

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO ECONÔMICO E DO TRABALHO

Vanessa Mossmann

**TRABALHO DA MULHER: A INTERPRETAÇÃO DO ART. 384 DA CLT À LUZ DO
PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE EM RELAÇÃO AO GÊNERO**

Porto Alegre

2015

VANESSA MOSSMANN

**TRABALHO DA MULHER: A INTERPRETAÇÃO DO ART. 384 DA CLT À LUZ DO
PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE EM RELAÇÃO AO GÊNERO**

Trabalho de conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles

Porto Alegre

2015

VANESSA MOSSMANN

**TRABALHO DA MULHER: A INTERPRETAÇÃO DO ART. 384 DA CLT À LUZ DO
PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE EM RELAÇÃO AO GÊNERO**

Trabalho de conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles

Aprovado em 09 de julho de 2015.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles
(Orientador)

Prof. Dr. Rodrigo Coimbra Santos

Prof^a. Dr^a. Sonilde Kugel Lazzarin

Dedico este trabalho à minha amada mãe, Noeli Ana Duarte, pela dedicação, apoio e cuidado diários, pelo incentivo aos estudos, pela compreensão, ajuda e torcida em todos os momentos da minha vida e, principalmente, pelo carinho e amor imensuráveis, que me dão força para enfrentar qualquer adversidade e que me fazem querer e buscar ser, a cada dia, uma pessoa melhor.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Leandro, pela paciência, incentivo e valiosa orientação a mim conferida.

Aos meus pais, Noeli e Jeremias, por superarem os obstáculos que a vida lhes impôs e por criarem suas filhas da melhor maneira possível, sempre se fazendo presentes, cuidando, amando e incentivando os estudos. A minha gratidão e o meu amor, por vocês, são eternos. Muito obrigada por tudo.

À minha querida irmã, Cristina, formada também por esta faculdade, pelo carinho, incentivo, ajuda, amizade e amor que sempre me ofereceu de forma generosa e delicada. Mana, te admiro demais, tu és uma fonte inesgotável de inspiração, não é à toa que, diversas vezes, me vejo seguindo teus passos.

Ao Matheus, pela parceria, amizade, carinho e amor. Também ao Otávio, pela ajuda.

Às amigas que fiz nesta faculdade, com as quais dividi angústias, dúvidas, reclamações, alegrias, encontros, fofocas, intervalos, materiais de aula, viagens e tantos momentos incríveis. Gurias, muito obrigada por tornarem esses 5 anos de faculdade mais fáceis, divertidos e, com certeza, inesquecíveis. Sem vocês, o caminho teria sido bem mais difícil.

RESUMO

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) prevê um capítulo próprio destinado à proteção do trabalho da mulher, no qual está disposta, dentre outras garantias especiais, a do art. 384 da CLT segundo o qual: “*Em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso de 15 minutos no mínimo, antes do período extraordinário de trabalho*”. Ocorre que a nossa Constituição Federal de 1988, de caráter democrático, fez prevalecer a igualdade de todos perante a lei (art. 5º, *caput*, CF/88), assim como a igualdade de direito e obrigações entre homens e mulheres, proibindo discriminações entre os sexos também no mundo do trabalho (art. 5º, I e art. 7º, XXX, CF/88). Daí o motivo do debate proferido, por muito tempo, entre doutrinadores e aplicadores do direito acerca da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade, bem como da possível ampliação interpretativa, extensiva aos homens, do art. 384 da CLT, à luz do princípio da igualdade em relação ao gênero. Dessa forma, a presente monografia propôs a análise dos argumentos trazidos por essas correntes interpretativas, buscando, assim, a compreensão dos aspectos que ensejam dúvidas em relação à aplicação de tal proteção especial ao trabalho da mulher. Para tanto, foi objeto de estudo, primeiramente, o princípio da igualdade, salientando a sua atuação no direito do trabalho e a sua faceta relacionada aos gêneros. Após, analisaram-se a proteção do trabalho da mulher, seus fundamentos históricos e atuais, bem como os dispositivos protetivos femininos presentes na CLT. Foram estudadas, também, em capítulo próprio, as teses interpretativas adotadas pela doutrina e pela jurisprudência quanto à recepção, revogação ou ampliação do artigo 384 da CLT, dando ênfase às recentes decisões proferidas pelos Plenários do TST e do STF que procuraram uniformizar o entendimento da matéria em prol da segurança jurídica. Ao fim, concluiu-se que os argumentos trazidos pelas diferentes correntes estudadas fundamentam-se em aspectos culturais e sociais pertinentes, considerando a transitoriedade por que passam a mulher trabalhadora e a nossa própria sociedade, de anseios igualitários, mas que ainda sofre reflexos de seu recente passado essencialmente discriminatório em relação ao gênero, o qual motivou determinadas proteções especiais às mulheres, tal qual o intervalo do art. 384 da CLT. No desenvolvimento do trabalho, utilizou-se a metodologia hipotético-dedutiva, através da análise da legislação pertinente, da bibliografia cabível e das decisões jurisdicionais sobre o assunto.

Palavras-chave: Direito Constitucional - Direito do Trabalho - Princípio da Igualdade – Igualdade de gênero - Trabalho da Mulher - Art. 384 da CLT.

ABSTRACT

The Consolidation of Labor Laws (CLT) includes a proper chapter destined to the protection of women's labor, in which are disposed, among other special guarantees, the one on section 384 of CLT, whereby: "In case of prorogation of the normal work hours, it is obligatory a minimum break of 15 minutes, before the extraordinary labor time". However, our Federal Constitution of 1988, of democratic attributes, enforces equality of all before the law (section 5, *caput*, Federal Constitution of 1988), as well as equality of rights and obligations between men and women, prohibiting discriminations between the genders in the labor context as well (section 5, subsection I and section 7, subsection XXX, Federal Constitution of 1988). Thence the reason of the pronounced argument, for a long period, between doctrine enforcers and legal practitioners about the constitutionality or unconstitutionality, as well as the potential interpretative expansion, extended to men, of CLT's section 384, in the light of gender's equality legal principle. Therefore, this monograph proposed the analysis of the arguments brought by these interpretive schools, seeking, thereby, the comprehension of aspects that give cause to doubts about the application of this special protection to women's labor. To that end, firstly, the equality principle was the object of study, underlining its interactions on Labor Law and its facet related with the genders. Hereupon, the protection to women's labor was assayed, along with its historical and current basis, as well as CLT's protective precepts. It was also studied, on a proper chapter, the interpretative theses accepted by doctrine and jurisprudence concerning the reception, revocation or expansion of CLT's section 384, emphasizing the recent decisions pronounced by *TST*'s and *STF*'s plenaries, that seek the standardization of the subject on behalf of legal certainty. Lastly, it is inferred that the arguments brought by the various schools that were studied were based on relevant cultural and social aspects, considering the transience that is experienced by the working women and our own society, of egalitarian yearns, but that still undergoes the reflexes of its essentially discriminatory recent past in regards to genders, which motivated certain special protections to women, such as CLT's section 384 break. During the development of this work paper, it was utilized the hypothetical-deductive methodology, through the analysis of pertinent legislation, of applicable bibliography and judicial decisions on the subject.

Keywords: Constitutional Law – Labor Law – Equality Principle – Genders' Equality – Women's Labor – CLT's Section 384.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CF – Constituição Federal
CLT – Consolidação das Leis do Trabalho
EC – Emenda Constitucional
ED – Embargos de Declaração
OIT – Organização Internacional do Trabalho
RE – Recurso Extraordinário
RO – Recurso Ordinário
RR – Recurso Revista
SBDI - Subseção de Dissídios Individuais
SRT - Superintendência Regional do Trabalho
STF – Supremo Tribunal Federal
TRT – Tribunal Regional do Trabalho
TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE	12
2.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	12
2.1.1 Breves apontamentos sobre a evolução histórica da ideia de igualdade	12
2.1.2 Conceito jurídico de igualdade	18
2.1.3 O princípio da igualdade nas constituições brasileiras.....	24
2.2 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO DIREITO DO TRABALHO	27
2.3 A IGUALDADE EM RELAÇÃO AO GÊNERO	32
2.4 A DISCRIMINAÇÃO POSITIVA	36
3 A PROTEÇÃO DO TRABALHO DA MULHER.....	39
3.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA E JURÍDICA DA PROTEÇÃO DO TRABALHO FEMININO	39
3.1.1 Fundamentos históricos da proteção especial	39
3.1.2 Avanços jurídico-legais no âmbito internacional.....	43
3.1.3 Avanços jurídico-legais no âmbito nacional	45
3.1.4 Fundamentos atuais da proteção especial.....	48
3.2 AS ATUAIS PROTEÇÕES DESTINADAS AO TRABALHO DA MULHER PELA CLT	54
3.3 OS PERÍODOS ESPECIAIS DE DESCANSO DA MULHER	58
4 A INTERPRETAÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL DO ART. 384 DA CLT.....	62
4.1 DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART 384 DA CLT	65
4.2 DA AMPLIAÇÃO INTERPRETATIVA DO ART. 384 DA CLT.....	74
4.3 DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 384 DA CLT E DO POSICIONAMENTO DO TST E DO STF.....	80
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	93
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	97

1 INTRODUÇÃO

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), em recente decisão datada de novembro de 2014, firmou, por maioria, o entendimento no sentido de ser recepcionado, pela Constituição Federal de 1988, o art. 384 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), mantendo a também recente decisão, nesta linha, do Tribunal Superior do Trabalho (TST). Tal dispositivo, inserido no capítulo da CLT que trata especificamente da proteção do trabalho da mulher, reserva, às trabalhadoras, o intervalo de, no mínimo, 15 minutos em caso de prorrogação do horário normal de trabalho, antes do início do período extraordinário.

A questão central envolvida nessas importantes decisões gira em torno do possível conflito entre o referido artigo da CLT, que prevê o descanso mencionado apenas às trabalhadoras mulheres e o basilar princípio constitucional da igualdade, mais especificamente, da igualdade entre os gêneros, uma vez que exclui os trabalhadores do sexo masculino deste período de descanso. Não por menos, a repercussão geral do tema suscitado pelo Recurso Extraordinário (RE) 658.312 foi reconhecida pelo STF, tendo em vista o interesse de todas as categorias de trabalhadores e empregadores em relação à validade deste dispositivo, bem como a possibilidade de repetição de tal discussão em inúmeros processos em todo o país.

O debate acerca do princípio da igualdade é quase tão antigo quanto a história da humanidade. Sua importância e seu conceito jurídico-social são temas estudados por muitos doutrinadores, uma vez que a discriminação a determinados grupos é um grave problema enfrentado em âmbito global e que vem de encontro com o regime democrático adotado por diversos Estados do mundo. No Brasil, a igualdade em sentido material, e não apenas formal, veio enraizada na Constituição Federal de 1988 e, dentre outros enfoques, se preocupou em evitar a discriminação no ambiente de trabalho, em afirmar a igualdade entre os sexos e em sustentar a existência de discriminações positivas que objetivem a igualdade.

As diferenças físicas entre homens e mulheres sempre acarretaram em distinções culturais, sociais e, como não deixaria de ser, em diferenças relacionadas ao trabalho, ao longo da História. A divisão, por muito tempo, foi bem marcada: às mulheres, eram deliberadas a função reprodutiva e a responsabilidade de cuidar dos filhos e do lar, enquanto que, aos homens, eram destinados o espaço público, político e econômico. Em virtude disso, discriminações e abusos estiveram presentes no momento do ingresso da mulher no mundo do

trabalho, motivo pelo qual, a elas, sobrevieram diversas proteções legais. Inquestionável foi, assim, a importância do advento de tais proteções especiais à mulher trabalhadora, dado sua inicial completa vulnerabilidade. Ocorre que, nos dias de hoje, estudiosos e aplicadores do direito questionam a necessidade da presença de diversos dispositivos legais protetores do trabalho feminino, uma vez que a realidade de discriminação de décadas atrás não é mais a mesma, que a igualdade entre os sexos, além de ser princípio constitucional orientador, está cada vez mais presente nas relações pessoais e no tratamento entre os trabalhadores, e que o excesso de proteção acarreta empecilhos à trabalhadora, tanto é que muitas dessas proteções foram revogadas nos últimos tempos. Por outro lado, há doutrinadores e juristas que apontam as condições fisiológicas diversas e inerentes aos sexos, as atividades domésticas que, notoriamente, as mulheres assumem em sua maioria e as discrepâncias, dentre elas as salariais, ainda existentes na realidade da mulher que trabalha como motivos que justificam a manutenção de muitos dispositivos protetivos, não revogados pelo legislador.

Inobstante a conclusão pela recepção constitucional do art. 384 da CLT do Pleno do TST e do STF, a decisão não foi unânime e gerou muitas críticas no âmbito jurídico, reflexo das divergências existentes na interpretação do dispositivo, tanto entre os doutrinadores, quanto entre os aplicadores do direito. Daí decorre o objetivo deste trabalho: analisar os argumentos levantados contra e a favor da recepção constitucional do art. 384, da CLT, bem como da possível ampliação de seu alcance aos homens. Para a melhor compreensão de tais correntes e posicionamentos, necessário o estudo do princípio constitucional da igualdade, sua importância e características, modos de interpretação e aplicação, bem como a análise do trabalho da mulher e de suas peculiaridades ensejadoras de um capítulo protetivo específico da CLT, e, mais especificamente, de um período de descanso de 15 minutos antes do início do trabalho extraordinário. A partir desse estudo, busca-se a compreensão da existência ou não de sintonia entre a realidade fisiológica e social vivida pelas mulheres que trabalham e o princípio da igualdade entre os sexos, verificando ser justificável ou não o tratamento diferenciado direcionado, na lei, às mulheres.

O método utilizado no desenvolvimento desta pesquisa será o hipotético-dedutivo. Serão analisadas, ao longo da monografia, legislações, convenções internacionais, decisões jurisprudenciais, bem como literatura doutrinária, constitucional e trabalhista, pertinentes ao tema.

No primeiro capítulo, o princípio da igualdade será objeto de estudo. Analisar-se-á sua abrangência e sentido ao longo da história, a maneira como os doutrinadores da área o

classificam, bem como sua atuação nas Constituições brasileiras. Seguir-se-á tratando do princípio da igualdade, especificamente, no Direito do Trabalho e da igualdade de gêneros. Por fim, analisar-se-á o instituto da discriminação positiva proferida pelo ao direito brasileiro.

Será examinada, no segundo capítulo, a proteção atribuída ao trabalho da mulher, bem como suas peculiaridades. Observar-se-á, primeiramente, a evolução histórica e jurídica, tanto no âmbito internacional como no âmbito nacional, da proteção do trabalho feminino ao longo dos anos. Apontar-se-ão os fundamentos iniciais que motivaram o surgimento de diversas proteções especiais ao trabalho da mulher, como também os fundamentos atuais que ainda mantêm, no ordenamento jurídico, determinadas guaritas. Em seguida, serão discorridas algumas das atuais proteções destinadas ao trabalho da mulher pela nossa Consolidação das Leis do Trabalho e, ao final do segundo capítulo, os períodos especiais de descanso da mulher serão objetos de análise.

Propor-se-á, no terceiro e último capítulo, o exame das correntes interpretativas do art. 384 da CLT. Evocar-se-á a discussão, por muito tempo, ocorrida tanto do âmbito doutrinário, quanto do âmbito jurisprudencial sobre o tema, analisando, primeiramente, os argumentos trazidos por quem defende que o dispositivo é inconstitucional por ofensa ao princípio da igualdade. Após, considerar-se-á a corrente que acredita dever-se estender, aos homens, o intervalo presente no art. 384 da CLT, por ser norma de saúde e segurança do trabalho. Então, a tese da recepção constitucional passa a ser o foco do estudo, dando destaque às recentes decisões dos Plenários do TST e do STF nesse sentido.

Por fim, nas considerações finais, os aspectos essenciais apontados, durante o trabalho, serão retomados, destacando as principais considerações traçadas e contrapondo os argumentos levantados, de forma a oportunizar a entendimento das posições existentes sobre o tema que embasa a presente monografia.

2 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O presente capítulo cuida de analisar, preliminar e sinteticamente, momentos históricos que foram determinantes para a evolução da ideia de igualdade. Logo após, a exposição do fundamento jurídico doutrinário do conceito de igualdade se faz necessária para o entendimento de sua abrangência no atual Estado Democrático de Direito. O desenvolvimento cronológico desse princípio nas constituições brasileiras também será estudado, bem como sua presença e sua atuação no direito do trabalho. Por fim, o capítulo delimita a análise do princípio da igualdade em relação ao gênero, observando também as características e a possibilidade de aplicação da chamada discriminação positiva.

2.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

2.1.1 Breves apontamentos sobre a evolução histórica da ideia de igualdade

Para a compreensão do importante papel que o princípio da igualdade desempenha hoje em nossa sociedade e em nosso ordenamento jurídico-democrático, se faz necessária uma análise, mesmo que breve, da evolução histórica e conceitual por que ele passou. Curioso notar tamanha relevância desse princípio demonstrada na sua relação com o conceito de justiça, representada no símbolo do próprio direito: a balança, na qual estão colocados dois pratos de lados opostos nivelados igualmente. Em que pesem a abrangência e os conceitos distintos, a ideia de igualdade sempre esteve presente nas diferentes épocas e culturas. Grande motivadora de transformações sociais e atualmente, ligada ao rol de direitos humanos e à sociedade democrática, a igualdade *“excita os espíritos e move os homens à luta pela mudança das condições políticas, econômicas e sociais”*¹.

O marco inicial histórico da ideia de igualdade, nos primórdios da civilização, se relacionava com a religião e com um dos lemas do cristianismo: a igualdade universal dos filhos de Deus. Manoel Ferreira Filho afirma que, naquele período longínquo, *“a desigualdade era aceita sem queixa nem esperança de mudança, como uma decorrência da*

¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 207.

natureza das coisas ou da vontade divina”². Observa-se, assim, que a igualdade, naquela época, se dava apenas no plano sobrenatural, uma vez que o cristianismo, em seus primórdios, admitia a escravidão, as desigualdades entre homens e mulheres ou entre os diferentes povos, por exemplo.

Na Antiguidade, sabe-se, prevaleciam os regimes despóticos, as riquezas eram muito mal distribuídas, a escravidão era recorrente e outras injustiças não eram contestadas. A regra, portanto, era a desigualdade. Mais especificamente sobre a Grécia antiga, fase do surgimento das ciências humanas, da arte de pensar filosoficamente, observa Bruno Albergaria:

Historicamente, diz-se que o período da Grécia Clássica foi o momento no qual o homem começou a indagar a respeito de si, de tudo que o cercava e, por isso, se propôs a construir um modelo de sociedade estruturado a partir de princípios criados por ele próprio³.

Nessa era de grandes filósofos, destaca-se o pensamento de Aristóteles (384 a.C. a 322 a.C.) acerca da ideia de igualdade em relação ao que considera ser justo. Em seu lendário “*Ética a Nicômaco*”, o filósofo diz que a justiça é um meio-termo proporcional e profere a máxima de que a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais⁴. A igualdade e a justiça tinham ligação íntima, mas cabe salientar que, segundo Aristóteles, a justiça não se restringia apenas à igualdade. Apesar de essa premissa permanecer até os dias de hoje, José Afonso da Silva bem observa que a igualdade e a justiça em Aristóteles, na verdade, têm um caráter apenas formal, uma vez que o objetivo do pensador, nessa época, era de, por exemplo, tratar igualmente os escravos entre si, mas continuar tratando desigualmente os escravos em relação aos seus proprietários, ficando evidente a ocorrência de uma injustiça real⁵.

A desigualdade prepondera na Alta Idade Média com seu sistema feudal rural e sua divisão bem determinada entre os senhores feudais e os servos. Estes trocavam sua força de trabalho e pagamento de impostos pela proteção e por alimentos que aqueles ofereciam. A

² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 207.

³ ALBERGARIA, Bruno. *Histórias do Direito: evolução das leis, fatos e pensamentos*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 55.

⁴ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução: Pietro Nassetti. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008. p. 109.

⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 215.

relação era de servidão e de desigualdades, pois, “*dentro dos limites do feudo, os senhores feudais detinham o poder quase que absoluto: administravam, criavam leis e julgavam*”⁶.

O ápice das desigualdades sociais, porém, se deu após a Primeira Revolução Industrial, ocorrida na Inglaterra, com o aparecimento das grandes cidades, com o surgimento da máquina a vapor e com o nascimento da economia capitalista. Os burgueses, afirmados como classe dominante, se apropriavam da riqueza produzida pela classe operária e a explorava de forma desumana. O trabalho infantil e feminino era explorado tanto quanto na escravidão, os trabalhadores eram submetidos a horários absurdos de jornada e o trabalho repetitivo era muito mal recompensado, havendo um falso pressuposto de igualdade na liberdade de contratar⁷. Como evoca Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “*a desigualdade entre classes sociais, que existia, e aguda, no regime feudal, tornou-se mais visível e provocadora*”⁸. Claro que o trabalhador não se adaptou a essa realidade social desigual e buscou, através de sua organização, formas de contestar e lutar contra essa situação.

Concomitante a isso, a burguesia, dona dos meios de produção da época, não admitia os privilégios dos nobres, motivando-se a criar teorias e formas de legitimar seu domínio socioeconômico e obter uma igualdade jurídica frente aos nobres, que ainda mantinham privilégios⁹. O liberalismo, pensamento diretamente ligado aos interesses da burguesia, teve sua gênese no Iluminismo, que contestava o domínio político dos reis e os privilégios por nascimento. Tal pensamento liberal embasou a Revolução Francesa (1789-1798), que nada mais foi do que uma revolução burguesa e que acabou por “*proclamar faticamente o princípio da igualdade de todos perante a lei da época*”¹⁰. Dentre os objetivos dessa Revolução estavam: a não intervenção do Estado na economia; a liberdade contratual e de comércio; a garantia dos direitos individuais em contrapartida aos direitos dos soberanos, a ausência de direitos sociais e a positivação da legalidade. Nota-se que, para a burguesia, importava mais a liberdade (direitos de primeira geração: liberdades individuais e políticas) do que a igualdade de fato, uma vez que esta contraria seus interesses de dominação e privilégios econômicos. Na Revolução francesa, o princípio da igualdade tinha endereço certo: a extinção de

⁶ ALBERGARIA, Bruno. *Histórias do Direito: evolução das leis, fatos e pensamentos*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 107.

⁷ CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 31.

⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 209.

⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 207.

¹⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos editor, 2002, p. 318.

discriminações em relação ao nascimento¹¹. Portanto, a igualdade revelada, nesta época, foi a igualdade formal, uma igualdade apenas perante a lei, o que, de forma alguma, objetivava amenizar as desigualdades de fato, uma vez que os interesses e privilégios de classes continuaram a ser mantidos, porém, agora em favor dos ricos industriais, ao invés dos nobres do sistema anterior. Sobre essa realidade do Século XVIII, afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho que:

A obtenção da igualdade jurídica não pôs termo à demanda de igualdade. Ao contrário, provocou um recrudescimento da paixão pela igualdade, agora reclamada quanto à condição de vida.

[...]

Com efeito, a industrialização, regida pelo capitalismo “selvagem”, produzira, por um lado, a miséria da classe trabalhadora, por outro, o enriquecimento dos empresários e capitalistas, que coabitavam, como que frente a frente, as grandes cidades. Assim, a desigualdade entre classes sociais, que existia, e aguda, no regime feudal, tornou-se mais visível e provocadora.¹²

Aos poucos, a sociedade, influenciada pelo ideário da igualdade, buscou, através da intervenção do Estado nas relações econômicas e sociais, a garantia dos direitos chamados de segunda dimensão, quais sejam os direitos sociais e coletivos. O Estado de bem estar social, de pleno emprego e protetor dos direitos fundamentais do homem, modelo político-econômico que vigorou por boa parte do século XX, incorpora-se aos sistemas positivistas dando garantias previdenciárias, sanitárias, proteção aos hipossuficientes e desfavorecidos, corrigindo os desequilíbrios gerados pelo modelo liberal anterior. Essa forma intervencionista do Estado acabou atenuando, em certa medida, as desigualdades de fato¹³.

A normatização do princípio da isonomia em diversas Constituições e declarações de direito pelo mundo se deu pela difusão das ideias de igualdade, tão promissoras e ensejadoras de um tratamento considerado justo. Ingo Wolfgang, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero¹⁴ destacam alguns desses textos relevantes, nos quais a igualdade passou a estar presente e a ocupar um papel cada vez mais importante. A Declaração de Direitos de Virgínia (1776), documento direcionado à independência dos Estados Unidos, já em seu primeiro

¹¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos editor, 2002, p. 320.

¹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 209.

¹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 209.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 537.

artigo, aduz que os homens nascem igualmente livres e independentes. Da mesma forma, destaca a Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), em seu art. 1º, que “*os homens nascem e são livres e iguais em direitos*” e, em seu art. 6º, que a lei deve ser a mesma para todos, tanto para proteger, quanto para punir e que todos os cidadãos são iguais, não podendo haver distinções que não sejam em relação a virtudes e talentos. Esse texto serviu de base para o Estado Moderno e demonstrou a superação da antiga sociedade de privilégios hereditários. O princípio da igualdade, entretanto, atingiu sua máxima extensão ao adentrar em documentos internacionais de proteção aos direitos humanos, tal qual a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) que, em diferentes artigos, proclamou a igualdade, dignidade e direito de todos, além da não discriminação e da igual proteção (ex.: arts. 7º, 22 e 23) e as Convenções sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (1965) e da mulher (1979). Além disso, os direitos trabalhistas e sociais vieram a ser reconhecidos como direitos fundamentais inicialmente na Constituição Mexicana (1917) e na Constituição de Weimar (1919). Nesse mesmo ano foi criada a Organização Internacional do Trabalho, com o intuito de proteger a igualdade e os direitos dos trabalhadores assalariados.

Como bem aponta Maria da Glória F. P. D. Garcia¹⁵, esses documentos, como as Declarações de Direitos e as Constituições escritas por todo o mundo, “*são, assim, construídos como salvaguardas essenciais de uma certa forma de agir politicamente, como garantia de que a igualdade e a liberdade se irão concretizar materialmente*”. Para a autora, e como se observou ao longo desse tópico, a igualdade é construída juridicamente ao longo do tempo a partir do conhecimento e da realidade vivida.

Hoje, o que se observa é o chamado Igualitarismo, representante de uma sociedade capitalista e global. Nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Todos querem ser iguais a todos – no modo de vida, como demonstram a moda e os modismos; na uniformização do pensamento – o politicamente correto. Um igualitarismo cujos padrões são mundiais, graças aos meios de comunicação de massa e à globalização.¹⁶

A intervenção do Estado nos direitos políticos, econômicos e sociais, objetivando proteger determinado grupo de indivíduos considerados vulneráveis através do princípio da

¹⁵ GARCIA, Maria da Glória F. P. D. *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 8-13.

¹⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 207.

igualdade elevou o Estado à protagonista da justiça social. Aos legisladores, passou a caber a função de editar normas que possibilitem a redução das desigualdades sociais, econômicas e culturais, promovendo a equiparação dos indivíduos perante suas diferenças. Claro que a elevação do princípio da igualdade à norma constitucional de diversos países e a declarações internacionais de direitos, como se sabe, não foi suficiente para garantir a completa igualdade e não discriminação de diversos grupos sociais. Entretanto, a sociedade caminha cada vez mais ao encontro da efetiva aplicação desse princípio em favor de toda a sociedade, e, mais especificamente, em favor daqueles que, historicamente, sempre sofreram com a discriminação. Acerca desse progresso, enfatiza Norberto Bobbio:

A igualdade entendida como equalização dos diferentes é um ideal permanente e perene dos homens vivendo em sociedade. Toda superação dessa ou daquela discriminação é interpretada como uma etapa do progresso da civilização. Jamais como em nossa época foram postas em discussão as três fontes principais de desigualdade entre os homens: a raça, o sexo e a classe social¹⁷.

Encerra-se, enfim, esse tópico histórico acerca da ideia social e jurídica de igualdade com a pertinente reflexão sobre o tema feita por Maria da Glória F. P. D. Garcia:

O princípio da igualdade é, em cada sociedade, o repositório de uma herança cultural e, simultaneamente, a fonte de um imaginário particular, o motor de um conjunto de reformas sociais. Deve, por isso, mobilizar a sociedade em relação a uma pedagogia de realização, exigindo respostas jurídico-políticas coerentes, integradas numa visão global da realidade, num desejo de compreensão dos problemas sociais como um todo¹⁸.

Portanto, nota-se que a adoção desse ideário de igualdade no direito não pode ser considerada absoluta, dado que as relações sociais relativizam os entenderes dos homens ao longo do tempo. Observada a relevância que tomou o princípio igualitário no passar das décadas e a preocupação de organizações internacionais para a sua efetivação, doutrinadores se empenharam em conceituar juridicamente tal princípio.

¹⁷ BOBBIO, Norberto; tradução de Carlos Nelson Coutinho. *Igualdade e Liberdade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000, p. 43.

¹⁸ GARCIA, Maria da Glória F. P. D. *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 28.

2.1.2 Conceito jurídico de igualdade

“Igualdade é a qualidade ou estado de igual. É a Expressão com a qual se afirma que duas entidades são iguais, ou devem ser assim consideradas”¹⁹ ou “Igualdade é o fato de não apresentar diferença quantitativa. É a uniformidade; a estabilidade; relação existente entre duas grandezas iguais”²⁰. Esses conceitos encontrados nos dicionários de língua portuguesa relacionam, de imediato, a palavra igualdade às ciências exatas e às grandezas numéricas. Entretanto, se buscarmos associar essas definições ao contexto de igualdade social, cultural e jurídica existente, mesmo que por vezes somente no ideário da comunidade humana, essa definição se torna vazia de sentido. Norberto Bobbio aponta que “a esfera de aplicação da justiça, ou da igualdade social e politicamente relevante, é a das relações sociais, ou dos indivíduos ou grupos entre si, ou dos indivíduos com o grupo (e vive-e-versa)”²¹. Assim, compreender o conceito de igualdade relevante ao direito exige um entendimento mais abrangente, como já observaram diversos doutrinadores das ciências jurídicas, principalmente em relação ao contexto em que vivemos.

Conforme já visto, a ideia de igualdade passou por inúmeras mudanças ao longo da história. Cada povo, cada cultura, cada época possui maneiras diferentes de entender e de construir esse conceito. Diversas mudanças sociais acarretaram novos paradigmas e, por conseguinte, visões hermenêuticas diversas acerca do que venha a ser o princípio²² da igualdade, a exemplo do entendimento do Estado Liberal sobre essa ideia, em contrapartida com o entendimento do Estado Democrático de Direito. Daí a declaração de Celso Ribeiro Bastos, considerando a igualdade como sendo “um dos princípios de mais difícil tratamento jurídico em razão do entrelaçamento existente no seu bojo de ingredientes de direito e elementos metajurídicos”²³. Essa mutabilidade, todavia, não significa que o conceito de

¹⁹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: dicionário da língua portuguesa*. 7. ed. Curitiba: Positivo, 2008, p. 460.

²⁰ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro Salles. *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004, p. 397.

²¹ BOBBIO, Norberto; tradução de Carlos Nelson Coutinho. *Igualdade e Liberdade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ediuoro, 2000, p. 16.

²² Sobre o conceito da palavra “princípio” no direito, apesar de seu significado complexo e abrangente, cabe, para a compreensão do tema estudado neste trabalho, os breves dizeres de Maurício Godinho Delgado: “Princípios são proposições gerais inferidas da cultura e ordenamento jurídicos que conformam a criação, revelação, interpretação e aplicação do Direito. São diretrizes centrais que se inferem de um sistema jurídico e que, após inferidas, a ele se reportam, informando-o.” (DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 14.).

²³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos editor, 2002, p. 317.

igualdade é esvaziado de força e relevância por não ser possível o entendimento uniforme dele na sociedade.

A igualdade, por Norberto Bobbio²⁴, é o “*valor supremo de uma convivência ordenada, feliz e civilizada – e, portanto, por um lado, como aspiração perene dos homens vivendo em sociedade, e, por outro, como tema constante das ideologias e das teorias políticas*”. Ela é um valor fundamental e muito desejável, principalmente pela atual sociedade democrática, porque está diretamente relacionada ao conceito de justiça. Dessa maneira, nota-se a razão pela qual ela serviu de inspiração a diversas ideologias sociais, políticas e jurídicas ao longo do tempo.

José Afonso da Silva afirma que há três visões diferentes de se enxergar o conceito de igualdade. Para ele, os ditos nominalistas, são aqueles que acreditam que a igualdade seria um simples nome, sem significação no mundo real. Por outro lado, existem os idealistas, que creem em um igualitarismo absoluto entre as pessoas. Já os realistas, acreditam que, apesar de se poder descrever os homens como criaturas iguais, há desigualdades referentes a múltiplos aspectos²⁵.

Entretanto, sabe-se que uma igualdade ideal, real, completa e efetiva das pessoas e dos bens da vida é algo inatingível devido a diversos fatores que impedem a implementação desse conceito em sua forma substancial, quais sejam: “*a natureza física do homem, ora débil, ora forte; a diversidade da estrutura psicológica humana, ora voltada para a dominação, ora para a submissão, sem falar nas próprias estruturas políticas e sociais, que na maior parte das vezes tendem a consolidar e a exacerbar essas distinções, em vez de atenuá-las*”²⁶. Segundo Celso Ribeiro Bastos, em direito, o princípio da igualdade não assegura a mesma quantidade de direitos para todos os cidadãos, isso seria mera utopia, uma vez que o ser humano é naturalmente desigual.

Considerar a igualdade apenas um nome, sem sentido no mundo prático e real, seria desconsiderar os pensamentos filosóficos, os debates doutrinários, a implementação normativista e a serventia motivacional e revolucionária que elevou a igualdade à garantia constitucional fundamental dos seres humanos em diversos países. Certo é que, com a evolução do princípio da igualdade e sua efetivação nas Constituições e Declarações de

²⁴ BOBBIO, Norberto; tradução de Carlos Nelson Coutinho. *Igualdade e Liberdade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000, p. 11-35.

²⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 214.

²⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos editor, 2002, p. 317.

Direitos pelo mundo, seu conceito sofreu modificações quanto aos significados, quanto a quem atinge e quanto a seu alcance. Para a conceituada autora Maria da Glória F. P. D. Garcia, o desenvolvimento do entendimento do princípio jurídico da igualdade se divide em três partes:

A primeira é a fase em que o princípio da igualdade aparece basicamente confundido com o princípio da prevalência da lei, a segunda é aquela em que o princípio é entendido fundamentalmente como proibição do arbítrio ou proibição de discriminação, e a terceira, latente desde a primeira hora mas recentemente descoberta, corresponde à fase em que o princípio alia aos conteúdos anteriores uma intensionalidade material, no sentido da justiça, à qual se dá especial relevo²⁷.

Todavia, a divisão conceitual bem demarcada na evolução normativista desse princípio, e a mais adotada pelos doutrinadores, é a entre igualdade formal e igualdade material. De acordo com Sarlet, Marinoni e Mitidiero, em sua primeira fase de reconhecimento, a igualdade correspondia “*ao direito de toda e qualquer pessoa estar sujeita ao mesmo tratamento previsto na lei, independente do conteúdo do tratamento dispensado e das condições e circunstâncias pessoais*”²⁸. Assim, na igualdade formal, também chamada de igualdade perante a lei, todos devem ser tratados da mesma maneira, de acordo com a norma vigente. Essa era a igualdade defendida e aplicada pelo paradigma do Estado Liberal, no qual se objetivava a igualdade jurídica, perante a lei, e não a igualdade de fato. Ocorre que a igualdade formal acaba por não afastar as injustiças sociais dado que uma lei que preveja alguma discriminação em seu conteúdo, ao ser aplicada a todos de forma igual, acaba por resultar em alguma desigualdade.

Com o advento do Estado Social e Democrático de Direito, a igualdade de fato passou a ser um dos principais alvos das suas Constituições, que reconheceram a dignidade e a legalidade a todos, assim como a necessidade de proteção de uns frente à desigualdade fática em relação a questões biológicas, sociais e culturais. O princípio da igualdade, assim, passou a ser efetivado não só formal, como também materialmente, dirigindo, ao legislador, limites na criação das leis. Nessa linha, Canotilho distingue a igualdade na aplicação do direito, na qual todos seriam iguais perante a lei, e a igualdade quanto à criação do direito, segundo a

²⁷ GARCIA, Maria da Glória F. P. D. *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 36.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 539.

qual a própria lei deve tratar por igual todos os cidadãos²⁹. Também para Alexandre de Moraes, o princípio da igualdade se opera nesses dois planos:

De uma parte frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade do intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social³⁰.

A segunda fase de compreensão jurídico-constitucional do princípio da igualdade, igualdade material ou igualdade na lei, portanto, pressupõe tratamento legislativo desigual de segmentos considerados vulneráveis pela sociedade. Diversos doutrinadores, ainda, se preocuparam em desencadear esse conceito material de igualdade, observando a necessidade de justificação na adoção de critérios e valores envolvidos na sua aplicação. Bobbio³¹ aduz que a dificuldade está na indeterminação do conceito de igualdade, pois é necessário que se especifique: (1) com que entes está se tratando e (2) com relação a que esses entes são iguais.

Para Maria da Glória F. P. D. Garcia “*igualdade formal é uma só, ao passo que a igualdade material é plurissignificativa, existindo para ela tantas versões quantos os critérios valorativos que se adotam em concreto*”³². Sobre essa amplitude do princípio da igualdade, afirma Celso Ribeiro Bastos³³ que ela “*não assegura nenhuma situação jurídica específica, mas na verdade garante o indivíduo contra toda uma utilização que possa ser feita da ordem jurídica. A igualdade é, portanto, o mais vasto dos princípios constitucionais*”. O autor conclui ainda que a inconstitucionalidade da discriminação está na correlação entre o critério para desigualdar e a finalidade que se atinge. Para ele, “*toda vez que o critério adotado perde legitimação, isto é, não se afigura mais aos olhos da sociedade com razão para diferenciar as pessoas, esse elemento tem de ser expurgado do sistema*”. Assim, a isonomia, na conjectura atual de direito, veda que a lei implique uma consequência a um fato de forma não justificável.

²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 426-428.

³⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2013, p. 35.

³¹ BOBBIO, Norberto; tradução de Carlos Nelson Coutinho. *Igualdade e Liberdade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000, p. 35.

³² GARCIA, Maria da Glória F. P. D. *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 54.

³³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos editor, 2002, p. 322 e 323.

Nessa linha, Humberto Ávila³⁴ conceitua a igualdade como sendo a relação entre dois ou mais sujeitos em virtude de um critério que serve para determinada finalidade, normalmente uma comparação que precisa ter critérios na mesma medida. De acordo com o autor, a comparação deve ser motivada, assim como a diferenciação deve ser embasada, sob pena de ferir tal princípio.

Consoante Alexandre de Moraes³⁵, “*o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça*”. Ainda, afirma que “*para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos*”. Assim, a razoabilidade e a proporcionalidade entre o meio e a finalidade que se quer devem ser requisitos para que se garanta a igualdade constitucionalmente prevista.

Canotilho, por sua vez, aduz que a igualdade pressupõe diferenciações, de modo que ela deve se dar na sua materialidade, pressupondo um critério de valoração. O autor sustenta que, quando a desigualdade é dada de forma arbitrária, há a violação do princípio da igualdade, nas suas palavras: “*existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável*”. Segundo o autor, a igualdade material conduz a uma ideia de igualdade relacional que pressupõe uma relação na qual o indivíduo deve ser considerado igual ao outro, na medida de suas características.

Como bem resumiu Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “*a igualdade se dá pela igualdade do direito, pela uniformidade de tratamento e pela proibição de discriminação*” e “*a diferenciação somente seria legítima quando justificada pela adequação, pela razoabilidade e pela proporcionalidade*”³⁶. Sendo assim, conclui Maria da Glória F. P. D. Garcia que “*a igualdade é um conceito que vive de abstrações, que pertence à compreensão. Só se alcança a igualdade depois de expurgadas as especificidades dos objetos ou situações*

³⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 63-65.

³⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2013, p. 34 e 35.

³⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 212-214.

que se comparam para efeitos de determinação da sua eventual igualdade.”³⁷. Em outras palavras, a lei pode criar diferenciações sem que fira o princípio da igualdade, o que se exige, porém, é que essa distinção não seja arbitrária, o que ocorre se ela não é embasada em uma justificativa razoável e em um critério constitucionalmente relevante. Salienta-se que esses critérios e essa correlação podem mudar ao longo da evolução das sociedades, de modo que a diferença tenha significado e relação com o regime jurídico em que o princípio da igualdade se insere.

Uadi Lammêgo Bulos³⁸, aludindo o precedente do STF³⁹, afirma que os objetivos do princípio da igualdade se dão em três esferas: como limite ao legislador, impedindo que a criação normas inconstitucionais por desequilibradas ilícitas; como limite à autoridade pública, Poder Público não pode tomar medidas discriminatórias e como limite à conduta do particular, na medida em que são penalizadas civil e penalmente as condutas consideradas preconceituosas.

A respeito do conceito da palavra “discriminação”, presente em diversos dispositivos constitucionais, entende-se ser o oposto do direito fundamental da igualdade. Ela é conceituada por Mauricio Godinho Delgado como sendo “*a conduta pela qual se nega a alguém, em função de fator injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta vivenciada*”⁴⁰.

Outro ponto relevante acerca do conceito de igualdade é a sua relação com a dignidade da pessoa humana. Maria da Glória F. P. D. Garcia evoca que, apesar de o princípio da igualdade ser, de certa forma, um reflexo da realidade existente, ele “*proíbe tratamentos diferenciados repousando não só sobre razões arbitrárias, porque insuficientes e desrazoáveis, mas ainda sobre razões contrárias à dignidade humana*”⁴¹. A relação entre o princípio da igualdade e a dignidade da pessoa humana é assim observada por Sarlet, Marinoni e Mitidiero:

A proibição de qualquer tipo de discriminação arbitrária e contrária à igual dignidade de cada ser humano e a pretensão de igual respeito e consideração, inclusive de suas qualidades e circunstâncias pessoais, indicam como o princípio da

³⁷ GARCIA, Maria da Glória F. P. D. *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 46.

³⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 541 e 542.

³⁹ Precedente: STF, Pleno, MI 58/DF, Rel. p/ acórdão Min. Celso de Mello, DJ, 1, DE 19-4-1991, p. 4580.

⁴⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 43.

⁴¹ GARCIA, Maria da Glória F. P. D. *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 19.

dignidade da pessoa humana passou a integrar a própria concepção de igualdade constitucional⁴².

Sobre a relevância do entendimento do princípio da igualdade constitucional, afirma Uadi Lammêgo Bulos que ele é mais do que um direito em si, mas se caracteriza como princípio norteador para a interpretação de todas as demais normas constitucionais⁴³. Nesse ínterim, também entende Cármen Lúcia Antunes Rocha:

Igualdade constitucional é mais que uma expressão de Direito; é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental⁴⁴.

No Brasil, essa evolução de entendimentos conceituais sobre o princípio da igualdade, mais especificamente acerca de sua formalidade ou materialidade, também esteve refletida em nossas constituições, como será visto a seguir.

2.1.3 O princípio da igualdade nas constituições brasileiras

Sabe-se que o Brasil, ao longo de sua história, teve sucessivos governos que orientaram políticas favoráveis a um determinado número reduzidíssimo de cidadãos privilegiados, assim como lidava, e ainda lida, com a desigualdade social e cultural, agora considerada um grande problema fático a ser enfrentado e superado. Claro que a introdução do Estado Democrático de Direito, no Brasil, reduziu tais desigualdades tanto no campo formal, quanto no campo material. Todavia, antes disso, passamos por diversos textos constitucionais, nos quais a proteção da igualdade, apesar de estar presente, não possuía a mesma amplitude e abrangência dos dias atuais.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 542.

⁴³ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 541 e 542.

⁴⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio Constitucional da Igualdade*. Belo Horizonte: Editora Lê, 1990, p. 118.

Sarlet, Marinoni e Mitidiero⁴⁵ destacam os principais artigos das Constituições brasileiras nos quais o princípio da igualdade está presente. Segundo eles, a Carta Imperial de 1824, de caráter liberal, replicou o enunciado da declaração francesa, protegendo a igualdade formal em seu art. 179, XIII⁴⁶ e XIV⁴⁷. Desde então, todas as constituições brasileiras contemplaram a igualdade perante a lei. Curioso notar que a Constituição de 1824, mesmo consagrando o princípio da igualdade como seu pilar, legitimava um sistema escravocrata que permaneceu até 1888 e distinções de classes, na concessão de privilégios. Nessa linha, Uadi Lammêgo Bulos observa que a Constituição de 1824 instituiu a forma unitária de Estado, “*privilegiando a centralização político-administrativa e a forma monárquica de governo*” e consagrou “*o sufrágio censitário, no qual só poderia votar quem preenchesse prévios requisitos econômicos e financeiros*”⁴⁸.

Ainda, frisam Sarlet, Marinoni e Mitidiero⁴⁹ que a Constituição de 1891, também com características liberais, defende a igualdade apenas perante a lei em seu art. 72, §2º. A Constituição de 1891 ampliou o conceito de igualdade ao abolir a escravatura e ao extinguir os privilégios da nobreza. Entretanto, notório foi que os escravos, agora livres, passaram a estar em um estágio absurdo de exclusão social e, às mulheres, por exemplo, era restringida sua liberdade em diversas formas, como a impossibilidade de votar e a não capacidade jurídica. Consoante os autores, a Constituição de 1934, por sua vez, evoca o princípio da igualdade em seus artigos 113, n.1⁵⁰ e 121, §1º⁵¹, no qual vedou a diferenciação de salários. Nessa mesma linha, destacam o artigo 122⁵², n.1 e n.3 da Constituição “Polaca” de 1937, outorgada por Getúlio Vargas. Esse artigo, da mesma forma que a constituição anterior, defendia a igualdade formal e, agora, também, o igual acesso aos cargos públicos. A

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 538.

⁴⁶ Art. 179, XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um. (Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824).

⁴⁷ Art. 179, XIV. Todo o cidadão pode ser admitido aos Cargos Públicos Civis, Políticos, ou Militares, sem outra diferença, que não seja dos seus talentos, e virtudes. (Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824).

⁴⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 482.

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 538.

⁵⁰ Art. 113; 1) Todos 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. (Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934).

⁵¹ Art. 121; § 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: a) proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil. (Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934).

⁵² Art. 122; 1) todos são iguais perante a lei; [...] 3) os cargos públicos são igualmente acessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade prescritas nas leis e regulamentos. (Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937).

igualdade de todos perante a lei veio afirmada no art. 141, §1º da Constituição de 1946, assim como a igualdade de salários no art. 157, II⁵³. Acerca da Constituição de 1967-1969, sob o regime militar, Sarlet, Marinoni e Mitidiero observam que, no aspecto do princípio da igualdade, manteve-se seu aspecto formal e, no ramo do direito do trabalho, a diferença salarial e de admissão eram proibidas pelo art. 158, III⁵⁴.

Foi o Estado Democrático de Direito, porém, que fez com que a igualdade se realizasse em sua forma material. A Constituição Federal de 1988 (CF/88), posterior a um regime autoritário que durou anos, encontrou na igualdade e na liberdade o corpo principiológico orientador de toda a produção de normas do Brasil. O Estado democrático do Brasil pressupõe uma igualdade que não está só no papel, perante a lei, mas também está entre os diversos agentes sociais, de modo que se deve buscar a minimização das discrepâncias tão comuns em nosso país. Assim afirma Uadi Lammêgo Bulos⁵⁵, observando também que a Constituição de 88 consagra no seu art. 5º, *caput*, primeira parte, a igualdade perante a lei, também chamada de jurídico-formal, mas que, no entanto, seu objetivo principal é o de garantir a proteção da igualdade real e material, concretizando, na prática, a isonomia formal.

Sobre o princípio da igualdade na nossa atual Constituição de 1988, observam Sarlet, Marinoni e Mitidiero⁵⁶ que esse princípio tem destaque em várias passagens dela, começando pelo seu Preâmbulo, no qual a igualdade aparece entre os “*valores centrais da ordem jurídico-constitucional*”. Analisam ainda que a igualdade aparece como princípio estruturante do Estado democrático de Direito e na condição de norma impositiva de tarefas do Estado. A ideia de igualdade tem, agora, relação direta com a capacidade ativa dos cidadãos em interferir na vida política, administrativa e jurídico-legislativa do país, além de influenciar o Estado a instituir mecanismos de inclusão e a promover o pluralismo político.

A Constituição Federal de 1988 abre o seu capítulo sobre os “*direitos e deveres individuais e coletivos*”, com o direito geral de igualdade, nos dizeres do art. 5º, *caput*, segundo o qual “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*”. Antes disso, entre a enumeração dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil,

⁵³ Art. 158, III - proibição de diferença de salários e de critérios de admissões por motivo de sexo, cor e estado civil; proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil. (Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967 com a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969).

⁵⁴ Art. 157, II - proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil. (Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946).

⁵⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 542.

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 542.

estão a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, “*sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*”. Ademais, ao longo do texto constitucional, de forma diluída, aparecem diversas imposições acerca do princípio da igualdade. Uadi Lammêgo Bulos⁵⁷ destaca outros desdobramentos da isonomia material no texto constitucional de 1988: a Igualdade racial (art. 4º, VIII); a igualdade entre os sexos (art. 5º, I); a igualdade religiosa (art. 5º, VIII); a igualdade de armas (art. 5º, LV); a igualdade jurisdicional (art. 5º, XXXVII); a igualdade de idade (art. 7º, XXX); a igualdade de trabalho (art. 7º, XXXII); a igualdade política (art. 14) e a igualdade tributária (art. 50, II). Dessa maneira, nota-se o significativo alargamento e avanço das medidas proibitivas contra as práticas discriminatórias no país com o advento da Constituição Federal de 1988.

Conclui-se este tópico, portanto, observando que, em um país internacionalmente conhecido pela ocorrência de diversas injustiças sociais e econômicas, e caracterizado pela concentração de renda e pela prática discriminatória, como o Brasil, o princípio da igualdade se apresenta como um principal e norteador instrumento para a concretização da justiça⁵⁸, como a entendemos no Estado Democrático de Direito. Os legisladores, juízes e administradores públicos, dessa maneira, através de atos normativos e decisórios, devem sempre respeitar esse princípio, de modo a proteger grupos que sofrem com a discriminação, a exemplo do vulnerável grupo dos trabalhadores.

2.2 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO DIREITO DO TRABALHO

O Direito do Trabalho, definido por Mauricio Godinho Delgado como sendo “*o complexo de regras, princípios e institutos jurídicos que regulam as relações empregatícias*”⁵⁹, surgiu da necessidade de compensar, através da desigualdade jurídica, grandes disparidades econômicas existentes entre trabalhadores e empregadores⁶⁰. Todavia, como bem observa Luciane Barzotto, essa desigualdade tradicional econômica não é mais o único desafio do Direito do Trabalho, uma vez que a discriminação dentro do ambiente de

⁵⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 542.

⁵⁸ BOBBIO, Norberto; tradução de Carlos Nelson Coutinho. *Igualdade e Liberdade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000, p. 43.

⁵⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 67.

⁶⁰ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1999, p. 168.

trabalho virou alvo de grande preocupação e ensejou uma reação igualitária por parte desse ramo jurídico⁶¹. Tanto internacional, através, principalmente, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), quanto nacionalmente, com o advento da constituição democrática de 1988, medidas legislativas foram tomadas objetivando eliminar, ou, ao menos, amenizar as práticas discriminatórias sabidamente ocorridas nas relações de emprego. Nesta perspectiva, cabe, no presente tópico, observando estar o Direito do Trabalho ligado ao conjunto de princípios gerais do direito, analisar a presença e a importância do princípio da igualdade nesse ramo jurídico especial, não se mostrando necessária a exposição minuciosa dos dispositivos trabalhistas constitucionais e infraconstitucionais em que este princípio esteja presente.

Na esteira do que sugere Amauri Mascaro Nascimento, segundo o qual “*o direito do trabalho, apesar de sua especificidade, não é um organismo solto e desvinculado dos princípios constitucionais fundamentais*”⁶², observa-se que não devem-se decidir questões trabalhistas baseando-se apenas no conjunto de normas infraconstitucionais. Da mesma maneira, para Luiz Pinho Pedreira da Silva, apesar de a igualdade resultar de mandamento constitucional, não sendo regra privativa do Direito do Trabalho, ela é um dos princípios fundamentais deste, mesmo que, “*a primeira vista pareça paradoxal que um Direito eminentemente desigualitário como o Direito do Trabalho possua como um dos princípios o da igualdade*”⁶³. Entretanto, “*o Direito do Trabalho tem uma vocação igualitária: estabelecer igualdade, como sujeitos de direito, entre trabalhador e empregador*”⁶⁴. Nota-se que o Direito do trabalho, com frequência, se utiliza desse princípio da igualdade para tratar das recorrentes discriminações encontradas nas relações de emprego, uma vez que ele integra seu rol de princípios fundamentais.

Carmen Camino aponta que, “*a partir da percepção do valor Igualdade, o direito do trabalho adota um princípio compensador de desigualdade (de proteção), consagrando um favorecimento do trabalhador*”⁶⁵, havendo, desse modo, uma compensação, no plano jurídico, da desigualdade existente no plano fático do trabalhador. Nessa linha, Amauri Mascaro Nascimento conclui que “*o direito do trabalho trata desigualmente situações desiguais e*

⁶¹ BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Igualdade e discriminação no ambiente de trabalho*. In: BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Trabalho e Igualdade: Tipos de discriminação no ambiente do trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; Escola Judicial do TRT da 4ª R., 2012, p. 35.

⁶² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 37. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 131.

⁶³ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1999, p. 168.

⁶⁴ BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Igualdade e discriminação no ambiente de trabalho*. In: BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Trabalho e Igualdade: Tipos de discriminação no ambiente do trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; Escola Judicial do TRT da 4ª R., 2012, p. 35.

⁶⁵ CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 96.

*igualmente situações iguais, com tendência maior para a realização da igualdade material.*⁶⁶. Como vimos, a igualdade material, oposta à igualdade formal, é aquela igualdade na lei, impeditiva de aplicação de dispositivos discriminatórios, na qual nem todas as pessoas relativamente iguais devem ser tratadas da mesma forma, mas somente quando as circunstâncias se apresentarem idênticas, havendo causa objetiva para a desequiparação⁶⁷. Nesse sentido, Francisco Rossal de Araújo e Rodrigo Coimbra falam em uma igualdade de oportunidades:

A relativização do princípio da igualdade leva o intérprete a oscilar entre os problemas da igualdade formal e da igualdade material. O problema que aí aparece é a extrema diversidade dos seres humanos e, por essa razão, seria mais oportuno falar-se em igualdade de oportunidades. Ao Estado caberia proporcionar essa igualdade de oportunidades, compensando as desigualdades reais existentes no plano social, através de instrumentos jurídicos e de políticas redistribuidoras de riquezas e oportunidades⁶⁸.

Algumas desigualdades, no Direito do Trabalho, são aceitas e se justificam, a exemplo das decorrentes da qualidade do trabalho, da qualificação e das categorias profissionais. Entretanto, é a prática discriminatória, tão presente na história do Direito do Trabalho, a exemplo do escravismo étnico, que é atitude completamente condenável pelo ordenamento jurídico constitucional-trabalhista atual⁶⁹.

O debate acerca da inserção do princípio da igualdade no âmbito laboral se propagou, em grande medida, por conta das normas que a Organização Internacional do Trabalho (OIT) passou a adotar. A OIT, criada pela Conferência de Paz após a Primeira Guerra Mundial, é a instituição internacional responsável pela elaboração de instrumentos de direitos humanos fundamentais do trabalhador, promovendo oportunidades a homens e mulheres de terem um trabalho digno e de qualidade, combatendo, dentre outros males, a desigualdade social⁷⁰. Dessa forma, a luta contra a discriminação está entre os objetivos fundamentais da Organização Internacional do Trabalho que dedica ao tema duas importantes Convenções: a de nº 100, de 1951, que trata da igualdade de remuneração entre homens e mulheres e a de nº

⁶⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 37. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 122.

⁶⁷ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1999, p. 169.

⁶⁸ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *Direito do Trabalho – I*. São Paulo: LTr, 2014, p. 167 e 168.

⁶⁹ DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. *A dispensa discriminatória e os direitos fundamentais do trabalhador*. In SILVA, Alessandro da; MAIOR, Jorge Luiz Souto; FELIPPE, Kenarik Boujikian; SEMER, Marcelo. *Direitos humanos: essência do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 171.

⁷⁰ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Aba: Conheça a OIT*. Disponível em <http://www.ilo.org/brasil/conhe%C3%A7a-a-oit/lang--pt/index.htm>. Acessado em 02 abr. 2015.

111, de 1958 – ratificada pelo Brasil e integrada ao direito nosso direito interno em 1965 -, mais abrangente, que trata da discriminação no emprego e na profissão⁷¹.

Segundo Luciane Barzotto, a definição de discriminação encontrada no art. 1º da Convenção 111⁷² da OIT serviu de base a diversas legislações nacionais e comunitárias pelo mundo e contém tais elementos:

Um fato no qual a distinção ou exclusão constitui-se em uma diferença de tratamento; um critério duvidoso na base da diferença de tratamento como raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social; por fim, o resultado objetivo desta diferença de tratamento, que é a destruição ou alteração da igualdade de oportunidades e de tratamento⁷³.

Cabe, ainda, citar o destaque dado por Estêvão Mallet à Convenção de nº 117, que trata da política social que, em seu art. 14, *caput*, dispõe que “*um dos fins da política social será o de suprimir qualquer discriminação entre trabalhadores fundada na raça, cor, sexo, crença, associação tribal ou filiação sindical*”, e à Declaração sobre igualdade de oportunidades e de tratamento para as trabalhadoras, aprovada em 1975, pela 60ª Conferência Internacional do Trabalho⁷⁴. Cumpre observar, assim, que tamanha preocupação do direito internacional do trabalho a respeito da discriminação demonstra a frequência com que essa prática ocorre nas relações de trabalho, demandando, assim, maior proteção do Estado⁷⁵.

O combate à discriminação é uma das principais áreas de avanço das modernas democracias ocidentais e de suas Constituições, uma vez que a sociedade democrática é muito suscetível a processos de inclusão social⁷⁶. No Brasil, foi após o advento da democrática

⁷¹ MALLET, Estêvão. *Igualdade, Discriminação e Direito do Trabalho*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, vol. 76, nº 3, jul./set., 2010, p. 19.

⁷² Art. 1 — 1. Para os fins da presente convenção o termo “discriminação” compreende: a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão; b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados. (Convenção nº 111. Discriminação em matéria de emprego e ocupação. OIT)

⁷³ BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Igualdade e discriminação no ambiente de trabalho*. In: BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Trabalho e Igualdade: Tipos de discriminação no ambiente do trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; Escola Judicial do TRT da 4ª R., 2012, p. 42.

⁷⁴ MALLET, Estêvão. *Igualdade, Discriminação e Direito do Trabalho*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, vol. 76, nº 3, jul./set., 2010, p. 20.

⁷⁵ DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. *A dispensa discriminatória e os direitos fundamentais do trabalhador*. In SILVA, Alessandro da; MAIOR, Jorge Luiz Souto; FELIPPE, Kenarik Boujikian; SEMER, Marcelo. *Direitos humanos: essência do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 172.

⁷⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 810.

Constituição de 1988 que se alargaram significativamente as medidas proibitivas de práticas discriminatórias no país. A aplicação da igualdade também que se tornou frequente no campo do Direito do Trabalho, considerando que este absorve os princípios fundamentais constitucionais, e recebe denominações diversas, como princípio da isonomia e princípio da não discriminação⁷⁷. Nesse sentido, analisa Mauricio Godinho Delgado:

Efetivamente, a ordem justrabalhista sempre se caracterizou pela presença de mecanismos de proteção contra a ocorrência de discriminações no contrato de trabalho. Tais mecanismos, entretanto, tendem obviamente a se ampliar à medida que se ampliam as franquias democráticas no conjunto da sociedade política e civil, projetando reflexos na relação de emprego. Nesse quadro, a Constituição de 1988 surgiu como o documento juspolítico mais significativo já elaborado na história do país acerca de mecanismos vedatórios a discriminações no contexto da relação de emprego⁷⁸.

Antes da Constituição de 1988, as medidas antidiscriminatórias no Direito do Trabalho brasileiro eram tímidas, esparsas e não sistemáticas, havendo preceitos antidiscriminatórios relativos ao sexo, à idade, à nacionalidade ou ao estado civil inseridos no texto da CLT e em alguns poucos dispositivos incorporados nas cartas constitucionais anteriores a 1988. Com o advento da CF/88, ampliaram-se tais proteções e criaram-se outras, e o princípio da igualdade se dissolveu por vários artigos da própria Constituição, da CLT e de diplomas legais externos, criando todo um sistema de proteção jurídica contra a discriminação no emprego⁷⁹.

A título exemplificativo, dada a quantidade extensa de dispositivos em que o princípio da igualdade se encontra presente, cabe mencionar brevemente os destacados pelos doutrinadores trabalhistas. A Constituição Federal de 1988, dando amplitude ao princípio da isonomia, preceitua que “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade*” (art. 5º, *caput*, CF/88) e proclama que “*homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações*” (art. 5º, I, CF/88). Além disso, como salienta José Afonso da Silva, a igualdade sem distinção de trabalho se relaciona com a liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão⁸⁰ (art. 5º, XIII, CF/88). A “*proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de*

⁷⁷ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1999, p. 166.

⁷⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 813.

⁷⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 814.

⁸⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 228.

admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil” (art. 7º, XXX, CF/88) e a *“proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”* (art. 7º, XXXI, CF/88) são importantes garantias constitucionais destinadas aos trabalhadores urbanos e rurais. Nesse sentido, entende-se que critérios subjetivos não relacionados à aptidão profissional não são admitidos pelo direito do trabalho como razão para diferenciar os empregados. Por fim, mais especificamente em relação a uma futura análise deste trabalho, merece destaque o art. 7º, XX, da CF/88 que visa à *“proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos”*. Sobre a proteção referida neste dispositivo Cíntia Oliveira e Leandro Dorneles observam que *“grupos desiguais de trabalhadores, mais suscetíveis a atos discriminatórios, ou dotados de maior grau de vulnerabilidade, demandam proteção ou regras especiais (‘ações afirmativas’)”*⁸¹.

No entanto, apesar da existência de todos esses meios protetivos, sabe-se que a discriminação é recorrente na prática trabalhista e social brasileira. Negros recebendo salários inferiores aos brancos, assim como as mulheres em relação aos homens, são exemplos dessa prática que, no atual regime democrático, é completamente injusta e ilegal.

2.3 A IGUALDADE EM RELAÇÃO AO GÊNERO

Não faz muito tempo que o mundo, o poder, a política e o direito eram comandados apenas pelo sexo masculino. Sabe-se que a história da mulher na sociedade foi delineada pelo esquecimento, pela humilhação e pela estigmatização. Aos poucos, após muitas lutas feministas e avanços culturais, esse panorama social vem mudando e o princípio da igualdade, na sua faceta de gênero, se inseriu nos diplomas legais mundiais e nacionais, visando o combate à discriminação entre os sexos. Salienta-se que, neste breve tópico, não cabe a descrição de todos os dispositivos jurídicos conquistados pelos movimentos feministas e pelas sociedades democráticas, mas sim a análise da importância da busca pela igualdade material, e não apenas formal, entre os gêneros, bem como do entendimento de que, ao Estado, ainda cumpre a proteção desse grupo social.

⁸¹ OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. *Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 30.

Historicamente, as relações entre mulheres e homens são desiguais, são marcadas pela subordinação feminina e pela violação da dignidade da mulher, causando prejuízos em relação ao seu trabalho, a sua saúde e a sua vida. Assim, bem resume Maria da Glória Garcia:

Da Grécia antiga, inventora da democracia, onde as mulheres não tinham voz, à velha Roma onde o direito criou raízes e logo atribuiu ao homem, enquanto *pater familiae*, o poder de vida e de morte sobre o todo familiar onde a mulher se inclui; da lei sálica que, por uma abusiva interpretação dos juristas medievos, exclui as mulheres da sucessão da coroa à total ausência do trabalho feminino na análise histórica e conseqüente olvido da sua importância para a evolução da humanidade; do esquecimento das mulheres nas revoluções liberais, lideradas pela americana e pela francesa, que, embora tenham como estandarte a igualdade, só permitiram que a sua história fosse escrita por homens ao ainda atual não reconhecimento de direitos fundamentais às mulheres na Líbia, no Irã e no Egito, entre outros; do antigo ritual hindu de queimar vivas as viúvas à mutilação genital feminina que permanece atual em alguns locais da África, é toda uma história triste de humilhação para a mulher que a viveu e de vergonha para o homem que a modelou e escreveu⁸².

A autora, ainda, afirma que a maternidade, as atividades domésticas e a questão emotiva relacionada à mulher, em contrapartida ao papel do homem, a quem, tradicionalmente, cabe o sustento financeiro familiar, a participação na política e a luta pela pátria, por exemplo, influenciaram a cultura de subordinação do sexo feminino em relação ao masculino⁸³. De acordo com Maria Berenice Dias, foi com a Revolução Industrial e com a morte de muitos homens nas guerras, que acabaram por inserir as mulheres no mundo do trabalho, entretanto, que esse padrão de pensamento e esse modelo patriarcal da sociedade começaram a mudar. A partir daí, “*as lutas emancipatórias levaram as mulheres a descobrir o direito à liberdade, passando a almejar a igualdade e a questionar a discriminação de que sempre foram alvo*”⁸⁴. Além disso, o surgimento dos contraceptivos, que fez com que a mulher deixasse de ser refém do medo da gravidez, foi outro marco relevante, segundo Maria Berenice Dias, para a busca da independência financeira, social e cultural da mulher. A repercussão da chamada “revolução feminina” foi, e ainda é, significativa, acarretando modificações importantes na forma como se enxergam os papéis dos componentes familiares, dos sujeitos trabalhistas e, conseqüentemente, dos dispositivos legais, a exemplo, no campo internacional, da Convenção internacional para eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres, de dezembro de 1979.

⁸² GARCIA, Maria da Glória F. P. D. *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 76 e 77.

⁸³ GARCIA, Maria da Glória F. P. D. *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 86.

⁸⁴ DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre a mulher e seus direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 23.

No âmbito jurídico brasileiro, de acordo com Maria Berenice Dias, há pouco tempo, a cidadania feminina simplesmente não existia, uma vez que o voto feminino só foi permitido em 1932 e, até 1962, as mulheres casadas eram consideradas relativamente capazes, tendo que ser assistidas pelos maridos para praticarem atos da vida civil e obter a autorização deles para trabalhar⁸⁵. Por muitos anos, no Brasil, vigoraram as Ordenações Filipinas, que eram conservadoras e protetoras do poder patriarcal, subordinador do papel feminino na sociedade. O Código Civil de 1916, por sua vez, retratando os pensamentos sociais da época, firmava que “*ao homem cabia o espaço público e à mulher o espaço privado, nos limites da família e do lar, a ensejar a formação de dois mundos: um de dominação, externo, produtor, o outro de submissão, interno e reprodutor*”⁸⁶. Estatutos como o da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62), que permitiu a concessão do pátrio poder à mulher, apesar de haver ressalvas, e o da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), no qual o pátrio poder foi conferido a ambos os pais, cada um a sua época, se revelaram em um avanço da igualdade entre os gêneros. Cabe observar que, no atual Código Civil de 2002, o pátrio poder se tornou o poder familiar concedido ao casal.

A significativa progressão da igualdade entre homens e mulheres se deu, efetivamente, no Brasil, com a promulgação da Constituição de 1988, que equiparou os direitos e as obrigações na vida civil, no trabalho e na família de ambos os sexos, formando um sistema jurídico mais humanizado e isonômico. Segundo Uadi Bulos, “*o constituinte, ao igualar homens e mulheres, acatou uma solicitação há muito reclamada, expressou em termos constitucionais positivos as longas lutas travadas contra a discriminação do sexo feminino*”⁸⁷. Assim, em seu artigo 5º, I, a Constituição Federal de 1988 iguala homens e mulheres em direitos e obrigações. De acordo com Alexandre de Moraes, esse dispositivo deve ser interpretado, não em termos absolutos, mas sim de modo a não aceitar a distinção material entre os sexos, uma vez que é admitido, por nossa atual Constituição, com a finalidade de atenuar desníveis físicos e sociais, tratamentos diferenciados entre homens e mulheres, a exemplo dos artigos que protegem a maternidade (art. 7º, XVIII), o espaço no mundo do trabalho para a mulher (art. 7º, XX), o foro especial da mulher (art. 153, §1º), a isenção da obrigatoriedade do serviço militar para a mulher (art. 143, § 2º) e a aposentadoria

⁸⁵ DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre a mulher e seus direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 22.

⁸⁶ DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre a mulher e seus direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 22.

⁸⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 543.

diferenciada (art. 40, § 1º, III, alínea "a" e "b", combinado com o artigo 201, § 7º, I e II)⁸⁸. Nesse sentido, afirma 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 haverá forçosamente de possuir direitos adequados a estas desigualdades⁸⁹.

O autor ainda evoca ser inadmissível considerar que “*sob o manto de desigualdades biológicas, fisiológicas, psicológicas e outras, possa encobrir-se uma verdadeira diferenciação da dignidade jurídica, moral e social entre ambos os sexos*”⁹⁰. Dessa forma, o autor considera que o direito tem que respeitar estas distinções das características iminentes de cada um dos sexos. Maria Berenice Dias também se posiciona no sentido de considerar que, ao cumprir os preceitos constitucionais protetivos que diferenciam e equilibram a igualdade entre os sexos, não se infringe o princípio isonômico⁹¹.

Entretanto, apesar desse avanço jurídico conquistado pelas mulheres, sabe-se que, na prática, o completo tratamento isonômico entre os sexos, previsto em nossa Constituição, não ocorre, uma vez que a mulher ainda sofre os reflexos da histórica submissão da qual sempre foi vítima. Importa registrar os dizeres de Norberto Bobbio:

A revolução silenciosa de nosso tempo, a primeira revolução incruenta da história, é a que conduz à lenta, mas inexorável atenuação, até a total eliminação da discriminação entre os sexos: a equiparação das mulheres aos homens, primeiro na mais restrita sociedade familiar, depois na mais ampla sociedade civil, através da igualdade em grande parte exigida e em parte (ainda que em pequena parte) já conquistada nas relações econômicas e políticas, é um dos sinais mais seguros e encorajadores da marcha da história humana no sentido da equalização dos desiguais⁹².

A discriminação da mulher está relacionada, portanto, aos valores culturais, sociais e políticos das sociedades. São condições para a aceleração da mudança desses valores ainda discriminatórios em relação ao sexo, segundo Maria da Glória F.P.D. Garcia, “*a educação, a*

⁸⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2013, p. 37.

⁸⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos editor, 2002, p. 325.

⁹⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos editor, 2002, p. 326.

⁹¹ DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre a mulher e seus direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 24.

⁹² BOBBIO, Norberto; tradução de Carlos Nelson Coutinho. *Igualdade e Liberdade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000, p. 44.

formação intelectual, a qualificação profissional e a conseqüente participação cívica”⁹³, com a aplicação de dispositivos protetivos, antidiscriminatórios e de ações afirmativas. A Constituição brasileira de 1988 caminha nessa linha e, dentre seus principais avanços, insere-se a proteção ao trabalho da mulher, o que, especificamente, será objeto de estudo mais aprofundado no segundo capítulo da presente monografia.

2.4 A DISCRIMINAÇÃO POSITIVA

A igualdade material, como vimos, pressupõe que haja certas diferenciações, tratando desiguais de forma desigual. Nesse sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho salienta que é papel do Estado, na atual democracia, corrigir as mais variadas disparidades, compensando-as e baseando-se em requisitos de justificação que as legitimem. Busca-se atenuar, assim, as desigualdades de fato, especialmente as decorrentes da etnia, do gênero ou da opção sexual, através das discriminações positivas (ações afirmativas), favorecendo tais grupos sociais que, em um passado próximo, sofreram discriminações ferrenhas e que ainda respingam nas situações fáticas da atual sociedade. O autor afirma, ainda, ser essencial a adequação aos casos, necessitando que o motivo de discriminar se justifique de forma razoável e proporcional⁹⁴. O objetivo deste breve tópico, assim, é demonstrar a existência das ações afirmativas em nossa Constituição, o conceito que a ela é dado pelos doutrinadores, bem como enfatizar que, através da lícita discriminação, se pode chegar a uma igualdade efetiva.

O combate às práticas discriminatórias, na sociedade, pode se dar de duas formas: pela adoção de normas que proíbam a discriminação, modelo estático e repressor, ou pela adoção de dispositivos que favoreçam a inclusão de certos grupos desfavorecidos, que são as chamadas ações afirmativas e que possuem uma característica ativa⁹⁵. Para Amauri Mascaro Nascimento, ações afirmativas são “*estratégias de política social ou institucional voltadas para alcançar a igualdade de oportunidades entre as pessoas, com o objetivo de favorecer a desvantagem de alguns segmentos sociais*”⁹⁶. Na mesma linha, Álvaro Ricardo Souza Cruz conceitua discriminação positiva ou ação afirmativa como sendo uma:

⁹³ GARCIA, Maria da Glória F. P. D. *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 89.

⁹⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 213-221.

⁹⁵ FILHO, José Claudio Monteiro de Brito. *Ações Afirmativas*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 61 e 62.

⁹⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 37. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 121.

Medida pública e/ou privada, coercitiva ou voluntária, implementada da promoção/integração de indivíduos e grupos éticos/sociais tradicionalmente discriminados por uma sociedade. Contudo, essa ação implica tratar diferentemente indivíduos ou agrupamentos humanos. Significa, pois, discriminar⁹⁷.

Ainda, de acordo com Álvaro Cruz, a discriminação é legítima quando se destina à inclusão de indivíduos excluídos, e ilegítima quando se baseia em preconceitos, em julgamentos prévios que estigmatizam certos grupos. Para o autor, as mulheres, por exemplo, ainda são alvos de inúmeras discriminações ilegítimas, tais como o tráfico de mulheres, a prostituição e a dupla jornada de trabalho⁹⁸. As ações afirmativas, à vista disso, vêm no sentido de amenizar os efeitos desses preconceitos e discriminações e, no Brasil, foram consagradas pelo legislador constituinte de 1988, que se incumbiu de conferir tratamento diferenciado a certos grupos, tais quais, além das mulheres, os idosos, os homossexuais, os negros, os deficientes físicos, os índios, os quais, ao longo da história do Brasil, sofreram muito com a marginalização social⁹⁹. A nossa Constituição Federal de 1988, portanto, e, de forma geral, todo o atual ordenamento jurídico brasileiro, abrem espaço para que medidas de correção de situações de exclusão sejam estabelecidas, a exemplo dos artigos constitucionais 7º, XX, que trata da proteção do trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, e 37, VIII, que dispõe sobre a reserva de cargos e empregos para as pessoas com deficiência.

Observa-se que objetivo das ações afirmativas é atenuar ou eliminar as discriminações fáticas, atingindo a igualdade jurídico-material, através da ideia de solidariedade e que o princípio da igualdade só impõe essas discriminações positivas quando estas correspondem a um “*consenso social generalizado, forjado no uso consciente da liberdade, renovada diariamente no seu fundamento último, a dignidade humana*”¹⁰⁰. Entretanto, importante apontar que eventual tratamento desigual implica em uma argumentação e justificativa jurídico-constitucional, uma vez que é vedada qualquer desigualdade aplicada arbitrariamente. O elemento discriminatório tem que estar diretamente ligado à finalidade do ato que resulta

⁹⁷ CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. *O direito à diferença: ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 203.

⁹⁸ CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. *O direito à diferença: ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 203.

⁹⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 540.

¹⁰⁰ GARCIA, Maria da Glória F. P. D. *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 21-26.

um tratamento desigual¹⁰¹. Nessa medida, o essencial é estabelecer os critérios e limites a que se sujeita essa discriminação positiva, evitando que “*medidas aparentemente neutras, quando de sua aplicação, resultem em efeitos nocivos e desproporcionais para determinadas categorias de pessoas*”¹⁰².

Ocorre que a adoção da discriminação positiva não é pacífica, alguns entendem essa situação como um novo privilégio a uns e como um malefício a outros que não recebem o mesmo tratamento. Por isso, o ideal é que as ações afirmativas sejam medidas temporárias, situação excepcional e não status jurídico permanente, uma vez que elas só se justificam até a realização de seu objetivo, qual seja, promover a igualdade¹⁰³.

As ações afirmativas, por conseguinte, se voltam tanto para combater as discriminações fáticas ilícitas, quanto para criar mecanismos a favor da redução das desigualdades e podem ser aplicadas por políticas do Poder Executivo, do Judiciário e da iniciativa privada¹⁰⁴. Há que se justificar essas discriminações quando se relacionam tanto à produção de normas, quanto à aplicação nos casos concretos. A utilização da discriminação positiva, assim, busca concretizar o princípio da igualdade material de todos, valorizando a inclusão de sujeitos que sempre foram vulneráveis frente ao direito, a exemplo das mulheres trabalhadoras.

¹⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 549-554.

¹⁰² GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade: O direito como instrumento de transformação social. A experiência dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 24.

¹⁰³ FILHO, José Claudio Monteiro de Brito. *Ações Afirmativas*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 69.

¹⁰⁴ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade: O direito como instrumento de transformação social. A experiência dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 52-60.

3 A PROTEÇÃO DO TRABALHO DA MULHER

O objeto de estudo deste segundo capítulo são as proteções legais especialmente destinadas ao trabalho da mulher. Inicialmente, analisar-se-á os aspectos relevantes do avanço histórico e jurídico-legal, nos âmbitos internacional e nacional, bem como os fundamentos de proteção do trabalho feminino, desde seu início, marcado pelo completo descaso, até os dias atuais, em que alguns acreditam haver, inclusive, proteções excessivas à classe das mulheres trabalhadoras que vão de encontro com o importante princípio democrático constitucional da igualdade. Após, observar-se-á o Capítulo da Consolidação das Leis do Trabalho destinado à proteção do trabalho da mulher, no Brasil, salientando seus atuais e principais dispositivos e ressaltando suas relevantes revogações. Por fim, essencial para a presente monografia, dar destaque aos períodos especiais de descanso destinados ao trabalho da mulher e, mais especificamente, aos aspectos do art. 384, da CLT.

3.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA E JURÍDICA DA PROTEÇÃO DO TRABALHO FEMININO

3.1.1 Fundamentos históricos da proteção especial

As diferenças biológicas entre homens e mulheres, desde sempre, ensejaram distinções na divisão do trabalho e na postura cultural e social assumida por cada sexo, ao longo da História. Os homens sempre estiveram no topo da hierarquia social, presentes no espaço público, econômico e político, enquanto que as mulheres, predominantemente, assumiram a função reprodutiva, a responsabilidade de cuidar dos filhos e de organizar o lar¹⁰⁵. Por conta disso, abusos e discriminações estiveram presentes no momento do ingresso da mulher no mundo do trabalho, ensejando a elas, ao longo do tempo, diversas proteções legais. Inegável é a importância da mulher na evolução da economia mundial e da própria sociedade, tanto atuando no seu papel de mãe, de esposa e de dona do lar, quanto em seu papel de trabalhadora.

¹⁰⁵ DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre a mulher e seus direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 15.

Como constata Ari Beltran, “*falar-se do trabalho da mulher implica pesquisa que remonta à própria história da humanidade*”¹⁰⁶. Carlos Zangrado afirma que, apesar de o papel da mulher, no desenvolvimento da sociedade, sempre ter sido subestimado e desvalorizado, “*seja no cultivo, na fabricação de utensílios, roupas ou armas, ou ainda no cuidado da casa e dos filhos, a mulher sempre trabalhou*”¹⁰⁷. Na Antiguidade, à mulher, cabia apenas o papel materno, a educação e os cuidados com os filhos. Na Grécia clássica, a mulher não podia ter propriedade e se encontrava em um degrau inferior ao homem na hierarquia social. Em Roma, as famílias eram comandadas pelo pátrio poder, um poder absoluto do homem sobre as mulheres¹⁰⁸. No Egito Antigo, havia uma posição de relativa igualdade com o homem, par de sua companheira nas lidas do campo, pois a mulher podia ser comerciante, ter indústria e exercer a medicina. Na Idade Média, por sua vez, manteve-se o cenário discriminatório, uma vez que a mulher era admitida a trabalhar nos grêmios, mas jamais chegava a ser mestre. Interessante também a observação de Segadas Vianna acerca do incipiente trabalho feminino no recém-descoberto continente americano entre os indígenas, no qual “*não passava a mulher de escrava incumbida de árduos misteres, entre os quais os de transportar as cargas, cortar a lenha, fazer os tecidos e os rudimentares calçados*”¹⁰⁹.

Na Idade Moderna, conforme o sistema econômico foi evoluindo, “*gradativamente a mulher ia recebendo novas ocupações, passando a colaborar para a manutenção do lar com a fabricação de tecidos e pequenos objetos que serviam de instrumento de troca por outras utilidades*”¹¹⁰, de modo que, aos poucos, ela foi se sentindo mais atraída pelo trabalho assalariado. Entretanto, foi o desenvolvimento industrial, com a introdução da técnica, com o advento da máquina de tecer e a vapor, que reduziu a exigência de esforço muscular no trabalho, o ponto de partida para o ingresso, em definitivo, das mulheres no mundo do trabalho assalariado¹¹¹.

¹⁰⁶ BELTRAN, Ari Possidonio. *Direito do Trabalho e Direitos Fundamentais*. São Paulo: LTr, 2002, p. 293.

¹⁰⁷ ZANGRADO, Carlos Henrique da Silva. *Curso de Direito do Trabalho: tomo III*. São Paulo: LTr, 2008, p. 1244.

¹⁰⁸ ZANGRADO, Carlos Henrique da Silva. *Curso de Direito do Trabalho: tomo III*. São Paulo: LTr, 2008, p. 1243.

¹⁰⁹ VIANNA, Segadas. *Trabalho da Mulher*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; FILHO, Luiz Philippe Vieira de Mello; FRAZÃO, Ana de Oliveira. *Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 970-972.

¹¹⁰ VIANNA, Segadas. *Trabalho da Mulher*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; FILHO, Luiz Philippe Vieira de Mello; FRAZÃO, Ana de Oliveira. *Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 972.

¹¹¹ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 420.

De acordo com Orlando Gomes e Elson Gottschalk, a Revolução Industrial do século XIX, na Inglaterra, ensejou um regime de produção em massa, racionalizado, com fragmentação do trabalho e vista ao lucro. Afirmam, os autores, que “*o liberalismo econômico e o individualismo jurídico da época davam às empresas base ética e jurídica para contratar livremente*”¹¹². Assim, com um sistema de produção bem mais simplificado, diferente da forma artesanal anterior, abriu-se o mundo do trabalho assalariado para as mulheres e para as crianças que, devido a sua fragilidade, eram consideradas mão de obra mais barata. Além disso, também as guerras da época, que levaram os homens ao combate e, muitas vezes, à morte, contribuíram para a abertura do espaço laborativo feminino, e também infantil, principalmente para as tarefas terciárias e repetitivas, muito requisitadas pelas indústrias em expansão. Tal inserção, cabe registrar, “*alijou o homem de algumas profissões, que passaram a ser identificadas como femininas, perdendo ditas atividades o prestígio social, com o conseqüente achatamento remuneratório*”¹¹³.

Ocorre que esse início se caracterizou pelas péssimas condições de trabalho e pela falta de garantias mínimas de proteção por parte dos empregadores, ponto em risco a integridade física dos trabalhadores¹¹⁴. O trabalho do menor e da mulher era considerado de “meia-força” e, por isso, era tratado com descaso e discriminação em relação ao trabalho do homem adulto, principalmente em relação à remuneração. Consequência disso também foi o aumento no número de desempregados do sexo masculino, uma vez que, em pleno desenvolvimento do capitalismo, os empregadores se aproveitavam da disponibilidade de uma mão de obra mais frágil para reduzir salários e aumentar as horas de trabalho das trabalhadoras mulheres. Sobre o assunto, aduz Ari Beltran:

Com a Revolução industrial, especialmente com a mudança do sistema produtivo, com o regime de produção em massa, a racionalização e a divisão do trabalho, passou-se à utilização, em larga escala, da absorção das chamadas meias-forças; a mão-de-obra feminina e infantil era explorada sem quaisquer barreiras, quer do ponto de vista ético, quer do ponto de vista jurídico¹¹⁵.

¹¹² GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 420.

¹¹³ DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre a mulher e seus direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 23.

¹¹⁴ BACHUR, Tiago Faggioni; MANSO, Tânia Faggioni Bachur da Costa. *Licença-maternidade e salário maternidade na teoria e na prática*. São Paulo: Franca Lemos e Cruz, 2010, p. 23.

¹¹⁵ BELTRAN, Ari Possidonio. *Direito do Trabalho e Direitos Fundamentais*. São Paulo: LTr, 2002, p. 293.

As mulheres formaram, assim, juntamente com os menores, com os camponeses, com os mutilados, e com aqueles que têm sua capacidade de trabalho reduzida, as primeiras legiões de trabalhadores marginais, dispostos a aceitar qualquer salário e quaisquer condições de serviço¹¹⁶. O trabalho da mulher, em seu início, era desgastante, desvalorizado, discriminado, desumano, insalubre, sem limitação de jornada de trabalho e prejudicial à saúde das trabalhadoras¹¹⁷. O Estado, não intervindo nas relações jurídicas de trabalho, na época, permitia, com sua omissão, tamanha exploração. Assim, o contexto do ingresso das mulheres no mundo trabalhista era deprimente, de total marginalidade e descaso, fatores que eram acentuados pelos “*muitos preconceitos em relação à mulher, oriundos de uma sociedade paternalista, que enxerga o pai como chefe de família e que só ele deve trabalhar*”¹¹⁸, de modo que tais situações chamaram a atenção dos Estados e de Organizações Internacionais e passaram a fundamentar a criação de normas especiais de proteção ao seu trabalho. Nessa perspectiva, os dizeres de Eneida Araújo:

A preocupação dos diversos segmentos sociais em vários países do mundo, dirigida ao trabalho da mulher, decorreu da exploração aguda e deflagrada pela Revolução Industrial em relação ao labor feminino. A História demonstra as exultantes e longas jornadas que a adoção do pensamento liberal e do individualismo jurídico exigia dos trabalhadores e, entre eles, a criança e a mulher. Acrescenta-se a esse quadro perverso as condições insalubres e perigosas e os salários ínfimos que lhes eram destinados¹¹⁹.

Entretanto, para Segadas Vianna, a verdadeira causa do advento da proteção legislativa especial destinada às trabalhadoras “*foi mais a necessidade de impedir que, explorando sem limites o braço da mulher, as fábricas fossem suprimindo, tanto quanto fosse possível, o braço masculino, provocando a existência de milhares de desempregados, que se tornavam um perigo social*”¹²⁰. Dessa maneira, não apenas pela sua situação pessoal (física, moral e econômica), mas também pela defesa da dignidade do trabalho e pelo fim de evitar o perigo social do desemprego, o legislador entendeu como necessária e fundamental a adoção de um

¹¹⁶ RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2002, p. 430.

¹¹⁷ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Manual de Direito do Trabalho*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 321.

¹¹⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 658.

¹¹⁹ ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. *O trabalho da mulher e o princípio da igualdade*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, vol. 79, nº 3, jul./set., 2013, p. 50.

¹²⁰ VIANNA, Segadas. *Trabalho da Mulher*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; FILHO, Luiz Philippe Vieira de Mello; FRAZÃO, Ana de Oliveira. *Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 973.

sistema efetivo de proteção ao trabalho feminino¹²¹. Além disso, cabe destacar que a relação completamente desproporcional entre o trabalho masculino e o feminino foi cada vez mais repudiada pela igualdade inserida em diversos dispositivos legais internacionais, como observamos no primeiro capítulo desta pesquisa. Tornou-se evidente, portanto, a necessidade de proteção ao trabalho da mulher, de modo que diversos organismos internacionais vieram nesse sentido, influenciando a posterior legislação brasileira trabalhista.

3.1.2 Avanços jurídico-legais no âmbito internacional

Com a observância do completo descaso vivenciado pelas trabalhadoras à época da Revolução Industrial, os Estados começam a determinar diversas proteções legais a elas, de modo que “o trabalho da mulher foi uma das primeiras matérias a constituir objeto de regulamentação pelos organismos internacionais e seu escopo foi uniformizar os custos operacionais, visando a evitar uma concorrência injusta no mercado internacional”¹²². Neste tópico, observar-se-ão brevemente as principais determinações, no âmbito internacional, ao longo da história, destinadas à proteção da mulher, enquanto trabalhadora.

Na Inglaterra, em 1842, o trabalho da mulher foi proibido nas minas e subterrâneos (*Coal Mines Act*), em 1844, houve a limitação da jornada de trabalho da mulher para 12 horas, proibindo-se o trabalho noturno (*Factory Act*) e, em 1878, o emprego da mulher em trabalhos perigosos e insalubres foi vedado (*Factory and Workshop Act*)¹²³. Na França, em 1874, proibiu-se o trabalho de mulheres nos subterrâneos e nas pedreiras e, em 1892, limitou-se a jornada de trabalho das mulheres para 11 horas diárias. Na Alemanha, por sua vez, em 1891, fixou-se algumas normas mínimas referentes ao trabalho feminino¹²⁴. Estabelecendo o princípio da igualdade salarial entre homens e mulheres, o Tratado de Versailes demonstrou que a proteção do trabalho da mulher preocupava os homens públicos de diversos países, uma vez que foi assinado por muitas nações, incluindo a brasileira¹²⁵.

¹²¹ RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2002, p. 430.

¹²² BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 1085.

¹²³ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 654.

¹²⁴ ZANGRADO, Carlos Henrique da Silva. *Curso de Direito do Trabalho: tomo III*. São Paulo: LTr, 2008, p. 1245.

¹²⁵ VIANNA, Segadas. *Trabalho da Mulher*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; FILHO, Luiz Philippe Vieira de Mello; FRAZÃO, Ana de Oliveira. *Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 974.

No âmbito da OIT, desde sua criação, em 1919, ela já se preocupou em determinar normas de proteção especial ao trabalho feminino, frente a notória discriminação, exploração das jornadas de trabalho, precárias condições de saúde e desigualdade laboral existentes à época¹²⁶. Assim, aos poucos, passaram a ser editadas diversas convenções e regulamentações sobre o tema, como bem sistematiza Alice Monteiro de Barros:

No domínio do trabalho da mulher, a ação internacional assumiu dois perfis. O primeiro, de caráter tutelar, articulou-se em duas direções: de um lado, a disciplina dirige-se à mulher no ciclo gravídico-puerperal (Convenções nº 3, 103 e 183 da OIT) e, de outro lado, impõe restrições ao trabalho da mulher, em geral, proibindo-lhe atividades insalubres, perigosas e penosas, onde se inclui o trabalho noturno nas indústrias (Convenções nº 4, 41 e 89 da OIT), em regime de horas extras e com pesos. O segundo perfil caracteriza-se pela necessidade de se atribuir às mulheres igualdade de remuneração, de oportunidade e de tratamento com os homens no trabalho (Convenções nº 100, 111 da OIT). Contraditoriamente, esse novo perfil coexiste com as normas de tutela à mulher, embora haja uma tendência a reduzir o seu rigor, como se infere do protocolo nº 90 da OIT e da Convenção Internacional nº 171, de 1990, do mesmo organismo, que limita a proibição do trabalho noturno das mulheres àquelas que estiverem no ciclo gravídico-puerperal¹²⁷.

Nos dias de hoje, segundo Arnaldo Süssekind, as diretrizes da OIT se refletem em duas grandes preocupações: 1) a de garantir igualdade de oportunidade, tratamento, emprego promoção, condições, etc. 2) a de proteger a empregada gestante de possíveis riscos¹²⁸.

A Organização das Nações Unidas também demonstra preocupação acerca do tema através, dentre outros documentos, da Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU, 1948), na qual se estipula proteção contra o incitamento à discriminação de qualquer espécie, inclusive por motivo de sexo. A Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (ONU, 1979) também orienta no sentido de impedir a discriminação no trabalho contra a mulher, enfatizando a igualdade de remuneração entre os sexos para trabalho de igual valor, de modo que muitos países estão no caminho da revogação de uma série de proibições consideradas discriminatórias¹²⁹.

Nota-se, portanto, a importância, em âmbito internacional, dada por influentes Organizações à proteção do trabalho da mulher principalmente em relação à duração da jornada do trabalho, à possibilidade de seu trabalho noturno, perigoso e insalubre, ao repouso

¹²⁶ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 493.

¹²⁷ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 1085.

¹²⁸ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 492.

¹²⁹ ZANGRADO, Carlos Henrique da Silva. *Curso de Direito do Trabalho: tomo III*. São Paulo: LTr, 2008, p. 1250.

semanal, ao amparo por ocasião da gravidez, à discriminação em razão do sexo de uma forma geral, ao possível prejuízo da mulher na concorrência de emprego, ao seu acesso, bem como à ascensão profissional e aos padrões salariais. Nesse sentido, os dizeres de Amauri Mascaro Nascimento, segundo os quais “*em todos os sistemas jurídicos, a mulher merece tratamento particular, asseguradas condições mínimas de trabalho, diferentes e mais vantajosas do que aquelas estabelecidas em relação aos homens*”¹³⁰.

3.1.3 Avanços jurídico-legais no âmbito nacional

No início de sua história, a sociedade brasileira, comandada pelas Ordenações Filipinas, privilegiava o poder patriarcal e conservador, de acordo com o qual era possibilitado ao homem, inclusive, castigar fisicamente a mulher. Ela dependia da autorização do marido ou do pai para praticar os atos da vida civil, inclusive para o trabalho, reflexo da total subordinação feminina da época. Por tradição, a mulher brasileira tinha uma vida enclausurada no lar. Foi aos poucos que ela passou a realizar atividades assalariadas, as quais, na maioria das vezes, não eram regulamentadas, sendo praticadas em locais insalubres e perigosos, sem qualquer proteção. Antes de 1930, a história legislativa protetora do trabalho feminino, no Brasil, não foi significativa, apenas marcada por projetos discutidos e não aprovados¹³¹. A partir da década de 30 foi que a mulher trabalhadora passou a receber especial proteção por parte dos legisladores brasileiros, conforme se verá neste breve tópico através da ênfase dada às proteções especiais inseridas nas Constituições brasileiras e nos principais decretos e leis proferidas sobre o tema.

A primeira norma que cuidou da situação da mulher trabalhadora foi o Decreto nº 21.417-A, de 1932, que estabeleceu, dentre outras medidas, a proibição do trabalho noturno feminino e do trabalho em minerações no subsolo para as mulheres, bem como a regulação das condições de trabalho da mulher em estabelecimentos comerciais e industriais¹³². Logo em seguida, surgiu a Constituição Federal de 1934, proibindo a discriminação do trabalho da mulher quanto ao salário (art. 121, §1º, a), vedando o trabalho insalubre (art. 121, §1º, d),

¹³⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 928.

¹³¹ VIANNA, Segadas. *Trabalho da Mulher*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; FILHO, Luiz Philippe Vieira de Mello; FRAZÃO, Ana de Oliveira. *Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 976 e 977.

¹³² ZANGRADO, Carlos Henrique da Silva. *Curso de Direito do Trabalho: tomo III*. São Paulo: LTr, 2008, p. 1246.

garantindo o repouso antes e depois do parto e amparando alguns aspectos da maternidade (art. 121, §3º). A Constituição de 1937, por sua vez, proibia o trabalho da mulher em indústrias insalubres (art. 137, k) e consoante não garantisse a isonomia de salários entre os sexos e a manutenção do emprego à gestante, a ela era assegurada a assistência à saúde e ao repouso (art. 137, l)¹³³.

Mais além, em 1943, a nossa ainda vigente CLT foi editada, consolidando a matéria já existente à época em um capítulo específico protetor do trabalho da mulher e normatizando as condições, as jornadas de trabalho e outros aspectos referentes à maternidade, por exemplo. Sua primeira alteração sobreveio logo um ano após sua edição, em 1944, pelo Decreto-lei nº 6.353, que admitiu o trabalho noturno da mulher a partir de 18 anos e em determinadas atividades¹³⁴.

A Constituição de 1946, em seu art. 157, além de proibir a diferença de salário por motivo de sexo, vedava o trabalho feminino em indústrias insalubres e assegurava certos benefícios à gestante. A Constituição de 1967, por sua vez, em seu agora art. 158, proibia a diferença tanto de salários quanto de critérios de admissão em razão do sexo, também vedava o trabalho insalubre feminino, protegia, por algumas formas, a maternidade e assegurava, à mulher que trabalhasse por 30 anos, a aposentadoria¹³⁵.

Até o advento da próxima Constituição, em 1988, sobrevieram diversas Leis, Emenda Constitucional e Decretos-lei que tratavam sobre o tema da proteção do trabalho da mulher e que acabaram por alterar algumas disposições antes contidas na CLT. Dentre os quais, Sérgio Pinto Martins destaca, em ordem cronológica:

O Decreto-lei nº 229, de 28-2-67, que fez várias alterações na CLT. Alterou o art. 374 da CLT, permitindo o regime de compensação apenas por acordo coletivo. Modificou também os arts. 389 e 392 da CLT para proporcionar a guarda de filhos de mulheres na empresa, descanso no período de quatro semanas antes e oito semanas depois do parto etc.

O Decreto-lei nº 546, de 18-4-69, permitiu o trabalho da mulher na compensação bancária noturna. O Decreto-lei nº 744, de 6-8-69, autorizou o trabalho da mulher em cargos técnicos ou postos de direção, de gerência ou de confiança; na industrialização de produtos perecíveis.

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, estabeleceu que não seria possível a diferença de salários e de critérios de admissão por motivo de sexo (art. 165, III); proibiu o trabalho da mulher em indústrias insalubres (art. 165, X); assegurou o descanso remunerado da gestante, antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego

¹³³ BACHUR, Tiago Faggioni; MANSO, Tânia Faggioni Bachur da Costa. *Licença-maternidade e salário maternidade na teoria e na prática*. São Paulo: Franca Lemos e Cruz, 2010, p. 30 e 31.

¹³⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 656.

¹³⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 656.

e do salário (art. 165, XI); previu regras de previdência social, visando à proteção à maternidade (art. 165, XVI); possibilitou à mulher a aposentadoria aos 30 anos de trabalho, com salário integral (art. 165, XIX).

A Lei nº 5.673, de 6-7-71, possibilitou o trabalho noturno da mulher em serviços de processamento de dados (art. 379, IX, da CLT), em indústrias de manufaturados de couro que mantenham contratos de exportação devidamente autorizados pelos órgãos públicos competentes (art. 379, X, da CLT).

A Lei nº 6.136, de 7-11-74, transferiu da empresa para a Previdência Social o ônus da licença-maternidade.

A Lei nº 7.189, de 4-6-84, deu nova redação ao art. 379 da CLT, permitindo o trabalho noturno da mulher com mais de 18 anos¹³⁶

A Constituição Federal de 1988 explicitou, bem mais que as anteriores, a proteção ao trabalho da mulher, em consonância com as novas políticas internacionais, de modo a promover a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres (art. 5º, *caput* e inciso I), protegendo o mercado de trabalho da mulher (art. 7º, XX) e proibindo, expressamente, a diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (art. 7º, XXX)¹³⁷. Além disso, o texto da CF/88 assegura à mulher, especificamente, a licença-maternidade, sem prejuízo do emprego e do salário, de 120 dias (art. 7º, XVIII, CF/88) e a possibilidade e as condições adequadas para amamentação dos filhos das presidiárias (art. 5º, L, CF/88). De acordo com Maurício Godinho Delgado, a Constituição Federal de 1988 acabou por revogar alguns dos dispositivos da CLT que, “*sob o aparente e generoso manto tutelar, produziam efeitos discriminatórios com relação à mulher obreira*”¹³⁸.

Em 1989, a Lei nº 7.885/89 revogou vários dispositivos da CLT que tratavam do trabalho da mulher, buscando a adequação à ordem Constitucional, hierarquicamente superior. Assim, não mais vigora o art. 446, da CLT, que admitia o poder de mando do marido de se opor ao trabalho de sua mulher. Hoje o art. 226, §5º da CF/88 alude a direitos e deveres do casamento, mas sem qualquer relação de hierarquia¹³⁹. Houve também a alteração das restrições presentes no art. 379, da CLT, dentre elas, ao trabalho noturno da mulher, aplicando-se as normas gerais do art. 7º, IX, da CF¹⁴⁰.

¹³⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 657.

¹³⁷ ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. *O trabalho da mulher e o princípio da igualdade*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, vol. 79, nº 3, jul./set., 2013, p. 61.

¹³⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 816.

¹³⁹ VIANNA, Segadas. *Trabalho da Mulher*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; FILHO, Luiz Philippe Vieira de Mello; FRAZÃO, Ana de Oliveira. *Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 986.

¹⁴⁰ VIANNA, Segadas. *Trabalho da Mulher*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; FILHO, Luiz Philippe Vieira de Mello; FRAZÃO, Ana de Oliveira. *Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 981.

A Lei 9.029/95 veio penalizar práticas discriminatórias, como a exigência do exame de esterilização ou a despedida discriminatória em razão do sexo ou da gravidez, consagrando a igualdade material entre os trabalhadores. Por seu turno, a lei 9.799/99 inseriu, dentre outros, o art. 393-A à CLT, de modo a vedar práticas discriminatórias, protegendo a dignidade das trabalhadoras e evitando sua restrição de oportunidades no mundo do trabalho¹⁴¹. Por fim, cabe destacar as Leis nº 10.244/01, que revogou o art. 376 da CLT que vedada o trabalho extraordinário à mulher, salvo força maior, e nº 11.770/08, criadora do Programa Empresa Cidadã, o qual promove a prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal às empresas que o aderirem.

Portanto, nota-se que, paulatinamente, a legislação ordinária vem se adequando à realidade da sociedade, primeiramente protegendo a mulher trabalhadora dos abusos cometidos e, em seguida, adequando tais proteções às concepções igualitárias da Constituição Federal de 1988. O sistema jurídico brasileiro, como se pôde observar, contém, na Constituição da República e em normas infraconstitucionais, regras atinentes à proteção do trabalho da mulher, estruturadas nas linhas e diretrizes do direito internacional do trabalho. As regras jurídicas trabalhistas, assim como as normas autônomas criadas pelas partes por meio da negociação coletiva, “*exigem tratamento especial ao trabalho da mulher, em face da situação que ocupa na sociedade, bem como de sua condição física e função de mãe*”¹⁴².

3.1.4 Fundamentos atuais da proteção especial

A intervenção legislativa do Estado no tocante ao trabalho feminino, como vimos, passou por diversas modificações ao longo dos anos. O primeiro período foi marcado pela aplicação intensa de dispositivos na defesa da mulher e dos menores, as “meia-forças” de trabalho, em decorrência do total descaso e da opressão que sofriam no ambiente de trabalho e, em relação às mulheres, no próprio ambiente familiar. Entretanto, com a mudança cultural da sociedade em relação ao trabalho assalariado da mulher, e com a inserção do princípio da igualdade entre os sexos em várias normas do ordenamento jurídico, inclusive as trabalhistas, a tendência passou a ser a de eliminar tais excessos de proteções, muitas delas consideradas

¹⁴¹ ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. *O trabalho da mulher e o princípio da igualdade*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, vol. 79, nº 3, jul./set., 2013, p. 59.

¹⁴² ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. *O trabalho da mulher e o princípio da igualdade*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, vol. 79, nº 3, jul./set., 2013, p. 56.

discriminatórias¹⁴³. Todavia, na doutrina, ainda se discute o âmbito de aplicação e as características que efetivamente ensejam as proteções atuais destinadas à mulher trabalhadora.

Na perspectiva de Amauri Mascaro Nascimento, para justificar a intervenção do direito na defesa da mulher que trabalha profissionalmente, a doutrina aponta o fundamento fisiológico, de acordo com o qual se considera que a mulher não é dotada da mesma resistência física do homem e que sua constituição é mais frágil, de modo a exigir do direito uma atitude diferente e mais compatível com o seu estado. Além disso, há o fundamento social, segundo o qual se considera interesse da sociedade a defesa da família e da maternidade, daí porque o trabalho da mulher deve ser especialmente protegido¹⁴⁴. O direito promocional do trabalho da mulher, por sua vez, surgiu quando as premissas que inspiraram a legislação proibitiva anterior foram afastadas e “*a mulher deixou de ser considerada um ser inferior, que necessitava da proteção do Estado, como se ela fosse incapaz para as mesmas oportunidades de trabalho oferecidas, pela sociedade, ao homem*”¹⁴⁵. Assim, o direito trabalhista passou a garantir o livre acesso da mulher ao mundo trabalhista, eliminando proibições que antes restringiam a sua atividade profissional, como a atividade da mulher em períodos noturnos, em atividades insalubres e perigosas¹⁴⁶.

Orlando Gomes e Elson Gottschalk acreditam que a inferioridade e a discriminação do sexo feminino se deram, por vezes, pelo próprio espírito protecionista elevado da lei, que refletia uma sociedade na qual a mulher representava fragilidade e certa incapacidade de realizar determinados trabalhos. Para eles, essa cultura vem mudando, não cabendo mais certas normas antes ditas protecionistas e que acabaram revelando-se discriminatórias com a inserção e a mudança comportamental da mulher no mundo do trabalho¹⁴⁷.

Alice Monteiro de Barros, inclusive, sugere uma revisão do capítulo destinado à proteção do trabalho da mulher na CLT, no sentido de retirar certas determinações ditas discriminatórias, uma vez que “*o regime jurídico da mulher deve ser o mesmo que o do homem, reduzindo-se ao essencial, ou seja, à gravidez e à maternidade, sob pena de restringir suas possibilidades de contratação*”¹⁴⁸. Nessa linha, Sérgio Pinto Martins¹⁴⁹ acredita

¹⁴³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 929.

¹⁴⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 929 e 930.

¹⁴⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 930.

¹⁴⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 930.

¹⁴⁷ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 422.

¹⁴⁸ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 1125.

¹⁴⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 658.

que “os motivos de proteção ao trabalho da mulher são conservadores e, em vez de protegê-la, acabam discriminando-a”, de modo que os fundamentos que legitimam a proteção especial à mulher mudaram com o avanço da sociedade e com os novos tempos e, considerando a igualdade proclamada pela atual ordem constitucional, são, agora, apenas os relacionados à gravidez e a certas situações peculiares à mulher, como, por exemplo, a impossibilidade física de levantar pesos excessivos, devendo, segundo o autor, as demais normas serem abolidas do ordenamento.

Maurício Godinho Delgado enfatiza a igualdade material entre os sexos presente no texto constitucional de 1988, a qual permite práticas diferenciadas, desde que efetivamente para proteger ou ampliar o trabalho da mulher. Pelo fundamento constitucional atual, segundo ele, “*tornam-se inválidas normas jurídicas (ou medidas administrativas ou particulares) que importem em direto ou indireto desestímulo à garantia ou abertura do mercado de trabalho para a mulher*”¹⁵⁰. Cíntia Machado e Leandro Dorneles¹⁵¹, por sua vez, aduzem que, “*diferentemente do que ocorria em outros tempos, a tendência da legislação trabalhista brasileira é de equiparação entre os trabalhos do homem e da mulher*”, porém, admitem que a realidade da mulher empregada no mundo do trabalho é discriminatória e que se devem resguardar as especificidades físicas e biológicas existentes entre os sexos, tal como a condição da maternidade.

A tecnologia, segundo Segadas Vianna, também foi responsável pela mudança do entendimento de que a mulher é mais fraca para o trabalho do que o homem, uma vez que a capacidade física e muscular, na maioria dos serviços, foi preterida pela capacidade intelectual e produtiva, que, obviamente, não depende do sexo. O autor afirma que o ideal seria que ambos os sexos não precisassem realizar trabalho noturno ou em locais insalubres, já que isso veta o período normal de descanso e põe em risco a saúde dos trabalhadores, porém a realidade é que o funcionamento da cidade exige tais situações. Segadas acredita que o protecionismo exagerado provoca discriminação e dificulta o ingresso e a permanência da mulher no mundo do trabalho, uma vez que o trabalho feminino seria oneroso aos

¹⁵⁰ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 816.

¹⁵¹ OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. *Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 257.

empregadores em face das licenças remuneradas e dos intervalos para amamentação, por exemplo¹⁵².

Homens e mulheres, apesar de serem juridicamente iguais, são fisicamente diferentes em virtude das peculiaridades naturais existentes entre todos os seres vivos superiores. Nesse sentido, Carlos Henrique da Silva Zangrado enfatiza que a mulher não pode ser igualada, em todos os sentidos, com o homem e que determinadas desigualdades jurídicas compensam desigualdades biológicas, sociais e culturais. O autor, assim, diz que as características físicas da mulher devem ser respeitadas, sem que ocorra superproteção ou restrição de direitos¹⁵³.

Segundo Arnaldo Süssekind, “*a verdade é que, cada vez mais a mulher participa, com sucesso, no mercado de trabalho*”¹⁵⁴. Da mesma forma, Mozart Victor Russomano observa que o trabalho da mulher está presente, hoje, em todas as áreas da atividade econômica, não sendo mais marginal e sim, cada vez mais relevante e aperfeiçoado. Todavia, há ainda a necessidade de um regulamento especial ao trabalho da mulher devido à sua “*fragilidade física, na defesa da sua moralidade e da maternidade*”¹⁵⁵. Eneida Araújo, entretanto, acredita que a intervenção estatal deve basear-se em aspectos de ordem biológica, psíquica, moral e cultural do ser humano, bem como na relação de possível subordinação existente. A autora afirma que as mulheres sempre foram um grupo minoritário em relação ao poder social, ensejando, assim, devida proteção do Estado¹⁵⁶.

Maria Berenice Dias observa, por sua vez, que a mulher desempenha papel fundamental para a subsistência não só da família, mas do próprio Estado, uma vez que ela sempre foi responsável pela criação dos filhos futuros cidadãos e futura força de trabalho que garantirá a continuidade da sociedade. Contudo, ainda assim, o trabalho feminino não é devidamente valorizado. A autora também aponta que, ao longo do tempo, a mulher passou a participar, com o fruto de seu trabalho, da manutenção financeira de sua família. Isso fez com que ela começasse a cobrar do homem maior participação no ambiente doméstico e no cuidado dos filhos. Assim, hoje, “*tolera-se com mais facilidade a profissionalização*

¹⁵² VIANNA, Segadas. *Trabalho da Mulher*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; FILHO, Luiz Philippe Vieira de Mello; FRAZÃO, Ana de Oliveira. *Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 975.

¹⁵³ ZANGRADO, Carlos Henrique da Silva. *Curso de Direito do Trabalho: tomo III*. São Paulo: LTr, 2008, p. 1249.

¹⁵⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 492.

¹⁵⁵ RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2002, p. 431.

¹⁵⁶ ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. *O trabalho da mulher e o princípio da igualdade*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, vol. 79, nº 3, jul./set., 2013, p. 50.

*feminina, até por fatores econômicos, assim como, de forma ainda tímida, sua participação nas esferas de poder*¹⁵⁷. Ocorre que:

O embaralhamento de papéis provocado pela emancipação feminina levou à falsa ideia de haver sido alcançada a tão almejada igualdade. Ao invés de visualizar as diferenças para atingir a equiparação, acabou-se por subtrair as poucas conquistas que serviam como elementos equalizadores¹⁵⁸.

Ari Beltran acredita que, apesar de certas proteções antidiscriminatórias em relação ao trabalho feminino existentes em nosso ordenamento, os preconceitos e a discriminação ainda não saíram de nossa cultura e a mulher continua a ser discriminada, tanto nas relações de trabalho, quanto nas relações sociais e econômicas, havendo uma distância entre as normas e os fatos¹⁵⁹. Evidente que a criação dos filhos e as tarefas domésticas ainda são eminentemente responsabilidade da mulher, apesar de essa situação estar mudando. Além da questão física e maternal, questões socioculturais que impõe à mulher uma tripla jornada, na qual ela assume o papel de mãe, trabalhadora e esposa, portanto, também são consideradas grandes responsáveis pela proteção legal a ela direcionada nos tempos atuais.

Tanto fatores fisiológicos, como fatores histórico-culturais, por conseguinte, são considerados, pelos doutrinadores, como ensejadores de determinadas proteções especiais destinadas à mulher trabalhadora. Fato é que o princípio da igualdade, amplamente presente no ordenamento jurídico brasileiro, vem, aos poucos, alterando o comportamento da sociedade, de modo que, a questão central a saber é se as normas de proteção do trabalho da mulher, muitas delas datadas ainda da década de 40 (ano do advento da CLT), ainda se adéquam à realidade da nossa atual sociedade, conduzida pela Constituição democrática de 1988, mas que ainda enfrenta barreiras sociais e culturais que a impedem de alcançar a plena igualdade fática nas relações de trabalho, principalmente quanto ao sexo.

Andréa Nocchi, ao analisar dados estatísticos fornecidos pelas pesquisas sobre emprego do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), em 2008, constatou que as mulheres continuam sendo um segmento mais vulnerável do que os homens e sofrem discriminações quando se trata de ocupação de postos de trabalho, legitimada por um

¹⁵⁷ DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre a mulher e seus direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 24.

¹⁵⁸ DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre a mulher e seus direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 44.

¹⁵⁹ BELTRAN, Ari Possidonio. *Direito do Trabalho e Direitos Fundamentais*. São Paulo: LTr, 2002, p. 301.

conjunto de leis biológicas e de mercado, consolidadas nas relações de gênero, ainda que seu papel no mundo do trabalho assuma, a cada ano, maior relevância e participação quantitativa¹⁶⁰. Nos dizeres da autora:

A discriminação da mulher, no mercado de trabalho brasileiro, é significativa e pode ser percebida em qualquer análise de dados estatísticos oficiais. As mulheres são mais vulneráveis à perda do emprego, trabalham mais na informalidade, ocupam postos de menos prestígio e tem menores salários em relação aos homens. Ao mesmo tempo em que sofrem discriminação por sua condição de mulher, que pode ser acrescida dos fatores de raça e condição social, aumentando a exploração e desigualdades, as mulheres adquirem papel fundamental na economia do país como importante mão de obra e no sustento e chefia das famílias¹⁶¹.

Mulheres encarregadas do sustento, do provento e do cuidado da casa e da família, a família chefiada por mulheres é característica evidente da sociedade atual. Isso está relacionado com o aumento da participação feminina no mundo do trabalho, e com certas alterações nas relações de gênero. Ocorre que, segundo Thereza Cristina Gosdal, “*o trabalho da mulher continua sendo compreendido como difícil de ser conciliado com o trabalho doméstico e criação de filhos, ou como secundário em relação a essas tarefas, entendidas, majoritariamente como tarefas de mulheres, não do casal, ou da família*”¹⁶². As mulheres acabam tendo menos tempo disponível para lazer e descanso, fato que pode afetar sua saúde mental e física, bem como sua participação política e social na comunidade. Além disso, como observa Andréa Nocchi, a evasão escolar infantil, por exemplo, têm forte vinculação com a fragilidade social da família e, especialmente, da mãe chefe de família¹⁶³. A mulher, nos últimos anos, “*assumiu em maior proporção o universo do trabalho, que está associado tradicionalmente ao masculino, do que o homem o espaço privado da casa, tradicionalmente feminino*”¹⁶⁴.

¹⁶⁰ NOCCHI, Andréa Saint Pastous. *Discriminação da mulher: o olhar do Judiciário trabalhista*. In: BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Trabalho e Igualdade: Tipos de discriminação no ambiente do trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; Escola Judicial do TRT da 4ª R., 2012, p. 127-131.

¹⁶¹ NOCCHI, Andréa Saint Pastous. *Discriminação da mulher: o olhar do Judiciário trabalhista*. In: BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Trabalho e Igualdade: Tipos de discriminação no ambiente do trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; Escola Judicial do TRT da 4ª R., 2012, p. 127-131.

¹⁶² GOSDAL, Thereza Cristina. *Apresentação*. In: *Trabalho da mulher*. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. v. 3 – n. 32 – jul/ago de 2014, p. 4.

¹⁶³ NOCCHI, Andréa Saint Pastous. *Discriminação da mulher: o olhar do Judiciário trabalhista*. In: BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Trabalho e Igualdade: Tipos de discriminação no ambiente do trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; Escola Judicial do TRT da 4ª R., 2012, p. 127.

¹⁶⁴ GOSDAL, Thereza Cristina. *Apresentação*. In: *Trabalho da mulher*. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. v. 3 – n. 32 – jul/ago de 2014, p. 3-5.

Andréa Nocchi, de acordo com os dados da Pesquisa Perfil Social, Racial e de Gênero das 500 Maiores Empresas do Brasil, realizada pelo Instituto Ethos, em parceria com diversas organizações, como a OIT, e conduzida pelo IBOPE, em 2003, observa que os homens têm prioridade sobre as mulheres nas questões relacionadas ao emprego e ao acesso a condições melhores de trabalho e que a maioria das empresas faz discriminação de gênero. Além disso, de acordo com Thereza Cristina Gosdal, os estereótipos construídos em relação às mulheres ainda são frequentes, de modo que a mulher profissional é considerada, muitas vezes, *“inconsistente, emocionalmente instável, mais intuitiva que do que inteligente, pouco assertiva, apenas pelo fato de ser mulher”*¹⁶⁵.

À vista do exposto, constatações diárias e dados estatísticos, além da compreensão das diretrizes constitucionais, permitem a real observância da situação vigente, por vezes discriminatória, das mulheres no mundo do trabalho. Dessa forma, essencial a busca, por esses meios, dos atuais fundamentos que ensejam, ou não, mecanismos legais de proteção especial do Direito, especialmente na esfera Trabalhista.

3.2 AS ATUAIS PROTEÇÕES DESTINADAS AO TRABALHO DA MULHER PELA CLT

A Consolidação das Leis do Trabalho, criada pelo Decreto-lei nº 5.452/1943, inseriu, em seu texto, o Título III (Das normas especiais de tutela do trabalho), Capítulo III, tratando especificamente “Da proteção do trabalho da mulher”, o qual contém seis seções, quais sejam: da duração, condições do trabalho e da discriminação contra a mulher; do trabalho noturno; dos períodos de descanso; dos métodos e locais de trabalho; da proteção à maternidade; das penalidades. Nesse especial capítulo, constam dispositivos que garantem diversas proteções à inserção e à permanência da mulher no mundo do trabalho, bem como o combate à discriminação em relação ao sexo, conferindo, às mulheres trabalhadoras, tratamento especial de acordo com suas características físicas e maternas. Todavia, diversas de suas originais disposições, ao longo dos anos, por não se encontrarem mais adequadas ao contexto da nova sociedade igualitária e democrática, regida pelo texto constitucional de 1988, foram revogadas. Neste tópico, interessa apontar e analisar, sinteticamente, algumas das disposições e das proteções vigentes, originais ou inseridas posteriormente, com o objetivo de demonstrar

¹⁶⁵ GOSDAL, Thereza Cristina. *Apresentação*. In: *Trabalho da mulher*. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. v. 3 – n. 32 – jul/ago de 2014, p. 3-5.

a atual preocupação do legislador e as próprias proteções que as mulheres trabalhadoras, nos dias de hoje, fazem jus. Os períodos de descanso, cabe observar, serão analisados no próximo tópico, de forma específica, uma vez que nele está inserido o art. 384, tema central da presente pesquisa.

Inicialmente, sobre a contratação do trabalho da mulher, interessa destacar que ela atinge capacidade para os fins trabalhistas aos 18 anos, assim como os homens, não vigorando mais a presunção de autorização do trabalho da mulher casada, prevista no antigo art. 446, da CLT. Este dispositivo revogou-se indiretamente pelo Estatuto da mulher casada, de 1962, e expressamente pela Lei nº 7.855/89¹⁶⁶.

A jornada da mulher é a mesma que a do homem, de 8 horas diárias e 44 horas semanais, nos termos do art. 7º, XIII, CF/88. Não há mais vedação à realização de trabalho extraordinário para a mulher, uma vez que o art. 376, CLT, que limitava esse trabalho suplementar somente a casos excepcionais ou de força maior, foi revogado pela Lei 10.244/01. Além disso, a Lei 7.855/89 revogou os artigos 374, 375 e 378, da CLT, eliminando restrições a respeito da duração do trabalho da mulher, de modo a igualar mais às condições de trabalho dos homens¹⁶⁷.

Acerca das vedações presentes no art. 373-A, inserido à CLT pela Lei nº 9.799/99, elas expressam parâmetros antidiscriminatórios referentes ao sexo, cujo conteúdo já se poderia inferir dos textos normativos preexistentes, sobretudo de nossa Constituição de 1988¹⁶⁸. Tal artigo proíbe a discriminação contra a mulher através: do impedimento de publicar anúncio de emprego especificando o sexo desejado, com a ressalva dos casos em que a natureza da atividade exija; da não autorização de diferenciações salariais e despedidas em razão do sexo; da proibição da exigência de atestado de esterilidade na admissão do emprego; do impedimento à admissão apenas em razão de sexo; da vedação ao procedimento, pelo empregador, de revistas íntimas nas empregadas.

O art. 377 da CLT, seguindo orientações internacionais de proteção ao trabalho da mulher, determina ser de natureza pública tal proteção. Tal artigo também enfatiza que não se justifica a diferença de salários entre homem e mulher para trabalho de igual valor, como também aduz a CF/88 em seu art. 7º, XXX. Nota-se que as questões pertinentes à equiparação

¹⁶⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 658.

¹⁶⁷ RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2002, p. 432 e 433.

¹⁶⁸ BELTRAN, Ari Possidonio. *Direito do Trabalho e Direitos Fundamentais*. São Paulo: LTr, 2002, p. 301.

salarial são também reguladas pelo art. 461 da CLT¹⁶⁹. Sobre o art. 377, interessante apontar as conclusões de Ricardo Resende:

Em primeiro lugar, a natureza jurídica das normas de proteção ao trabalho da mulher é de normas de ordem pública, razão pela qual não é admitida a flexibilização sequer por instrumento coletivo. Em segundo lugar, há que se esclarecer que a redução de salário vedada por esse dispositivo é aquela que compensaria eventuais vantagens conferidas pela lei às mulheres, como algo do tipo “a mulher pode carregar menos peso; portanto, ganha 30% menos que o homem”. Não há que se confundir essa hipótese de redução salarial, repelida pela CLT, com aquela outra, decorrente de negociação coletiva, que é admitida expressamente pela Constituição (art. 7º, VI). Logo, evidentemente a redução salarial definida em norma coletiva alcança também as mulheres¹⁷⁰.

Em relação ao trabalho noturno, na redação inicial da CLT, os artigos 379 e 380 proibiam tal trabalho para as mulheres, com algumas exceções. A Lei nº 7.189/89 revogou tais dispositivos e tornou permissivo, a partir de então, o trabalho noturno para as mulheres. O art. 381 da CLT repetiu para as mulheres o tratamento dado aos trabalhadores em geral, seguindo as determinações do art. 73 e parágrafos da própria CLT. Logo, não há mais diferenciação em relação ao trabalho noturno entre homens e mulheres muito por causa da igualdade de tratamento entre os sexos, prevista pela Constituição Federal de 1988, e porque o trabalho noturno é considerado igualmente prejudicial do ponto de vista biológico tanto para os homens quanto para as mulheres¹⁷¹.

A respeito dos métodos e locais de trabalho, tem-se que a Lei. Nº 7.855/89 revogou o art. 387 da CLT, de modo que agora não é mais proibido o trabalho em subterrâneos, nas minerações em subsolo, nas pedreiras e obras de construção pública e particular. A mulher agora pode trabalhar em locais perigosos, insalubres ou penosos, o que antes, a ela, era completamente vedado. O art. 389, incluído à CLT pelo Decreto-lei nº 229, de 1967, se preocupou em garantir boas condições de trabalho, determinando à empresa estar adequada, garantindo a segurança, higiene, saúde e um bom ambiente de trabalho. Ocorre que as disposições do art. 389, *caput* e incisos, segundo Sérgio Pinto Martins, não diferem da proteção do trabalho masculino, pois tratam de regras gerais, não devendo estar disposto no

¹⁶⁹ Art. 461 - Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade. (Redação dada pela Lei nº 1.723, de 8.11.1952 à Consolidação das Leis Trabalhistas).

¹⁷⁰ RESENDE, Ricardo. *Direito do Trabalho Esquematizado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 793 e 794.

¹⁷¹ RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2002, p. 434.

capítulo específico ao trabalho da mulher, mas sim no capítulo da CLT destinado à Segurança e Medicina do Trabalho¹⁷².

O art. 390 da CLT, considerando o padrão médio do ser humano, no qual a estrutura óssea e a massa muscular da mulher são mais frágeis que as do homem, determina a vedação de o empregador exigir da mulher o emprego de força muscular superior a 20 quilos para o trabalho contínuo e de 25 quilos para o trabalho ocasional, ressalvando os casos de a manipulação se fazer por meio mecânico. Este artigo continua plenamente em vigor, mesmo parte da doutrina insurgindo tal restrição com o argumento de que a capacidade muscular da mulher varia de acordo com a idade e com o tipo étnico, por exemplo, podendo acarretar tratamento discriminatório da mulher em relação ao acesso ao trabalho. Sugere-se, assim, que a questão seja tratada caso a caso, compatibilizando-se com a realidade de cada profissional. Ocorre que a revogação desse artigo poderia implicar a precarização do labor feminino¹⁷³. A política antidiscriminatória, o aperfeiçoamento técnico das mulheres para ingressarem no mundo do trabalho, bem como o incentivo ao trabalho feminino também estão dispostos nos artigos 390-B, 390-C e 390-E, respectivamente¹⁷⁴.

A Seção V, do Capítulo III da CLT, destina-se à proteção jurídica da maternidade através de uma série de preceitos legais e normativos, compatíveis com a ordem constitucional vigente, que deferem direitos especiais à empregada gestante. A continuidade da própria espécie é uma importante preocupação da sociedade, de modo que é inegável a necessidade de um amparo especial pelo direito do trabalho às mulheres gestantes, aos seus bebês que estão por vir e aos recém-nascidos. A proteção à maternidade, dada tanto pela CF/88 (a exemplo do art. 7º, XVIII), quanto pela CLT (artigos 391 a 400), influenciada pelas Convenções nº 3 e nº 103 da OIT, se estabelece, principalmente, através de dois institutos, quais sejam a estabilidade da gestante e a licença-maternidade¹⁷⁵. Desse modo, importa dizer que se encontram presentes, em nosso ordenamento jurídico, dentre outras proteções relacionadas à maternidade, a vedação à discriminação em razão da gravidez, a licença-maternidade de 120 dias, o salário-maternidade (benefício previdenciário), a dispensa para a realização de consultas médicas, a estabilidade da gestante, a licença em caso de aborto não criminoso, os intervalos de amamentação, a garantia de emprego, bem como direitos

¹⁷² MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 661.

¹⁷³ ZANGRADO, Carlos Henrique da Silva. *Curso de Direito do Trabalho: tomo III*. São Paulo: LTr, 2008, p. 1259.

¹⁷⁴ RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2002, p. 431 e 432.

¹⁷⁵ OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. *Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 260 e 261.

assegurados à mãe adotante. Importante destacar a especificidade em relação à extinção do trabalho da mulher contida no art. 394, da CLT, o qual faculta, à mulher grávida, o rompimento do contrato de trabalho quando prejudicial à gestação, caracterizando a gravidez como justo motivo para o pedido de demissão, liberando a trabalhadora, inclusive, do aviso prévio.

Nota-se que a rescisão do contrato de trabalho da mulher submete-se, em linhas gerais, às mesmas regras previstas ao trabalhador, excetuando-se, por exemplo, se a mulher estiver grávida, de modo que o ato jurídico será considerado nulo¹⁷⁶. Por fim, a CLT prevê, em seu art. 401, penalidades ao empregador que infringir o disposto do capítulo de proteção ao trabalho da mulher. O empregador estará sujeito à multa, aplicada pelas Superintendências Regionais do Trabalho a qual será no grau máximo, nos casos de artifício ou simulação, para fraudar a aplicação dos dispositivos, e no caso de reincidência¹⁷⁷.

3.3 OS PERÍODOS ESPECIAIS DE DESCANSO DA MULHER

Os intervalos ou períodos de descanso são lapsos temporais, remunerados ou não, dentro ou fora da jornada de trabalho, que têm a finalidade de “*permitir a reposição das energias gastas durante o trabalho, proporcionar maior convívio familiar, social e, em alguns casos, para outros fins específicos determinados pela lei*”¹⁷⁸. Acrescenta, ainda, Vólia Bomfim Cassar:

Todos os intervalos e repousos previstos em lei são obrigatórios, e, por serem normas de medicina e segurança do trabalho, impossível a transação ou a renúncia desse direito, mesmo por norma coletiva (entendimento contido no cancelado inciso I, da OJ nº 342 da SDI-I do TST, atualmente reproduzido no inciso II da Súmula 437 do TST)¹⁷⁹.

A Seção III, do Capítulo III, da CLT, lista, do art. 382 ao art. 386, normas sobre os períodos de descanso relacionados ao trabalho feminino. No tocante ao intervalo

¹⁷⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 940.

¹⁷⁷ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 1126.

¹⁷⁸ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 709.

¹⁷⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 710.

interjornadas, considerado aquele intervalo entre duas jornadas consecutivas de trabalho, entre um dia e outro de trabalho, não há diferenças de tratamento entre a mulher e o homem trabalhador, uma vez que o art. 382 da CLT, embora se refira à mulher, repete os termos do art. 66 da CLT, fixando em onze horas consecutivas, no mínimo, o intervalo interjornadas¹⁸⁰. Já, a respeito dos intervalos intrajornadas, que ocorrem dentro do expediente de trabalho e podem ser computados ou não como tempo de trabalho efetivo, há certas peculiaridades de tratamento em relação aos sexos¹⁸¹.

O art. 383 disciplina que “*durante a jornada de trabalho, será concedido à empregada um período para refeição e repouso não inferior a 1 hora nem superior a 2 horas salvo a hipótese prevista no art. 71, § 3º*”. Entende-se que há submissão desse assunto às regras gerais contidas no art. 71 da CLT, com a ressalva de que o art. 383 não prevê a possibilidade de aumento do intervalo intrajornada da mulher. Ocorre que grande parte da doutrina aponta para a igualdade de tratamento entre homens e mulheres no tocante a essa norma, e também às demais normas que regulam a jornada de trabalho e os descansos trabalhistas, razão pela qual esta regra não teria sido recepcionada¹⁸², como já se posicionou o TST em 2008¹⁸³. Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado considera tal dispositivo, que exige repouso mínimo de uma a duas horas para a trabalhadora independente da extensão da jornada de trabalho, discriminatório¹⁸⁴. Entretanto, há quem defenda que a vedação de aumento do intervalo intrajornada subsiste após a CF/88, argumentando, por exemplo, que a mulher não poderia ficar longo tempo afastada do convívio familiar¹⁸⁵, como mais recentemente decidiu o TST, pela subsistência da vedação ao estabelecimento do intervalo intrajornada da mulher¹⁸⁶.

¹⁸⁰ RESENDE, Ricardo. *Direito do Trabalho Esquematizado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 794.

¹⁸¹ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 709.

¹⁸² RESENDE, Ricardo. *Direito do Trabalho Esquematizado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 795.

¹⁸³ RECURSO DE EMBARGOS. VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007. TRABALHO DA MULHER. AMPLIAÇÃO DO INTERVALO INTRAJORNADA MEDIANTE ACORDO ESCRITO. ARTIGO 383 DA CLT. Diante da realidade trazida pela nova ordem constitucional, consagrando o princípio da igualdade, inexistente razão para se impossibilitar o elástico do intervalo para refeição e descanso da mulher quando houver acordo escrito entre as partes, como determina o vetusto artigo 71, *caput*, da CLT aplicado sistematicamente com o artigo 383 do mesmo diploma legal. Embargos conhecidos e desprovidos. (TST, ED-RR 89200-85.2006.5.12.0054, SDI-1, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DJ 22.08.2008).

¹⁸⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 817.

¹⁸⁵ RESENDE, Ricardo. *Direito do Trabalho Esquematizado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 795.

¹⁸⁶ RECURSO DE EMBARGOS - PROTEÇÃO DO TRABALHO DA MULHER - ELASTECIMENTO DO INTERVALO INTRAJORNADA MEDIANTE ACORDO ESCRITO - IMPOSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 383 DA CLT. A gênese do art. 383 da CLT, ao proibir, expressamente, a majoração do intervalo intrajornada de duas horas para a mulher, não concedeu direito desarrazoado às trabalhadoras. Ao

O art. 385 da CLT trata do descanso semanal de vinte e quatro horas consecutivas, coincidente, no todo ou em parte, com o domingo, salvo motivo de conveniência pública ou necessidade imperiosa de serviço, que autorizam o descanso semanal em qualquer outro dia da semana, e da proibição de trabalho nos feriados civis e religiosos. Tem-se que este artigo praticamente repete a redação dos artigos 7º, XV¹⁸⁷, da CF/88 e 67¹⁸⁸, da CLT, trazendo direitos já assegurados a todos os trabalhadores. Ricardo Resende afirma que tal norma foi tacitamente revogada pela Lei nº 605/1949, que é posterior e regula inteiramente a matéria¹⁸⁹.

As duas principais especificidades sobre os períodos de descanso das mulheres, entretanto, estão contidas nos artigos 386 e 384, da CLT. Discute-se, na doutrina, se esses artigos foram ou não recepcionados pela Constituição Federal de 1988, em virtude do princípio isonômico entre os sexos, nela elencado. O art. 386 prevê que, na hipótese de trabalho da mulher aos domingos, é obrigatória uma escala de revezamento quinzenal que favoreça o repouso dominical, garantindo que, no mínimo, a cada 15 dias, o repouso da trabalhadora seja no domingo. Interpretações que baseiam sua não aplicação entendem que a Lei nº 605/1949 o derogou, tal como fez com o art. 385¹⁹⁰ ou que constitui tratamento diferenciado inaceitável entre homens e mulheres, tal como defendem Alice Monteiro de Barros¹⁹¹, Cíntia Oliveira e Leandro Dorneles¹⁹², mesmo observando que o TST tem julgados determinando a observância de tal dispositivo. Na prática, porém:

contrário, objetivou preservá-las da nocividade decorrente da concessão de intervalo excessivamente elástico, que gera um desgaste natural pelo longo período de tempo em que a trabalhadora fica vinculada ao local de trabalho, uma vez que necessita retornar à empresa para complementar sua jornada laboral. Essa previsão legislativa considerou, para tanto, a condição física, psíquica e até mesmo social da mulher, pois é público e notório que, não obstante as mulheres venham conquistando merecidamente e a duras penas sua colocação no mercado de trabalho, em sua grande maioria ainda são submetidas a uma dupla jornada, tendo que cuidar dos seus lares e de suas famílias. O comando do art. 383 da CLT, recepcionado pelo princípio isonômico tratado no art. 5º, I, da Magna Carta, é expresso em vedar essa prática, ao dispor que o intervalo não poderá ser “inferior a 1 (uma) hora nem superior a 2 (duas) horas salvo a hipótese prevista no art. 71, § 3º”. A única exceção à aludida proibição, admitida pelo legislador ordinário, é a do § 3º do art. 71 da CLT, que autoriza a diminuição do intervalo mínimo, o que não é o caso. O descumprimento do limite máximo legal destinado ao intervalo para refeição e descanso da mulher, tratado no art. 383 da CLT, importa pagamento de horas extraordinárias do período dilatado, por se tratar de norma de ordem pública, dirigida à proteção do trabalho da mulher, infensa à disposição das partes. Recurso de embargos conhecido e provido. (TST, E-RR 2433300.61.2000.5.09.0652, DEJT 19.11.2010).

¹⁸⁷ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos. (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

¹⁸⁸ Art. 67 - Será assegurado a todo empregado um descanso semanal de 24 (vinte e quatro) horas consecutivas, o qual, salvo motivo de conveniência pública ou necessidade imperiosa do serviço, deverá coincidir com o domingo, no todo ou em parte. (Consolidação das Leis do Trabalho de 1943).

¹⁸⁹ RESENDE, Ricardo. *Direito do Trabalho Esquematizado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 797.

¹⁹⁰ SAAD, Eduardo Gabriel. *Consolidação das Leis do Trabalho: comentada*. 44. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 491.

¹⁹¹ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 1090.

O que se percebe é a aplicação da velha Portaria nº 509/1967, que determina a coincidência do RSR com o domingo uma vez a cada sete semanas, exceto no caso do comércio em geral, quando o descanso deverá coincidir com o domingo pelo menos uma vez a cada três semanas, conforme dispõe o art. 6º, parágrafo único, da Lei nº 10.101/2000¹⁹³.

O art. 384, da CLT, por sua vez, determina que, na hipótese de prorrogação do horário normal da empregada, seja obrigatório um descanso de 15 minutos, no mínimo, antes do início do período extraordinário de trabalho. Nota-se que esse período de descanso entre as jornadas ordinária e extraordinária não computa como trabalho efetivo¹⁹⁴. Além disso, a não concessão desse intervalo especial pode ser entendida como jornada extraordinária, por analogia com o art. 71, §4º, da CLT, segundo o qual o empregador ficará obrigado a remunerar o período correspondente com um acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho¹⁹⁵. A questão central e, por anos, muito discutida doutrina e jurisprudência, diz respeito à constitucionalidade ou não deste artigo e ao seu âmbito de aplicação à luz da atual situação da mulher no mundo do trabalho, bem como do à luz do princípio constitucional da igualdade, previsto em diversos dispositivos da CF/88. Dado que a análise desta questão norteia a presente pesquisa, a ela será destinado todo o próximo capítulo.

¹⁹² OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. *Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 259.

¹⁹³ RESENDE, Ricardo. *Direito do Trabalho Esquematizado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 798.

¹⁹⁴ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 710.

¹⁹⁵ ZANGRADO, Carlos Henrique da Silva. *Curso de Direito do Trabalho: tomo III*. São Paulo: LTr, 2008, p. 1258.

4 A INTERPRETAÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL DO ART. 384 DA CLT

A proteção legal do trabalho feminino adveio, conforme exposto no capítulo anterior, após a percepção, por parte dos Estados, do completo descaso e discriminação que sofriam as mulheres no ambiente de trabalho. Um dos principais reflexos da necessária proteção estatal destinada às trabalhadoras mulheres, à época, no Brasil, foi o Capítulo III, denominado “Da Proteção do Trabalho da Mulher”, da, ainda em vigor, Consolidação das Leis do Trabalho de 1943. Ocorre que, em virtude, dentre outras coisas, das mudanças sociais, do ingresso significativo das mulheres no mundo do trabalho, bem como dos valores igualitários inseridos em nosso ordenamento jurídico, tal qual a igualdade de direitos e obrigações entre os sexos (art. 5º, *caput* e I, CF/88), diversos dispositivos especiais do trabalho da mulher acabaram por ser, gradativamente, revogados em razão de seu exacerbado protecionismo. Assim, houve a necessidade de restrição de medidas essencialmente paternalistas, como a proibição do trabalho noturno e do trabalho insalubre e perigoso para as mulheres, pois tais medidas acabavam por discriminá-las, limitando o acesso delas ao mundo do trabalho, ao invés de protegê-las¹⁹⁶.

O disposto em leis e em atos normativos infraconstitucionais, com o advento de uma nova ordem constitucional, cabe brevemente observar, é submetido a uma análise de recepção, responsável por verificar a sua compatibilidade em relação aos princípios e dizeres da nova Constituição. Nesse sentido, e considerando que “*os princípios gerais do direito e os princípios específicos do Direito do Trabalho constituem valioso instrumento para orientação do intérprete*”¹⁹⁷, promoveu-se o entendimento pela não recepção de alguns dos dispositivos previstos no capítulo da CLT que trata das normas de tutela do trabalho da mulher, em razão do ingresso significativo do princípio da igualdade, no seu sentido formal e material, na Constituição Federal de 1988. Os princípios servem de base, não só para a formação de normas jurídicas, mas também para “*a interpretação e aplicação das normas já existentes, bem como designam a estruturação de um sistema jurídico através de uma ideia mestre que*

¹⁹⁶ PAZZIM, Tanara Lilian. *(Des)igualdade de remuneração entre gêneros*. In: BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Trabalho e Igualdade: Tipos de discriminação no ambiente do trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; Escola Judicial do TRT da 4ª R., 2012, p. 152.

¹⁹⁷ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *Direito do Trabalho – I*. São Paulo: LTr, 2014, p. 116.

*ilumina e irradia as demais normas e pensamentos acerca da matéria*¹⁹⁸. Por isso que, mesmo não estando revogados expressamente pelo legislador, certos dispositivos infraconstitucionais, como os inseridos no Capítulo III da CLT, podem ter sua receptividade constitucional questionada e, conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, “o exame da correção de uma regra em face do princípio isonômico reside na existência ou não de correlação lógica entre o fator erigido em critério de *discrímen* e a discriminação legal decidida em função dele”¹⁹⁹. Nessa linha, preceitua Ipojucan Demétrius Vecchi:

Para se aferir se uma diferenciação é ou não ofensiva à isonomia, além de se verificar se a diversidade de tratamento é escolhida por preconceito ou não, o que demanda a análise contextual real, também importa observar três critérios: 1) o elemento que foi tomado como fator de diferenciação, que deve ser residente na própria coisa, pessoa ou situação e que não acabe por individualizar a pessoa de forma definitiva; 2) a correlação lógica abstrata existente entre o fator escolhido como critério de diferenciação e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico, ou seja, se há proporcionalidade e razoabilidade no tratamento oferecido; 3) se existe consonância entre esta correlação lógica e os interesses absorvidos pela constituição, ou seja, se o fator de diferenciação e o tratamento conferido estão de acordo com os valores constitucionais. Todos esses critérios devem ser atingidos conjuntamente²⁰⁰.

Sobra a interpretação das normas, interessante os dizeres de Andréa Nocchi:

A norma constitucional não é um produto definitivamente concluído, na medida em que se submete a um constante processo de interpretação pelo judiciário. A norma, muitas vezes, é constitucional mas condicionante em relação à realidade. Além disso, o direito é um sistema aberto que se relaciona com os demais ramos do conhecimento, sendo possível e necessária a constante inovação pela interpretação adequada à realidade. A interpretação deve buscar a real extensão de um conceito posto constitucionalmente e este termo constitucional extrapola os limites da norma. Ele está presente na manifestação da sociedade, na compreensão que os tribunais têm e no que as normas constitucionais traçaram para a sociedade no futuro. O Poder Judiciário pode e deve exercer papel fundamental na eficácia dos direitos sociais. A eficácia desses direitos e os mecanismos para a sua exigibilidade estão vinculados ao contexto histórico atual²⁰¹.

¹⁹⁸ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 153.

¹⁹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 37.

²⁰⁰ VECCHI, Ipojucan Demétrius. *Igualdade de gênero nas relações de trabalho: a prova da discriminação*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; FILHO, Luiz Philippe Vieira de Mello; FRAZÃO, Ana de Oliveira. *Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 278 e 279.

²⁰¹ NOCCHI, Andréa Saint Pastous. *Discriminação da mulher: o olhar do Judiciário trabalhista*. In: BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Trabalho e Igualdade: Tipos de discriminação no ambiente do trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; Escola Judicial do TRT da 4ª R., 2012, p. 142-146.

Foi o que aconteceu com o art. 384 da CLT, dispositivo que trata especificamente da proteção do trabalho da mulher, de acordo com o qual somente às trabalhadoras é reservado o intervalo de, no mínimo, 15 minutos de descanso em caso de prorrogação do horário normal de trabalho, antes do início do período extraordinário. Tal norma, mesmo não sendo revogada pelo legislador, ao contrário do ocorrido com muitos outros dispositivos do Capítulo III da CLT, por muitos anos, teve sua recepção constitucional questionada, sendo alvo de debates e controvérsias tanto por parte da doutrina, quanto por parte da jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho, bem como do Tribunal Superior do Trabalho, intérpretes das normas²⁰². As diferentes posições giravam e, de certa forma, ainda giram em torno da recepção ou não deste artigo pela Constituição Federal de 1988, em virtude da possível afronta ao princípio da igualdade entre os sexos nela disseminado, assim como da possibilidade ou não de se ampliar a interpretação, de forma a abranger também os homens como destinatários de tal benefício.

Estabelecer quais as diferenças que autorizam um tratamento diferenciado a determinados grupos sociais, como o das mulheres trabalhadoras, de forma a contemplar a igualdade material, objetivada pela nossa ordem constitucional, é essencial à ciência do direito. Tal tratamento diferenciado deve ser coerente com o tempo de aplicação da norma e com os anseios da sociedade, a fim de se eliminar qualquer tipo de discriminação²⁰³. Sabe-se que a realidade da mulher que trabalha, hoje, é bem diferente da que trabalhava na década de 40, entretanto, inegável a existência de distinções físicas e, ainda, sociais entre homens e mulheres, motivo pelo qual é possível conferir distinções legais compensadoras em relação a determinados aspectos. Indaga-se, porém, se o intervalo para descanso previsto no art. 384 da CLT confere tratamento isonômico ou discriminatório às mulheres. Para se chegar à resposta, além de considerar o contexto social atual, deve-se descobrir a característica que enseja tal proteção, se biológica ou social, bem como quem é o destinatário dessa norma. Doutrinadores e juristas formam, basicamente, três posições interpretativas ao art. 384 da CLT, quais sejam: a favorável à recepção constitucional, a favorável a não recepção constitucional e a que defende a ampliação do benefício aos trabalhadores do sexo masculino. Os principais argumentos trazidos por cada uma dessas teses serão objetos de estudo e análise no decorrer deste capítulo.

²⁰² MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 728-730.

²⁰³ MONTEIRO JÚNIOR, Francisco José. *Trabalho da mulher: o art. 384 da CLT e a lei Maria da Penha e seus aspectos trabalhistas*. In: FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Trabalho da mulher: homenagem a Alice Monteiro de Barros*. São Paulo: LTr, 2009, p. 161-176.

Importante, ainda, observar que o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho (TST), em 2008, bem como, muito recentemente, em novembro de 2014, o Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF), este após reconhecer a repercussão geral do tema em questão, já se posicionaram no sentido de considerar recepcionado, pela Constituição Federal de 1988, o artigo 384 da CLT, amenizando, de certa forma, as muitas discussões anteriormente firmadas e os diversos julgamentos distintos que se multiplicavam pelos tribunais do país. Entretanto, certos doutrinadores e juristas, apesar de reconhecerem e apontarem tais decisões das cortes superiores, ainda compreendem o tema de forma diversa, ensejando, inclusive, críticas a tal posicionamento jurisprudencial. Além disso, a própria decisão proferida pelo STF salienta que a matéria pode vir a ser tratada novamente, conforme as mudanças ocorridas na sociedade, não sendo uma decisão pétrea. Dessa forma, decorre da atualidade do debate sobre o tema, bem como das críticas e dos entendimentos diversos ainda defendidos, mesmo após a posição das cortes superiores, a importância da análise dos argumentos relativos às três teses adotadas sobre a aplicabilidade e a constitucionalidade ou não do art. 384 da CLT.

Assim, após essas considerações preliminares, analisar-se-ão, no decorrer deste capítulo, os três pontos de vista conflitantes, da doutrina e da jurisprudência, acerca das questões envolvidas no art. 384 da CLT, a começar pelos argumentos levantados por quem defende a não recepção de tal artigo pela Constituição Federal de 1988. Após, levantar-se-ão os argumentos de quem é a favor da ampliação interpretativa que alcance também o benefício aos trabalhadores homens. Por fim, os argumentos favoráveis à constitucionalidade do referido artigo serão abordados, salientando, principalmente, os aspectos levantados pelas decisões do TST e do STF, que recentemente se posicionaram sobre o assunto.

4.1 DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART 384 DA CLT

O argumento central dos defensores da não recepção constitucional do art. 384 da CLT gira em torno da contradição entre o benefício de descanso concedido, somente às mulheres, por esta norma e o disposto na Constituição Federal de 1988, em seus artigos 5º, *caput* e inciso I, que estabelece a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres e 7º, inciso XXX, que proíbe a diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão em razão

do sexo, além da idade, da cor e do estado civil²⁰⁴. Assim, após a promulgação da CF/88, que introduziu, em seu texto, a vedação a qualquer tipo de discriminação entre homens e mulheres, parte da doutrina e parte dos aplicadores da lei passaram a adotar o entendimento de que a regra do art. 384 da CLT seria inconstitucional por produzir um injustificado tratamento diferenciado em favor unicamente das trabalhadoras mulheres, de modo a negar a aplicação dessa norma protetiva que prevê, a elas, um descanso de 15 minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário do trabalho em caso de prorrogação do horário normal. Observa-se que, mesmo com a conclusão pela recepção constitucional de tal artigo do Pleno do TST e, mais recentemente do Pleno do STF, objetos de análise em tópico futuro, os defensores de sua inconstitucionalidade ainda firmam sua opinião divergente.

Os que alegam a inconstitucionalidade do art. 384 da CLT se baseiam também no fato de tal artigo ter nascido junto com a Consolidação das Leis Trabalhistas, em 1943, época em que a proteção ao trabalho feminino era evidentemente necessária em virtude da então recorrente exploração do trabalho da mulher e da cultura essencialmente patriarcal vivenciada. Ocorre que, esse dispositivo se encaixa, de acordo com essa corrente, em uma ordem constitucional ultrapassada, que não mais traduz a realidade da mulher no mundo do trabalho, nem a própria sociedade atual, em que os papéis de homens e mulheres foram redefinidos, sendo ambos responsáveis pelo sustento financeiro do lar e pela gestão do ambiente familiar. Isso acaba refletindo, assim, ao invés da existência de uma norma inclusiva, a existência de uma norma discriminatória, pois determina diferença onde ela não mais existe. Dessa maneira, com a evolução do trabalho feminino e com as conquistas das mulheres em todos os ramos da sociedade, o excesso de zelo acabou se caracterizando, segundo eles, em um retrocesso social de cunho discriminatório, que não mais se identifica com a nova realidade constitucional de promoção à igualdade e combate à discriminação²⁰⁵. A revogação das leis exageradamente protetoras tem o objetivo de integrar a mulher no mercado de trabalho, uma vez que uma proteção demasiada do trabalho feminino redundaria em maior dificuldade, para a mulher, em acessar o mundo do trabalho, já que aumenta os custos do empregador. Não seria justo, acreditam os defensores dessa corrente, que a mulher, além de enfrentar preconceitos sociais, enfrentasse, também, obstáculos legais.

²⁰⁴ MONTEIRO JÚNIOR, Francisco José. *Trabalho da mulher: o art. 384 da CLT e a lei Maria da Penha e seus aspectos trabalhistas*. In: FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Trabalho da mulher: homenagem a Alice Monteiro de Barros*. São Paulo: LTr, 2009, p. 161-166.

²⁰⁵ DANI, Marcos Ulhoa. *Aplicabilidade do art. 384 da CLT em face da nova ordem constitucional*. In: *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo, n.131, jul./set. 2008, p. 123-133.

A favor da não recepção do benefício de descanso de 15 minutos às mulheres que iniciarão a jornada extra de trabalho está também a constatação de que o próprio legislador brasileiro vem revogando, após o advento da CF/88, diversos dispositivos da CLT que distinguiam homens e mulheres, por não haver situação determinante capaz de justificar tal diferenciação, caso, por exemplo, dos arts. 374 e 375, que condicionavam a compensação da jornada de trabalho da mulher à previsão em acordo ou convenção coletiva ou mediante o fornecimento de atestado médico, e dos arts. 379 e 380, que proibiam o trabalho noturno da mulher em empresas ou atividades industriais. Portanto, cada vez mais se percebe que o excesso de proteção legislativa pode ter efeito reverso de, ao invés de beneficiar a trabalhadora mulher, acabar por discriminá-la com a ideia de que ela é incapaz e precisa de uma especial proteção estatal²⁰⁶.

Para Sérgio Pinto Martins²⁰⁷, “a CLT ainda tem uma série de artigos discriminatórios quanto ao trabalho da mulher, que já não se justificam”. O autor observa que, quando o legislador ordinário estabeleceu o art. 384 da CLT não havia ainda a Constituição de 1988. Assim, com o seu surgimento, a discriminação entre homens e mulheres passou a ser vedada constitucionalmente e, tal artigo, a não ser mais recepcionado. Isso porque não há previsão legal de descanso de 15 minutos para o homem começar a fazer horas extras, o que contraria o inciso I do art. 5º da CF/88. O doutrinador ressalta, entretanto, que pode haver tratamento diferenciado em relação a peculiaridades da mulher, como em relação a condições da gravidez e ao carregamento de pesos excessivos, mas não no que diz respeito às horas extras²⁰⁸.

Sérgio Pinto Martins²⁰⁹ também justifica ser discriminatório o disposto no artigo 384 da CLT por haver uma provável preferência, por parte do empregador, em contratar homens ao invés de mulheres, uma vez que, a eles, não precisaria conceder o intervalo de 15 minutos quando tivessem que prorrogar a jornada de trabalho, causando uma limitação do acesso da mulher ao mundo do trabalho²¹⁰. O autor salienta que o benefício do art. 384, por estar disposto no Capítulo III da CLT, intitulado “Da proteção do Trabalho da Mulher”, se refere exclusivamente ao trabalho da mulher e que não há previsão legal no sentido de que homens têm direito ao dito intervalo, logo, considerando que o juiz não poderia criar direitos não

²⁰⁶ DANI, Marcos Ulhoa. *Aplicabilidade do art. 384 da CLT em face da nova ordem constitucional*. In: Revista de Direito do Trabalho. São Paulo, n.131, jul./set. 2008, p. 123-133.

²⁰⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 658.

²⁰⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 340 e 341.

²⁰⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 340 e 341.

²¹⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 340 e 341.

previstos em lei, mas apenas realizar a interpretação da norma jurídica, aos homens não se aplicaria tal benefício²¹¹.

Ainda que estivesse em vigor o art. 384 da CLT, Sérgio Pinto Martins²¹² ressalta que, no caso de infração a qualquer dispositivo do no Capítulo III, conforme dispõe o art. 401 da CLT, haveria mera imposição de multa administrativa. Não se falaria, aqui, em horas extras, pois a empregada não estaria trabalhando, mas sim descansando. Ademais, como as normas que impõe sanção devem ser interpretadas restritamente e o legislador não previu sanção em caso da inobservância de tal dispositivo, descaberia interpretação extensiva aos ditames do artigo, para, por exemplo, considerar o intervalo como horas extras. A multa deve ser paga, pela empresa, à Superintendência Regional do Trabalho (SRT), que não reverte o valor à empregada, de modo que não há que se falar em aplicação por analogia do §4º do art. 71²¹³ da CLT, pois os intervalos não tem a mesma natureza. Além disso, o autor critica o fato de que o art. 384 da CLT não faz distinção entre quem trabalha 8 horas ou 6 horas por dia, por exemplo, de modo que a empregada que trabalhe apenas 6 horas por dia terá direito a 15 minutos de intervalo.

Na mesma linha de Sérgio Pinto Martins, Gabriel Saad²¹⁴ e Marcelo Moura²¹⁵ firmaram seu posicionamento no sentido de defender que o especial descanso estatuído no art. 384 contraria o preceituado igualitário da CF/88 e prejudica o acesso da mulher ao mercado de trabalho. Este último autor, inclusive, acrescenta que a referida norma não traz qualquer benefício à mulher, porque o intervalo previsto é do tipo não remunerado, além de ser curto o tempo em que a empregada é obrigada a aguardar, impedindo-a de executar, eventualmente, tarefas de caráter pessoal, se assim desejasse. Além disso, Marcelo Moura observa que a empregada, ao cumprir o intervalo referido antes de fazer horas extras, sairá 15 minutos mais tarde que os demais empregados homens, o que, certamente, não é de seu agrado.

Alice Monteiro de Barros²¹⁶, aduzindo ser “*um dever do estudioso do direito contribuir para o desenvolvimento de uma normativa que esteja em harmonia com a realidade social*”, diz que a legislação protecionista, de raízes tradicionais, não se justifica no contexto do Brasil

²¹¹ MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 340 e 341.

²¹² MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 340 e 341.

²¹³ Art. 71: [...] § 4º - Quando o intervalo para repouso e alimentação, previsto neste artigo, não for concedido pelo empregador, este ficará obrigado a remunerar o período correspondente com um acréscimo de no mínimo 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho. (Consolidação das Leis do Trabalho)

²¹⁴ SAAD, Eduardo Gabriel. *Consolidação das Leis do Trabalho: comentada*. 44. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 491.

²¹⁵ MOURA, Marcelo. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 674-676.

²¹⁶ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 1091.

atual e no papel que a mulher de hoje exerce na sociedade e no mundo do trabalho. A autora acredita que, em consequência da revogação expressa do art. 376²¹⁷ da CLT pela Lei 10.244/2001, dispositivo que previa restrições ao labor extraordinário para a mulher, se impôs a revogação tácita do art. 384 da CLT, bem como do também vigente art. 386²¹⁸ da CLT, pois tais dispositivos conflitam com o disposto na CF/88, mais especificamente nos artigos 5º, I, e 7º, XXX e configuram obstáculo ao acesso das mulheres ao mundo do trabalho. A doutrinadora, assim, filia-se à corrente segundo a qual crê que proteções, ditas benignas, nem sempre se revertem em benefício à mulher e podem agravar a discriminação no mundo do trabalho, a concentração de mulheres em guetos profissionais de baixa remuneração e a ideia de inferioridade de seu trabalho em relação ao do homem. Mesmo reconhecendo que julgados do TST apontam pela constitucionalidade dos artigos referidos, Cínthia Oliveira e Leandro Dorneles²¹⁹, assim como Ricardo Resende²²⁰, seguem a mesma tese de Alice Monteiro de Barros.

Da mesma forma, pela não recepção constitucional do art. 384 da CLT, se posicionam Gustavo Felipe Garcia²²¹ e Thereza Cristina Gosdal²²². Tais doutrinadores acreditam que o referido descanso de 15 minutos antes das horas extras, destinado apenas ao trabalho da mulher, confere tratamento diferenciado e protecionista, porque ausente para o homem, e gera indesejada discriminação na contratação do trabalho da mulher, o que não se mostra razoável nos dias atuais. Caracterizada está, assim, segundo eles, a afronta ao preceito constitucional da igualdade (art. 5º, I e art. 7º, XXX, CF/88), bem como ao objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, disposto no art. 3º, IV, da CF/88, qual seja “*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*”. Outrossim, a postura do direito do trabalho, consoante Thereza Gosdal, passou de um caráter protetor, característico do período em que surgiu a CLT de 1943, para uma época de promoção da igualdade, tanto pelo ordenamento nacional, quanto pelo

²¹⁷ Art. 376 - Somente em casos excepcionais, por motivo de força maior, poderá a duração do trabalho diurno elevar-se além do limite legal ou convencionado, até o máximo de 12 (doze) horas, e o salário-hora será, pelo menos, 25% (vinte e cinco) superior ao da hora normal. (Consolidação das Leis do Trabalho - CLT) (Revogado pela Lei nº 10.244, de 2001).

²¹⁸ Art. 386 - Havendo trabalho aos domingos, será organizada uma escala de revezamento quinzenal, que favoreça o repouso dominical. (Consolidação das Leis do Trabalho - CLT).

²¹⁹ OLIVEIRA, Cínthia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. *Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 259.

²²⁰ RESENDE, Ricardo. *Direito do Trabalho Esquematizado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 796 e 797.

²²¹ GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1065-1070.

²²² GOSDAL, Thereza Cristina. *Discriminação da mulher no emprego*. Curitiba: Genesis, 2003, p. 152.

internacional, através, por exemplo, da Convenção nº 100 da OIT, da qual o Brasil é signatário, que enfatiza a igualdade de remuneração entre os sexos.

Marcos Ulhoa Dani²²³, também seguidor dessa corrente, por sua vez, observa que “a legislação trabalhista pátria, talvez calcada em uma realidade histórica ultrapassada e obsoleta, institui, ainda hoje, verdadeiros óbices para a contratação de trabalhadoras” e que há uma demora em compatibilizar o ordenamento jurídico com o papel que a mulher desempenha atualmente na sociedade. Sobre o art. 384 da CLT, ele defende a sua revogação “pelos termos, princípios e artigos insculpidos na Constituição Federal de 1988 e pela própria realidade fática em que a mulher demanda o seu espaço no mercado de trabalho formal”. O autor enfatiza que o legislador constituinte, aonde quis excepcionar eventual condição peculiar da mulher, o fez expressamente no texto constitucional, como, por exemplo, no caso da licença-maternidade, o que não ocorreu com o descanso em tela.

A CF/88 quer incentivar o mercado de trabalho da mulher (art. 7.º, XX), entretanto, de acordo com Marcos Dani, dar vigência ao art. 384 da CLT, por certo, não cumpriria tal mando Constitucional, pois pode fazer surgir, entre as empresas, indisposição para a contratação das mulheres. Para ele, a força de trabalho de homens e mulheres é a mesma, caso contrário, não haveria mulheres nos mais altos escalões de comando em diversas áreas, como é sabido haver nos dias de hoje. Assim, não há sentido em estabelecer diferença onde ela não existe, sob pena de se violar o princípio constitucional da igualdade²²⁴.

Ademais, Marcos Dani²²⁵ aponta que estender o intervalo de 15 minutos aos homens seria inviável em virtude da cláusula pétrea da Separação e Autonomia dos Poderes. A função do Judiciário é a de interpretar o ordenamento posto, com lastro na Supremacia da Constituição, que está no vértice do sistema jurídico²²⁶. Nas palavras de Marcos Ulhoa Dani:

Como a lei ordinária é hierarquicamente inferior à Constituição, a Consolidação das Leis do Trabalho encontra nela seu fundamento de validade. O ordenamento jurídico,

²²³ DANI, Marcos Ulhoa. *Aplicabilidade do art. 384 da CLT em face da nova ordem constitucional*. In: Revista de Direito do Trabalho. São Paulo, n.131, jul./set. 2008, p. 123-133.

²²⁴ DANI, Marcos Ulhoa. *Aplicabilidade do art. 384 da CLT em face da nova ordem constitucional*. In: Revista de Direito do Trabalho. São Paulo, n.131, jul./set. 2008, p. 123-133.

²²⁵ DANI, Marcos Ulhoa. *Aplicabilidade do art. 384 da CLT em face da nova ordem constitucional*. In: Revista de Direito do Trabalho. São Paulo, n.131, jul./set. 2008, p. 123-133.

²²⁶ Sobre o grande e importante estudo da hierarquia das normas feito por Hans Kelsen, cabe, na presente pesquisa, apenas a observação de que, segundo ela, o ordenamento jurídico estrutura-se como uma pirâmide, sendo que no seu vértice, está a Constituição, “norma superior com a qual todas as demais deverão estar conformadas e a elas inferiores” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*. Traduzido por J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 51).

através de novas leis; a doutrina, através de reiteradas afirmações; o Poder Executivo, com programas de igualdade de gênero; o Poder Judiciário, com o controle de constitucionalidade; o mercado; as organizações internacionais e a própria realidade fática da sociedade refletem o regramento da nova ordem constitucional, que não recepcionou o art. 384 da CLT²²⁷.

Portanto, em não havendo situação objetiva que justifique a distinção presente no art. 384 da CLT, afirma Marcos Ulhoa Dani²²⁸ que ele não foi recepcionado pelos já citados art. 5º, I e art. 7º, XX e XXX, que afirmam a igualdade entre os sexos e incentivam o mercado de trabalho para a mulher, impossibilitando conduta discriminatória de gênero na determinação de atividades laborais de igual valor. Acrescenta ainda que, mesmo que estivesse em vigor o disposto no art. 384 da CLT, seu não cumprimento compreenderia apenas infração administrativa e, como as normas que impõe sanção devem ser interpretadas restritamente e como o legislador não previu sanção específica, no caso de sua inobservância, descabe interpretação extensiva ao disposto.

Por fim, sintetizando os argumentos trazidos pela corrente defensora da inconstitucionalidade do art. 384 da CLT, afirma Larissa Renata Kloss:

Para parte da doutrina que entende pela revogação da norma, o art. 384 da CLT não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 tendo em vista o desatendimento dos preceitos constitucionais referentes à igualdade entre homens e mulheres. A falta de características físicas específicas que justifiquem a diferente concessão do intervalo, a natureza promocional do Direito do Trabalho atual, bem como a propagação indevida de papéis sociais a serem desempenhados por um ou outro sexo, são os argumentos para revogação do dispositivo²²⁹.

Grande parte da jurisprudência também se posicionou pela não recepção constitucional do art. 384 da CLT. *In verbis*, ementas de decisões, nesse sentido, tomadas por diferentes Turmas de Tribunais Regionais do país:

INTERVALO DO ART. 384 DA CLT - INCONSTITUCIONALIDADE. Em razão do disposto nos arts. 5º, I, e 7º, XXX, da Constituição Federal - que estabelecem a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres - prevalecem, dentre as normas de proteção ao trabalho da mulher, apenas aquelas específicas e diretamente

²²⁷ DANI, Marcos Ulhoa. *Aplicabilidade do art. 384 da CLT em face da nova ordem constitucional*. In: Revista de Direito do Trabalho. São Paulo, n.131, jul./set. 2008, p. 123-133.

²²⁸ DANI, Marcos Ulhoa. *Aplicabilidade do art. 384 da CLT em face da nova ordem constitucional*. In: Revista de Direito do Trabalho. São Paulo, n.131, jul./set. 2008, p. 123-133.

²²⁹ KLOSS, Larissa Renata. *O polêmico artigo 384 da CLT*. In: Trabalho da mulher. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. v. 3 – n. 32 – jul/ago de 2014, p. 13-25.

relacionadas à sua capacidade física ou à sua condição gestacional, estando tacitamente revogados quaisquer dispositivos que se alicerçam, precipuamente, na mera variação do sexo. Dessarte, não podem prevalecer aquelas normas que constituem fator de discriminação e desigualdade, pois com ela não se harmonizam, como é o caso do intervalo previsto no art. 384/CLT. (TRT 3ª R., 2ª T., RO 0000898-19.2010.5.03.0013, 1ª T. Rel. Jose Marlon de Freitas, DEJT 25.02.2011)

TRABALHO DA MULHER. ART. 384 DA CLT. INTERVALO PARA DESCANSO. DISPOSITIVO NÃO RECEPCIONADO PELA CONSTITUIÇÃO. Em consequência da revogação do art. 376 da CLT, pela Lei nº 10.244, de junho de 2001, está também revogado, tacitamente, o art. 384 da CLT, que prevê descanso de quinze minutos, no mínimo, para a mulher, na hipótese de prorrogação de jornada. Ambos dispositivos conflitavam, sem dúvida, com o art. 5º, I, da Constituição da República: *“homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”*. Não está recepcionado o artigo 384 da CLT pelo preceito constitucional. A diferença entre homens e mulheres não traz fundamento para tratamento diferenciado, salvo em condições especiais, como a maternidade. O intervalo do art. 384 só seria possível à mulher se houvesse idêntica disposição para trabalhadores do sexo masculino. A pretensão almejada pelo art. 384 da CLT poderia caracterizar um obstáculo à contratação de mulheres, na medida em que o empregador deveria certamente admitir homens, pois não teria obrigação de conceder aquele descanso, que é feminino. Logo, o que seria uma norma protetiva, acabaria por se tornar um motivo para preterição. (TRT 3ª R. 7ª T. RO 01779-2009-053-03-00-6. Rel. Des. Alice Monteiro de Barros, DEJT 24.6.10).

HORAS EXTRAS. ART. 384 DA CLT. NORMA NÃO RECEPCIONADA. As regras que estabelecem tratamento diferenciado às mulheres, que não sejam de ordem biológica, não foram recepcionadas pela Constituição, pois, apesar de possuírem, à primeira vista, natureza protecionista, na realidade, produzem discriminação às trabalhadoras e criam obstáculos adicionais para o acesso ao mercado de trabalho. (TRT 12ª R. RO 03426-2005-046-12-00-0, Rel. Juiz Marcus Pina Mugnaini, TRTSC/DOE, 17-04-2007).

ART. 384 DA CLT. AFRONTA AOS ARTS. 5º, I E 7º, XXX, DA CF. Não se justifica concessão de intervalos diferenciados a homens e mulheres que, ao final da jornada que será prorrogada, pois estão, ambos, igualmente cansados. Reconhecer-se esse direito tão somente à trabalhadora, consistiria em imprimir odiosa distinção entre seres humanos submetidos a idênticas condições e limitação do mercado de trabalho da mulher. (TRT, 15ª R., 5ª T., RO 02529-2002-044-15-00-0, Rel. Maria Ines Correa de Cerqueira Cesar Targa, DOESP, 15.7.2005).

INTERVALO PREVISTO NO ART. 384 DA CLT - INAPLICABILIDADE - O dispositivo em análise afronta o art. 5º, inciso I, da carta constitucional de 1988, o qual preceitua que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Assim, mesmo que a ré não tenha observado o referido lapso temporal durante o contrato de trabalho da autora, tal fato não implica no deferimento de eventuais horas extras e reflexos, haja vista o acima exposto. Ademais, a própria função desempenhada pela obreira não justifica tal concessão. O labor realizou-se em igualdade de condições, enfrentando homens e mulheres as mesmas dificuldades, os mesmos desafios, idêntico desgaste físico e emocional. Inaplicável, na atualidade, esse preceito diante da inaceitável discriminação que geraria, não tendo sido tal regramento recepcionado pela Lei maior. (TRT 15ª R., 1ª T., RO 01549-2005-033-15-00-3, Relª Helena Rosa Mônaco da Silva Lins Coelho, DOESP 19.01.2007)

Da mesma forma, o TRT da 4ª Região já proferiu decisões nessa linha:

INTERVALOS DO ART. 384 DA CLT. A disposição do art. 384 da CLT não foi recepcionada pela CF/88 por representar entendimento do legislador da primeira

metade do século passado, inserido numa realidade de desigualdade formal entre homens e mulheres, cuja aplicação nos dias atuais constituir-se-ia em forma de discriminação de gênero, conduzindo à inevitável afronta ao princípio da igualdade entre homens e mulheres, capitulado no inciso I do art. 5º da Constituição Federal. (TRT 4ª R., 6ª T., RO 0001055-10.2012.5.04.0234, 6ª T., Relª. Maria Helena Lisot, DEJT 22.05.2013)

INTERVALO. ART. 384 DA CLT. TRABALHADOR DO SEXO MASCULINO. INAPLICABILIDADE. O intervalo previsto no art. 384 da CLT está inserido no capítulo que cuida da proteção do trabalho da mulher, assim, não encontra respaldo na legislação a pretensão do reclamante quanto à satisfação de dito intervalo, em que pese a igualdade jurídica e intelectual entre homens e mulheres, prevista no art. 5º, I, da Constituição Federal, pois a norma consolidada em discussão é especificamente dirigida às trabalhadoras. Sentença de improcedência da pretensão que resta mantida. (TRT 4ª R., 10ª T., RO 0000513-37.2012.5.04.0025, Rel. Emílio Papaléo Zin, publicado em 30.04.2014)

O próprio Tribunal Superior do Trabalho já se pronunciou no sentido de afastar a aplicação da norma de proteção ao trabalho da mulher por entender que feria o princípio da igualdade entre homens e mulheres, assegurado pela CF/1988:

TRABALHO DA MULHER - INTERVALO PARA DESCANSO EM CASO DE PRORROGAÇÃO DO HORÁRIO NORMAL – ARTIGO 384 DA CLT. O benefício previsto no artigo 384 da CLT conflita com o artigo 5º, inciso I, da Carta Magna, em que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. (TST, 8º T., RR – 121/2003-019-12-00, Relª. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. DJ 05.09.2008).

RECURSO DE EMBARGOS. TRABALHO DA MULHER. INTERVALO PARA DESCANSO EM CASO DE PRORROGAÇÃO DO HORÁRIO NORMAL. ARTIGO 384 DA CLT. NÃO RECEPÇÃO COM O PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE HOMENS E MULHERES. VIOLAÇÃO DO ART. 896 DA CLT RECONHECIDA. O art. 384 da CLT está inserido no capítulo que se destina à proteção do trabalho da mulher e contempla a concessão de quinze minutos de intervalo à mulher, no caso de prorrogação da jornada, antes de iniciar o trabalho extraordinário. O tratamento especial, previsto na legislação infraconstitucional, não foi recepcionado pela Constituição Federal ao consagrar no inciso I do art. 5º que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. A história da humanidade, e mesmo a do Brasil, é suficiente para reconhecer que a mulher foi expropriada de garantias que apenas eram dirigidas aos homens e é esse o contexto constitucional em que é inserida a regra. Os direitos e obrigações a que se igualam homens e mulheres apenas viabilizam a estipulação de jornada diferenciada quando houver necessidade da distinção, não podendo ser admitida a diferenciação apenas em razão do sexo, sob pena de se estimular discriminação no trabalho entre iguais, que apenas se viabiliza em razão de ordem biológica. As únicas normas que possibilitam dar tratamento diferenciado à mulher dizem respeito àquelas traduzidas na proteção à maternidade, dando à mulher garantias desde a concepção, o que não é o caso, quando se examina apenas o intervalo previsto no art. 384 da CLT, para ser aplicado apenas à jornada de trabalho da mulher intervalo este em prorrogação de jornada, que não encontra distinção entre homem e mulher. Embargos conhecidos e providos. (TST, SBDI-I, E-RR-3886/2000-071-09-00.0, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DJ 25.04.2008).

Interessante observar também que, mesmo após a manifestação do Pleno do TST quanto à constitucionalidade do artigo 384 da CLT, juristas não deixaram de argumentar pela sua não recepção, apesar de seguir orientação jurídica superior:

INTERVALO. ART. 384 DA CLT - INAPLICABILIDADE. Do ponto de vista deste Relator, é inaplicável o preceito do art. 384 da CLT, relativo ao intervalo que deveria ser concedido à mulher antes da realização de horas extras, já que a Constituição da República equiparou homens e mulheres em direitos e obrigações, não havendo razão para recepção daquela norma. O trabalho de homens e mulheres se realiza em igualdade de condições, se as funções são as mesmas, enfrentando os mesmos desafios e dificuldades, sendo injustificável o tratamento diferenciado preconizado no referido dispositivo da CLT. Mas, a Maioria desta Eg. Turma adota entendimento diverso no sentido de que o art. 384 da CLT não fere a isonomia entre homens e mulheres, assegurada constitucionalmente, devendo ser aplicada no presente caso. (TRT 3ª R., 1ª T., RO 0001981.30.2011.5.03.0015, Rel. João Bosco Pinto Lara, publicado em 27.02.2013).

HORAS EXTRAS DECORRENTES DA SUPRESSÃO DO INTERVALO DO ART. 384 DA CLT. O posicionamento deste Relator é no sentido de que a conduta inserida no art. 384 da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, por discriminatória e redutora do mercado de trabalho da mulher (art. 5º, *caput* e inciso I; art. 7º, XX, ambos da CF), chocando-se frontalmente com a garantia igualitária conferida às mulheres pela Carta Constitucional de 1988. Entretanto, esse entendimento não prevaleceu o Pleno do Tribunal que, na apreciação do Incidente de Constitucionalidade em Recurso de Revista em relação ao art. 384 da CLT (17.11.2008), decidiu que a norma que contempla a concessão de quinze minutos de intervalo à mulher não ofende o princípio da igualdade e foi recepcionada pela Constituição Federal, em face das desigualdades inerentes à jornada das trabalhadoras em relação à do trabalhador. Precedentes da Corte. Recurso de revista conhecido e provido. (TST, RR 4289600-54.2002.5.09.0900, Rel. Min. Maurício Godinho Delgado, 6ª T., DEJT 12.3.10).

Dessa maneira, percebe-se ser grande o número de juristas e doutrinadores seguidores da tese da inconstitucionalidade do art. 384 da CLT. Tal pensamento baseia-se, como visto, na compreensão de que, em nossa atual sociedade democrática, a diferenciação entre os gêneros deve ser evitada, acabando com o excesso de protecionismo por parte do Estado em relação às mulheres trabalhadoras, assim como o cumprimento do princípio constitucional da igualdade deve ser priorizado, superando os valores de uma sociedade patriarcal já ultrapassada. Entretanto, esse entendimento não é unívoco, conforme se observará a seguir.

4.2 DA AMPLIAÇÃO INTERPRETATIVA DO ART. 384 DA CLT

A corrente doutrinária e jurisprudencial defensora da ampliação interpretativa do art. 384 da CLT, que estabelece o intervalo de 15 minutos para a mulher nos casos de prorrogação

de jornada, antes do início do período extraordinário de trabalho, considera recepcionado, pela Constituição Federal de 1988, tal dispositivo e, por acreditar que sua inexigibilidade revela-se excludente de direitos, afirma ser mais razoável estender, aos homens, a proteção referida do que retirá-la do universo de direitos já alcançados pelas mulheres²³⁰. Tal posicionamento baseia-se também na ideia de que o próprio Direito do Trabalho, ao defender a proteção do trabalhador e, ao prever certos intervalos obrigatórios, objetivou e deu relevância ao descanso do empregado, de forma a evitar que seu cansaço excessivo seja capaz de causar danos a sua saúde, segurança²³¹, bem-estar físico e psíquico, além de comprometer seu desempenho e sua produtividade. Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado também considera que o art. 384 da CLT “*tem certa dimensão de política de medicina preventiva no ambiente de trabalho, usualmente corroborada pela Constituição (art. 7º, XXII), uma vez que as horas extras, de maneira geral, produzem inegáveis desgastes na saúde física e mental da pessoa humana a elas submetida*”²³².

Francisco Monteiro Júnior²³³, seguidor da dessa tese ampliativa ao art. 384 da CLT, diz que a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, disciplinada em nossa Constituição (art. 5º, I, CF/88), fundamenta a extensão do intervalo em questão ao sexo masculino, de modo a não gerar qualquer distinção entre os sexos. O autor preceitua que o trabalho em excesso, refletido na prestação de horas extras, aumenta as chances de ocorrência de acidentes relacionados ao trabalho, tanto para os homens quanto para as mulheres e que tal medida está, também, de acordo com o princípio da norma mais benéfica²³⁴ e com o da

²³⁰ MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 728-730.

²³¹ Sobre as regras que envolvem medicina e segurança do trabalho pertinente, para a presente pesquisa, os dizeres de Vólia Bonfim Cassar: “As regras de medicina e segurança do trabalho envolvem os períodos de trabalho e as condições de trabalho. A limitação do tempo de duração do trabalho tem como fundamento três aspectos importantes: fatores biológicos, sociais e econômicos: a) Biológicos: o excesso de trabalho traz fadiga, estresse, cansaço ao trabalhador, atingindo sua saúde. Portanto, os fatores biológicos são extremamente importantes para limitar a quantidade de trabalho diário; b) Sociais: o trabalhador que executa serviços em extensas jornadas tem pouco tempo para a família, o que segrega os laços íntimos com os mais próximos e exclui socialmente o trabalhador; c) Econômicos: um trabalhador cansado, estressado e sem diversões produz pouco e, portanto, não tem vantagens econômicas para o patrão”. (CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 626).

²³² DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 817.

²³³ MONTEIRO JÚNIOR, Francisco José. *Trabalho da mulher: o art. 384 da CLT e a lei Maria da Penha e seus aspectos trabalhistas*. In: FRANCO FILHO, Georgeton de Sousa. *Trabalho da mulher: homenagem a Alice Monteiro de Barros*. São Paulo: LTr, 2009, p. 165 e 166.

²³⁴ Sobre o princípio da norma mais benéfica, no Direito do Trabalho, cabe, aqui, apenas ressaltar seu breve conceito: “*Havendo duas ou mais normas viáveis para o mesmo caso concreto, deve-se aplicar a que for mais favorável ao empregador*” (ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *Direito do Trabalho – I*. São Paulo: LTr, 2014, p. 146).

proteção ao trabalhador²³⁵. Nessa mesma linha, Luiz Eduardo Gunther e Cristina Maria Navarro Zornig²³⁶ enfatizam que a finalidade do art. 384 da CLT é a de conscientizar o empregador acerca da necessidade do descanso antes de prorrogar a jornada de trabalho, diminuindo, assim, a chance de ocorrer acidentes de trabalho e de prejudicar a produtividade e o desempenho dos empregados. Concluem, portanto, pela aplicação indistinta desse dispositivo por se trata de medida assecuratória da saúde.

Considerando estar expressamente previsto em lei, Jorge Luiz Souto Maior²³⁷ diz não ter razão para não se aplicar o art. 384 da CLT, dentre outros motivos, devido à inclusão do art. 413 da CLT, que aplicou o intervalo também na hipótese de prorrogação da jornada de trabalho do menor, de modo que não haveria razão plausível para se excluir o homem trabalhador desta proteção. Ademais, obedecendo ao princípio da norma mais benéfica do direito do trabalho, ao postulado constitucional da redução dos riscos inerentes ao trabalho (art. 7º, XXII, CF/88²³⁸), assim como ao princípio isonômico, norteador de nosso ordenamento jurídico democrático, tal autor acredita ser, a melhor interpretação do art. 384 da CLT, a que estende os 15 minutos de descanso, em estudo, aos homens.

Maurício Pereira Gomes²³⁹ sintetiza os argumentos favoráveis à ampliação da aplicação do art. 384 da CLT, quais sejam: “*a) expresso comando legal, b) promoção do princípio da igualdade, c) prevalência do princípio da norma mais benéfica e da proteção ao trabalho, e) maior compatibilidade com diversos postulados constitucionais, como a redução dos riscos inerentes ao trabalho*”. A necessidade de descanso não tem gênero, é humana. Ainda, de acordo com Maurício Gomes, a proteção do trabalho da mulher deve passar por medidas que combatam o preconceito e a discriminação e não que realcem papéis e condições socialmente impostos ao gênero feminino, como o de dona do lar e de necessitada de maior proteção estatal. A ciência jurídica deve, segundo ele, proteger e incentivar condições igualitárias de vida e de oportunidades entre homens e mulheres e não reforçar mecanismos

²³⁵ Acerca do princípio da proteção, afirma Carmen Camino que a intenção é tutelar o hipossuficiente na relação com o capital, buscando uma igualdade substancial, a qual o direito do trabalho busca preservar. Compensa-se, no plano jurídico, a desigualdade que o trabalhador enfrenta no plano econômico em relação ao empregador. (CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 96).

²³⁶ GUNTHER, Luiz Eduardo; ZORNIG, Cristina Maria Navarro. *O trabalho da mulher e os artigos 376, 383 e 384 da CLT*. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª R. Ano XXIV. nº. 24. Ceará: Justiça do Trabalho do Ceará: jan. a dez./01, p. 109-115.

²³⁷ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. v. II, p. 362.

²³⁸ Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

²³⁹ GOMES, Mauricio Pereira. *Intervalo do artigo 384 da CLT – discursos em disputa na jurisprudência trabalhista – uma contribuição da categoria gênero*. In: Justiça do Trabalho. V. 29. Nº 347. Porto Alegre: HS Editora Nota Dez, Nov/2012, p. 35-49.

de opressão. Defendendo que os direitos deveriam estar ao alcance de todos, Maria Fernanda de Oliveira²⁴⁰, por sua vez, diz que a melhor exegese do art. 384 da CLT deve ser a que o relacionam com os artigos 59, 61 e 71, § 1º da CLT, no sentido de que o referido intervalo de 15 minutos seja devido em todos os casos de prorrogação de serviço de qualquer trabalhador, independente do sexo, ampliando sua abrangência.

Larissa Kloss²⁴¹, também seguidora da tese favorável à ampliação da interpretação do art. 384 da CLT, rebate diversos argumentos trazidos pelas outras correntes, fazendo interessantes observações sobre o tema. O trato em relação à diferente condição física e muscular da trabalhadora, assim como em relação a sua especial condição eventual de gestante, já é disciplinado em outros diplomas normativos (art. 390 da CLT²⁴² e Seção V – Da Proteção à Maternidade - do Capítulo III da CLT), de modo que o art. 384 da CLT, segundo a autora, não se refere a essas situações. Na esteira psicológica, sob o argumento de que o período de tensão pré-menstrual (TPM), característica física e de cunho hormonal do corpo feminino, poderia gerar um desgaste maior da trabalhadora, Larissa Kloss rebate observando que nem todas as mulheres apresentam esse estado e nem os mesmos sintomas, e que há medicamentos capazes de amenizar tal situação. Ressalta-se, assim, a dificuldade em se padronizar, no ordenamento jurídico, diferenças biológicas e psicológicas das mulheres.

A norma do artigo 384 da CLT atende, de acordo com Larissa Kloss²⁴³, aos anseios constitucionais de proteção à saúde e à segurança, não só da mulher, mas também do homem que trabalha, evitando a fadiga, corpórea ou mental, e prevenindo doenças decorrentes das exigências atuais da relação de trabalho. O direito intervalar antes do labor extraordinário deve, assim, ser garantia para mulheres e homens, uma vez que serve para a alimentação e o descanso do trabalhador, como os intervalos em geral. Deve haver, portanto, uma preocupação primeira com a saúde de qualquer empregado, de modo que a interpretação ampliativa do dispositivo em questão é a ideal. Além disso, a valorização da saúde também do trabalhador, segundo a autora, evita a discriminação negativa da mulher no emprego.

²⁴⁰ OLIVEIRA, Maria Fernanda Pereira de. *A interpretação do artigo 384 da Consolidação das leis de trabalho e o tratamento isonômico entre homens e mulheres*. In: Repertório IOB de jurisprudência. nº 13. São Paulo: jul/08, p. 422-425.

²⁴¹ KLOSS, Larissa Renata. *O polêmico artigo 384 da CLT*. In: Trabalho da mulher. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. v. 3 – n. 32 – jul/ago de 2014, p. 13-25.

²⁴² Art. 390 - Ao empregador é vedado empregar a 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. (Consolidação das Leis do Trabalho - 1943)

²⁴³ KLOSS, Larissa Renata. *O polêmico artigo 384 da CLT*. In: Trabalho da mulher. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. v. 3 – n. 32 – jul/ago de 2014, p. 13-25.

Fundamentar a manutenção da limitação, expressa no art. 384 da CLT, na existência da dupla jornada de trabalho da mulher é incentivar e impor, conforme Larissa Renata Kloss²⁴⁴, que as características patriarcais definidoras do gênero feminino devem prevalecer em nossa sociedade. Ocorre que, o firmamento do ideal de compartilhamento das responsabilidades familiares, em expansão nas últimas décadas, depende da superação desse pensamento por parte das ciências jurídicas e de seus ordenamentos. Nos dizeres da autora:

Ainda que exista atualmente a dupla jornada na realidade do trabalho feminino, conceder um intervalo na jornada de trabalho exclusivamente à mulher, ressaltando sua necessidade em virtude da dupla jornada e das diferenças de gênero, significaria legitimar que as responsabilidades familiares e do lar são da mulher, situação que deve se reverter. (...) Seja pela dinâmica da sociedade atual, seja pela igualdade primada na Constituição Federal, o papel que se pretende dar ao homem e à mulher na sociedade atual é de igualdade, de cooperação mútua em relação às responsabilidades familiares, de divisão de tarefas provenientes do lar, de oportunidades de trabalho sem distinção²⁴⁵.

Há, dessa maneira, segundo Larissa Kloss²⁴⁶, justificativas suficientes para que se amplie, também aos homens, o disposto no art. 384 da CLT. Todavia, a autora admite que essa posição representa instabilidade na segurança jurídica, tanto para os empregados, quanto para os empregadores, uma vez que não está expressa na lei. Como solução, ela sugere que um novo dispositivo legal seja editado de forma a destinar a norma do art. 384 a todos os empregados, sem distinguir os sexos e promovendo a saúde dos trabalhadores.

Gabriel Saad²⁴⁷, observando que a doutrina mais atual vem se posicionando nesse sentido, cita a aprovação, pelo TST, do Enunciado nº 22 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, realizada em 23 de novembro de 2007, em Brasília. Tal jornada foi realizada pelo TST juntamente com a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados do Trabalho (ENAMAT) e com a participação de magistrados do trabalho, membros do Ministério Público do Trabalho, advogados, professores e auditores fiscais. Nota-se que as ementas que foram aprovadas nessa jornada, não tinham

²⁴⁴ KLOSS, Larissa Renata. *O polêmico artigo 384 da CLT*. In: Trabalho da mulher. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. v. 3 – n. 32 – jul/ago de 2014, p. 13-25.

²⁴⁵ KLOSS, Larissa Renata. *O polêmico artigo 384 da CLT*. In: Trabalho da mulher. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. v. 3 – n. 32 – jul/ago de 2014, p. 13-25.

²⁴⁶ KLOSS, Larissa Renata. *O polêmico artigo 384 da CLT*. In: Trabalho da mulher. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. v. 3 – n. 32 – jul/ago de 2014, p. 13-25.

²⁴⁷ SAAD, Eduardo Gabriel. *Consolidação das Leis do Trabalho: comentada*. 44. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 491.

um caráter jurisdicional, mas apenas demonstraram uma tendência intelectual dos que participaram desse evento. Em destaque, o Enunciado referido:

22. ART. 384 DA CLT. NORMA DE ORDEM PÚBLICA. RECEPÇÃO PELA CF DE 1988. Constitui norma de ordem pública que prestigia a prevenção de acidentes de trabalho (CF, 7º, XXII) e foi recepcionada pela Constituição Federal, em interpretação conforme (art. 5º. I, e 7º, XXX), para os trabalhadores de ambos os sexos.

Constatando a jurisprudência dos Tribunais Regionais e do TST sobre a matéria, verifica-se que as tentativas de ampliar a garantia da norma legal do art. 384 na CLT aos homens têm sido afastadas, principalmente após a posição, de interpretação restrita às mulheres, firmada pelo Pleno do TST e do STF. Todavia, ainda que escassa, há jurisprudência sensível a esta posição ampliativa. *In verbis*, decisões dos Tribunais Regionais do Estado do Paraná e de São Paulo, bem como posicionamento já firmado pelo próprio TST nesse sentido, respectivamente:

TRABALHO DA MULHER. O artigo 384, da CLT, dispendo ser obrigatório um descanso de 15 minutos antes do período extraordinário do trabalho da mulher foi recepcionado pela Nova Carta Constitucional, expandindo seus efeitos também sobre o trabalho do homem. É que o artigo em comento deve ser resolvido em favor do trabalhador, pois o objetivo da norma constitucional, longe de mitigar direitos, visa a ampliação dos mínimos existentes, sendo válida a ilação de que, ante o ditado do art. 5º, I, da Carta Política de 1988, homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. (TRT-PR, em julgamento do RO 2.659/01. Rel. Juiz Roberto Dala Barba. AC. 29.654/01. DJ/PR 19.10.01)

INTERVALO DO ART. 384 DA CLT. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO AOS EMPREGADOS DO SEXO MASCULINO e FEMININO. É devido o intervalo de 15 (quinze) minutos antes do início da jornada extraordinária para ambos os sexos (mulher e homem), no afã de igualá-los no quanto disposto na norma celetista. Com efeito, inexistem particularidades entre as condições físicas da mulher trabalhadora e do homem trabalhador que justifiquem a discriminação para a concessão do intervalo de que trata o art. 384 da CLT, vez que todos são iguais perante a lei, respeitadas a igualdade entre os iguais e as desigualdades entre os desiguais (Constituição Federal, artigo 5º, inciso I). (TRT 2ª R., em julgamento do RO 00012605120125020054, 4ª T., Rel. Ricardo Artur Costa e Trigueiros, DJESP 26.09.2014).

RECURSO DE REVISTA. INTERVALO DO ARTIGO 384 DA CLT. PRECEDENTE DA SDI-1 DESTA CORTE. Fazendo-se uso do critério hermenêutico da interpretação das normas de acordo com a Constituição Federal, é possível concluir-se que o artigo 384 da CLT fez-se recepcionado pela atual Carta Magna. A justificativa do direito ao intervalo reside no trabalho contínuo a impor necessário período de descanso, a fim de que o empregado possa recuperar-se e manter-se apto ao prosseguimento de suas atividades laborais em regulares condições de segurança. Com efeito, a norma inculpada no referido dispositivo celetário tem por escopo primordial a proteção do trabalhador contra riscos de acidentes e doenças profissionais, a contribuir pela melhoria do meio ambiente de

trabalho (artigos 7º, XXII, c/c 200, VII, da Carta Magna). Ademais, releva considerar que a previsão legal do intervalo em questão está contida entre as normas do Direito Tutelar do Trabalho, sendo de ordem pública e de interesse social. Neste sentido, reconhece-se que tanto o organismo masculino, como o feminino, carecem de repouso nos momentos anteriores a prorrogações, sendo, portanto, devida a remuneração, como serviço extraordinário, do período de intervalo não concedido, ante a aplicação analógica do artigo 71, § 4º, da CLT. Recurso de revista conhecido e provido. (TST, 2ª T., Rel. Min. Renato Lacerda Paiva, em julgamento do RR – 43500-48.2008.5.04.0019, DEJT 17.12.2010)

Assim, os defensores de tal posicionamento priorizam, além da igualdade de gêneros, a proteção à saúde, à segurança, ao bem-estar físico e psíquico do empregado, considerando que a concessão do intervalo previsto no art. 384 da CLT é capaz de conceder, tanto aos homens, quanto às mulheres, maior prevenção a acidentes de trabalho, preocupação também de nossa atual constituição. Todavia, a possibilidade de extensão dessa proteção, inserida em capítulo específico ao trabalho da mulher, não foi aceita pelos recentes entendimentos dos Plenos do TST e do STF, como será visto, mais detalhadamente, no decorrer deste capítulo.

4.3 DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 384 DA CLT E DO POSICIONAMENTO DO TST E DO STF

Não obstante à corrente doutrinária e jurisprudencial significativa, mencionada no tópico anterior, que argumenta pela não recepção constitucional do art. 384 da CLT, há quem afirme que tal norma foi recebida pela CF/88, considerando, dentre outros motivos, seu objetivo de cuidar da saúde, da segurança e da higiene física da mulher trabalhadora. Nesse sentido, encontram-se os posicionamentos do Pleno do TST, em decisão datada de 2008, bem como do Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), em recente decisão datada de novembro de 2014, cuja repercussão geral foi reconhecida. Tais Cortes entenderam, por maioria, recepcionar o intervalo contido no art. 384 da CLT e acabaram por amenizar e, de certa forma, uniformizar controvérsias jurisprudenciais antes existentes sobre o tema.

A tutela especial do contrato de trabalho da mulher é fruto da luta pela igualdade e reflexo do cuidado da natureza humana, da gravidez, da segurança, da saúde e da vida. Dessa forma, a manutenção das normas relativas à proteção do trabalho da mulher se faz necessária e sua retirada do ordenamento jurídico consistiria em um retrocesso social, dificultando as oportunidades de trabalho para as mulheres. Ocorre que, infelizmente, parte dos empregadores ignora a existência das garantias legais a elas conferidas, ou mesmo às

descumprem intencionalmente, sob a alegação de não ter sido o artigo recepcionado pela CF/88, por afronta ao princípio da isonomia²⁴⁸.

A própria CF/88 prevê normas que concedem tratamento diferenciado a homens e mulheres, como o art. 7º, XX, que outorga proteção ao mercado de trabalho feminino, mediante incentivos específicos e o art. 202, que assegura, à mulher, aposentadoria com 60 anos, enquanto que, para os homens, a idade limite é 65 anos. Essas distinções, conforme Maria Berenice Dias²⁴⁹, não se referem somente a diferenças fisiológicas, mas também a fatores culturais, uma vez que, em virtude das responsabilidades familiares, as mulheres se submetem à dupla jornada de trabalho e assumem o papel de esposa, a integralidade das tarefas domésticas e, quando é mãe, o cuidado com os filhos, o que acaba exigindo dela um maior esforço, levando-a a um precoce envelhecimento. Ocorre que:

As escassas prerrogativas asseguradas às mulheres na tentativa de alcançar um certo equilíbrio passaram a ser chamadas de privilégios. Em nome da igualdade, buscou-se simplesmente eliminar as diferenças tomando o modelo masculino como paradigma. No entanto, todo mundo sabe que a igualdade está longe de ser atingida. Mesmo tendo as mulheres conseguido alguns avanços, mesmo que tenham conquistado um pouco mais de espaço, as tarefas domésticas e o compromisso com relação aos filhos permanecem – com raríssimas exceções – sendo encargo exclusivamente feminino. Os homens, no máximo, prestam algum auxílio, mas a responsabilidade pelo funcionamento do lar continua sendo da esposa, da mãe. A esse acúmulo de funções convencionou-se chamar de dupla jornada de trabalho. Além de permanecer com todos os encargos domésticos, a mulher passou a auxiliar no sustento da casa. Ou, até mesmo, a mantê-la²⁵⁰.

A inserção de normas de proteção à mulher por meio de incentivos específicos, em textos legais e convenções internacionais, funda-se na ideia de que não seriam consideradas discriminatórias medidas que visem sanar situações de desigualdade. Dessa maneira, aponta Maria Berenice Dias:

Indispensável a adoção de mecanismos compensatórios como única forma de superar as diferenças. A proteção à mulher deve constituir uma das preocupações primeiras do legislador, mediante as ações afirmativas, em face da necessária proteção à maternidade, reconhecimento da importância da mulher no lar, na execução dos trabalhos domésticos e na assistência aos filhos. O que se deve atentar

²⁴⁸ ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. *O trabalho da mulher e o princípio da igualdade*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, vol. 79, nº 3, jul./set., 2013, p. 61.

²⁴⁹ DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre a mulher e seus direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 72.

²⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre a mulher e seus direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 21.

não é na igualdade perante a lei, mas no direito à igualdade mediante a eliminação das desigualdades, o que impõe o estabelecimento de diferenciações específicas como única forma de dar efetividade ao preceito isonômico consagrado na Constituição Federal²⁵¹.

Carlos Henrique Bezerra Leite²⁵² também enfatiza que a CF/88 prevê, expressamente, na categoria de direito fundamental social trabalhista, a “*proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei*” (art. 7º, XX). De acordo com o autor, a proteção jurídica especial destinada à trabalhadora se fundamenta tanto pelos aspectos fisiológicos, uma vez que a mulher não é dotada da mesma resistência física do homem, quanto pelos sociais, pois a defesa e a proteção da família humana são interesses de toda a sociedade. Dessa maneira, para Carlos Leite, as disposições legais da CLT mais favoráveis à empregada mulher continuam em pleno vigor, na medida em que foram recepcionadas pela nova ordem constitucional, incluindo o art. 384. Somente os artigos 374, 375, 376, 378, 379, 380 e 387, todos da CLT, foram revogados expressamente, o que indica que, segundo o autor, o legislador entendeu por bem manter a concessão desse intervalo.

A corrente que admite a recepção do art.384 da CLT pela Constituição Federal da República acredita, nos dizeres de Francisco José Monteiro Júnior²⁵³, que “*o princípio da isonomia não é um cânone absoluto e não pode ser aferido sem a concorrência dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*”, de modo que fatores culturais, por exemplo, também influenciam na justificativa de se dar maior proteção ao trabalho da mulher. No que se refere à discriminação nas relações de trabalho com base no gênero, são as mulheres que vêm sofrendo problemas com a falta de igualdade. Valentin Carrion²⁵⁴ examina que a natureza não fez homens e mulheres iguais e que a desigualdade é visível e não poderia ser modificada apenas pela vontade do legislador ou do intérprete da lei. Assim, ele considera lógica e razoável a obrigação do descanso de 15 minutos, no mínimo, antes do início do período extraordinário de trabalho. Carlos Zangrado²⁵⁵ também considera a norma contida no art. 384 da CLT recepcionada pela CF/88, ressaltando que ela não pode ser modificada por acordo

²⁵¹ DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre a mulher e seus direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 74.

²⁵² LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 494 e 495.

²⁵³ MONTEIRO JÚNIOR, Francisco José. *Trabalho da mulher: o art. 384 da CLT e a lei Maria da Penha e seus aspectos trabalhistas*. In: FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Trabalho da mulher: homenagem a Alice Monteiro de Barros*. São Paulo: LTr, 2009, p. 164.

²⁵⁴ CARRION, Valentin. *Comentários à CLT: Legislação complementar/Jurisprudência*. 39. ed. rev. e atual. Por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 323.

²⁵⁵ ZANGRADO, Carlos Henrique da Silva. *Curso de Direito do Trabalho: tomo III*. São Paulo: LTr, 2008, p. 1258.

entre as partes e que a não concessão desse intervalo especial pode ser entendida como jornada extraordinária, por analogia ao §4º do art. 71 da CLT. Ademais, Gustavo Garcia²⁵⁶ frisa a tendência jurisprudencial de entender o referido artigo, por ser norma especial, voltada à proteção do trabalho da mulher, não aplicável aos homens.

Uma interpretação do judiciário mais formal e positiva, para Andréa Nocchi²⁵⁷, considera a norma como protagonista da segurança jurídica, necessária ao bem comum, a qual só existe se houver a promoção da igualdade material, dos sistemas de compensação que tratam igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. A autora afirma que a discriminação da mulher no mercado de trabalho, no Brasil, é uma realidade que é comprovada por dados estatísticos oficiais. Entretanto, apesar de as mulheres serem vítimas de discriminações, Andréa aponta que elas ocupam cada vez mais um papel relevante no mundo do trabalho e na chefia das famílias brasileiras. Ao adotar o caminho da não recepção constitucional do art. 384 da CLT, observa ainda a autora, “*o Judiciário trabalhista lançou o olhar viciado pelo conceito genérico e abstrato de igualdade formal entre homens e mulheres e desconsiderou as diferenças e peculiaridades que foram determinantes para a inserção de norma diferenciada para o trabalho da mulher no ordenamento jurídico infraconstitucional*”.

Tanara Pazzim²⁵⁸, por sua vez, ressalta que a igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I, da CF/88) assegura as mesmas oportunidades aos seus destinatários e que o trabalho da mulher, apesar de ser essencial à sociedade e ao desenvolvimento econômico do país, ainda se caracteriza pela desigualdade de oportunidades e pela desvalorização social. Quanto ao artigo 384 da CLT, argumenta Tanara Pazzin:

O art. 384 da CLT não concede direito desarrazoado às trabalhadoras, mas ao contrário, objetiva preservar as mulheres do desgaste decorrente do labor em sobrejornada, que é reconhecidamente nocivo a todos os empregados. Considerou, para tanto, sua condição física, psíquica e até mesmo social, pois é público e notório que, não obstante as mulheres venham conquistando merecidamente e, a duras penas, sua colocação no mercado de trabalho, em sua grande maioria, ainda são submetidas a uma dupla jornada, tendo de cuidar dos seus lares e de suas famílias. Daí ter o legislador ordinário, com todo respaldo no novo ordenamento jurídico

²⁵⁶ GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1065-1070.

²⁵⁷ NOCCHI, Andréa Saint Pastous. *Discriminação da mulher: o olhar do Judiciário trabalhista*. In: BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Trabalho e Igualdade: Tipos de discriminação no ambiente do trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; Escola Judicial do TRT da 4ª R., 2012, p. 142-146.

²⁵⁸ PAZZIM, Tanara Lilian. *(Des)igualdade de remuneração entre gêneros*. In: BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Trabalho e Igualdade: Tipos de discriminação no ambiente do trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; Escola Judicial do TRT da 4ª R., 2012, p. 155-158.

constitucional, vislumbrado a maior necessidade de recomposição de forças da mulher empregada que tem aumentada sua jornada de trabalho, mediante o gozo de um intervalo mínimo de quinze minutos²⁵⁹.

O art. 384 da CLT, ao prever o intervalo mínimo de 15 minutos para descanso da mulher entre a jornada normal e a extraordinária, portanto, segundo Tanara Pazzim²⁶⁰, encontra-se em harmonia com o texto constitucional, com plena vigência e eficácia. É norma de ordem pública destinada à proteção da integridade dos trabalhadores, cuja observância é dada pela própria CF/88, conforme o art. 7º, XXII (redução de riscos no trabalho através de normas da saúde, higiene e segurança do trabalho). Além disso, a autora aponta que o artigo referido não diz se esse intervalo é suspensivo ou interruptivo no tocante à duração da jornada de trabalho, de modo que, diante do silêncio do legislador, acredita ser aplicável a regra geral do art. 71 da CLT, de que o intervalo intrajornada é considerado como suspensão, não sendo computável na duração da jornada de trabalho. Dessa maneira, conclui a autora que o princípio da isonomia não deve se aplicar de forma negativa, suprimindo um direito legítimo das mulheres que objetiva resguardá-las da nocividade do trabalho extraordinário. Por isso:

O art. 384 da CLT não concede direito desarrazoado às trabalhadoras, mas ao contrário, objetiva preservar as mulheres do desgaste decorrente do labor em sobrejornada, que é reconhecidamente nocivo a todos os empregados. Considerou, para tanto, sua condição física, psíquica e até mesmo social, pois é público e notório que, não obstante as mulheres venham conquistando merecidamente e, a duras penas, sua colocação no mercado de trabalho, em sua grande maioria, ainda são submetidas a uma dupla jornada, tendo de cuidar dos seus lares e de suas famílias. Daí ter o legislador ordinário, com todo respaldo no novo ordenamento jurídico constitucional, vislumbrado a maior necessidade de recomposição de forças da mulher empregada que tem aumentada sua jornada de trabalho, mediante o gozo de um intervalo mínimo de quinze minutos²⁶¹.

A legislação infraconstitucional, especialmente a trabalhista, pode e deve estabelecer direitos e obrigações diferenciados para homens e mulheres, desde que, para tanto, o tratamento diverso se justifique e seja proporcional aos limites dessa desigualdade. A

²⁵⁹ PAZZIM, Tanara Lilian. *(Des)igualdade de remuneração entre gêneros*. In: BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Trabalho e Igualdade: Tipos de discriminação no ambiente do trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; Escola Judicial do TRT da 4ª R., 2012, p. 155.

²⁶⁰ PAZZIM, Tanara Lilian. *(Des)igualdade de remuneração entre gêneros*. In: BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Trabalho e Igualdade: Tipos de discriminação no ambiente do trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; Escola Judicial do TRT da 4ª R., 2012, p. 156-158.

²⁶¹ PAZZIM, Tanara Lilian. *(Des)igualdade de remuneração entre gêneros*. In: BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Trabalho e Igualdade: Tipos de discriminação no ambiente do trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; Escola Judicial do TRT da 4ª R., 2012, p. 155.

evolução histórica e legislativa de nossa sociedade reconheceu, nas mulheres, condições especiais e particularidades ensejadoras de tratamento diferenciado, visando a construção de uma sociedade mais justa²⁶².

No âmbito da jurisprudência, as contradições de opiniões acerca da interpretação do art. 384 da CLT vinham dividindo os julgamentos das Turmas do TST e da Seção Especializada em Dissídios Individuais (SDI-I). De um lado, prevalecia o entendimento dos que consideravam que tal norma prejudicava a inserção da mulher no mercado de trabalho, que era discriminatória e que não foi recepcionada pela CF/88, como já visto. De outro, a corrente que não considerava discriminatória a concessão do intervalo, apenas às mulheres, ou que entendia necessária sua ampliação aos homens. Fato é que, antes mesmo do pronunciamento do Tribunal Superior do Trabalho acerca do tema, já havia decisões²⁶³ no sentido da recepção constitucional do intervalo obrigatório de 15 minutos às mulheres que prestam horas extras²⁶⁴.

O processo de uniformização foi encaminhado ao Pleno do TST, pela 7ª Turma, uma vez que dois ministros, em julgamento de recurso de revista, apontaram pela inconstitucionalidade do art. 384 da CLT. Assim, em 17 novembro de 2008, mesmo com parte da doutrina e da jurisprudência dos tribunais trabalhistas defendendo que o art. 384 da CLT trata de forma discriminatória homens e mulheres, o TST firmou posicionamento, pela relatoria do Min. Ives Gandra Martins Filho, em composição plenária, no julgamento Recurso Revista nº 1540/2005-046-12-00.5, mediante votação acirrada (14 a 12 votos), no sentido de rejeitar o incidente de inconstitucionalidade do art. 384 da CLT, posicionando-se

²⁶² PAZZIM, Tanara Lilian. *(Des)igualdade de remuneração entre gêneros*. In: BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Trabalho e Igualdade: Tipos de discriminação no ambiente do trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; Escola Judicial do TRT da 4ª R., 2012, p. 156-158.

²⁶³ TRABALHO DA MULHER. HORAS EXTRAS DECORRENTES DO INTERVALO PARA DESCANSO PREVISTO NO ART. 384 DA CLT. PRINCÍPIO ISONÔMICO. I – Conquanto homens e mulheres, à luz do inciso I do art. 5º da Constituição da República/88, sejam iguais em direitos e obrigações, é forçoso reconhecer que elas se distinguem dos homens, sobretudo em relação às condições de trabalho, pela sua peculiar identidade biossocial. II - Inspirado nela é que o legislador, no artigo 384 da CLT, concedeu às mulheres, no caso de prorrogação da jornada normal, um intervalo de quinze minutos antes do início do período de sobretrabalho, cujo sentido protetivo, claramente discernível na *ratio legis* da norma consolidada, afasta, a um só tempo, a pretensa agressão ao princípio da isonomia e a avantajada ideia de *capitis deminutio* em relação às mulheres. III - Aliás, a se levar as últimas consequências o que prescreve o inciso I do artigo 5º da Constituição, a conclusão então deveria ser no sentido de estender aos homens o mesmo direito reconhecido às mulheres, considerando a penosidade inerente ao sobretrabalho, comum a ambos os sexos, e não a que preconizam aqui e acolá de o princípio da isonomia, expresso também no tratamento desigual dos desiguais na medida das respectivas desigualdades, prestar-se como fundamento para a extinção do direito consagrado no artigo 384 da CLT. Recurso provido. (TST, 4ª T., Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen, em julgamento do RR – 12600.2003.008.09.00.3, DEJT 13.04.2007)

²⁶⁴ SAAD, Eduardo Gabriel. *Consolidação das Leis do Trabalho: comentada*. 44. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 491.

favoravelmente à recepção do art. 384 da CLT e entendendo que a aplicação desse dispositivo não afronta o princípio da igualdade entre homens e mulheres²⁶⁵. *In verbis*, a ementa da mencionada decisão²⁶⁶ que prevaleceu no Pleno do TST:

MULHER. INTERVALO DE 15 MINUTOS ANTES DE LABOR EM SOBREJORNADA. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 384 DA CLT EM FACE DO ART. 5º, I, DA CF.

1. O art. 384 da CLT impõe intervalo de 15 minutos antes de se começar a prestação de horas extras pela trabalhadora mulher. Pretende-se sua não-recepção pela Constituição Federal, dada a plena igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres decantada pela Carta Política de 1988 (art. 5º, I), como conquista feminina no campo jurídico.

2. A igualdade jurídica e intelectual entre homens e mulheres não afasta a natural diferenciação fisiológica e psicológica dos sexos, não escapando ao senso comum a patente diferença de compleição física entre homens e mulheres. Analisando o art. 384 da CLT em seu contexto, verifica-se que se trata de norma legal inserida no capítulo que cuida da proteção do trabalho da mulher e que, versando sobre intervalo intrajornada, possui natureza de norma afeta à medicina e segurança do trabalho, infensa à negociação coletiva, dada a sua indisponibilidade (cfr. Orientação Jurisprudencial 342 da SBDI-1 do TST).

3. O maior desgaste natural da mulher trabalhadora não foi desconsiderado pelo Constituinte de 1988, que garantiu diferentes condições para a obtenção da aposentadoria, com menos idade e tempo de contribuição previdenciária para as mulheres (CF, art. 201, § 7º, I e II). A própria diferenciação temporal da licença-maternidade e paternidade (CF, art. 7º, XVIII e XIX; ADCT, art. 10, § 1º) deixa claro que o desgaste físico efetivo é da maternidade. A praxe generalizada, ademais, é a de se postergar o gozo da licença-maternidade para depois do parto, o que leva a mulher, nos meses finais da gestação, a um desgaste físico cada vez maior, o que justifica o tratamento diferenciado em termos de jornada de trabalho e período de descanso.

4. Não é demais lembrar que as mulheres que trabalham fora do lar estão sujeitas a dupla jornada de trabalho, pois ainda realizam as atividades domésticas quando retornam à casa. Por mais que se dividam as tarefas domésticas entre o casal, o peso maior da administração da casa e da educação dos filhos acaba recaindo sobre a mulher.

5. Nesse diapasão, levando-se em consideração a máxima albergada pelo princípio da isonomia, de tratar desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades, ao ônus da dupla missão, familiar e profissional, que desempenha a mulher trabalhadora corresponde o bônus da jubilação antecipada e da concessão de vantagens específicas, em função de suas circunstâncias próprias, como é o caso do intervalo de 15 minutos antes de iniciar uma jornada extraordinária, sendo de se rejeitar a pretensa inconstitucionalidade do art. 384 da CLT. Incidente de inconstitucionalidade em recurso de revista rejeitado. (TST, Pleno, IIN-RR - 154000-83.2005.5.12.0046, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, DJ 13.02.2009).

²⁶⁵ Notícias do Tribunal Superior do Trabalho, disponível em: http://www.tst.jus.br/busca-de-noticias?p_p_id=buscanoticia. Acesso em: 14.06.2015.

²⁶⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 1540/2005-046-12-00.5, Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, Data de Julgamento: 17.11.2008, Tribunal Pleno, Data de publicação: 13.02.2009. (Inteiro teor disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action>. Acesso em: 10/05/2015).

Dessa maneira, prevaleceu a manutenção da norma que protege o trabalho da mulher, concedendo-lhe o referido intervalo, uma vez não haver violação ao princípio da igualdade entre os gêneros e nem comprovada discriminação da mulher no mercado de trabalho. O Relator do incidente, Ministro Ives Gandra Martins Filho, entendeu que não há como se aplicar o princípio constitucional da igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, *caput* e inciso I) de forma negativa, retirando o direito legítimo delas, presente no art. 384 da CLT e que tal dispositivo “*tem por objetivo resguardá-las da nocividade do trabalho extraordinário, concedendo um período de tempo para que elas recomponham suas forças antes de iniciar a nova etapa de trabalho*”.

Na decisão, observou-se que a própria CF/88, em diversos artigos, confere tratamento desigual a homens e mulheres, de modo que a igualdade não deve ser entendida como um conceito absoluto. O Relator exemplificou tais diferenças de tratamento, advindas das compleições físicas específicas de homens e mulheres, citando os prazos diferenciados para a aposentadoria (art. 201, §7º, I, CF/88) e a isenção das mulheres do serviço militar obrigatório em tempo de paz (art. 143, §2º, CF/88). Nesse sentido, o Ministro ponderou que “*a igualdade jurídica entre homens e mulheres não afasta a natural diferenciação fisiológica e psicológica dos sexos*”, e que “*não escapa ao senso comum a patente diferença de compleição física de homens e mulheres*”.

Importante notar que, em sua argumentação, o relator Ministro Ives Gandra, destacou ainda o fato de que as mulheres que trabalham fora estão sujeitas à dupla jornada de trabalho e que “*por mais que se dividam as tarefas domésticas entre o casal na atualidade, o peso maior da administração da casa e da educação dos filhos acaba recaindo sobre a mulher*”. Por fim, ressaltou-se que o artigo 384 da CLT, por se inserir no capítulo que trata da proteção do trabalho da mulher, “*possui natureza de norma afeta à medicina e segurança do trabalho, infensa à negociação coletiva, dada a sua indisponibilidade*”.

A decisão proferida pelo Pleno do TST, em 2008, acabou por balizar as decisões seguintes adotadas pela mesma Corte Superior²⁶⁷, com o entendimento preponderante no

²⁶⁷ RECURSO DE REVISTA. TRABALHO DA MULHER. PRORROGAÇÃO DE JORNADA. INTERVALO PARA DESCANSO. ARTIGO 384 DA CLT. I - Conquanto homens e mulheres, à luz do inciso I do artigo 5º da Constituição, sejam iguais em direitos e obrigações, é forçoso reconhecer que elas se distinguem dos homens, sobretudo em relação às condições de trabalho, pela sua peculiar identidade biossocial. II - Inspirado nela é que o legislador, no artigo 384 da CLT, concedeu às mulheres, no caso de prorrogação da jornada normal, um intervalo de quinze minutos antes do início do período de sobretrabalho, cujo sentido protetivo, claramente discernível na *ratio legis* da norma consolidada, afasta, a um só tempo, a pretensa agressão ao princípio da isonomia e a avantajada ideia de *capitis deminutio* em relação às mulheres. III - Aliás, a se levar às últimas consequências o que prescreve o inciso I do artigo 5º da Constituição, a conclusão então deveria ser no sentido de se estender aos

sentido de que a norma do art. 384 da CLT tem vigência porque recepcionada pela Constituição de 1988, por ainda haver desigualdades entre homens e mulheres quanto à divisão das tarefas domésticas, e em virtude do maior desgaste físico e psicológico das mulheres que trabalham²⁶⁸.

Mais recentemente, esse entendimento também foi analisado pelo Supremo Tribunal Federal. O Plenário do STF, primeiramente, reconheceu a repercussão geral no Recurso Extraordinário (RE) 658.312, no qual uma rede de supermercados de Santa Catarina questionava a constitucionalidade do art. 384 da CLT, que confere, apenas à mulher, um período de descanso de 15 minutos antes do início de trabalho extraordinário, em caso de prorrogação da jornada de trabalho. O empregador recorrente aduzia que o referido dispositivo afrontava a isonomia entre homens e mulheres, prevista na CF/88 (arts. 5º, *caput* e inciso I, e 7º, XXX). O Ministro Dias Toffoli, relator do recurso extraordinário, admitiu que a discussão tinha o potencial de se repetir em inúmeros processos em todo o país e que seria relevante para todas as categorias de trabalhadores e empregadores, sujeitas a se deparar com situação semelhante²⁶⁹. Assim, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), em decisão²⁷⁰ datada de novembro de 2014, negando provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 658.312, firmou, por maioria, o entendimento de que o art. 384 da CLT, aplicado somente às mulheres, não viola o princípio da igualdade, presente na CF/88, mantendo o posicionamento, nesse

homens o mesmo direito reconhecido às mulheres, considerando a penosidade inerente ao sobretrabalho, comum a ambos os sexos, e não a que preconizam aqui e acolá o princípio da isonomia, expresso também no tratamento desigual dos desiguais na medida das respectivas desigualdades, prestar-se como fundamento para a extinção do direito consagrado no artigo 384 da CLT. IV - Nesse sentido, consolidou-se a jurisprudência desta Corte, no julgamento do Processo nº TST-IIN-RR-1.540/2005-046-12-00.5, ocorrido na sessão do Pleno do dia 17.11.2008, em acórdão da relatoria do Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho. V - Recurso provido. (TST, 4ª T., RR 42400-97.2009.5.04.0221 – Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen, Dje. 17.12.2010).

EMBARGOS. RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007. ART. 384 DA CLT. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. A controvérsia em torno da adequação constitucional do artigo 384 da CLT veio a ser dirimida por esta Corte em 17.11.2008, ocasião em que se decidiu pela observância da norma consolidada. Nesse esteio, o descumprimento do intervalo previsto no art. 384 da CLT não importa em mera penalidade administrativa, mas sim em pagamento de horas extras correspondentes àquele período, tendo em vista tratar-se de medida de higiene, saúde e segurança do trabalhador. Recurso de embargos conhecido e provido. (TST, E-RR 28684/2002-900-09-00.0, SBDI-1, Rel. Min. Senna Pires, Dje. 20.02.2009).

INTERVALO DO ART. 384 DA CLT. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. O Tribunal Pleno desta Corte, no julgamento do TST-IIN-RR-1540/2005-046-12-00-5, em 17.11.2008, decidiu que o art. 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição da República. São, assim, devidas horas extras pela não concessão do intervalo nela previsto. Embargos conhecidos e desprovidos. (TST, E-RR 465500-41.2003.5.09.0068, SDI-1, Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Dje. 12.3.10).

²⁶⁸ NOCCHI, Andréa Saint Pastous. *Discriminação da mulher: o olhar do Judiciário trabalhista*. In: BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Trabalho e Igualdade: Tipos de discriminação no ambiente do trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; Escola Judicial do TRT da 4ª R., 2012, p. 142-146.

²⁶⁹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 494 e 495.

²⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 658.312/SC, Relator Ministro Dias Toffoli, Data de Julgamento: 27.11.2014, Sessão Plenária, Data de publicação: 10.02.2015. (Inteiro teor disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7708619>. Acesso em: 20/04/2015).

mesmo sentido, do Pleno do Tribunal Superior do Trabalho (TST)²⁷¹. *In verbis*, a ementa da mencionada decisão do STF:

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 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. (STF, Pleno, RE 658.312/SC, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27/11/2014, DJE 10.02.2015)

Interessante salientar alguns dos argumentos trazidos no voto do Ministro Relator Dias Toffoli, o qual foi seguido, na ocasião, pela maioria dos integrantes do Pleno do STF. Ao mesmo tempo em que a CF/88 estabeleceu cláusula específica de igualdade de gênero, enfatizou o Ministro, ela admitiu o tratamento diferenciado, levando em conta a “*histórica exclusão da mulher do mercado de trabalho*”, a existência de “*um componente orgânico, biológico, inclusive de menor resistência física da mulher*”; bem como o componente social, a existência da chamada dupla jornada decorrente do acúmulo de atividades, pela mulher, no lar e no trabalho o que “*é uma realidade e, portanto, deve ser levada em consideração na interpretação da norma*”. O prazo menor de aposentadoria para a mulher, a cota de 30% para

²⁷¹ MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 728-730.

elas nas eleições e a lei “Maria da Penha” são exemplos desse tratamento diferenciado permitido em nosso ordenamento. Assim, Dias Toffoli considerou que o art. 384 da CLT também trata de uma situação desigual de forma proporcional.

Em seu voto, Dias Toffoli observou que nem a inserção de cláusulas de proteção ao trabalho da mulher, nem a de igualdade entre os gêneros “*impediram, como é sabido, a plena igualdade entre os sexos no mundo dos fatos*”. A revogação legislativa, com o tempo, de alguns dispositivos protetores do trabalho da mulher, como os artigos 374 a 376, 378 a 380 e 387 da CLT, foi observada pelo Relator. Ocorre que, justamente, o legislador optou por manter a regra do artigo 384 da CLT, a fim de garantir, à mulher, segundo ele, uma diferenciada proteção no período de descanso dada sua identidade biossocial peculiar e “*sua potencial condição de mãe, gestante ou administradora do lar*”. O Relator afastou, ainda, os argumentos de que a manutenção do intervalo prejudicaria o acesso da mulher ao mercado de trabalho, com a possível preferência do empregador a contratar homens ao invés de mulheres, porque “*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*”.

Além disso, a decisão ressalta que 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 adequadas condições de segurança, ficando protegida contra eventuais riscos de acidentes e de doenças relacionadas ao trabalho, de modo que o período de descanso contribui para a melhoria do meio ambiente profissional, conforme as exigências dos artigos 7º, XXII, e 200, II e VIII, da CF/88. De acordo com o Relator, o art. 384 da CLT não viola a universalidade dos direitos do homem, porque o legislador vislumbrou a necessidade de se dar maior proteção às trabalhadoras mulheres, e fez isso de forma proporcional e justificada. Indicou, assim, o Ministro que não se deve ampliar, aos homens, a interpretação de tal dispositivo, sob a tese genérica da isonomia, pois, “*adotar a tese ampliativa acabaria por mitigar a conquista obtida pelas mulheres*”.

O intervalo do art. 384 da CLT foi, assim, pelo Pleno do STF, considerado recepcionado pela atual Constituição Federal. Entretanto, como o próprio Ministro Dias Toffoli ressaltou, o dispositivo em questão não está imune a futuras modificações legislativas. Nesse sentido, o Relator não considera que “*essa norma constitua um núcleo irreversível do direito fundamental, ou que implique o mínimo existencial social do direito fundamental da trabalhadora mulher*”. Dessa maneira, havendo “*efetivas razões fáticas e políticas para a*

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”.

Deve-se, assim, acompanhar a possível evolução e alteração legislativa a respeito do intervalo contido no art. 384 da CLT. Ocorre que, por enquanto, tal decisão vem norteando os recentes posicionamentos dos Tribunais trabalhistas, o que não impede, entretanto, de ela ter gerado críticas por parte da doutrina e também dos aplicadores do direito. *In verbis*, recentes decisões de Tribunais Trabalhistas que seguem a corrente favorável à constitucionalidade do art. 384 da CLT:

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE. INTERVALO ANTERIOR À PRORROGAÇÃO DA JORNADA. ART. 384 DA CLT. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A atual jurisprudência do TST considera que o art. 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Não se trata aqui de discutir a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres. A mulher não é diferente como força de trabalho, pode desenvolver com habilidade e competência as atividades a que se dispuser ou que lhe sejam impostas. No entanto, o legislador procurou ampará-la, concedendo-lhe algumas prerrogativas voltadas para a proteção da sua fisiologia. O STF já decidiu a matéria no processo (RE) 658312, no dia 27/11/2014, divulgação no DJe em 9/2/2015, publicação em 10/2/2015), firmando a tese de que "o artigo 384 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) foi recepcionado pela Constituição da República de 1988. O dispositivo, que faz parte do capítulo que trata da proteção do trabalho da mulher, prevê intervalo de no mínimo 15 minutos para as trabalhadoras em caso de prorrogação do horário normal, antes do início do período extraordinário", confirmando, assim, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho no sentido de que a concessão de condições especiais à mulher não fere o princípio da igualdade contido no artigo 5º da Constituição Federal. Recurso de revista a que se dá provimento (TST, 6ª T., RR 4918320105040304, Relª. Kátia Magalhães Arruda, DEJ 22.05.2015).

INTERVALO DO ART. 384 DA CLT. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA NO STF. Em recente decisão nos autos do RE 658312, sobre a matéria, recurso ao qual foi negado provimento, o Plenário do STF firmou tese, com repercussão geral reconhecida, de que o intervalo do art. 384 da CLT foi recepcionado pela CF/88, tendo as trabalhadoras direito a um intervalo de 15min antes do início da jornada extraordinária. Com efeito, o direito ao referido intervalo, segundo a referida decisão, não esbarra no direito igualitário entre homens e mulheres, na medida em que se pauta pela "existência de um componente orgânico, biológico, inclusive pela menor resistência física da mulher" e também em razão do componente social, por ser notória, para a mulher, a execução da chamada "dupla jornada", cuja realidade não pode ser desconhecida, razão pela qual também deve ser levada em consideração na interpretação da norma, a exemplo da contagem do tempo de serviço inferior ao do homem para a aposentadoria, ou a cota de 30% para mulheres nas eleições, no que se justifica considerar os "aspectos de evidente desigualdade de forma proporcional", conforme o voto do Relator, Min. Dias Toffoli. (TRT 4ª R., 2ª T., RO 0001520-54.2012.5.04.0384, Rel. Marcelo José Ferlin D'Ambroso, DJE 16.04.2015).

INTERVALO DO ARTIGO 384 DA CLT. O art. 384 da CLT constitui norma de ordem pública, que tem como escopo a proteção à saúde, segurança e higidez física da mulher. A proteção ao labor da mulher quanto a sua duração, configura-se proteção à situação desigual, sem qualquer ofensa ao Princípio Constitucional da Igualdade. O artigo 384 da CLT está inserido no Capítulo III Da proteção do

trabalho da mulher - que existe em função de sua condição especial. Em 27 de novembro de 2014, o Plenário do STF, ao analisar a temática, no Recurso Extraordinário (RE) 658.312, com repercussão geral reconhecida, declarou a constitucionalidade do artigo 384 da CLT. Ainda, hoje, é a mulher a responsável pelo lar, mas diferente do que acontecia há algumas décadas atrás, estão tornando-se, em paridade com os homens, as responsáveis pelo sustento da família, realizando, assim, verdadeiras jornadas duplas. O desgaste destas exigências sobre corpos fisiologicamente mais frágeis deve ser levado em conta ao interpretar-se o artigo em comento. (TRT 2ª R., 14ª T., RO 20150315087, Rel. Francisco Ferreira Jorge Neto, DJE. 30.04.2015).

INTERVALO PREVISTO NO ART. 384 DA CLT - INAPLICABILIDADE AO TRABALHADOR DO SEXO MASCULINO. Embora o disposto no artigo 384 da CLT tenha sido recepcionado pela Lei Maior, o intervalo em apreço não se estende ao trabalhador de sexo masculino, em razão, notadamente, do maior desgaste natural da mulher trabalhadora, não havendo sequer falar-se em afronta ao princípio da igualdade ou quanto à proibida distinção de salários, funções ou critérios de admissão por motivo de sexo. (TRT 3ª R., RO 0000087-86.2014.5.03.0185, Rel. Julio Bernardo do Carmo, publicado em 26.05.2014).

Dessa forma, observa-se que o entendimento proferido na recente decisão do Plenário do STF, no sentido de recepcionar constitucionalmente o art. 384 da CLT, mantendo o também recente posicionamento do Pleno do TST, apesar de ser alvo de críticas e de ser considerado conservador, finalmente, abriu caminho para a uniformização da matéria. Assim, inegável é a amenização da insegurança jurídica advinda das constantes contradições doutrinárias e jurisprudenciais que se refletiam em diversos julgamentos distintos nos tribunais do país, a partir dessas decisões. Não por menos, a repercussão geral do tema suscitado foi reconhecida pelo STF em tal decisão referida, considerando a repetição de tal discussão em muitos processos pelo país, bem como o interesse de todas as categorias de trabalhadores e empregadores em relação à validade desse dispositivo. Além disso, o fato de tais decisões não descartarem a alteração futura do entendimento sobre o tema, tanto pelo legislativo, quanto pelo judiciário, permitindo a adequação de interpretação conforme eventuais mudanças ocorridas na sociedade, demonstra, de certa forma, que as contradições de opiniões acerca do assunto não deixam de ser pertinentes. Acrescenta-se, ainda, que tal debate é reflexo do atual período de transição da sociedade brasileira, e, mais especificamente, das mulheres que trabalham, uma vez que, apesar dos evidentes avanços no combate à discriminação entre os gêneros e na busca pela igualdade no ambiente do trabalho, é difícil considerar já estar completamente superada as consequências herdadas do nosso recente passado patriarcal e machista.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa se propôs, importante ressaltar, a analisar e a esclarecer os argumentos jurídicos que compõem as interpretações, por muito tempo conflitantes, dadas, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência, ao art. 384 da CLT, referente ao intervalo de descanso obrigatório de 15 minutos, antes do início do período extraordinário, direcionado, exclusivamente, ao trabalho feminino. Tais posicionamentos divergem, como se observou durante o estudo, não somente em relação ao objeto de tutela de tal dispositivo legal - se a saúde dos trabalhadores, se a proteção de uma condição fisiológica feminina ou se o desempenho das responsabilidades do lar e da família -, mas também em relação ao conceito e ao objetivo do princípio constitucional da igualdade em relação ao gênero, instituído em nossa Constituição Federal de 1988, bem como em relação à necessidade ou não, na conjectura atual, da existência dessa proteção legal especial ao trabalho da mulher. Dessa forma, em virtude da complexidade, da contrariedade e da influência de diversas questões, não só jurídicas, como também sociais, ainda em constante mudança, envolvidas no tema, não cabe, nessas conclusões finais, o estabelecimento de parâmetros interpretativos exatos e definitivos, mas sim a tentativa de, após a análise extensa dos institutos jurídicos envolvidos, compreender as justificativas trazidas pelos doutrinadores e intérpretes do direito, e verificar em que medida elas se adéquam à realidade vivida, ou mesmo, almejada por nossa sociedade.

Diante desse cenário, fez-se necessário o estudo aprofundado do princípio constitucional da igualdade para que fosse possível a compreensão de sua importância, na atual ordem democrática, bem como de sua influência, como orientador interpretativo de diversas normas presentes em nosso ordenamento jurídico, tal qual o art. 384 da CLT. Foi retomada, primeiramente, a evolução histórica e conceitual por que tal princípio passou. Observou-se que a igualdade sempre esteve presente nas diferentes épocas e culturas e que ela motivou grandes transformações políticas e sociais no mundo, passando a estar ligada, atualmente, à ideia de democracia e de justiça. Por isso, tal princípio acabou por se fazer presente em diversas Constituições democráticas, tal qual a nossa de 1988, e declarações internacionais de direito que se preocuparam, cada vez mais, com a sua efetivação. A natureza fisiológica do homem e da mulher, a diversidade da estrutura física e psicológica humana, bem como as estruturas políticas, culturais e sociais, incentivaram o novo sistema jurídico a consagrar a máxima aristotélica, segundo a qual o princípio da igualdade consiste, primordialmente, em igualar os iguais e desigualar os desiguais, na medida de suas

desigualdades (conceito material), pressupondo certas diferenciações que resguardam um tratamento justo, e não apenas em igualar todos perante a lei (conceito formal).

Ao analisar as Constituições brasileiras, ao longo da história, percebeu-se que, devido às constantes políticas favoráveis a um determinado número reduzidíssimo de cidadãos, o princípio da igualdade, apesar de sempre ter estado presente em nosso ordenamento jurídico, não possuía a mesma amplitude e abrangência dos dias atuais. O advento do Estado Democrático de Direito, no Brasil, colocou o princípio isonômico, em sua faceta material, como principal norteador para o combate de diversas injustiças sociais e econômicas, bem como da concentração de renda e das práticas discriminatórias, tão frequentes em nosso país. Dessa maneira, o Estado, na atual democracia, conforme analisado, através de ações afirmativas, as quais favorecem determinados grupos sociais que, em um passado próximo, sofreram discriminações ferrenhas e que ainda se refletem no dia-a-dia da sociedade, busca corrigir disparidades, compensando-as e baseando-se em requisitos de justificação que as legitimem, de forma razoável e proporcional. Nesse contexto, frisou-se que, também o direito do trabalho adotou tal princípio da igualdade como pilar de suas normas, criando um sistema de proteção trabalhista estatal contra a discriminação, compensando as desigualdades existentes na relação de emprego, através de tutelas específicas ao trabalhador.

A intervenção legislativa do Estado, no tocante à proteção do trabalho feminino, objeto de estudo em capítulo específico da presente monografia, passou, como visto, por modificações ao longo dos anos, tanto no âmbito internacional, quanto no âmbito nacional. Um primeiro período foi marcado pela aplicação intensa de dispositivos na defesa da mulher, considerada “meia-força” de trabalho, justificado pelo descaso e pela opressão que ela sofria no ambiente empregatício e no próprio ambiente familiar. Todavia, com as mudanças culturais da sociedade em relação ao trabalho assalariado da mulher, e com a inserção do princípio da igualdade de gênero em várias normas do ordenamento jurídico, inclusive as trabalhistas, constatou-se que a tendência legislativa passou a ser a de eliminação do excesso de proteção considerada paternalista e discriminatória, que acabava por limitar o acesso da mulher, ao mundo do trabalho, ao invés de protegê-las, como o ocorrido, gradativamente, com diversos dispositivos da CLT, mencionados no decorrer do trabalho.

Já, como fundamentos atuais para a permanência legislativa de certos dispositivos protetores do trabalho feminino, mesmo após o advento da CF/88, encontram-se, essencialmente, fatores fisiológicos, de acordo com os quais a mulher não seria dotada da mesma resistência física do homem, tendo uma constituição mais frágil, bem como fatores

histórico-culturais, segundo os quais seria interesse da sociedade a defesa da família e da maternidade. Soma-se, a isso, o fato sabido de que, inobstante a elevação do princípio da igualdade material entre os gêneros à norma constitucional democrática do Brasil, e inobstante o maior ingresso da mulher no mundo do trabalho, não se atingiu, ainda, a completa igualdade e não discriminação entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, uma vez que desigualdades de salários e de oportunidades, por exemplo, ainda são práticas recorrentes em nosso país.

Com efeito, apontou-se, de forma breve, que a análise de recepção constitucional do disposto em leis e em atos normativos infraconstitucionais, como as normas celetistas de proteção ao trabalho da mulher, é necessária para a verificação da sua compatibilidade com os dizeres e princípios de uma nova ordem constitucional, tal qual a igualdade de direitos e obrigações entre os sexos, disciplinada na CF/88. Considerando que os princípios servem de base para a interpretação e aplicação das normas, concluiu-se que, mesmo não estando revogados expressamente pelo legislador, certos dispositivos infraconstitucionais, como os inseridos no Capítulo III da CLT, podem ter sua receptividade constitucional questionada. Nessa medida, justifica-se o debate acerca da constitucionalidade do art. 384 da CLT pelos intérpretes e aplicadores do direito, uma vez que ele confere tratamento específico à mulher, e, cujo caráter, com o advento da CF/88, passou a ser discutível, se isonômico ou discriminatório em razão do sexo, nos dias de hoje, em virtude, essencialmente, dos artigos 5º, *caput* e I e 7º, XX e XXX, da Carta Magna, que preceituam ideias igualitárias e protetoras do mercado de trabalho da mulher.

Assim, fez-se a explanação das três vertentes interpretativas, doutrinárias e jurisprudenciais, acerca da validade e do alcance do dispositivo celetista referido. Uma delas defende a tese de que o art. 384 da CLT não foi recepcionado pela Lei Maior basicamente por não vislumbrar diferenças femininas que justifiquem a manutenção da norma, por considerar que o princípio constitucional da igualdade não permite esta diferenciação e por crer que o empregador possa preferir a contratação da mão de obra masculina, em detrimento da feminina, por não ter que conceder, a eles, o intervalo em questão, causando discriminação. A outra, visando à ampliação interpretativa do dispositivo em questão, estendendo-o também aos homens, entende que o artigo não deve ser revogado, uma vez que dispõe sobre norma de saúde, atendendo aos ditames previstos constitucionalmente. A terceira tese, por fim, de caráter mais conservador, diz respeito à recepção, pela Constituição Federal de 1988, do art. 384 da CLT, defendendo, essencialmente, que as peculiaridades físicas, culturais e sociais,

como a dupla jornada, da mulher, justificam a manutenção da norma como posta, não acarretando em discriminação, pois se estaria, aqui, aplicando tratamento desigual aos desiguais, conforme prevê o princípio constitucional da igualdade, em seu sentido material. Observou-se, ainda, que as recentes manifestações do Pleno do TST, bem como do Pleno do STF sobre o tema, após o reconhecimento de sua repercussão geral, filiaram-se, por maioria, à tese da recepção constitucional de tal artigo, mesmo havendo decisões contrárias proferidas por diversos Tribunais obreiros. Tal abordagem das decisões jurisprudenciais, cabe salientar, permitiu a verificação da aplicação dos conceitos, teorias e posições pesquisadas, bem como a percepção da confusão, por muito tempo, presente no judiciário em relação ao tema.

Por todo o exposto, encerra-se a presente pesquisa com a observação de que tais contradições de opiniões e debates sobre o tema, por muito tempo, ocorridos nos Tribunais, são reflexo do período de transição em que vive a sociedade brasileira, e, mais especificamente, as mulheres trabalhadoras. Não faz muito que a discriminação da mulher, no ambiente de trabalho, vem sendo combatida pela legislação protetora e, sabe-se, ainda há, na prática, resquícios da sociedade patriarcal opressora de outrora, como as diferenças salariais em razão do sexo ainda, por vezes, presentes e as responsabilidades no cuidado do lar e dos filhos, que, essencialmente, a elas, são impostas. Ocorre que, nessa mesma conjectura, o princípio da igualdade de direitos e obrigações entre os gêneros, na nossa sociedade democrática, toma cada vez maior relevância, sendo responsável pela retirada de diversos dispositivos da CLT, que não mais eram condizentes com as necessidades das mulheres trabalhadoras, e que acabavam por configurar tratamento discriminatório. Dessa maneira, difícil haver consenso sobre o tema, de modo que, as justificativas apontadas pelas diferentes teses, de certa forma, fundamentam-se em aspectos culturais e sociais pertinentes.

Assim, mesmo considerados conservadores e criticados por muitos, importante foram os posicionamentos firmados pelo Pleno do STF, e pelo Pleno do TST, no sentido de recepcionar constitucionalmente o art. 384 da CLT, uma vez que, finalmente, abriram caminho para a uniformização do entendimento da matéria, evitando a insegurança jurídica advinda de diversos julgamentos distintos multiplicados nos tribunais do país. Além disso, salienta-se que tais decisões não descartaram futuro tratamento e alterações legislativas ou, até mesmo, jurisprudenciais de interpretação do art. 384 da CLT, conforme eventuais mudanças ocorridas na sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBERGARIA, Bruno. *Histórias do Direito: evolução das leis, fatos e pensamentos*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. *O trabalho da mulher e o princípio da igualdade*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, vol. 79, nº 3, jul./set., 2013.
- ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *Direito do Trabalho – I*. São Paulo: LTr, 2014.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução: Pietro Nassetti. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.
- BACHUR, Tiago Faggioni; MANSO, Tânia Faggioni Bachur da Costa. *Licença-maternidade e salário maternidade na teoria e na prática*. São Paulo: Franca Lemos e Cruz, 2010.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Igualdade e discriminação no ambiente de trabalho*. In: BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Trabalho e Igualdade: Tipos de discriminação no ambiente do trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; Escola Judicial do TRT da 4ª R., 2012.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos editor, 2002.
- BELTRAN, Ari Possidonio. *Direito do Trabalho e Direitos Fundamentais*. São Paulo: LTr, 2002.
- BOBBIO, Norberto; tradução de Carlos Nelson Coutinho. *Igualdade e Liberdade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARRION, Valentin. *Comentários à CLT: Legislação complementar/Jurisprudência*. 39. ed. rev. e atual. Por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.
- CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. *O direito à diferença: ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- DANI, Marcos Ulhoa. *Aplicabilidade do art. 384 da CLT em face da nova ordem constitucional*. In: Revista de Direito do Trabalho. São Paulo, n.131, jul./set. 2008.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. *A dispensa discriminatória e os direitos fundamentais do trabalhador*. In: SILVA, Alessandro da; MAIOR, Jorge Luiz Souto; FELIPPE, Kenarik Boujikian; SEMER, Marcelo. *Direitos humanos: essência do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

- DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre a mulher e seus direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: dicionário da língua portuguesa*. 7. ed. Curitiba: Positivo, 2008.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FILHO, José Claudio Monteiro de Brito. *Ações Afirmativas*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2013.
- GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- GARCIA, Maria da Glória F. P. D. *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005.
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade: O direito como instrumento de transformação social. A experiência dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- GOMES, Mauricio Pereira. *Intervalo do artigo 384 da CLT – discursos em disputa na jurisprudência trabalhista – uma contribuição da categoria gênero*. In: *Justiça do Trabalho*. V. 29. Nº 347. Porto Alegre: HS Editora Nota Dez, Nov/2012.
- GOMES, Orlando; GOTTSCALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GOSDAL, Thereza Cristina. *Apresentação*. In: *Trabalho da mulher*. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. v. 3 – n. 32 – jul/ago de 2014.
- GOSDAL, Thereza Cristina. *Discriminação da mulher no emprego*. Curitiba: Genesis, 2003.
- GUNTHER, Luiz Eduardo; ZORNIG, Cristina Maria Navarro. *O trabalho da mulher e os artigos 376, 383 e 384 da CLT*. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª R. Ano XXIV. nº. 24*. Ceará: Justiça do Trabalho do Ceará: jan. a dez./01.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro Salles. *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*. Traduzido por J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- KLOSS, Larissa Renata. *O polêmico artigo 384 da CLT*. In: *Trabalho da mulher*. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. v. 3 – n. 32 – jul/ago de 2014.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. v. II.
- MALLET, Estêvão. *Igualdade, Discriminação e Direito do Trabalho*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, vol. 76, nº 3, jul./set., 2010.
- MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

- MONTEIRO JÚNIOR, Francisco José. *Trabalho da mulher: o art. 384 da CLT e a lei Maria da Penha e seus aspectos trabalhistas*. In: FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Trabalho da mulher: homenagem a Alice Monteiro de Barros*. São Paulo: LTr, 2009.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2013.
- MOURA, Marcelo. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 37. ed. São Paulo: LTr, 2012.
- NOCCHI, Andréa Saint Pastous. *Discriminação da mulher: o olhar do Judiciário trabalhista*. In: BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Trabalho e Igualdade: Tipos de discriminação no ambiente do trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; Escola Judicial do TRT da 4ª R., 2012.
- OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. *Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.
- OLIVEIRA, Maria Fernanda Pereira de. *A interpretação do artigo 384 da Consolidação das leis de trabalho e o tratamento isonômico entre homens e mulheres*. In: Repertório IOB de jurisprudência. nº 13. São Paulo: jul/08.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Manual de Direito do Trabalho*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.
- PAZZIM, Tanara Lilian. *(Des)igualdade de remuneração entre gêneros*. In: BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Trabalho e Igualdade: Tipos de discriminação no ambiente do trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; Escola Judicial do TRT da 4ª R., 2012.
- RESENDE, Ricardo. *Direito do Trabalho Esquemático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio Constitucional da Igualdade*. Belo Horizonte: Editora Lê, 1990.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2002.
- SAAD, Eduardo Gabriel. *Consolidação das Leis do Trabalho: comentada*. 44. ed. São Paulo: LTr, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
- SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1999.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- VECCHI, Ipojucan Demétrius. *Igualdade de gênero nas relações de trabalho: a prova da discriminação*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; FILHO, Luiz Philippe Vieira de Mello; FRAZÃO, Ana de Oliveira. *Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- VIANNA, Segadas. *Trabalho da Mulher*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; FILHO, Luiz Philippe Vieira de Mello; FRAZÃO, Ana de Oliveira. *Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- ZANGRADO, Carlos Henrique da Silva. *Curso de Direito do Trabalho: tomo III*. São Paulo: LTr, 2008.