

VOTO – VISTA

O Senhor Ministro Luiz Fux: *Data vênia* ao entendimento da Ilustre Relatora, divirjo da conclusão firmada para o caso.

Com efeito, discute-se no recurso extraordinário conflito aparente entre a aplicação da norma inscrita no art. 386 da CLT e o art. 6º, parágrafo único, da lei 10.101/2000, com redação dada pela Lei 11.603/2007, uma vez que ambas cuidam do regime de folga de mulheres que trabalham em atividade de comércio. Isto é, enquanto a primeira prevê o descanso semanal com maior frequência aos domingos, a última o assegura a cada três semanas, senão, vejamos:

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

“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)”

Trata-se de Recurso Extraordinário interposto contra julgado da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho que, ao adotar o critério da especialidade para a resolução de antinomias entre normas jurídicas, assentou pela prevalência do art. 386 da CLT sobre o parágrafo único do art. 6º da Lei n. 10.101/2000, entendendo que aquele é o dispositivo que veicula a norma especial, apontando que os destinatários da Lei n. 10.101/2000 (art. 6º) são 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.

Em seu recurso, a recorrente alega violação do inc. I do art. 5º e os incs. XV e XX do art. 7º da Constituição da República, sob argumento de que “ *a escala diferenciada de repouso semanal afigura-se inconstitucional e*

ultrapassada por legislação mais atual e específica, já que a Constituição Federal fez abandonar-se a ideia da distinção entre sexos, salvo quanto às atividades específicas e de indiscutível necessidade”, razão pela qual aduz que o art. 386 da CLT, além de não ter sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, foi tacitamente revogado pelo parágrafo único do art. 6º da Lei 10.101, com redação dada pela Lei 11.603/2007.

Aponta a recorrente, após informar que, conforme Convenção Coletiva, possui atividade abrangida pela legislação para abertura aos domingos, “mormente em razão da atividade estar restrita aos ‘shopping centers’ em São José/SC”, que a Constituição Federal proclamou o repouso semanal “preferencialmente e não necessariamente aos domingos, podendo ser convencionado em outra data por ajuste entre o trabalhador e o empregador ou por meio de acordo coletivo, contanto que recaia, periodicamente, num domingo”.

A Relatora, Min. Cármen Lúcia, em 11/10/2022, negou provimento ao recurso extraordinário, nos termos a seguir ementados:

“ 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: MÁTERIA ANÁLOGA ÀQUELA DO TEMA 528 DA REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO”.

Da referida decisão, a recorrente interpôs agravo, sustentando, em síntese, violação ao art. 7º, XX da CF, no qual prevista proteção do mercado de trabalho das mulheres, uma vez que o art. 386 da CLT importa em desestímulo à garantia ou abertura do mercado de trabalho a elas. Aduz, ainda, que, “ diferente da análise feita pelo E. STF no Tema 528 do ementário temático de repercussão geral, a apreciação do presente caso deve ser realizada sob o manto constitucional dos arts. 7º, XV, XXVI, XXX e 5º, II, ambos da CF e com espeque nas Leis federais 605/1949 e 11.603/2007, que regulamentaram a Lei 10.101/2000, a qual prevê expressamente a permissão para labor aos domingos nas atividades do comércio em geral, observado apenas a legislação municipal, nos termos do artigo 30, I da CF, e o artigo 7º do Decreto n. 27.048 /49”

O agravo merece prosperar.

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, é o primeiro tratado internacional que versou de forma ampla acerca dos direitos humanos da mulher, prevendo, dentre outros, o direito de eliminar as discriminações contra a mulher, além de igualar seu tratamento e remuneração no mercado de trabalho e conceder-lhe proteção especial durante o período de gestação.

Entretanto, nem todos os direitos previstos na Convenção foram, em princípio, incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro. O Decreto Legislativo 93, de 1983, foi responsável por aprovar, com reservas, a Convenção, negando às mulheres, por exemplo, os mesmos direitos que os homens no que concerne à legislação relativa à livre circulação das pessoas e à liberdade de escolha de residência e domicílio e os mesmos direitos em relação ao marido em matéria de propriedade, aquisição, gestão, administração, gozo e disposição dos bens, tanto a título gratuito quanto a título oneroso. A Convenção só veio a ser integralmente incorporada no ordenamento brasileiro, pasmem, com o Decreto Legislativo 26, de 1994.

O objetivo primordial do referido instrumento internacional é promover o desenvolvimento de políticas públicas destinadas à valorização da mulher. Assim, seu propósito vai além de simplesmente buscar medidas para evitar a discriminação feminina no mercado de trabalho, propondo-se a criar condições propícias para que as mulheres possam desfrutar de maiores oportunidades em uma sociedade tradicionalmente machista. Almeja-se, com isso, concretizar a plena igualdade entre os gêneros. Implica dizer que, de acordo com a Convenção, as mulheres devem ser reconhecidas como detentoras de direitos e de vontades, em pé de igualdade com os homens, sem qualquer tipo de discriminação ou subordinação (GUERRA. Sidney. Direito Humanos: curso elementar. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2015. p. 237).

A Constituição de 1988 foi decisiva ao abolir de forma contundente qualquer forma de discriminação contra as mulheres no âmbito do emprego, assim como quaisquer restrições que pudessem limitar sua participação no mercado de trabalho, mesmo que justificadas sob a pretensão de proteção e tutela. Nesse contexto, a Constituição revogou determinadas disposições da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) que,

apesar de aparentemente benevolentes em sua intenção protetora, claramente resultavam em efeitos discriminatórios em relação às mulheres trabalhadoras (DELGADO, Maurício Godinho. Curso Direito do Trabalho. 13. ed., São Paulo: LTr, 2014, p. 839).

As estatísticas, porém, são fartas na constatação do quão deplorável é a posição do Brasil em matéria de desigualdade entre homens e mulheres no mercado de trabalho. Dentre os relatórios, menciona-se o *The Global Gender Gap Report*, 2018 produzido pelo *World Economic Forum* em que o Brasil ocupa a 95ª posição no ranking de disparidade entre homens e mulheres, que conta com 149 Estados listados. Entre os critérios estão a Participação Econômica e Oportunidades, Formação Educacional, Saúde e Expectativa de Vida e Empoderamento Político.

Em estudo mais recente, intitulado *Women, Business and the Law 2020*, produzido pelo Banco Mundial, o Brasil aparece com 81,9 pontos; bem atrás dos 100 pontos obtidos por países como Bélgica, Canadá, Dinamarca, França, Islândia, Letônia, Luxemburgo e Suécia, que lideram a lista. Neste estudo, avalia-se a situação das mulheres em relação aos homens sob 8 elementos econômico-sociais, sendo eles: (i) mobilidade; (ii) local de trabalho; (iii) salários; (iv) casamento; (v) maternidade, (vi) empreendedorismo, (vii) ativos, como propriedade e herança; e (viii) pensões. O diagnóstico é imperioso: o Brasil precisa aprimorar suas políticas de proteção ao trabalho feminino.

É preciso, porém, atentar-se para algumas distinções entre homens e mulheres na relação de trabalho, que a pretexto de “proteger” a mulher, acaba por excluí-las do mercado, o que colide com valores assegurados constitucionalmente.

No caso *sub examine*, embora ao longo do processo se tenha alegado a inaplicabilidade do art. 386 da CLT, após a entrada em vigor da Lei 10.101 aplicável às trabalhadoras do comércio, prevaleceu, no Tribunal de origem e na decisão agravada, o entendimento de que a norma celetista se dirigiria especificamente às mulheres, não podendo ser afastada por norma posterior de cunho geral, mesmo que específica aos trabalhadores do comércio.

Concessa maxima venia, este entendimento não merece prosperar. Em que pese a necessidade de leis discriminatórias no sentido da proteção ao

trabalho da mulher, a discordância que se apresenta em relação à decisão agravada diz respeito à aplicação ao presente caso da recepção do art. 384 da CLT, conforme julgamento do Recurso Extraordinário 658.312 – Tema 528 da sistemática da repercussão geral.

Deveras, o exame pormenorizado do precedente indica que há *distinguishing* da situação já julgada com a que ora se encontra em discussão, no que já antecipo todas as *vênias* aos entendimentos que pretendem a aplicação do tema de repercussão geral a este caso concreto.

Especificamente quanto ao Tema 528, para se estabelecer a distinção, dois pontos fazem-se necessários: (i) o exame mais aprofundado da existência de proteção ao trabalho da mulher, pela garantia do intervalo de 15 minutos antes da jornada extraordinária, não pode, por si só, ser elemento que também configura proteção em se tratando de intervalo mais curto aos domingos para descanso remunerado; e (ii) levar-se em conta o fato de que também o STF, no julgamento das ADIs 3.975 e 4027, Rel. Min. Gilmar Mendes, concluiu pela constitucionalidade do art. 6º, *caput* e parágrafo único, da Lei 1.0101, assentado que a Constituição, apesar de encorajar o repouso semanal aos domingos, não exige que o descanso nele aconteça.

No tocante ao primeiro item, são distintas as matérias tratadas no paradigma de repercussão geral e no caso ora em discussão. O art. 384 da CLT, objeto de análise do Tema 528 (RE 658.312) previa o direito às mulheres de descanso mínimo de 15 minutos antes da jornada extraordinária. Mesmo tendo esse direito sido revogado pela reforma trabalhista implementada pela Lei 13.467/2017, em 2021, o dispositivo foi objeto de decisão desta Suprema Corte, que, por sua vez, fixou a seguinte tese: " O art. 384 da CLT, em relação ao período anterior à edição da Lei n. 13.467/2017, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, aplicando-se a todas as mulheres trabalhadoras ".

A decisão agravada proclamou que a matéria *sub examine* é análoga a do Tema 528, nada obstante diferentes sejam as consequências para a mulher no mercado do trabalho.

Havia o reconhecimento pela norma estampada no art. 384 da CLT de que, em face da dupla jornada de trabalho (isto é, o trabalho remunerado

somado ao trabalho não remunerado no lar), a ocasionar um maior cansaço em relação ao homem, a mulher dispusesse de 15 minutos de descanso antes da prorrogação do horário normal.

Ocorre que antes de conferir um maior descanso, tal como previa o art. 384 da CLT, a regra do art. 386 da mesma Consolidação gera indesejável efeito contrário. A esse respeito, são elucidativas as preleções da professora Luciana Temer (Parecer, doc. 169):

“ Primeiro, o descanso de 15 minutos era uma pausa no próprio local de trabalho. Portanto, não havia o risco da mulher usar a sua “folga”, para cumprir tarefas domésticas. Ela de fato teria esses 15 minutos para descansar. Assim, havia a correlação lógica entre o fator de discrimen e a desequiparação perpetrada.

Segundo , essa distinção não causava nenhum tipo de prejuízo financeiro para as mulheres . Como vimos, em muitos locais os sindicatos celebram acordos coletivos que compensam financeiramente o trabalho dominical e, nestes casos, as empregadas do comércio são prejudicadas pela aplicação do artigo 386 da CLT.

Terceiro, esta não nos parece uma situação que consolida a mulher no papel de cuidadora da família. Reconhece esta realidade, cria uma diferenciação de tratamento em razão dela, mas não de forma a fragilizar a figura da empregada a ponto do empregado preferir contratar homens ao invés de mulheres. Estamos falando aqui de uma situação que deve ser excepcional no trabalho, que é o cumprimento de horas extras, não de uma situação cotidiana, como é o caso do artigo 386 da CLT” (grifo próprio).

Não cabe, portanto, equiparar a situação descrita no então vigente art. 384 com a do art. 386, ambos da CLT, porque distintos os conteúdos nelas veiculados e distintas as razões e consequências que possam vir a justificar a presença de cada uma delas no texto consolidado.

Ora, a questão da dupla jornada enfrentada pelas mulheres e que justificou a decisão da Suprema Corte em relação ao art. 384 da CLT tem efeito contrário em se tratando do art. 386 da CLT. A respeito, transcreve-se, por oportuno, os seguintes trechos do Parecer da professora Luciana Temer (doc. 169):

*“ É o acúmulo do trabalho remunerado com o trabalho não remunerado que configura a chamada dupla jornada. No Brasil, segundo dados do IBGE publicados no informativo sobre desigualdade de gênero, em 2019 **as mulheres dedicavam 21,4 horas semanais aos cuidados de pessoas e afazeres domésticos, enquanto os homens, 11 horas.** (...) A questão é: a mulher descansa mais se a folga dela for no domingo do que em outro dia? Importante registrar que o número de dias de descanso para homens e mulheres é igual, ambos têm direito a um dia de folga remunerada na semana. **O que a norma faz é desigualar o dia da semana no qual deverá recair a folga da mulher, numa suposição de que no domingo ela poderá descansar mais. Será que isso é o que acontece na realidade?** (...) Desta forma, se a preocupação fosse realmente com a garantia de que ela pudesse descansar, **seria melhor organizar as folgas em dias úteis da semana, quando os filhos estão na escola e o marido no trabalho. Ou, então, diferenciar mulheres e homens na quantidade de dias de folga que cada um terá no mês, dando mais dias de folga remunerada para a mulher, por exemplo. Aí estaríamos realmente falando de “mais descanso” para compensar a dupla jornada** ” (grifo próprio).*

Para mensurar o efeito da mão de obra não remunerada sobre o mercado de trabalho, a economista Marilyn Waring cunhou um conceito do “Produto Interno Bruto Subvalorizado (PIBS ou GUDP)”, ainda em 1988. Reconhecendo o fracasso da pesquisa econômica em explicar o trabalho não remunerado das mulheres, Marilyn tomou a iniciativa de calcular o que esta mão de obra representaria caso fosse remunerada a preços de mercado, havendo concluído que, se este exercício hipotético se tornasse uma realidade, os trabalhos domésticos realizados gratuitamente por mulheres representariam **o maior setor da economia global** à época de sua pesquisa [BUZZI, Catarina de Macedo. **O debate sobre a indicação de uma mulher à Suprema Corte brasileira: o efeito da desigualdade de gênero na política concorrencial.** Jota, 2023].

Ocorre que esta dupla jornada intensifica as desigualdades femininas no mercado de trabalho, uma vez que impõe sobre a mulher a necessidade de conciliar o mesmo grau de cobrança do mercado às tarefas domiciliares, que deveriam ser uma responsabilidade dividida entre o casal. No julgamento da PET 8002 Agr, caso de minha relatoria, tive a oportunidade de destacar o dever do magistrado em examinar as consequências imediatas e sistêmicas do seu pronunciamento na realidade social porquanto, ao exercer seu poder de decisão nos casos concretos com os quais se depara, os Juízes alocam recursos escassos, conforme destacam os autores que estudam acerca da

Análise Econômica do Direito [POSNER, Richard. Law, Pragmatism and Democracy. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 60-64].

In casu, a manutenção da obrigatoriedade do descanso aos domingos parece, de fato, aumentar os incentivos para que o maior volume de trabalho não-remunerado recaia sobre as mulheres, uma vez que elas “não precisarão trabalhar”, o que é, de fato, uma falácia, pois dar conta das atividades domésticas não deixa de ser um trabalho, ainda que não seja remunerado. Portanto, políticas públicas como esta podem ocasionar prejuízos ao próprio desenvolvimento feminino no mercado, uma vez que a mulher, ao invés de direcionar seu tempo a prover o próprio sustento, possivelmente precisaria dedicar este seu dia “de folga” à realização de tarefas de responsabilidade comum de todo o esteio familiar, reduzindo, portanto, suas possibilidades de crescimento profissional e, conseqüentemente, também, sua independência.

Ainda, vale registrar que este Supremo Tribunal Federal, quando da análise das ADIs 3.975 e 4027, Rel. Min. Gilmar Mendes, ainda que não especificamente se debruçando sobre a colisão com o art. 386 da CLT, concluiu pela constitucionalidade do art. 6º da Lei 1.0101. Vejamos:

“ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.975 DISTRITO FEDERAL. RELATOR MIN. GILMAR MENDES. REQTE. (S) CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NO COMÉRCIO – CNTC. ADV.(A/S) ANA MARIA RIBAS MAGNO. INTDO.(A/S) PRESIDENTE DA REPÚBLICA. PROC.(A/S)(ES) ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO. Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Lei Federal 11.603/2007. Atividade do comércio aos domingos e feriados. 3. Alegada violação ao disposto no art. 7º, XV, da CF. Inexistência. 4. A Constituição, apesar de encorajar o repouso semanal aos domingos, não exige que o descanso nele aconteça. Precedentes. 5. Ação julgada improcedente .”

Outro ponto que merece ser considerado é o fato de o Supremo, quando da análise do Tema 528, ter respeitado a opção legislativa de revogar o art. 384, razão pela qual não se vislumbra motivo justificável a não conferir a mesma deferência à atividade do legislador, ao editar norma posterior constante do parágrafo único do art. 6º da Lei 10.101/2000, com redação dada pela Lei 11.603/2007, no que restou revogada a regra do art. 386 da CLT especificamente para as trabalhadores do comércio.

Quanto à questão do confronto entre os textos do art. 386 e parágrafo único do art. 6º da Lei 10.101, é de todo sabido que na presença de norma geral e norma especial, em contraditoriedade a respeito de determinado tema, emanadas de autoridades competentes, dentro de um mesmo sistema jurídico, há uma hipótese de antinomia jurídica (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio, Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 212).

Algumas antinomias são aparentes, portanto, solucionáveis a partir do uso de critérios principiológicos hierárquico, cronológico e da especialidade, os quais não modificam a eficácia, vigência e validade de umas das normas conflitantes, apenas estabelecem critérios para que o agente competente [...] aplique uma norma em detrimento da outra, mediante associações de coordenação e subordinação entre normas (CARVALHO, Aurora Tomazini de Carvalho. Teoria Geral do Direito: O Constructivismo Lógico-semântico. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) PUC/SP. São Paulo, 623 p., 2009, p. 380).

Em caso que venha a existir uma antinomia e haja previsão em norma especial, essa prevalece sobre a norma geral, pelo princípio da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*), utilizado tanto em âmbito doméstico quanto internacional. A solução da situação antinômica por essa metaregra jurídica é explicada nas lições de Norberto Bobbio:

“ [Q]uando se aplica o critério da *lex specialis* não acontece a eliminação total de uma das duas normas incompatíveis mas somente daquela parte da lei geral que é incompatível com a lei especial. Por efeito da lei especial, a lei geral cai parcialmente ” (Teoria do Ordenamento Jurídico. 6. ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 96-97)

Bobbio (1995, p. 108) especifica ainda que, tratando-se de lei especial posterior não omissa quanto à matéria, hipótese de conflito entre o critério cronológico e o da especialidade, aplica-se outra regra: *lex posterior generalis non derogat priori speciali*. Isso significa que a lei especial precedente prevalece, independentemente de ser mais antiga do que a norma geral sucessiva.

Ensina a professora Maria Helena Diniz que uma norma é especial se possuir em sua definição legal todos os elementos típicos da norma geral e mais alguns de natureza objetiva ou subjetiva, denominados especializantes. A norma especial acresce um elemento próprio à descrição legal do tipo previsto na norma geral, tendo prevalência sobre esta, afastando-se assim o *bis in idem*, pois o comportamento só se enquadrará na norma especial, embora também seja previsto na geral (DINIZ, Maria Helena. Conflito de Normas. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 40).

No caso *sub examine*, observa-se que a norma constante do parágrafo único do art. 6º da Lei 10.101, direcionada aos trabalho no comércio, é especial e deve prevalecer em detrimento da regra constante do art. 386 da CLT, aplicável a todas as atividades.

Ex positis, **DOU PROVIMENTO** ao agravo interno, para dar provimento ao recurso extraordinário e ao fazê-lo, reformo o acórdão do Tribunal de Origem para determinar a prevalência da regra constante do parágrafo único do art. 6º da Lei 10.101/2000 sobre aquela do art. 386 da CLT, em relação ao descanso semanal remunerado aos domingos das trabalhadoras do comércio.

É como voto.