

VOTO

O Senhor Ministro **Cristiano Zanin** (Vogal): Trata-se de agravo regimental em recurso extraordinário interposto por Lojas Riachuelo S.A., no qual se pretende a reforma da decisão a Ministra Relatora Cármen Lúcia, assim ementada:

“ RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PROTEÇÃO AO MERCADO DE TRABALHO DA MULHER. ESCALA DE REVEZAMENTO QUINZENAL PREVISTA NO ART. 386 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA: MATÉRIA ANÁLOGA ÀQUELA DO TEMA 528 DA REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (Doc. eletrônico 126, p. 1).

Em síntese, a recorrente sustenta que não há estrita aderência ao Tema 528, no que o recurso extraordinário deve ser submetido ao plenário:

“16. De pronto deve ser explicitado que a compreensão externada pela Corte no RE 658.312, Toffoli, não tem aderência estrita ao presente recurso extraordinário. Em verdade, quando muito aquele julgado fornece algum norte à solução desses autos, não justifica seja ele utilizado como razão de decidir, pura e simples, desse recurso extraordinário, o qual suscita diversas outras questões constitucionais” (Doc. eletrônico 4, p. 4).

Assim, o feito foi pautado no Plenário Virtual.

Após os votos da Ministra Cármen Lúcia e do Ministro Alexandre de Moraes, que negaram provimento ao recurso, e dos Ministros Luiz Fux e Luís Roberto Barroso, que dava provimento ao recurso, os autos foram remetidos ao meu gabinete.

É o relatório. Decido.

Em síntese, nos autos, discute-se o acórdão do Tribunal Superior do Trabalho (TST) que estabeleceu que o art. 386 da CLT permanece plenamente válido em favor das mulheres, a despeito da vigência da Lei n. 10.101/2020:

“RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELAS LEIS 13.015/2014 E 13.467/2017. PROTEÇÃO AO MERCADO DE TRABALHO DA MULHER – ART. 7º, XX, DA CF/88. TRABALHO AOS DOMINGOS NAS ATIVIDADES DO COMÉRCIO EM GERAL. APLICAÇÃO DA ESCALA DE REVEZAMENTO QUINZENAL PREVISTA NO ART. 386 DA CLT. Cinge-se a controvérsia à aplicação da escala de revezamento que favoreça o descanso semanal com maior frequência aos domingos das mulheres que trabalham em atividade de comércio, dada a aparente antinomia que é suscitada entre o disposto no art. 386 da CLT e no art. 6º, parágrafo único, da Lei n. 10.101/2000, com redação dada pela Lei n. 11.603/2007. Aplica-se ao caso a ratio decidendi fixada pelo Tribunal Pleno do TST, na rejeição da arguição de inconstitucionalidade do art. 384 da CLT, com o posterior endosso do STF que, ao julgar o RE 658312, com repercussão geral, em sessão virtual concluída em 14/set/2021, firmou a seguinte tese: “O art. 384 da CLT, em relação ao período anterior à edição da Lei n. 13.467/2017, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, aplicando-se a todas as mulheres trabalhadoras”. Antes, as premissas ressaltadas pelo Tribunal Pleno do TST, ao rejeitar a arguição de inconstitucionalidade do art. 384 da CLT, foram substancialmente as de que o “ônus da dupla missão, familiar e profissional, que despenha uma mulher trabalhadora” e “o peso maior da administração da casa e da educação dos filhos acaba recaindo sobre a mulher”. Com rigor, essas são as mesmas premissas que justificariam a aplicação da regra protetiva expressamente prevista no art. 386 da CLT, a qual permanece intacta após a denominada “Reforma Trabalhista” (Lei n. 13.467/2017). Em proveito da recepção pela ordem constitucional do art. 386 da CLT e de sua prevalência ante a regra mais abrangente do art. 6º da Lei n. 10.101/2000, põem-se em enlevo as seguintes premissas jurídicas que, com efeito, repercutem dados e valores culturais: a) o art. 7º, XX da Constituição prevê, entre os direitos fundamentais, a “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”, o que induz à relevância de preceitos de lei que viabilizem progressivamente o ingresso das mulheres no mundo institucional do trabalho, sem embargo do tempo maior que dedicam à reprodução, formação e sociabilização da força de trabalho (cabe redarguir, como argumento ad terrorem e em desalinho com dados estatísticos, a ilação de ser a

proteção das condições de trabalho da mulher um fator de redução da sua empregabilidade); b) em respeito à tridimensionalidade da norma jurídica, e agora sob o prisma histórico-cultural, é tempo de o Direito inverter a lógica perversa de desconsiderar ou comprometer o tempo dedicado à reprodução (trabalho reprodutivo) da fonte de trabalho mediante a atribuição à mulher de trabalho produtivo em condição incompatível com a sua função biológica, econômica e social; c) o art. 386 da CLT revela um estágio evolutivo na concretização do art. 7º, XX da Constituição que não comporta retrocesso se a restrição que se busca, por meio da atividade jurisdicional e de lege ferenda, não atende à exigência de ser “medida compatível com a natureza desses direitos e exclusivamente com o objetivo de favorecer o bem-estar geral em uma sociedade democrática” (art. 4º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais); d) a progressividade dos direitos humanos e fundamentais – prevista no art. 2º.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos e, na espécie, no caput do art. 7º da Constituição – reveste-se de caráter normativo e se submete ao controle jurisdicional, consoante vem de decidir a Corte Interamericana de Direitos Humanos desde o caso Acevedo Buendía e outros vs Peru; e) o critério da especialidade, entre aqueles que servem à resolução de antinomias entre normas jurídicas, não é oponível à prevalência do art. 386 da CLT, em lugar do art. 6º da Lei n. 10.101/2000, dado que é aquele, e não este, o dispositivo que veicula a norma especial, vale dizer: da norma generalíssima contida na Lei n. 605/1949, raiz de todo o debate, destacam-se os destinatários da Lei n. 10.101/2000 (art. 6º), ou seja, todos os trabalhadores do comércio, e, dentre estes, destacam-se as mulheres trabalhadoras no comércio em geral – tuteladas, com maior especificidade, pelo art. 386 da CLT. Do contrário, a proteção de outros grupos vulneráveis potencialmente ativados no comércio - como crianças, adolescentes, idosos, pessoas com deficiência ou povos originários - estaria inviabilizada ante a predominância da regra consagrada, para todos, e todos indistintamente, na Lei n. 10.101/2000. Recurso de embargos conhecido e provido” (doc. eletrônico 92, pp. 01 a 04).

Em síntese, o TST entendeu que, às mulheres trabalhadoras, aplica-se o art. 386 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que assim dispõe:

“Art. 386 - Havendo trabalho aos domingos, será organizada uma escala de revezamento quinzenal, que favoreça o repouso dominical”.

Tal interpretação favorável ao grupo vulnerável coexiste com a vigência da Lei 10.101/2000, que assim dispõe:

“Art. 6º Fica autorizado o trabalho aos domingos nas atividades do comércio em geral, observada a legislação municipal, nos termos do art. 30, inciso I, da Constituição. (Redação dada pela Lei nº 11.603, de 2007)

Parágrafo único. O repouso semanal remunerado deverá coincidir, pelo menos uma vez no período máximo de três semanas, com o domingo, respeitadas as demais normas de proteção ao trabalho e outras a serem estipuladas em negociação coletiva. (Redação dada pela Lei nº 11.603, de 2007)”.

Transcrevo trecho do voto do Ministro Augusto César Leite de Carvalho, do TST, que explica a questão:

“Logo, da norma generalíssima contida na Lei n. 605/1949, raiz de todo o debate, se destacam os destinatários da Lei n. 10.101/2000 (art. 6º.) – todos os trabalhadores do comércio e, destes, as mulheres trabalhadoras no comércio em geral tuteladas, com maior especificidade, pelo art. 386 da CLT. Do contrário, a proteção de outros grupos vulneráveis potencialmente ativados no comércio - como crianças, adolescentes, idosos, pessoas com deficiência ou povos originários - estaria inviabilizada ante a predominância da regra consagrada, para todos, e todos indistintamente, na Lei n. 10.101/2000. Não obstante cronologicamente anterior, a especialidade está presente no art. 386 da CLT, e não no art. 6º da Lei n. 10.101/2000. Em síntese, é dizer que, em proveito da recepção pela ordem constitucional do art. 386 da CLT e de sua prevalência ante a regra mais abrangente do art. 6º da Lei n. 10.101/2000, põem-se em enlevo as seguintes premissas jurídicas que, com efeito, repercutem dados e valores culturais: #8221px; (Doc. eletrônico 92, p. 7).

Noto que, topograficamente, o art. 386 encontra-se no Capítulo III (“Da proteção do trabalho da mulher”), no que é plenamente possível a interpretação da legislação infraconstitucional emanada pelo TST, em razão da aplicação do princípio da especialidade.

O recurso extraordinário fundamenta-se no princípio da isonomia, pois, para o recorrente, homens e mulheres merecem tratamento igual, em termos de descanso semanal remunerado:

“21. Quanto à afronta ao **artigo 5º, I da Constituição Federal**, verifica-se que esta fica nítida, na medida em que tal dispositivo constitucional trata da **igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres**, o que não se observa no presente caso, na medida em que aplica-se o art. 386 da CLT que é claramente inconstitucional.

22. Ainda, verifica-se violação da decisão ao **art. 7º, XX da Constituição Federal**, que estabelece a proteção do mercado de trabalho da mulher, não devendo prevalecer normas que importem em direto ou indireto desestímulo à garantia ou abertura do mercado de trabalho para a mulher.

23. O v. acórdão ainda demonstra **violação ao art. 7º, XV da Constituição Federal** que estatui o repouso semanal remunerado preferencialmente aos domingos e não obrigatoriamente.” (doc. eletrônico 9, p. 9 - grifado no original)

No entanto, o STF, ao julgar o Tema 528, posicionou-se pela constitucionalidade do art. 384 da CLT, que estabelecia tratamento favorecido às mulheres trabalhadoras, em relação ao intervalo antes da jornada extraordinária, nos seguintes termos:

“EMENTA Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Direito do Trabalho e Constitucional. Recepção do art. 384 da Consolidação das Leis do Trabalho pela Constituição Federal de 1988. **Constitucionalidade do intervalo de 15 minutos para mulheres trabalhadoras antes da jornada extraordinária. Ausência de ofensa ao princípio da isonomia.** Mantida a decisão do Tribunal Superior do Trabalho. Recurso não provido. 1. O assunto corresponde ao Tema nº 528 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do Supremo Tribunal Federal na internet. 2. O princípio da igualdade não é absoluto, sendo mister a verificação da correlação lógica entre a situação de discriminação apresentada e a razão do tratamento desigual. 3. A Constituição Federal de 1988 utilizou-se de alguns critérios para tratamento diferenciado entre homens e mulheres: i) em primeiro lugar, levou em consideração a histórica exclusão da mulher do mercado regular de trabalho e impôs ao Estado a obrigação de implantar políticas públicas, administrativas e/ou legislativas de

natureza protetora no 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. **O art. 384 da CLT, em relação ao período anterior à edição da Lei n. 13.467/2017, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, aplicando-se a todas as mulheres trabalhadoras.** Recurso extraordinário não provido, com a fixação da seguinte tese jurídica: “O art. 384 da CLT, em relação ao período anterior à edição da Lei n. 13.467/2017, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, aplicando-se a todas as mulheres trabalhadoras” (RE 658312 2º julg/SC, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 06/12/2021 - grifei).

Portanto, pelas mesmas razões firmadas no Tema 528, é constitucional a interpretação conferida pelo TST ao art. 386 da CLT e sua aplicabilidade às mulheres trabalhadoras.

Posto isso, acompanho a Ministra Relatora Cármen Lúcia e nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.