pela Resolução nº 34/180 da Assembleia Geral das Nações Unidas em 18/12/1979 e ratificada pelo Brasil em 1º/2/1984, por meio do Decreto Legislativo nº 93, de 14 de novembro de 1983 -, na medida em que seu art. 1º bem delineou o sentido da expressão “discriminação”, a saber:

“Artigo 1º - Para fins da presente Convenção, a expressão ‘discriminação contra a mulher’ significará **toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher**, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo” (grifos nossos).

A normativa internacional, além de vigorar em nosso país, foi recepcionada pela nossa Carta Constitucional de 1988, que, inclusive, proclamou outros direitos específicos das mulheres: i) nas relações familiares, ao coibir a violência doméstica (art. 226, §§ 5º e 8º); ii) quanto ao mercado de trabalho, ao proibir a discriminação (art. 7º, inciso XXX) e, principalmente, iii) ainda quanto ao mercado de trabalho, ao garantir uma proteção especial à mulher mediante incentivos específicos, conforme previsão do art. 7º, XX, 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.

O fato é que tanto as disposições constitucionais convencionais como as infraconstitucionais não impedem que ocorram tratamentos diferenciados de gênero, desde que existentes elementos legítimos para o discrimen e desde que as garantias sejam proporcionais às diferenças

RE 658312 2ºJULG / SC

existentes entre os gêneros ou, ainda, definidas por algumas conjunturas sociais. Sobre o tema, **vide** a sóbria e exata colocação de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“[P]or via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo igualdade, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim proveitosas que detrimosas para os atingidos” (**O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo, Malheiros, 1999, p. 18).

Reitero: não houve tratamento arbitrário ou prejudicial ao homem. O que o legislador verificou foi a necessidade de, diante das diferenças já suscitadas, conferir às mulheres o benefício normativo juslaboral.

Anoto, **verbi gratia**, outras hipóteses normativas em que se concebeu a igualdade não a partir de sua formal e irreal acepção, decorrente do liberalismo clássico, mas como um fim necessário em situações de desigualdade: i) direitos trabalhistas extensivos aos trabalhadores não incluídos no setor formal, como é o caso das trabalhadoras domésticas; ii) licença-maternidade, sem prejuízo do emprego e do salário, com prazo superior à licença-paternidade; iii) prazo menor para a mulher adquirir a aposentadoria por tempo de serviço e de contribuição, nos termos dos arts. 40, inciso III e 201, § 7º, da Constituição Federal; iv) Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, que dispôs que cada partido ou coligação deve reservar o mínimo de 30% e o máximo de 70% para candidaturas de cada sexo (art. 10, § 3º, com a redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009); e v) “Lei Maria da Penha” (Lei nº 11.340/2006), que estabeleceu uma série de proteções especiais às mulheres vítimas de violência doméstica.

A Segunda Turma desta Corte, no julgamento do MS nº 29.963, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, entendeu ser possível, em etapa de

RE 658312 2ºJULG / SC

concurso público, exigir-se teste físico diferenciado para o homem e a mulher quando preenchidos os requisitos da necessidade e da adequação para o discrimen. **Vide** importante trecho do voto:

“No caso, há que se destacar que as atribuições previstas para o cargo pleiteado, notadamente ‘a garantia da incolumidade física de dignitários, testemunhas e de pessoas ameaçadas que conduzam’, exigem bom condicionamento físico, motivo pelo qual concluo que a exigência do teste de aptidão física possui estrita pertinência com as atribuições do cargo e que é perfeitamente legítimo à Administração Pública selecionar os candidatos mais bem qualificados.

Ademais, no que se refere à suposta violação do princípio da isonomia tendo em vista o estabelecimento de regras distintas para homens e mulheres para realização do teste físico, acolho o parecer do Ministério Público Federal que, aplicando a teoria do impacto desproporcional, assentou o seguinte:

‘Se, na prova de esforço físico, considerasse absolutamente iguais homens e mulheres, criaria para estas um impacto desproporcional. Sabe-se que os homens possuem maiores condições de resistência física do que as mulheres, o que se prova pela mera verificação do que ocorre nos esportes. Não há, em qualquer competição que envolva resistência física, disputa entre homens e mulheres. Cada um desses grupos compete entre si’.

Assim, entendo que a exigência específica do teste de aptidão física no certame em questão, para cargo de Técnico de Apoio Especializado/Transporte, não infringe o Texto Constitucional.

Ante o exposto, casso a liminar anteriormente deferida e voto pela denegação da segurança” (DJe de 23/9/11).

O amparo da jurisprudência e da doutrina a essa tese também foi bem lembrado pela Procuradoria-Geral da República em seu respeitável

RE 658312 2ºJULG / SC

parecer (fl. 426):

"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 tratamento diferenciado entre homem e mulher já foi admitido pelo Supremo Tribunal Federal:

'EMENTA: Promoção de militares dos sexos masculino e feminino: critérios diferenciados: carreiras regidas por legislação específica: ausência de violação ao princípio da isonomia: precedente (RE 225.721, Ilmar Galvão, DJ 24.04.2000)'(AI-AgR 511.131-BA - Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ de 15.04.2005).

Vale transcrever excerto do artigo 'A Interpretação do Artigo 384 da Consolidação das Leis de Trabalho e o Tratamento Isonômico entre Homens e Mulheres', acerca do tema:

'Sem embargo, com a devida vênia à tese defendida por parte da doutrina e da jurisprudência pátrias, que perfilham entendimento no sentido de ser inconstitucional o texto do art. 384 da CLT, entende-se que a proteção ao labor da mulher quanto a sua duração configura-se proteção à situação desigual, sem qualquer ofensa ao princípio constitucional da igualdade.'(OLIVEIRA, Maria Fernanda Pereira de. In: Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário, n. 13, p. 425-422, 1ª Quinzena de julho de 2008)."

Dúvida não há de que a Constituição Federal de 1988 representou

RE 658312 2ºJULG / SC

um marco contra a discriminação da mulher, inclusive nos ambientes laboral e familiar. No entanto, não vislumbro motivos para que se utilize desse argumento para eliminar garantias que foram instituídas por escolha do legislador dentro de sua margem de ação.

Ainda que existisse alguma dúvida - o que não se aplica a este Relator - na espécie caberia a aplicação do “forema” **in dubio pro legislatore**, o qual, para alguns doutrinadores, como García Amado (apud PULIDO, Carlos Bernal. **El neoconstitucionalismo a debate**. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales, 2006, p. 17), é, em verdade, uma regra de preferência quando há zona de penumbra quanto à constitucionalidade ou não de uma decisão discricionária adotada pelo legislador.

Da mesma forma, quando se vislumbra, pela abertura constitucional, uma pluralidade de concretizações possíveis, há que se respeitar o “pensamento possibilista”, há muito defendido por Peter Häberle, apoiado no escólio de Niklas Luhmann (**Komplexität und Demokratie**, PSV, 4, 1968, p. 494 e ss.), na defesa da própria democracia, desde que, como bem anotou aquele filósofo e jurista, as alternativas surjam dos marcos constitucionais (HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta**. Estudio preliminar y traducción de Emilio Mikunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002, p. 68).

O dispositivo atacado não viola o art. 7º, inciso XXX, da Constituição Federal, na medida em que não diz respeito a tratamento diferenciado quanto ao salário a ser pago a homens e mulheres, a critérios diferenciados de admissão, ou mesmo a exercício de funções diversas entre diversos gêneros. Essa norma, como já salientei, com o devido respeito àqueles que advogam a tese contrária, não gera, no plano de sua eficácia, prejuízos ao mercado de trabalho feminino. Aliás, o intervalo previsto no art. 384 da CLT só tem cabimento quando a trabalhadora labora, ordinariamente, com jornada superior ao limite permitido pela lei e o empregador exige, diante de uma necessidade, que se extrapole esse período. Adotar a tese da prejudicialidade nos faria inferir, também, que

RE 658312 2ºJULG / SC

o salário-maternidade, a licença-maternidade, o prazo reduzido para a aposentadoria, a norma do art. 391 da CLT, a qual proíbe a despedida da trabalhadora pelo fato de ter contraído matrimônio ou estar grávida, e outros benefícios assistenciais e previdenciários existentes em favor das mulheres acabariam por desvalorizar a mão de obra feminina.

Portanto, há que se concluir que o art. 384 da CLT foi recepcionado pela atual Constituição, visto que são legítimos os argumentos jurídicos a garantir o direito ao intervalo. O trabalho contínuo impõe à mulher o necessário período de descanso, a fim de que ela possa se recuperar e se manter apta a prosseguir com suas atividades laborais em regulares condições de segurança, ficando protegida, inclusive, contra eventuais riscos de acidentes e de doenças profissionais. Além disso, o período de descanso contribui para a melhoria do meio ambiente de trabalho, conforme exigências dos arts. 7º, inciso XXII, e 200, incisos II e VIII, da Constituição Federal.

Descabe à Suprema Corte decidir sobre a interpretação da norma em seu nível infraconstitucional e definir de que forma se dará seu cumprimento; qual será o termo inicial da contagem; se haverá ou não o dever de se indenizar o período de descanso e quais serão os eventuais requisitos para o cálculo do montante.

Antecipo que não considero que essa norma constitua um núcleo irreversível do direito fundamental, ou que implique o mínimo existencial social do direito fundamental da trabalhadora mulher. Nesse sentido, não há que se olvidar que, em sua redação primitiva, **verbi gratia**, os arts. 379 e 380 da CLT proibiam o trabalho noturno para as mulheres. Após a avaliação pelo constituinte e pelo legislador, esses dispositivos acabaram sendo revogados pela Lei nº 7.855, de 24/10/89, remanescendo em vigor hoje, por outro lado, o art. 381 da CLT, o qual estabelece que o trabalho noturno das mulheres terá salário superior ao diurno, fixa um percentual adicional de 20% (vinte por cento) no mínimo (§ 1º) e estipula que “cada hora do período noturno de trabalho das mulheres terá 52 (cinquenta e dois) minutos e 30 (trinta) segundos” (§ 2º).

No futuro, havendo efetivas e reais razões fáticas e políticas para a

RE 658312 2ºJULG / SC

revogação da norma, ou mesmo para a ampliação do direito a todos os trabalhadores, o espaço para esses debates há de ser respeitado, que é o Congresso Nacional.

Aditamento ao voto:

Adiro às considerações e ao ajuste da tese, nos termos do voto do Ministro **Gilmar Mendes**, no ponto em que Sua Excelência pondera que, com o advento da Lei Federal nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), foi revogada a norma impugnada pela recorrente, extinguindo-se, por consequência, a distinção entre homens e mulheres no que tange ao descanso obrigatório que antecede o início de período extraordinário de trabalho. Logo, esvaiu-se a relevância da questão atinente à recepção do revogado art. 384 da CLT pela Constituição Federal, após a reforma trabalhista.

Ante o exposto, mantenho a conclusão de meu voto pela **negativa de provimento ao recurso extraordinário**, ajustando a tese nele proposta, nos seguintes termos:

“O art. 384 da CLT, em relação ao período anterior à edição da Lei n. 13.467/2017, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, aplicando-se a todas as mulheres trabalhadoras.”

É como voto.

14/09/2016

PLENÁRIO

SEGUNDO JULGAMENTO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 658.312 SANTA CATARINA

VISTA

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Ministra Cármen, eu já tinha produzido um voto torturado quando da sessão anterior.

Eu tinha até registrado, tinha dito que gostaria de compartilhar da visão otimista da Ministra Rosa em relação a como vai se comportar o mercado a partir desse tipo de regras.

Mas eu dizia então:

"Mas eu até adivinхо que as coisas não vão ocorrer dessa maneira. É muito provavelmente, a partir dessas definições, muitos setores vão optar ou por não fazer hora extra ou, quando fizerem hora extra, certamente vão dar preferência para o trabalho masculino. Hoje há programas de computador que fazem esse tipo de engenharia institucional em termos de custo.

É bem verdade," - dizia eu - "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," - etc.

(...)

"Como há uma frustração, por exemplo, com aquela regra que foi referida recentemente pelo Ministro Toffoli a propósito de participação da mulher na política," - Vossa Excelência tinha feito, então, referência - "porque, em princípio, há uma garantia de um percentual para as candidaturas, mas não há garantia quanto à eleição."

E, recentemente, inclusive no TSE, nós verificamos que hoje há um tipo de manipulação pelos partidos políticos que lançam "candidatas" que sequer sabem que são candidatas. Quer dizer, a rigor, descobriu-se,

RE 658312 2ºJULG / SC

fraudando o percentual, e, portanto, elas sequer recebem o seu próprio voto, o que é uma manipulação grotesca do fenômeno.

Então, eu dizia isso e realmente disse que tinha todas as dificuldades e, claro, o Ministro Fux tinha, inclusive, adiantado a posição nesse sentido.

E depois desse debate, acho que, por um bom acaso, esse tema volta a ser discutido e, quanto mais nós vemos o funcionamento das organizações, pensamos, por exemplo, que as mulheres hoje participam praticamente de todas as atividades. Nós encontramos, hoje, comandantes de avião mulheres, dirigem caminhões, tratores, táxis, policiais, em suma.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - A Suprema Corte.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Na Suprema Corte, muito bem composta com Vossa Excelência na Presidência, inclusive.

Com as restrições que o Ministro Teori faz, mas isso não tem é...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Mas o Ministro Teori só faz restrição, porque ele tem preferência.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas, em suma, nós temos um quadro, todo ele muito peculiar. Claro que, para cada carreira específica, há um tratamento que é igual, quer dizer, o horário de piloto, o horário de policial.

Veja, esta norma vem de 1943 e eu fui fazer um levantamento desde ontem e nós encontramos capítulos inteiros na legislação trabalhista, na legislação laboral dos vários países - a partir, por exemplo, dos comandos que existem na União Europeia - determinando que haja o tratamento igual, mas nada referente... Claro, não em relação às situações aqui descritas pelo Ministro Toffoli, porque, evidentemente, quanto à licença gestante, aqui é uma singularidade da própria natureza e aí não vai se colocar nenhuma ressalva, mas, fora esse aspecto, na verdade, busca-se um tratamento equânime. E muitos autores, inclusive mulheres, deploram esta proteção entendendo que ela é discriminatória com a mulher.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Tem mais, Ministro, sob o

RE 658312 2ºJULG / SC

ângulo constitucional, há quem sustente até que isso viola a proibição da proteção deficiente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Isso, é isso.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Protege de menos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - O 7º, inciso XX, da Constituição, manda que o legislador atue no sentido de proteger, inclusive proteger no mercado de trabalho.

Mas tem acontecido também situações estranhas. Nos levantamentos que fiz, por exemplo, na Corte espanhola, houve uma situação da chamada isonomia invertida: homens que passam, então, a reivindicar o tratamento que se deu à mulher diante desse modelo de isonomia.

Mas sobretudo me impressiona, na medida em que esta norma fique consolidada no sistema, vamos imaginar, em atividades que tenhamos um intenso aproveitamento de mão de obra, que se faça essa engenharia institucional e se faça a eliminação ou pelo menos a restrição da participação da mulher. Pouco visível, não é tão suscetível de fiscalização. Então, a mim me impressiona que nós possamos consolidar isso. E por isso até eu disse a Vossa Excelência que, na evolução do debate, talvez eu até pedisse vista, porque realmente quedei-me impressionado com o voto do Ministro Fux e do Ministro Marco Aurélio, mas também com todos os subsídios hoje da literatura e da jurisprudência que parecem caminhar...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite? Quando do julgamento, no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, doze Ministros ficaram vencidos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Pois é. Então parece que aqui a gente está diante de uma situação, e talvez aqui seja um daqueles casos que a gente devesse olhar os fatos subjacentes, quer dizer, que resultado essa norma produz?

Eu tenho a impressão de que um estudo cuidadoso vai mostrar que isso redundaria discriminatório para com a mulher num aspecto de difícil controlabilidade. Por mais que o Poder Público tente fiscalizar aqui, terá muita dificuldade de determinar que haja um número igual de mulher e homem contratados no mercado de trabalho de bancos ou comércios.

RE 658312 2ºJULG / SC**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

Há áreas nas quais, inclusive, há maior contratação de mulheres. Não é à toa que a ABRAS, a Associação Brasileira de Supermercados, está representada neste julgamento. Quem vai ao supermercado sempre verifica que, geralmente, quase todas as pessoas que exercem a função de caixa são do sexo feminino.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Então, é nessa linha. É claro que outros Colegas teriam que votar, mas estou realmente...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Eu só queria fazer uma observação, Ministro. Vou evidentemente esperar a vista de Vossa Excelência. Agora, eu realmente não votei neste caso, votei como juíza que sou e com a racionalidade que a função impõe, eu acho que eu não preciso muito dos dados de literatura. Eu preciso só da experiência da minha vida e da vida de todas as mulheres com quem eu convivo para saber que, neste caso, discriminatório é a gente desconsiderar que temos diferenças numa sociedade e numa cultura em que, sim, é preciso que haja a adoção desse tipo de providência ainda, e que o fato de o legislador - fato não porque é direito -, mas o legislador ter tomado essa decisão foi baseado num dado, num quadro social que continua a prevalecer grandemente. E eu acho que há tanta discriminação contra a mulher, ao contrário do que aqui foi dito: "Temos mulheres conduzindo Boeing, mulheres e isso e aquilo". A simples referência disso já demonstra discriminação, porque ninguém fala que tinha um homem sentado aqui desde 1828, desde o Supremo Tribunal de Justiça, e que isto era novidade. É o fato de continuar a ter discriminação contra a mulher que nos faz realmente precisar ainda de determinadas ações que são positivas. Se fosse igual, ninguém estava falando. Uma vez, num dos julgamentos aqui sobre a anencefalia, eu me lembro do voto do Ministro Carlos Britto, em que ele disse: "Sabe por que estamos discutindo esta questão? Porque quem faz a lei é homem e quem fica grávida é a mulher. Só por isso. Fosse outra realidade, ninguém estava discutindo."

Então, há, sim, discriminação contra a mulher, há, sim, discriminação mesmo como casos nossos de juízas que conseguimos

RE 658312 2ºJULG / SC

chegar a posições de igualdade. Há, sim, enorme preconceito contra nós mulheres em todas as profissões. Eu convivo com mulheres que o tempo todo são discriminadas. E estas normas são postas, pelo menos na minha visão, e não estou votando ainda, estou apenas dizendo que Vossa Excelência, com tanto cuidado, pede vista exatamente para examinar dizendo: " Há escritores, há teorias". Não, há a minha vida. Portanto, neste caso, eu dou o testemunho da minha vida, da vida com as pessoas com as quais convivo, de mulheres com as quais convivo, do que foi no sistema eleitoral. Por que, no sistema eleitoral, Vossa Excelência faz referência exatamente a mulheres que são manipuladas? Ninguém fala se aqueles trinta por cento são homens ou mulheres, nem distinguem; trinta por cento têm que ser de um dos gêneros, mas é claro que estão falando de nós. Por que, depois, em determinadas situações, se põem mulheres? E as próprias mulheres dizem: "Somos candidatas que não nos dão conhecimento, não nos dão a participação no financiamento dos partidos, não nos dão tempo de televisão, não nos dão o mesmo espaço nas direções partidárias. E, evidentemente, depois ainda vêm com o discurso: Está vendo? Não foi eleita, não é porque não tinha espaço." Não. Temos uma sociedade, Ministro Gilmar, extremamente preconceituosa, preconceituosa em vários sistemas, racista em vários temas, e, no caso da mulher, muito preconceituosa. E aí estou falando de cátedra.

Agora, exatamente por ser um tema constitucional, racional, e não um testemunho histórico apenas, eu também aguardarei com todo gosto, porque tenho certeza de que a preocupação de Vossa Excelência é justamente o cuidado com o que seja interpretado de acordo com os princípios constitucionais de proteção à mulher.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim, claro.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Não tenho a menor dúvida, porque Vossa Excelência, no primeiro julgamento, já observou e anotou esse cuidado que tem e que considero extremamente pertinente.

Só fiz esta observação porque acho que a simples circunstância de se dizer: "Está vendo? Já se tem até mulher conduzindo Boeing!" Pois é, os

RE 658312 2ºJULG / SC

Boeings são conduzidos, os aviões são conduzidos para sempre pelos homens e ninguém faz referência. Por que é normal? Por que, para isso, existe uma situação especial?

Então, só pra dizer que eu aguardo e louvo muito o cuidado, porque, no caso de Vossa Excelência, sei que é para ter esses dados de maneira equilibrada e amadurecida, o que realmente honra a posição de juiz cuidadoso como Vossa Excelência é com esses casos.

Agora, nós queremos é igualdade de direitos exatamente na dignidade que se encerra na identidade de cada um, que é diferente entre homens e mulheres, graças a Deus. Dá certinho esse negócio de homem e mulher, é ótimo inclusive.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Aqui ninguém nega isso, Ministra Cármen.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Claro, pelo amor de Deus! Só faltava, agora, Vossa Excelência pedir vista disso também.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Mas agora estou preocupado, porque descansar quinze minutos pilotando um Boeing pode ser perigoso.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - De toda sorte, então, se os Ministros aguardam.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas, Ministra Cármen, eu subscrevo as palavras de Vossa Excelência e insisto. Claro que há todo um mundo de preconceito, todos nós reconhecemos. E quando nós fazemos essa anotação quanto à nova sociedade que se desenha, é exatamente para mostrar que, nesses casos - o Ministro Toffoli observou ironicamente, mas está correto -, a legislação trata de maneira específica, se se trata de policial, se se trata de oficial do Exército, se se trata de piloto, se se trata de bombeiro, haverá uma legislação específica. Mas, em princípio, nessas atividades, seria impensável fazer-se uma distinção e dizer, por exemplo, que...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Um recorte.

RE 658312 2ºJULG / SC

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Isso, um recorte para que o piloto ou o copiloto de um avião, por ser mulher, deveria ter um descanso maior. Isso me parece que levaria a uma desfuncionalidade; ou num quartel, em suma. Acho que autoras femininas, sem serem feministas, discutem esse tema nessa perspectiva de uma efetiva igualdade. Foi por isso que eu quis colocar isso.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - É muito bem-vinda a vista de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu já tinha manifestado essas minhas angústias quando do voto acompanhando o Ministro Toffoli, mas, se os Colegas tiverem paciência, posso pedir vista, porque fiquei impressionado realmente com os argumentos, tanto os já trazidos pelos Ministros Marco Aurélio e Fux, como aqueles que estão na doutrina.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, em última análise, é que previsões como essa contribuem para a sociedade brasileira continuar machista e ver a mulher como o sexo frágil, quando, na verdade, é o sexo forte.

Publicado sem revisão art. 95 RISTF

14/09/2016

PLENÁRIO

SEGUNDO JULGAMENTO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 658.312 SANTA CATARINA

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhora Presidente, só me permita fazer um registro: quando essa matéria foi originariamente decidida em 2014, eu ainda não me encontrava aqui no Tribunal. Nada obstante, em agosto do ano passado, quando o tema veio na seara dos embargos, em que se reconheceu a nulidade do julgado, examinei o tema e, nos termos regimentais, declarei-me em condições de julgar aqueles embargos, como também agora já deixo averbado que participarei da discussão e do debate.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Claro, este é um novo julgamento e o único impedimento assentado é o do Ministro Roberto Barroso.

RE 658312 2ºJULG / SC

Publicado sem revisão art. 95 RISTF

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

SEGUNDO JULGAMENTO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 658.312

PROCED. : SANTA CATARINA

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

RECTE.(S) : A ANGELONI & CIA LTDA

ADV.(A/S) : ALBERT ZILLI DOS SANTOS (13379/SC) E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) : RODE KEILLA TONETE DA SILVA

ADV.(A/S) : PAULO SÉRGIO ARRABAÇA (4728/SC)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS SUPERMERCADOS-ABRAS

ADV.(A/S) : HUMBERTO BRAGA DE SOUZA (57001/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : FEDERAÇÃO BRASILEIRA DOS BANCOS-FEBRABAN

ADV.(A/S) : CARLOS MARIO DA SILVA VELLOSO (07725/MG) E OUTRO(A/S)

Decisão: O Tribunal deliberou adiar o julgamento por falta de *quorum* constitucional. Impedido o Ministro Roberto Barroso. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e, para participar do XXII Encontro de Presidentes e Magistrados de Tribunais e Salas Constitucionais da América Latina, na Cidade do México, a Ministra Cármen Lúcia. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 15.06.2016.

Decisão: Após o voto do Ministro Dias Toffoli (Relator), que negava provimento ao recurso extraordinário, fixando tese nos termos de seu voto, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes. Impedido o Ministro Roberto Barroso. Falaram, pela recorrente, o Dr. Umberto Grillo, e, pelo *amicus curiae* Federação Brasileira dos Bancos - FEBRABAN, a Dra. Gabriela Dourado Mattos. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 14.09.2016.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário

15/09/2021

PLENÁRIO

SEGUNDO JULGAMENTO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 658.312 SANTA CATARINA

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Trata-se de recurso extraordinário, sob a sistemática da repercussão geral, interposto pela sociedade empresária Angeloni & Cia Ltda., em face de acórdão da 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, que restou assim ementado:

“INTERVALO DE 15 MINUTOS PREVISTO NO ART. 384 DA CLT. PARA MULHERES ANTES DO LABOR EM SOBREJORNADA. CONSTITUCIONALIDADE. O debate acerca da constitucionalidade do artigo 384 da CLT não suscita mais discussão no âmbito desta Corte, que, por intermédio do julgamento do TST-IIN-RR-1.540/2005-046-12-00.5, ocorrido na sessão do Tribunal Pleno no dia 17/11/2008, decidiu que o artigo 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal.

Recurso de revista não conhecido.”

No recurso extraordinário, a parte recorrente alega que o artigo 384 da Consolidação das Leis do Trabalho não foi recepcionado pela Constituição Federal, por traduzir discriminação injustificada entre trabalhadores homens e mulheres.

Reconhecida a preliminar de repercussão geral, o mérito do tema 528 foi julgado pelo Tribunal Pleno em 27 de novembro de 2014. O julgamento recebeu a seguinte ementa:

“Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Direito do Trabalho e Constitucional. Recepção do art. 384 da Consolidação das Leis do Trabalho pela Constituição Federal de 1988. Constitucionalidade do intervalo de 15 minutos para mulheres trabalhadoras antes da jornada extraordinária. Ausência de ofensa ao princípio da isonomia. Mantida a decisão do Tribunal Superior do Trabalho. Recurso não

RE 658312 2ºJULG / SC

provido.

1. O assunto corresponde ao Tema nº 528 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do Supremo Tribunal Federal na **internet**.

2. O princípio da igualdade não é absoluto, sendo mister a verificação da correlação lógica entre a situação de discriminação apresentada e a razão do tratamento desigual.

3. A Constituição Federal de 1988 utilizou-se de alguns critérios para um tratamento diferenciado entre homens e mulheres: i) em primeiro lugar, levou em consideração a histórica exclusão da mulher do mercado regular de trabalho e impôs ao Estado a obrigação de implantar políticas públicas, administrativas e/ou legislativas de natureza protetora no âmbito do direito do trabalho; ii) considerou existir um componente orgânico a justificar o tratamento diferenciado, em virtude da menor resistência física da mulher; e iii) observou um componente social, pelo fato de ser comum o acúmulo pela mulher de atividades no lar e no ambiente de trabalho o que é uma realidade e, portanto, deve ser levado em consideração na interpretação da norma.

4. Esses parâmetros constitucionais são legitimadores de um tratamento diferenciado desde que esse sirva, como na hipótese, para ampliar os direitos fundamentais sociais e que se observe a proporcionalidade na compensação das diferenças.

5. Recurso extraordinário não provido, com a fixação das teses jurídicas de que o art. 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e de que a norma se aplica a todas as mulheres trabalhadoras.”

Porém, o STF acolheu embargos de declaração para reconhecer a nulidade do referido julgamento, em razão da ausência de intimação dos advogados constituídos pela embargante. Eis o teor da ementa desse julgado:

“Embargos de declaração no recurso extraordinário. Nulidade do julgamento do feito por ausência de intimação dos

RE 658312 2ºJULG / SC

atuais defensores do embargante. Não inclusão pela Secretaria Judiciária da Corte dos novos constituídos na autuação do processo, para fins de publicação no Diário da Justiça Eletrônico (art. 1º, inciso I, alíneas a e b, da Resolução nº 478 de 2011). Impossibilidade de realização da defesa oral na sessão de julgamento. Necessidade de novo pronunciamento judicial pelo Tribunal Pleno. Precedentes. Embargos acolhidos com efeitos modificativos, para, em razão do equívoco apontado, anular o acórdão proferido pelo Tribunal Pleno neste extraordinário, determinando, ainda, sua inclusão em pauta para futuro julgamento.”

Levado o recurso extraordinário novamente a julgamento, o relator, Ministro Dias Toffoli, reafirmou compreensão pela recepção do mencionado dispositivo pela vigente ordem constitucional.

Por suscitar intrincada questão sobre a isonomia das relações de trabalho sob a perspectiva de gênero, pedi vista dos autos para melhor exame do tema.

Contudo, após meu pedido de vista, a Lei federal nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) revogou a norma impugnada pela recorrente, extinguindo a distinção entre homens e mulheres no que tange ao descanso obrigatório que antecede o início de período extraordinário de trabalho.

Assim, penso que se esvaziou a relevância da questão atinente à recepção do revogado art. 384 da CLT pela Constituição Federal.

Em relação ao período pretérito ao advento da novel legislação, encaminho-me de acordo com os fundamentos apresentados pelo relator.

Embora haja fundadas razões, que inclusive motivaram este pedido de vista, para se questionar a compatibilidade do referido preceito com a Constituição Federal, sob o ângulo da isonomia, é certo que esse exame de fatos e prognoses não implica, ao que se tinha à época de vigência da norma, sua exclusão do ordenamento jurídico.

Reproduzo, a propósito, o seguinte excerto do voto condutor constante no primeiro julgamento, cujas conclusões não foram infirmadas

RE 658312 2ºJULG / SC

de maneira categórica por evidências empíricas ou ilações teóricas:

“(…) podemos concluir que a Constituição Federal veio a se utilizar de alguns critérios para esse tratamento diferenciado: i) em primeiro lugar, levou em consideração a histórica exclusão da mulher do mercado regular de trabalho e impôs ao Estado a obrigação de implantar políticas públicas, administrativas ou meramente legislativas de natureza protetora no âmbito do direito do trabalho (PITANGUY, Jacqueline & BARSTED, Leila L. (orgs.). **O Progresso das Mulheres no Brasil** . Brasília: UNIFEM, Fundação Ford e CEPIA, 2006); ii) considerou existir um componente orgânico, biológico, a justificar o tratamento diferenciado, inclusive pela menor resistência física da mulher; e iii) considerou haver, também, um componente social, pelo fato de ser comum o acúmulo de atividades pela mulher no lar e no ambiente de trabalho o que, de fato, é uma realidade e, portanto, deve ser levado em consideração na interpretação da norma, como propõe a metódica concretista de Friedrich Müller (cf. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. Trad. Peter Naumann: Rio de Janeiro, Renovar, 2005 e **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e à metódica estruturantes do direito** . Trad. Dimitri Dimoulis et. al.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008). Não vislumbro ser a espécie um enunciado normativo que retrate mecanismo de compensação histórica por discriminações socioculturais fundado na doutrina do impacto desproporcional, tal qual desenvolvida no sistema jurídico norte-americano. O art. 384 da CLT levou em consideração os outros dois critérios acima elencados.

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 e, ao se analisar o teor da regra atacada, podemos inferir que a norma trata de aspectos de evidente desigualdade de forma proporcional, garantindo o período de descanso de,

RE 658312 2ºJULG / SC

no mínimo, quinze (15) minutos antes do início do período extraordinário de trabalho à mulher trabalhadora.

(...)

Aliás, não há como negar que há diferenças quanto à capacidade física das mulheres em relação aos homens inclusive com levantamentos científicos (**vide** BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho** . Ltr, 2008, p. 1080; COSTA, Jurandir Freire. Homens e Mulheres . **In : Ordem Médica e Norma Familiar** . Rio de Janeiro: Graal, 1979, p.235-261; SZAPIRO, Ana Maria. Diferença sexual, igualdade de gênero: ainda um debate contemporâneo. **In : DÁvila, Maria Inácia, PEDRO, Rosa (Orgs.). Tecendo o Desenvolvimento: saberes, gênero, ecologia social** . Rio de Janeiro: Mauad: Bapera, 2003. p.83-94; BENNETT, James T. *The Politics of American Feminism: Gender Conflict in Contemporary Society*. University Press of America, 2007). Cuida-se de argumento real e que deve ser considerado. Tanto é que o art. 390 da CLT protege a trabalhadora, impedindo o empregador de contratar mulher em serviço que demande o emprego de força muscular superior a 20 (vinte) quilos para o trabalho contínuo, ou 25 (vinte e cinco) quilos para o trabalho ocasional.

(...)

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 a demonstrar que o empregador prefira contratar homens, em vez de mulheres, em virtude da obrigação em comento.

Por sua vez, diante desses argumentos jurídicos, não há espaço para uma interpretação que amplie, sob a tese genérica da isonomia, a concessão da mesma proteção ao trabalhador do sexo masculino, pois além de os declinados raciocínios lógico e jurídico impedirem que se aplique a norma ao trabalhador homem, sob o prisma teleológico da norma, não haveria sentido em se resguardar a discriminação positiva diante das

RE 658312 2ºJULG / SC

condicionantes constitucionais mencionadas. Adotar a tese ampliativa acabaria por mitigar a conquista obtida pelas mulheres.

Torno a insistir: o discrimen, 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.”

No caso dos autos, tendo em vista o amparo legal então existente, reputo legítimo o provimento do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região no sentido de deferir à reclamante trabalhista horas extras excedentes da 44ª semanal e condenar a reclamada ao pagamento de quinze minutos, a título de intervalo intrajornada, com adicional de 50% de forma indenizatória.

Ante o exposto, nego provimento ao presente recurso extraordinário e acompanho a tese formulada pelo relator, com a adição de sua limitação até o advento da Lei federal 13.467/2017 (Reforma Trabalhista).

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

SEGUNDO JULGAMENTO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 658.312

PROCED. : SANTA CATARINA

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

RECTE.(S) : A ANGELONI & CIA LTDA

ADV.(A/S) : ALBERT ZILLI DOS SANTOS (13379/SC) E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) : RODE KEILLA TONETE DA SILVA

ADV.(A/S) : PAULO SÉRGIO ARRABAÇA (4728/SC)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS SUPERMERCADOS-ABRAS

ADV.(A/S) : HUMBERTO BRAGA DE SOUZA (57001/SP) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : FEDERACAO BRASILEIRA DE BANCOS

ADV.(A/S) : CARLOS MARIO DA SILVA VELLOSO (07725/MG) E OUTRO(A/S)

Decisão: O Tribunal deliberou adiar o julgamento por falta de *quorum* constitucional. Impedido o Ministro Roberto Barroso. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e, para participar do XXII Encontro de Presidentes e Magistrados de Tribunais e Salas Constitucionais da América Latina, na Cidade do México, a Ministra Cármen Lúcia. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 15.06.2016.

Decisão: Após o voto do Ministro Dias Toffoli (Relator), que negava provimento ao recurso extraordinário, fixando tese nos termos de seu voto, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes. Impedido o Ministro Roberto Barroso. Falaram, pela recorrente, o Dr. Umberto Grillo, e, pelo *amicus curiae* Federação Brasileira dos Bancos - FEBRABAN, a Dra. Gabriela Dourado Mattos. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 14.09.2016.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, apreciando o tema 528 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O art. 384 da CLT, em relação ao período anterior à edição da Lei n. 13.467/2017, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, aplicando-se a todas as mulheres trabalhadoras", nos termos do voto ora reajustado do Relator. Impedido o Ministro Roberto Barroso. Plenário, Sessão Virtual de 3.9.2021 a 14.9.2021.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber,

Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Nunes
Marques.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário