

27/11/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 658.312 SANTA CATARINA

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: A **controvérsia jurídica** suscitada na presente causa **diz respeito à subsistência**, ou não, *sob a égide da vigente Constituição da República*, **do art. 384** da CLT, pois a empresa ora recorrente **sustenta** que esse preceito legal **não foi recebido** pelo estatuto constitucional **promulgado** em 1988, eis que com este *aleadamente* incompatível **em face** do que dispõem os seus arts. 5º, inciso I, e 7º, inciso XXX.

O **art. 384** da CLT, em torno do qual se instaurou o litígio ora em julgamento, **ao dispensar proteção ao trabalho feminino, estabeleceu** regra especial **destinada** a regular o período de descanso **entre** a jornada regular e a extraordinária na prestação laboral, **fazendo-o** nos seguintes termos:

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

Mostra-se inquestionável, Senhora Presidente, que a norma **inscrita** no art. 384 da CLT **representou**, no momento e nas circunstâncias em que foi editada, **uma expressiva** tomada de posição *por parte do Estado brasileiro*, **fortemente** estimulado, *no plano jurídico e social*, **por um valor primordial** que se forjou *no espírito e na consciência de todos*: **a necessidade** de fazer observar **o princípio básico** *que proclama a essencialidade da outorga de proteção ao trabalho da mulher*, **em clara reação** do ordenamento positivo nacional **a situações concretas** *de opressão, de exclusão, de degradação e de discriminação*, **que têm provocado, historicamente, a injusta** marginalização da mulher.

É por isso que entendo recepcionada pela vigente Constituição da República a regra fundada no art. 384 da CLT, *essencialmente porque a cláusula de igualdade, consagrada no texto da Lei Fundamental, não pode ser interpretada para prejudicar a mulher trabalhadora nem para reduzir-lhe – muito menos para suprimir-lhe – conquistas sociais já definitivamente consolidadas.*

Na realidade, a razão subjacente à formulação do art. 384 da CLT **apoiar-se** em pressupostos lógicos e objetivos que autorizam, *justificando-o*, o tratamento normativo diferenciado estabelecido em favor da mulher trabalhadora, não se qualificando tal regra legal, por isso mesmo, como instrumento de ilegítima outorga de privilégio de gênero, eis que inexistente, nela, *qualquer coeficiente de arbitrariedade.*

O art. 384 da CLT **traduz** uma das inúmeras medidas que, **adotadas** pelo Estado brasileiro **em respeito** aos compromissos que assumiu no plano doméstico e no âmbito internacional, **objetivam eliminar todas as formas não só** de violência, **mas, igualmente**, de discriminação **contra** as mulheres, **quer** na vida pública, **quer** na vida privada.

A “mens” revelada pela norma legal em questão **justifica**, Senhora Presidente, *que se faça breve reflexão – que reputo indissociável do debate ora em julgamento – em torno da condição feminina e da expansão dos direitos fundamentais da mulher, notadamente contra tratamentos discriminatórios no contexto das formações sociais contemporâneas.*

O longo itinerário histórico **percorrido** pelo processo de reconhecimento, afirmação e consolidação dos direitos da mulher, **seja** em nosso País, **seja** no âmbito da comunidade internacional, **revela** trajetória **impregnada de notáveis avanços, cuja significação** teve o elevado propósito **de repudiar** práticas sociais que *injustamente* subjugavam a mulher, **suprimindo-lhe** direitos e **impedindo-lhe** o pleno exercício dos **múltiplos** papéis que a moderna sociedade, *hoje*, lhe atribui, *por legítimo direito de conquista.*

Esse movimento feminista – que fez instaurar um processo de inegável transformação de nossas instituições sociais – buscou, *na perspectiva concreta de seus grandes objetivos*, estabelecer um **novo** paradigma cultural, **caracterizado** pelo reconhecimento e pela afirmação, **em favor** das mulheres, **da posse de direitos básicos** fundados *na essencial igualdade entre os gêneros*.

Todos sabemos, Senhora Presidente, que se verificou, *no processo de afirmação da condição feminina*, notadamente a partir da década de 1960, um significativo avanço na discussão de temas intimamente ligados à situação da Mulher, registrando-se, *no contexto desse processo histórico*, uma **sensível** evolução na abordagem **das questões de gênero**, de que resultou a **superação** de velhos preconceitos culturais e sociais **que impunham**, *arbitrariamente*, à mulher, **mediante** *incompreensível* resistência de natureza ideológica, um inaceitável tratamento discriminatório e excludente, **que lhe negava** a possibilidade de protagonizar, **como ator relevante**, *e fora do espaço doméstico*, os papéis que *até então* lhe haviam sido recusados.

Dentro desse contexto histórico, a mística feminina, *enquanto sinal visível* de um processo de radical transformação de nossos costumes, **teve a virtude**, *altamente positiva*, **consideradas** as adversidades enfrentadas pela mulher, *de significar uma decisiva resposta contemporânea* a gestos de profunda hostilidade, **alimentados** *por uma irracional sucessão de fundamentalismos* – **tanto** os de caráter teológico **quanto** os de índole política **ou**, *ainda*, os de natureza cultural –, **todos eles impregnados** da marca da intolerância, **que culminaram**, *em determinada etapa de nosso processo social*, **por subjugar**, *injustamente*, a mulher, **ofendendo-a** *em sua inalienável dignidade* e **marginalizando-a** como pessoa **investida** de plenos direitos, **em condições de igualdade** com qualquer representante **de gênero** distinto.

Cabe ter presente, *bem por isso*, neste ponto, ante a sua extrema importância, a Declaração e o Programa de Ação de Viena, **adotados** pela

Conferência Mundial sobre Direitos Humanos **promovida** pela Organização das Nações Unidas (1993), **na passagem** em que esse instrumento – **ao reconhecer** *que os direitos das mulheres*, além de inalienáveis, “constituem parte integral e indivisível dos direitos humanos universais” (Capítulo I, item n. 18) – **deu expressão prioritária** à “plena participação das mulheres, em condições de igualdade, na vida política, civil, econômica, social e cultural nos níveis nacional, regional e internacional (...)” (Capítulo I, item n. 18).

Foi com tal propósito que a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos **instou**, de modo particularmente expressivo, que “as mulheres tenham pleno e igual acesso aos direitos humanos e que esta seja uma prioridade para os Governos e as Nações Unidas”, **enfatizando**, ainda, “a importância da integração e plena participação das mulheres como agentes e beneficiárias do processo de desenvolvimento (...)” (Capítulo II, “B”, n. 3, item n. 36).

Esse **mesmo** compromisso **veio a ser reiterado** na Declaração de Pequim, **adotada** na IV Conferência Mundial sobre a Mulher, **realizada** na capital da República Popular da China (1995), **quando**, *uma vez mais*, **proclamou-se a repulsa a qualquer forma de discriminação de gênero em detrimento** da mulher.

O **eminente** Embaixador José Augusto Lindgren Alves, *em lapidar reflexão crítica* sobre o tema **pertinente** à condição feminina (“**Relações Internacionais e Temas Sociais – A Década das Conferências**”, p. 240/241, item n. 7.6, 2001, Fundação Alexandre de Gusmão, Brasília), **expendeu** *considerações extremamente relevantes* sobre o processo de afirmação, expansão e consolidação dos direitos da Mulher no século XX, **analisando-os** em função *das diversas Conferências internacionais promovidas* sob a égide da Organização das Nações Unidas:

“Seja pelo desenvolvimento de sua situação em grande parte do mundo, seja nos documentos oriundos de cada uma das quatro grandes conferências da ONU a ela dedicadas nas três últimas décadas, o caminho percorrido pela mulher no século XX, mais do

que um processo bem-sucedido de auto-ilustração no sentido kantiano – da qual a mulher efetivamente equiparada ao homem prescindiria e a mulher biológica *per se* não necessitaria –, **evidencia uma capacidade** de auto-afirmação, luta e conquista de posições inigualáveis na História. O fato é tão evidente que sua reiteração soa lugar-comum. Mais interessantes parecem os marcos conceituais de tal evolução.

Na descrição de Miriam Abramovay, o desenvolvimento conceitual subjacente à práxis do feminismo passou, nas últimas duas décadas, dos enfoques reducionistas que encaravam a mulher como ente biológico, **ao tratamento de sua situação como ser social**, ‘ou seja, incorporou-se a perspectiva de gênero para compreender a posição da mulher na sociedade’. **As conferências da ONU sobre a mulher**, por sua vez, sempre tendo como subtítulo os termos ‘Igualdade, Desenvolvimento e Paz’, **foram expandindo os campos** prioritários de atuação. A partir dos subtemas do trabalho, da educação e da saúde, na Conferência do México, em 1975, **passaram a incluir a violência**, conflitos armados, ajustes econômicos, poder de decisão e direitos humanos em Nairóbi, em 1985, e, agora, abrangem os novos temas globais do meio ambiente e dos meios de comunicação, além da situação particular das meninas. As estratégias, que privilegiavam originalmente a integração da mulher no processo de desenvolvimento, em Nairóbi, já afirmavam que ‘o papel da mulher no processo de desenvolvimento tem relação com o desenvolvimento de toda a sociedade’. Faziam-no, porém, sem um exame mais detido das relações históricas assimétricas homem-mulher, que incorporam relações de poder.

Em Beijing, as relações de gênero, com seu substrato de poder, passaram a constituir o cerne das preocupações e dos documentos adotados, tendo como asserção fundamental a reafirmação dos direitos da mulher como direitos humanos. E nestes se acham, hoje, naturalmente, incluídos seus direitos e necessidades específicos, particularmente os reprodutivos, os sexuais e os referentes à violência de que são vítimas, por indivíduos e sociedades, tradições, legislações e crenças.” (grifei)

Essa função de tutela dos direitos da mulher, muitas vezes transgredidos por razões de inadmissível preconceito de gênero, é desempenhada, no contexto do sistema interamericano, pela **Convenção Interamericana** celebrada, em Belém do Pará (1996), com o objetivo de prevenir, punir e erradicar **toda forma** de desrespeito à Mulher.

Veja-se, pois, considerados todos os aspectos que venho de ressaltar, **que o processo de afirmação** da condição feminina há de ter, no Direito, não um instrumento de opressão, mas uma fórmula de libertação destinada a banir, definitivamente, da práxis social, a deformante matriz ideológica que atribuía à dominação patriarcal um odioso estatuto de hegemonia capaz de condicionar comportamentos, de moldar pensamentos e de forjar uma visão de mundo absolutamente incompatível com os valores desta República, fundada em bases democráticas e cuja estrutura se acha modelada, entre outros signos que a inspiram, pela repulsa a qualquer tipo de discriminação contra a mulher.

Se esta Suprema Corte, *por absurdo*, **julgasse não recepcionado** o art. 384 da CLT, **tal decisão implicaria frontal transgressão ao princípio** que veda o retrocesso social.

O exame desse importante postulado constitucional, **consideradas** as razões que lhe são subjacentes **e sobre as quais já discorri**, *longamente*, em votos **proferidos** nesta Corte (ADI 3.105/DF – ADI 4.350/DF – ARE 727.864-AgR/PR – RE 581.352-AgR/AM– RE 795.749-AgR/CE – STA 223-AgR/PE, *v.g.*), **permite-me afirmar** que a pretensão ora deduzida **pela empresa recorrente, caso acolhida fosse, provocaria inadmissível efeito perverso traduzido**, no caso em julgamento, **no desrespeito e na ofensa ao princípio que veda o retrocesso social.**

Como se sabe, o princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, **que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas** pelo cidadão **ou** pela

formação social em que ele vive, **consoante adverte** *autorizado magistério doutrinário* (GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, “**Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**”, 1ª ed./2ª tir., p. 127/128, 2002, Brasília Jurídica; J. J. GOMES CANOTILHO, “**Direito Constitucional e Teoria da Constituição**”, p. 320/322, item n. 03, 1998, Almedina; ANDREAS JOACHIM KRELL, “**Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**”, p. 40, 2002, Sergio Antonio Fabris Editor; INGO W. SARLET, “**Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**”, “*in*” Interesse Público, p. 91/107, n. 12, 2001, Notadez; THAIS MARIA RIEDEL DE RESENDE ZUBA, “**O Direito Previdenciário e o Princípio da Vedação do Retrocesso**”, p. 107/139, itens ns. 3.1 a 3.4, 2013, LTr, v.g.).

*Na realidade, a **cláusula que proíbe o retrocesso** em matéria social **traduz**, no processo de sua concretização, **verdadeira dimensão negativa** pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional, **impedindo**, em consequência, **que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos**, venham a ser reduzidos **ou** suprimidos.*

Lapidar, sob todos os aspectos, **o magistério** de J. J. GOMES CANOTILHO, **cuja lição**, a propósito do tema, **estimula** as seguintes reflexões (“**Direito Constitucional e Teoria da Constituição**”, p. 320/321, item n. 3, 1998, Almedina):

“O princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social.

*A idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de ‘contra-revolução social’ ou da ‘evolução reaccionária’. **Com isto quer dizer-se** que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), **uma vez obtido** um determinado grau de realização, **passam a constituir**, simultaneamente, uma garantia institucional e*

um direito subjectivo. A 'proibição de retrocesso social' nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. O reconhecimento desta protecção de direitos prestacionais de propriedade, subjectivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas. A violação no núcleo essencial efectivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente aniquiladoras da chamada justiça social. Assim, por ex., será inconstitucional uma lei que extinga o direito a subsídio de desemprego ou pretenda alargar desproporcionadamente o tempo de serviço necessário para a aquisição do direito à reforma (...). De qualquer modo, mesmo que se afirme sem reservas a liberdade de conformação do legislador nas leis sociais, as eventuais modificações destas leis devem observar os princípios do Estado de direito vinculativos da actividade legislativa e o núcleo essencial dos direitos sociais. O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos já realizado e efectivado através de medidas legislativas ('lei da segurança social', 'lei do subsídio de desemprego', 'lei do serviço de saúde') deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado." (grifei)

Bem por isso, **cabe lembrar**, por relevante, que o Tribunal Constitucional português (Acórdão nº 39/84), ao invocar a cláusula da proibição do retrocesso, reconheceu a inconstitucionalidade de ato estatal que

revogara garantias já conquistadas em tema de direitos sociais, vindo a proferir decisão assim resumida pelo ilustre Relator da causa, Conselheiro VITAL MOREIRA, em douto voto *de que extraio o seguinte fragmento* (“**Acórdãos do Tribunal Constitucional**”, vol. 3/95-131, **117-118**, 1984, Imprensa Nacional, Lisboa):

“Que o Estado não dê a devida realização às tarefas constitucionais, concretas e determinadas, que lhe estão cometidas, isso só poderá ser objecto de censura constitucional em sede de inconstitucionalidade por omissão. Mas quando desfaz o que já havia sido realizado para cumprir essa tarefa, e com isso atinge uma garantia de um direito fundamental, então a censura constitucional já se coloca no plano da própria inconstitucionalidade por acção.”

Se a Constituição impõe ao Estado a realização de uma determinada tarefa – a criação de uma certa instituição, uma determinada alteração na ordem jurídica –, então, quando ela seja levada a cabo, o resultado passa a ter a protecção directa da Constituição. O Estado não pode voltar atrás, não pode descumprir o que cumpriu, não pode tornar a colocar-se na situação de devedor. (...) Se o fizesse, incorreria em violação positiva (...) da Constituição.

.....

Em grande medida, os direitos sociais traduzem-se para o Estado em obrigação de fazer, sobretudo de criar certas instituições públicas (sistema escolar, sistema de segurança social, etc.). Enquanto elas não forem criadas, a Constituição só pode fundamentar exigências para que se criem; mas após terem sido criadas, a Constituição passa a proteger a sua existência, como se já existissem à data da Constituição. As tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam-no também a não aboli-los uma vez criados.

Quer isto dizer que a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional

*deste deixa de consistir (ou deixar de consistir apenas) numa obrigação **positiva**, para se transformar (ou passar também a ser) numa obrigação **negativa**. O Estado, que estava obrigado a **actuar** para dar satisfação ao direito social, **passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social**.*

Este enfoque dos direitos sociais faz hoje parte integrante da concepção deles a teoria constitucional, mesmo lá onde é escasso o elenco constitucional de direitos sociais e onde, portanto, eles têm de ser extraídos de cláusulas gerais, como a cláusula do 'Estado social'."
(grifei)

É por tal razão, Senhora Presidente, **além daquelas** que expus no **início** de meu voto, **que acompanho**, *integralmente*, o substancial voto do eminente Ministro DIAS TOFFOLI, *Relator* – **que tem proferido**, *é justo dizê-lo*, **importantes** decisões no Supremo Tribunal Federal –, **para negar provimento** ao presente recurso extraordinário, **acolhendo**, *ainda*, **para efeito** de repercussão geral, **as teses** de que o art. 384 da CLT **(a)** foi **recebido** pela vigente Constituição da República **e (b)** **tem aplicação a** **todas** as mulheres trabalhadoras.

Nesse sentido, Senhora Presidente, **é o meu voto**.
