

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.403.904 SANTA CATARINA

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA
RECTE.(S) : LOJAS RIACHUELO SA
ADV.(A/S) : JOAO PEDRO EYLER POVOA
RECDO.(A/S) : SINDICATO DOS EMPREGADOS NO COMERCIO DE
SAO JOSE E REGIAO
ADV.(A/S) : JOSE EYMARD LOGUERCIO

DECISÃO

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.

Relatório

1. Recurso extraordinário interposto com base na al. *a* do inc. III do art. 102 da Constituição da República contra o seguinte julgado da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho:

“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 é 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” (sic, fls. 1-4, e-doc. 92).

Os embargos declaratórios opostos foram rejeitados (e-doc. 118).

2. A recorrente alega ter o Tribunal de origem contrariado o inc. I do art. 5º e os incs. XV e XX do art. 7º da Constituição da República, e

RE 1403904 / SC

argumenta que *“o entendimento firmado pelo r. acórdão recorrido não se coaduna com o texto constitucional, mais especificamente com o artigo 5º, I da CF, que trata da igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres e com a jurisprudência dominante, de modo que deve ser reformada a decisão”* (fl. 12, e-doc. 115).

Assinala 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”* (fl. 12, e-doc. 115).

Afirma que *“a análise do caso, deve ser realizada sob o manto constitucional - Artigo 7º, XV, XXVI, XXX da CF e com espeque na Lei federal (Lei 605/1949) e (Lei 11.603/2007), que regulamentou a Lei 10.101/2000, prevendo 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”* (fl. 14, e-doc. 115).

Sustenta que *“o art. 386 da Legislação Consolidada trata a mulher indefinidamente como ser inferior, que necessitaria, diferentemente dos homens, repouso aos domingos a cada quinze dias” e que “tratando a mulher como ser inferior, que necessita de regalias, o viés discriminatório se apresenta de modo flagrante, não restando dúvidas sobre sua não recepção pela ordem constitucional de 1988 e a violação ao art. 7º, XX da CF”* (fl. 15, e-doc. 115).

Informa que *“a Recorrente, 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”* (fl. 16, e-doc. 115).

Aponta que *“a Constituição proclama que o repouso semanal do trabalhador será concedido preferencialmente e não necessariamente aos*

RE 1403904 / SC

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” e que “o art. 6º da Lei n. 10.101/2000 dispõe que o repouso semanal remunerado deverá coincidir, pelo menos uma vez no período máximo de três semanas, com o domingo, respeitadas as demais normas previstas em acordo ou convenção coletiva” (fl. 16, e-doc. 115).

Ratifica que “não há margem para a incidência do artigo 386 da CLT, posto que há legislação posterior que tacitamente revogou o excerto celetista - (Lei 605/1949), (Artigo 7º do Decreto n. 27.048 /49), (Lei 11.603/2007 – artigo 6º) que expressamente previu o labor aos domingos, sem sequer tangenciar a releitura pelo viés discriminatório previsto no artigo 386 da CLT” (fl. 17, e-doc. 115).

Requer a “reforma do acórdão em sua integralidade, diante da inconstitucionalidade do art. 386 da CLT e da clara ofensa ao artigo 5º, I, da Constituição Federal e art. 7º, XV e XX da Constituição Federal” (fl. 23, e-doc. 115).

Apreciada a matéria trazida na espécie, **DECIDO**.

3. Razão jurídica não assiste à recorrente.

No julgamento do Recurso Extraordinário n. 658.312, Tema 528 da repercussão geral, Relator o Ministro Dias Toffoli, este Supremo Tribunal assentou que “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”. Eis a ementa do julgado:

“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. 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’” (DJe 6.12.2021).

4. O Tribunal de origem concluiu ser necessária a manutenção da discriminação positiva em benefício da mulher nos seguintes termos:

“(...) além de o art. 386 da CLT ser norma que traz preceito protetivo com amparo na Constituição Federal (art. 7º, XX), não se pode perder de vista a realidade social e familiar ínsita à trabalhadora de qualquer atividade, inclusive no comércio em geral.

No julgamento proferido pelo Tribunal Pleno, ao rejeitar a arguição de inconstitucionalidade do art. 384 da CLT, destacou-se o ‘ônus da dupla missão, familiar e profissional, que despenha uma mulher trabalhadora’ e que ‘o peso maior da administração da casa e da educação dos filhos acaba recaindo sobre a mulher’. Essas premissas

são as mesmas que justificam a aplicação da regra protetiva prevista no art. 386 da CLT, a qual permanece intacta após a denominada 'Reforma Trabalhista' (Lei n. 13.467/2017). (...)

No caso, reitera-se, está-se diante de norma protetiva com total respaldo constitucional (art. 7º, XV e XX) que tem como escopo o descanso apto a evitar a exaustão física e mental (fator de ordem biológica) bem como proporcionar o convívio familiar da trabalhadora (fator social) aos domingos, dado que a ordem jurídica não se pode dissociar de costumes que, enlevando a condição feminina, atribuem à mulher a função cultural de compatibilizar o trabalho de subsistência com a maternidade e seu contributo na célula familiar. (...)

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. (...)

No caso, o Tribunal Regional registrou que a empresa reclamada (Lojas Riachuelo S/A) atua em shopping center. (...)

A sentença julgou procedente 'o pedido para condenar a ré (a) ao pagamento em dobro das horas trabalhadas no segundo domingo consecutivo que deveria ser destinado ao repouso, nos termos do art. 386 da CLT, e que será apurado na fase de liquidação de acordo com a jornada de trabalho de cada empregada, com reflexos em aviso prévio, férias + 1/3, 13º salário e FGTS + 40%; (b) à obrigação de fazer consistente na concessão de descanso em domingos alternados, em observância às folgas quinzenais previstas no art. 386 da CLT, sob pena de serem pagas em dobro quando trabalhadas'. (fl. 1.701).

Percebe-se que o pedido está assentado na falta de cumprimento

da escala de revezamento quinzenal quanto à periodicidade da folga prevista no art. 386 da CLT.

Embora não se alegue falta de compensação do trabalho realizado aos domingos (Súmula 146 do TST), é certo que não houve a concessão do repouso semanal no segundo domingo consecutivo de trabalho, em dissonância do previsto no art. 386 da CLT” (fls. 24-29, e-doc. 92).

Na espécie vertente, a situação é análoga à examinada no Tema 528 da repercussão geral. Ali se assentou haver na Constituição da República parâmetros constitucionais legitimadores de tratamento diferenciado entre homens e mulheres para que se dote de eficácia os direitos fundamentais sociais das mulheres, atendendo-se, então, à proporcionalidade na compensação das diferenças sócio-culturais e econômicas .

No voto do Ministro Relator Dias Toffoli, no precedente antes mencionado, se esclareceu que:

“(...) tanto as disposições constitucionais convencionais como as infraconstitucionais não impedem que ocorram tratamentos diferenciados de gênero, desde que existentes elementos legítimos para o discrimen e desde que as garantias sejam proporcionais às diferenças existentes entre os gêneros ou, ainda, definidas por algumas conjunturas sociais. (...)

O amparo da jurisprudência e da doutrina a essa tese também foi bem lembrado pela Procuradoria-Geral da República em seu respeitável parecer (fl. 426): ‘Ademais, a CLT, ao estabelecer um Capítulo destinado à ‘PROTEÇÃO DO TRABALHO DA MULHER’, demonstrou inequívoco interesse em estabelecer regime jurídico distinto entre homens e mulheres, em situações específicas. Desse modo, não se afigura inconstitucional a diferenciação estabelecida em razão de critério objetivo e razoável (saúde da mulher), tal como ocorre na espécie’. (...)

O dispositivo atacado não viola o art. 7º, inciso XXX, da Constituição Federal, na medida em que não diz respeito a tratamento diferenciado quanto ao salário a ser pago a homens e mulheres, a

critérios diferenciados de admissão, ou mesmo a exercício de funções diversas entre diversos gêneros. Essa norma, como já salientei, com o devido respeito àqueles que advogam a tese contrária, não gera, no plano de sua eficácia, prejuízos ao mercado de trabalho feminino. Aliás, o intervalo previsto no art. 384 da CLT só tem cabimento quando a trabalhadora labora, ordinariamente, com jornada superior ao limite permitido pela lei e o empregador exige, diante de uma necessidade, que se extrapole esse período. Adotar a tese da prejudicialidade nos faria inferir, também, que o salário-maternidade, a licença-maternidade, o prazo reduzido para a aposentadoria, a norma do art. 391 da CLT, a qual proíbe a despedida da trabalhadora pelo fato de ter contraído matrimônio ou estar grávida, e outros benefícios assistenciais e previdenciários existentes em favor das mulheres acabariam por desvalorizar a mão de obra feminina. (...)

Descabe à Suprema Corte decidir sobre a interpretação da norma em seu nível infraconstitucional e definir de que forma se dará seu cumprimento; qual será o termo inicial da contagem; se haverá ou não o dever de se indenizar o período de descanso e quais serão os eventuais requisitos para o cálculo do montante.

5. Não é caso de cogitar-se sequer de considerar que a concessão de condições especiais à mulher ofenderia o princípio da isonomia, tampouco de que a adoção de regras diferenciadas resultem em tratar “a mulher indefinidamente como ser inferior” em relação aos homens, como alega a parte. O caso é de adoção de critério legítimo de discrimen. Na espécie em exame, há proteção diferenciada e concreta ao trabalho da mulher para resguardar a saúde da trabalhadora, considerando-se suas condições específicas impostas pela realidade social e familiar, a afastar a alegada ofensa ao princípio da isonomia.

O entendimento da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho foi no sentido de que a aplicação da escala diferenciada de repouso semanal para mulheres, nos termos previstos no art. 386 da Consolidação das Leis do Trabalho, é “norma protetiva com total respaldo constitucional (art. 7º, XV e XX)”,

harmonizando-se com a jurisprudência deste Supremo Tribunal.

6. Anote-se que, em outros precedentes, este Supremo Tribunal admitiu a possibilidade de tratamento diferenciado entre homem e mulher sem ofensa ao princípio constitucional da isonomia. Confirmam-se, por exemplo, os seguintes julgados:

“AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO RESCISÓRIA. DIREITO ADMINISTRATIVO. MILITARES. AERONÁUTICA. CRITÉRIOS DE PROMOÇÃO DIFERENCIADOS PARA OS SEXOS MASCULINO E FEMININO. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. 1. O Supremo Tribunal Federal já assentou que não viola o princípio da isonomia (art. 5º, I, da Constituição Federal) a existência de critérios diferenciados de promoção para militares do sexo feminino e masculino. 2. Agravo regimental a que se nega provimento” (AR n. 2.033 AgR, Relator o Ministro Edson Fachin, Plenário, DJe 30.6.2017).

“VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI Nº 11.340/06 – GÊNEROS MASCULINO E FEMININO – TRATAMENTO DIFERENCIADO. O artigo 1º da Lei nº 11.340/06 surge, sob o ângulo do tratamento diferenciado entre os gêneros – mulher e homem –, harmônica com a Constituição Federal, no que necessária a proteção ante as peculiaridades física e moral da mulher e a cultura brasileira. (...)” (ADC n. 19, Relator o Ministro Marco Aurélio, Plenário, DJe 29.4.2014).

“Promoção de militares dos sexos masculino e feminino: critérios diferenciados: carreiras regidas por legislação específica: ausência de violação ao princípio da isonomia: precedente (RE 225.721, Ilmar Galvão, DJ 24.04.2000)” (AI n. 511.131-AgR, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 15.04.2005).

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. POLÍCIA MILITAR. CRITÉRIOS DIFERENCIADOS

DE TRANSFERÊNCIA DO OFICIAL DO SEXO FEMININO PARA A RESERVA. 1. O agravante invoca argumentos de ordem fático-probatória e de cunho infraconstitucional, insuscetíveis de apreciação nesta fase recursal, e que não infirmam o entendimento adotado na decisão atacada, segundo o qual pode ser mitigado o princípio da isonomia na formação dos quadros de órgãos da administração pública e no provimento de seus cargos, consideradas as atribuições da função exercida, bem como a especificidade de sua natureza. 2. Agravo regimental improvido” (RE n. 158.497-AgR, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 24.6.2005).

Nada há a prover quanto às alegações da recorrente.

7. Pelo exposto, **nego provimento ao recurso extraordinário** (al. *a* do inc. IV do art. 932 do Código de Processo Civil e § 1º do art. 21 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal) e **condeno a parte sucumbente, nesta instância recursal, ao pagamento de honorários advocatícios majorados em 10%, percentual que se soma ao fixado na origem, obedecidos os limites dos §§ 2º, 3º e 11 do art. 85 do Código de Processo Civil.**

Ressalte-se que eventual recurso manifestamente inadmissível contra esta decisão demonstraria apenas inconformismo e resistência em pôr termo a processos que se arrastam em detrimento da eficiente prestação jurisdicional, o que sujeitaria a parte à aplicação da multa processual do § 4º do art. 1.021 do Código de Processo Civil.

Publique-se.

Brasília, 11 de outubro de 2022.

Ministra **CÁRMEN LÚCIA**
Relatora