

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 658.312 SANTA CATARINA

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI
RECTE.(S) : A ANGELONI & CIA LTDA
ADV.(A/S) : DIEGO DANIEL STÜRMER
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. : FEDERAÇÃO BRASILEIRA DOS BANCOS-FEBRABAN
ADV.(A/S) : CARLOS MÁRIO DA SILVA VELOSO E OUTRO(A/S)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

A. 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 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, este Relator entendeu que a matéria suscitada no recurso extraordinário, de fato, possui índole eminentemente constitucional. Entendi que se deve avaliar, no caso dos autos, quão efetivamente se aplica o princípio da isonomia, com a consequente 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.”

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 **amici curiae**, da Associação Brasileira de Supermercados (ABRAS) e da Federação Brasileira dos Bancos (FEBRABAN), e indeferi o pedido formulado por outra interessada. As **amici curiae** 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).

É o relatório.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 658.312 SANTA CATARINA

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Precede o julgamento em testilha uma breve contextualização.

Ressalte-se, 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 e, além de lhe ter concedido certas verbas trabalhistas, condenou a empregadora ao “pagamento de quinze minutos com o adicional de 50% [,] de forma indenizatória”, nos termos do art. 384 da CLT, pedido esse 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 pela 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, Relatora a Ministra **Cármen Lúcia**, julgado em 30/8/12 e ARE nº 731.313/RS, de

minha relatoria, julgado em 17/6/13. 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 neste país na vida jurídica das mulheres 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

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’). Esse texto foi retomado, quanto a seus aspectos elucidativo e ilustrativo, incluindo o tratamento isonômico quanto ao gênero, no art. 153, § 1º, da Emenda Constitucional nº 1 de 1969.

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 impediram, 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, sobre o tema, explicitou, em três mandamentos, a necessária garantia da igualdade, sob seus diversos aspectos. Assim: 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, CF); 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.

Pela leitura esses 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, 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 pelo 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, 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 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 lhe garantir uma diferenciada proteção, dada a identidade biossocial peculiar da mulher e da 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: “homens 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).

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 no julgamento do RR nº 121100-07.2010.5.13.0026, da Sétima Turma, 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 **recepção** 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 diferenciado da mulher** em termos de jornada de trabalho e período de descanso” (DEJT, 9/3/12).

Também nesse sentido, há os seguintes julgados daquela Corte

Superior: TST-IIN-RR-1.540/2005-046-12-00.5, Relator o Ministro **Ives Gandra**, Tribunal Pleno, DEJT de 13/02/09; TST-RR-218600-78.2009.5.02.0070, Relator o Ministro **José Roberto Freire Pimenta**, 2ª Turma, julgado em 6/3/13; TST-E-RR-46500-41.2003.5.09.0068, Relatora Ministra **Maria Cristina Irigoyen Peduzzi**, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 12/03/2010; TST-E-RR-2868400-73.2002.5.09.0900, Relator o Ministro **Horácio Raymundo de Senna Pires**, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 20/2/09; TST-RR-43500-48.2008.5.04.0019, 2ª Turma, Relator o Ministro **Renato de Lacerda Paiva**, DEJT 16/12/10; TST-RR-17291/2000-015-09-00, 8ª Turma, Relatora a Ministra **Maria Cristina Irigoyen Peduzzi**, DJ 15/6/09; TST-RR-20198/2005-013-09-00, 1ª Turma, Relator o Ministro **Lelio Bentes Corrêa**, DJ 12/6/09; TST-RR-3339/2000-069-09-00, 5ª Turma, Relatora a Ministra **Kátia Magalhães Arruda**, DJ 12/6/09; e TST-RR-1300-14.2008.5.02.0332, Relator o Ministro **Fernando Eizo Ono**, julgado em 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 **discrímén**, 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.

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” (negritos 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, 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. 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 desequilibradas 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 detrimidas para os atingidos” (**O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo, Malheiros, 1999, p. 18).

Reitero: não houve tratamento arbitrário ou em detrimento do 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 aceção, 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 concurso público, exigir-se teste físico diferenciado para o homem e a mulher quando preenchidos os requisitos da necessidade e da adequação

para o **discrímen**. 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 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 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 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 ocorreu com este Relator - na espécie caberia a aplicação do “forema” **in dubio pro legislatore**, que, 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-se a tese da prejudicialidade nos faria inferir, também, que o salário-maternidade, a licença-maternidade, o prazo reduzido para

a aposentadoria, a norma do art. 391 da CLT, que 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 revogação da norma, ou mesmo para a ampliação do direito a todos os

RE 658312 / SC

trabalhadores, o espaço para esses debates há de ser respeitado, que é o Congresso Nacional.

Ante o exposto, voto pelo não provimento do recurso extraordinário e pela fixação das teses jurídicas de que o art. 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e que a norma se aplica a todas as mulheres trabalhadoras.

Em revisão