



## **A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE NAS RELAÇÕES LABORAIS**

Luciano Ricardo Cembranel

Lisboa - Fevereiro de 2016

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa  
Mestrado em Ciências Jurídico-Laborais  
Ano Letivo 2013-2014

## **A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE NAS RELAÇÕES LABORAIS**

Dissertação apresentada por Luciano Ricardo Cembranel ao curso de mestrado em Ciências Jurídico-Laborais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como requisito parcial e final para a obtenção do grau de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Jorge Reis Novais.

## **DECLARAÇÃO**

Tenho consciência que a cópia ou o plágio, além de poderem gerar responsabilidade civil, criminal e disciplinar, bem como reprovação ou a retirada do grau, constituem uma grave violação da ética acadêmica.

Nesta base, declaro por minha honra que o presente relatório é original, que o elaborei especialmente para este fim e que identifico devidamente todos os contributos de outros autores, bem como os contributos significativos de outras obras publicadas da minha autoria.

Lisboa, 15 de fevereiro de 2016.

Luciano Ricardo Cembranel

Curso: Mestrado em Direito – Perfil: Ciências Jurídico-Laborais

Nome completo (em maiúsculas): LUCIANO RICARDO CEMBRANEL

Número de Aluno: 12346402

## **AGRADECIMENTO**

Agradeço a oportunidade de estudar, o convívio com os colegas, as lições dos professores e a compreensão da família.

## RESUMO

Este estudo consiste numa análise da dimensão material da garantia constitucional da igualdade, notadamente entre homens e mulheres, no ambiente laboral. Para isso, toma-se como objeto se o direito posto como instrumento de transformação social está realmente voltado à proteção do sexo feminino, ou se mostra limitativo em não observar as mudanças nas condições de trabalho e na vida em sociedade, porquanto é corrente o discurso de que determinadas proteções à mulher na relação de emprego as prejudicam, pois se caracterizam verdadeiros obstáculos, além de atentarem contra a igualdade de tratamento. Com uma abordagem hermenêutica-dialética, busca-se compreender quais são as razões justificadoras de tratamentos diferenciados, suas condições jurídicas e a difícil caracterização em virtude da amplitude e subjetivismo das escolhas e valorações dos parâmetros de comparação do igual para o igual e desigual para o desigual, bem como se as discriminações positivas ofendem ou fortalecem o princípio da igualdade, para então verificar qual a intensidade do controle judicial sobre as diferenciações praticadas em nome do princípio. Nesse contexto, após construídos os fundamentos do princípio da igualdade e investigado seu alcance e o problema da eficácia horizontal, é estabelecida uma conexão específica com o trabalho feminino, com análise das discriminações de gênero e a proteção da mulher no sistema jurídico-laboral brasileiro. Após, são examinados os diferentes níveis de densidade de controle que o próprio princípio da igualdade confere, consoante os interesses em questão, a existência de categorias suspeitas, a gravidade da diferenciação ou o grau de intensidade de afetação dos direitos fundamentais, sem olvidar do recurso ao princípio da proibição do excesso, com a justificação da distinção consonante a persecução de sua idoneidade e indispensabilidade para alcançar determinada finalidade, bem com sua adequada correspondência com o valor perseguido. Da constatação de que a Constituição de 1988 modificou seu paradigma de defesa para uma vocação de promoção da igualdade, são refutadas concepções míopes de algumas normas

protetivas, com vista a uma percepção mais completa e contextualizada. Percebe-se que é essencial ultrapassar os contornos psicológicos e alterar a compreensão de que as desigualdades de gênero são resultantes da condição natural da mulher mas, sim, das formulações socioculturais arranjadas ao longo do tempo e, obviamente, passíveis de modificação. Tem-se que a lógica dos procedimentos de controle do tratamento desigual, além de realçar o equilíbrio entre os poderes no desenvolvimento de suas funções de implementação e proteção da igualdade, deve ser norteada em função da necessidade de racionalização, transparência e intersubjetividade. Conclui-se que a diferença sexual que verdadeiramente justifica a edição de normas diferenciadas para a mulher em detrimento do homem, no contexto laboral, está relacionada com a maternidade e que, as distinções identificadas nos artigos 383, 384 e 386 da CLT, contrariam a Lei Maior, não restando recepcionadas pelo atual ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Igualdade de gênero – discriminações positivas – controle judicial

## **ABSTRACT**

This study consists of an analysis of the material dimension of the constitutional guarantee of equality, notably between men and women in the workplace. With this end, the study questions whether Law as an instrument of social transformation is really focused on the protection of women, or whether it is limited by non observance of the changes in society's work and life conditions, taking into account the current argument that states certain protections for women in employment relationships can jeopardize them, as they pose real obstacles and harm equal treatment. With a hermeneutic-dialectic approach, we seek to understand what the reasons which justify different treatment are, their legal conditions and the difficulty to characterize them giving the breadth and subjectivism of choices and the valuations of the parameters of comparison of equals and unequals, as well as whether positive discrimination offends or strengthen the principle of equality, in order to then check the intensity of the judicial control over the differentiations practiced in the name of this principle. In this context, after building the foundations of the equality principle and investigating its scope and the problem of horizontal effectiveness, this study establishes a specific connection with female work, analysing gender discrimination and the protection of women in the Brazilian legal-labour system. Subsequently, the different levels of control density imposed by the principle of equality are examined, taking into consideration the interests in question, the existence of categories, the severity of differentiation or the degree of intensity of fundamental rights violation, not to forget the prohibition of excess principle, with the justification for the distinction in line with the pursuit of their suitability and indispensability to achieve a particular purpose as well with its proper correspondence with the value pursued. Considering that the 1988 Constitution modified its defense paradigm to a promotion of equality, some of the protection norms' incorrect notions are refuted, resulting in a more complete and contextualized perception. It is remarked that it is essential to overcome

the psychological boundaries and establish the understanding that gender inequalities do not result from the natural condition of the woman but rather from the socio-cultural formulations arranged over time and which, of course, are subject to modification. The logic of the unequal treatment control procedures not only enhances the balance between the powers in the development of their functions of implementation and equality protection, but it must also be guided by the need of rationalisation, transparency and intersubjectivity. The study concludes that the gender difference that truly justifies differentiated norms for women over men in the employment context is related to motherhood and that the distinctions identified in articles 383, 384 and 386 of CLT run counter to the Major Law, not being approved by the current legal system.

**Key words:** Gender equality – positive discrimination – judicial control

## **ABREVIATURAS**

Ac. – Acórdão

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

AIRR – Agravo de Instrumento em Recurso de Revista

CE – Comunidades Europeias

CEDAW – Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher

CF – Constituição Federal da República Federativa do Brasil

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CRP – Constituição da República Portuguesa

CT – Código do Trabalho

DEJT – Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho

DF – Distrito Federal

DL – Decreto-Lei

EC – Emenda Constitucional

E-RR – Embargos em Recurso de Revista

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

L – Lei

MF – Ministério da Fazenda

MG – Minas Gerais.

Min. – Ministro

MP – Medida Provisória

MPS – Ministério da Previdência e Assistência Social

MPT – Ministério Público do Trabalho

MTE – Ministério do Trabalho e Emprego

OIT – Organização Internacional do Trabalho  
OJ – Orientação Jurisprudencial  
OMS – Organização Mundial da Saúde  
ONU – Organização das Nações Unidas  
OPAS – Organização Pan-Americana de Saúde  
RDA – Revista de Direito Administrativo  
RDES – Revista de Direito e Estudos Sociais  
RE – Recurso Extraordinário  
RG – Repercussão Geral  
RO – Recurso Ordinário  
RR – Recurso de Revista  
RS – Rio Grande do Sul  
SBDI – Subseção de Dissídios Individuais  
SC – Santa Catarina  
SDI – Seção de Dissídios Individuais  
STF – Supremo Tribunal Federal  
STJ – Supremo Tribunal de Justiça  
SUS – Sistema Único de Saúde  
TAC – Termo de Ajuste de Conduta  
TC – Tribunal Constitucional  
TRT – Tribunal Regional do Trabalho  
TST – Tribunal Superior do Trabalho

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	12
1. A IGUALDADE .....	19
1.1. Evolução da igualdade .....	20
1.2. Relação com o princípio da dignidade da pessoa humana .....	28
1.3. Princípio da igualdade .....	31
1.3.1. A igualdade como princípio e como regra .....	32
1.3.2. Princípio da igualdade formal e igualdade material .....	35
1.4. Sentido do princípio da igualdade .....	39
1.5. Eficácia do princípio da igualdade .....	47
1.6. Princípio da igualdade na ordem constitucional e juslaboral brasileira .....	57
1.7. Novas perspectivas do princípio da igualdade no âmbito laboral .....	62
2. PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO TRABALHO DA MULHER .....	65
2.1. Interação do princípio da igualdade e da não-discriminação .....	69
2.2. Discriminações positivas .....	74
2.2.1. Fatores de discriminação .....	80
2.2.1.1. Condições jurídicas .....	81
2.3. As discriminações de gênero e a proteção do trabalho da mulher no sistema jurídico brasileiro .....	94
2.3.1. Formação profissional .....	95
2.3.2. Fase pré-contratual .....	96
2.3.3. Execução do contrato .....	103
2.3.3.1. Limitação do poder empregatício .....	104
2.3.3.2. Condições de trabalho .....	106
2.3.3.2.1. Intervalos intrajornada e folga dominical .....	107

2.3.3.2.2. Atividades que exigem força muscular .....	109
2.3.3.2.3. Ascensão profissional .....	110
2.3.3.2.4. “A trabalho igual, salário igual” .....	111
2.3.3.3. Dissolução contratual .....	114
2.3.3.4. Proteção à maternidade .....	116
3. O MODELO DE PROTEÇÃO DA MULHER NO CONTRATO DE TRABALHO E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE .....	122
3.1. O modelo de proteção .....	123
3.2. Controle judicial .....	128
3.3. Análise de compatibilidade material com o texto da Constituição de 1988 dos preceitos celetistas pré-constitucionais .....	138
3.3.1. Entendimento doutrinário e jurisprudencial .....	139
3.3.1.1. Autorização constitucional para diferenciar .....	142
3.3.1.2. Elemento histórico .....	144
3.3.1.3. Elemento social .....	146
3.3.1.4. Elemento biológico .....	148
3.3.1.5. Proibição de retrocesso social .....	149
3.3.1.5.1. Pretensa sustentação constitucional à formula da proibição do retrocesso social .....	151
3.3.1.5.2. Amplitude da proteção conferida pela proibição do retrocesso social .....	154
3.3.1.5.3. Objeções ao reconhecimento da proibição do retrocesso social como princípio .....	157
3.4. Teste de constitucionalidade .....	162
3.4.1. Proibição do arbítrio .....	164
3.4.2. Efetiva necessidade de compensação material .....	165
3.4.3. Proibição do excesso .....	166
CONCLUSÃO .....	170

## INTRODUÇÃO

A igualdade é um dos princípios fundamentais de qualquer Estado Democrático de Direito, constituindo-se ponto de partida para o tratamento dos cidadãos.

A Constituição Federal brasileira, no art. 5º, *caput* e inciso I, consagra a igualdade entre homens e mulheres como direito fundamental. Decorre disso que ambos são detentores de direitos e obrigações, além de obterem o mesmo tratamento na execução das leis, que devem ser aplicadas sem que se considere a pessoa sobre quem sua eficácia será operada.

Nessa acepção, é enfatizado o tratamento isonômico dos cidadãos perante a lei, sendo vedadas distinções oriundas de qualquer natureza. Contudo, hodiernamente, é na perspectiva material que a igualdade toma relevo, pois, efetivamente, há a necessidade de tratar desigualmente os desiguais, na medida da desigualdade, de maneira a realizar o valor da igualdade. Nesse plano, a ideia de igualdade pode indicar ora um ideal a ser concretizado, ora um dos alicerces dos ordenamentos jurídicos, consolidado na aplicação da regra de justiça, que implica no tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais.

A noção de materialidade da igualdade, além do mais, traz ínsita a aplicação ao direito às diferenças e confere ao Estado o dever de promover políticas públicas que possibilitem as mesmas condições de oportunidades e acesso aos direitos fundamentais.

As relações de trabalho são terrenos férteis para o desenvolvimento do sentido material da igualdade, tanto do ponto de vista positivo como do negativo, tendo em vista variação de gênero daquele que presta o trabalho, pois, naturalmente, homens e mulheres são desiguais na sua constituição física e psicológica.

No âmbito Direito do Trabalho há, de fato, grande esforço para afastar as discriminações de gênero e garantir às mulheres as mesmas oportunidades de acesso ao emprego e ao exercício de profissões, assim como a igualdade salarial, de promoções na carreira e condições de trabalho, havendo, inclusive, matriz constitucional, pois o art. 7º,

XXX estabelece a “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”.

A igualdade de tratamento também está assegurada na legislação infraconstitucional. O art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho (de 1943), dispõe que “a todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo”. O art. 373-A celetista veda práticas discriminatórias no que tange ao acesso da mulher no mercado de trabalho, formação e ascensão profissional, proibindo, por exemplo, a publicação de anúncio de emprego com distinção de sexo, salvo quando a natureza da atividade assim o exigir, bem como a exigência de atestado para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência de emprego, dentre outros impedimentos. O Capítulo III do Título III da CLT dispõe sobre a proteção do trabalho da mulher, criando algumas vantagens específicas em detrimento do trabalhador do sexo masculino.

A preocupação com a consecução do princípio da igualdade, notadamente de gênero, nas relações jurídicas de trabalho tem razão na forte exploração do trabalho feminino perpetrada há tempos.

A história demonstra uma gama de discriminação do trabalho da mulher no tocante à formação profissional, acesso ao emprego, contraprestação salarial ínfima, condições de trabalho insalubres, perigosas e penosas, além do ingresso nas relações de consumo de forma pouco digna. Demais disso, é repleta de fatos que evidenciam que foram muitos os esforços em destinar às mulheres tão somente as tarefas domésticas e familiares. Os obstáculos ao estudo convencional e ao acesso a outros círculos de convivência social, os impedimentos e as limitações ao trabalho formal, os óbices ao exercício pleno da cidadania, tudo isso fazia parte de uma série de dificuldades as quais as mulheres tiveram de superar para transpor aqueles limites.

Dados da pesquisa “Estatísticas de Gênero”, divulgados no final de 2014 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística<sup>1</sup>, bem como do relatório do “Progresso das mulheres no Mundo 2015-2016: Transformar as economias para realizar os direitos”<sup>2</sup>, publicado em abril de 2015, apontam que a desigualdade entre homens e mulheres ainda é crescente no mercado

---

<sup>1</sup> Cf. CASTRO, Juliana. Aumenta desigualdade entre homens e mulheres no mercado formal de trabalho, aponta IBGE. *O Globo*, Rio de Janeiro, 31.10.2014. Disponível em: < <http://oglobo.globo.com/sociedade/aumenta-desigualdade-entre-homens-mulheres-no-mercado-formal-de-trabalho-aponta-ibge-14414312> > Acesso em: 15.04.2015.

<sup>2</sup> ONU Mulheres Brasil. Disponível em: < <http://www.onumulheres.org.br/noticias/onu-mulheres-faz-hoje-274-lancamento-mundial-do-relatorio-progresso-das-mulheres-no-mundo-transformar-as-economias-para-realizar-odireitos/> > Acesso em 15.07.2015.

formal de trabalho, nada obstante tenha aumentado a proporção de pessoas do sexo feminino em idade economicamente ativa trabalhando ou procurando emprego.

O estudo indica que a diferença entre a participação de homens e mulheres no mercado de trabalho em relação ao ano de 2010, embora tenha diminuído, é ainda superior em 20%, com a predominância daqueles, sendo que elas continuam percebendo cerca de 70% da contraprestação salarial paga aos trabalhadores do sexo masculino.

Os dados também revelam que, no tocante aos empregos formais, a proporção de trabalhadores do sexo masculino com carteira assinada aumentou mais do que a do sexo feminino. Essa relação para os homens cresceu entre 2000 e 2010 de 36,5% para 46,5%, sendo que para as mulheres o aumento foi mais modesto, de 32,7% para 39,8%.

As estatísticas inspiram perquirir se o direito posto como instrumento de transformação social está realmente voltado à proteção da mulher, inclusive na sua vertente promocional, ou se mostra limitativo em não observar as mudanças nas condições de trabalho e na vida em sociedade.

Sobressai o discurso de que determinadas proteções à mulher na relação de emprego as prejudicam, ao argumento de que diminuem o mercado de trabalho e incentivam a não contratação de trabalhadoras. Fundamentam tal exposição, principalmente, o direito à licença-maternidade, à garantia de emprego da gestante, à necessidade de intervalo antes do início do período extraordinário de trabalho, à proibição de dilatação do intervalo intrajornada máximo de duas horas, à necessária coincidência do repouso semanal remunerado em um domingo a cada quinze dias, por exemplo.

Nesse contexto, recentemente por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) negou provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 658312<sup>3</sup>, com repercussão geral reconhecida, e firmou tese de que o artigo 384 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) foi recepcionado pela Constituição da República de 1988.

O dispositivo, que integra a CLT no conjunto de normas que trata da proteção do trabalho da mulher, estabelece um intervalo de no mínimo 15 minutos para as trabalhadoras em caso de prorrogação do horário normal, antes do início do período extraordinário que, até então, embora como alguma celeuma jurisprudencial, era considerado não recepcionado pela Constituição Federal de 1988. O entendimento predominante era de que a Constituição não

---

<sup>3</sup> De ressaltar que em setembro de 2015, por unanimidade, o próprio STF acolheu os embargos de declaração com efeitos modificativos para, em razão de vício de intimação dos advogados do embargante, anular o acórdão proferido pelo Tribunal Pleno no recurso extraordinário, determinando, ainda, sua inclusão em pauta para futuro julgamento, com a devida notificação e intimação das partes representantes que atuem no feito. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=280715> > Acesso em 08.09.15.

tinha estabelecido direitos especiais em função do sexo do trabalhador. De que teria abandonado diferenciações tais como, a necessidade de autorização médica para a prorrogação de jornada da empregada mulher e a proibição do trabalho insalubre que constavam no quadro jurídico anterior. No mesmo sentido, ou seja, de igualdade entre homens e mulheres, conseqüentemente, deveria ser apreciada a legislação infraconstitucional no que diz respeito à duração e condições de trabalho da mulher, tendo-se por revogado ou por não recepcionado o preceito celetista em questão.

Assim, surge a questão de saber por que existem diferenças trabalhistas entre mulheres e homens, quais são as razões relevantes ou justificadoras de tratamentos diferenciados, bem como se as ações afirmativas ou as discriminações positivas ofendem ou fortalecem o princípio da igualdade. Ou melhor, como compreender que, por motivos de igualdade, se reconhece práticas discriminatórias de gênero, inclusive, constitucionalmente impostas e qual a intensidade do controle judicial sobre as diferenciações praticadas em nome do referido princípio da igualdade.

O objeto do presente estudo, portanto, centra-se, inicialmente, na análise evolutiva da ideia de igualdade de modo a melhor compreender seu atual conteúdo, não apenas em relação à concepção de equidade, democracia, sociedade, não discriminação e de dignidade da pessoa humana que naturalmente é associado, mas também para permitir novas e discutíveis utilizações no sentido de realizar a igualdade como regra de justiça.

Para tanto, é perscrutado como o princípio da igualdade informa a ordem jurídico-constitucional, tanto na sua dimensão formal de que “todos são iguais perante a lei”, quanto na dimensão material de que se deve tratar por “igual o que é igual e desigualmente o que é desigual”, sem olvidar, ainda, sua utilização como critério de interpretação e integração, inclusive, na concretização das imposições que visam à igualdade de oportunidades, condições reais de vida e compensações de desigualdades.

Como, notadamente, o princípio da igualdade não outorga a cada cidadão o mesmo tratamento ou vantagem que é dada a outros, mas assegura apenas que na concessão de direitos ou imposição de obrigações o Estado o tratará como igual, é analisada a variação de intensidade da conformação que as inúmeras concepções de igualdade podem apresentar, envolvendo maior ou menor interferência do Estado na concretização do princípio da igualdade.

Conseqüência do tratamento desigual àqueles que estão em posição de desigualdade, é abordada a eficácia horizontal e vertical do princípio da igualdade na medida em que afeta o particular pela ordem de não discriminação e se relaciona com a obrigação do Estado de

afastar os fatores de discriminação negativa de gênero no ambiente de trabalho e de promover discriminações positivas de formação profissional, de acesso e manutenção no emprego. Isto é, em que medida o princípio da igualdade pode ser invocado nos contornos de um contrato de trabalho?

Como a própria relação privada pode se revelar desproporcionalmente desigual e passível de colocar em causa o próprio exercício de direitos individuais, não sendo as ameaças apenas decorrentes da atuação estatal, é investigada a maneira de compatibilizar a defesa dos direitos fundamentais e a proteção da autonomia privada.

Enquanto princípio estruturante do Estado de Direito, é examinado o princípio da igualdade na ordem jurídico constitucional brasileira sob uma perspectiva multifacetada que ora se volta aos direitos individuais e ora se reconduz aos direitos sociais, mas invariavelmente assinalando ser a igualdade um objetivo concreto.

Construídos os fundamentos do princípio da igualdade e seu alcance é estabelecida uma conexão específica com o trabalho da mulher. O objetivo é compreender as diferenciações trabalhistas entre os gêneros e quais são suas justificativas, para posteriormente desenvolver a problemática do controle judicial.

Conquanto o Direito do Trabalho brasileiro objetiva uma situação mínima de proteção, constituindo-se em última análise o objeto do presente estudo, é realizado um exame do princípio da não discriminação que, embora controvertido porque pressupõe uma regra isonômica, não se confunde com o princípio da igualdade, mas que com ele interage. Enquanto a norma de não discriminação se contenta em vedar diferenças de tratamento em razão do sexo, por exemplo, a norma de igualdade proíbe as diferenciações não justificadas.

Assim, admitidas certas diferenciações em razão da garantia ou da promoção da igualdade, bem como de que a determinação do que é igual ou desigual não permite qualquer resposta, são analisados quais os critérios admissíveis de diferenciação, quais os fatores de discriminação e seus objetivos, suas condições jurídicas e a difícil caracterização em virtude da amplitude e subjetivismo das escolhas e valorações dos parâmetros de comparação do igual para o igual e desigual para o desigual.

Na sequência são investigadas as discriminações de gênero e a proteção do trabalho da mulher no sistema jurídico brasileiro, que se inicia por meio de políticas afirmativas ainda na homogeneização da estrutura ocupacional, e se aplica aos contratos individuais de trabalho por completo, compreendendo todas as fases, desde a formação do contrato, inclusive à fase pré-contratual, sua execução, até a cessação da relação laboral.

Da constatação de que o processo de consolidação e efetivação das normas de proteção da mulher no contrato de trabalho, com o advento da Constituição de 1988, modificou seu modelo de defesa para uma vocação de promoção da igualdade, são refutadas concepções míopes de algumas normas protetivas, com vista a uma percepção mais completa e contextualizada das mesmas. Resulta demonstrado que o princípio da igualdade no âmbito da proteção da mulher no mercado de trabalho não deve permanecer refém das instituições do passado, precipuamente do sistema de organização patriarcal, que marcaram a história de discriminação das mulheres.

Consequentemente, emerge a questão crucial dessa temática, residente na intensidade do controle judicial a que estão submetidos os critérios de diferenciação realizados em nome do princípio da igualdade.

O raciocínio é norteado em função da necessidade de racionalização, transparência e intersubjetividade dos procedimentos de controle do tratamento desigual, além de acentuar o equilíbrio entre os poderes no desenvolvimento de suas funções de implementação e proteção da igualdade.

Assim, apesar do amplo espaço de conformação da igualdade material que é reconhecido ao legislador, a verificação não se limita a possibilidade de controle judicial sob a perspectiva minimalista, ou seja, de que apenas são vedadas as diferenciações arbitrárias, assim consideradas aquelas desprovidas de qualquer fundamentação ou, ao menos, de alguma justificação harmonizável com os critérios constitucionais e que não tenham o menor grau de coerência com a finalidade prosseguida. Isso porque, nessa esteira, além de não resolver os casos mais difíceis, há redução do alcance do princípio da igualdade à proibição do arbítrio. A simplificação prática do princípio da igualdade em proibição de arbítrio retira a proteção do que verdadeiramente interessa à igualdade, pois para cada discriminação há invariavelmente vários argumentos que podem ser deduzidos em sua defesa de modo que, somente nos casos extremos seria considerada uma diferenciação arbitrária e, portanto, inconstitucional.

Além do mais, as diferenciações de gênero, por ser uma discriminação reiteradamente repudiável, não só à luz do princípio da igualdade, mas também por ser arbitrária pelos próprios termos, exigem um controle mais intenso. E uma vez elidida a presunção de ilegitimidade imanente desse critério suspeito por outros motivos, racional e objetivamente relevantes, o princípio da igualdade ainda reclama um controle de proibição de excesso, com a justificação da distinção consonante a persecução de sua idoneidade e indispensabilidade para alcançar tal fim, bem como sua adequada correspondência com o valor do objetivo.

Desse modo, se avança no sentido de demonstrar que o controle judicial das diferenciações deve ir além do filtro do arbítrio, sujeitando-se ao mesmo rigor da sindicância das restrições aos direitos fundamentais. A motivação exigida para qualquer diferenciação, especialmente de sexo, também tem que passar na prova da proibição do excesso e todas as suas máximas como: idoneidade ou aptidão, indispensabilidade, proporcionalidade, razoabilidade e determinabilidade.

Finalmente, resulta evidenciado que a conformação positiva do princípio da igualdade pelo Estado e a observância pelos particulares não é de fato realizável sem que de alguma forma se introduzam benefícios para alguns em detrimento de outros, cujo controle deve atender ao caso concreto, respeitando os diferentes níveis de densidade, conforme o interesse em causa, a gravidade da diferenciação ou afetação de direitos fundamentais.

## 1. A IGUALDADE

Desponta na natureza a regra da desigualdade entre os seres vivos. Apesar das inúmeras semelhanças, os humanos são díspares e possuem identidades singulares, de maneira que, não há na natureza, dois indivíduos iguais. As impressões digitais são únicas em cada sujeito (sendo distintas, inclusive, em gêmeos univitelinos) e revelam inexoravelmente tal ilação.

Diante dessa realidade sensível, a determinação do que é igual exige um parâmetro relacional<sup>4</sup>, sendo inúmeros os critérios de escolha dos termos de comparação, resultando, em múltiplas e indefinidas combinações e concepções acerca da igualdade.

A “igualdade só é uma propriedade ou uma qualidade em si mesma, se se referir a um determinado tipo de relação entre os entes que fazem parte da categoria abstrata humanidade e se abstrairmos as desigualdades fáticas existentes entre os seres humanos”<sup>5</sup>, como homens e mulheres, ricos e pobres, brancos e negros, dentre outros diferenciais, para, então, equipará-los em algum sentido ou em relação a um critério previamente determinado<sup>6</sup>. Feita a abstração, é preciso apontar especificamente com quem se trata e em relação a que se relacionam, senão carece de sentido.

A ideia de igualdade deriva, portanto, de uma consideração sobre a correspondência entre as qualidades de termos em comparação<sup>7</sup> analisada sob determinados critérios.

---

<sup>4</sup> Para BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996, p. 7, “liberdade indica um estado; igualdade, uma relação”.

<sup>5</sup> Melhor desenvolvido em TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.º 211, p. 241-269 jan./mar, 1988.

<sup>6</sup> BOBBIO (*Ibid.*, p. 12) enfatiza que a dificuldade de estabelecer o significado da igualdade “reside sobretudo em sua indeterminação, pelo que dizer que dois entes são iguais sem nenhuma outra determinação nada significa na linguagem política; é preciso que se especifique com que entes estamos tratando e com relação a que são iguais, ou seja, é preciso responder a duas perguntas: a) igualdade entre quem? e b) igualdade em quê?”.

<sup>7</sup> DUARTE, David. *A norma de legalidade procedimental administrativa - a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*. Lisboa: Almedina, 2006, p. 641.

É um conceito comparativo de dois ou mais objetos ou situações em relação a determinados critérios. Qualquer elocução dependerá de uma comparação<sup>8</sup> sob determinada perspectiva e de acordo com critérios específicos, resultando deste ponto o aspecto destacado. O anúncio de que os homens são iguais porque possuem a mesma constituição física, por exemplo, compara dois corpos humanos sob a perspectiva do conjunto de características anatómicas, funcionais, reacionais e psíquicas que marcam os indivíduos, ou seja, é a composição física o ponto de conexão entre os dois elementos. Por outro lado, a proposição de que os homens são iguais porque são feitos à imagem de Deus considera a mesma origem abstrata, como termo de comparação, sendo este o ponto relacional ao qual o homem deve ser valorado como igual.

O critério de diferenciação ou de equiparação (para ficar sob o ponto de vista positivo da igualdade<sup>9</sup>) é um ato jurídico de avaliação<sup>10</sup> e envolve parâmetros que devem estar relacionados com as concepções de justiça, sociedade e de Estado adotadas onde a determinação é exigida. Não é absoluto, portanto.

### 1.1. Evolução da igualdade

Nada obstante a sua definição essencialmente comparativa, cujo sentido só é encontrado no plano de relatividade, a igualdade apresenta múltiplas e variadas concepções e até ser convertida em dogma jurídico-político dos Estados modernos experimentou, e ainda sofre profundo e multifacetado desenvolvimento.

A concepção de igualdade é tão remota quanto a civilização. Desde as escrituras da antiguidade clássica se percebe o desenvolvimento da noção de igualdade como um valor a nortear a vida em sociedade<sup>11</sup>. No constitucionalismo moderno, a igualdade é tida como um dos principais princípios estruturantes do Estado de Direito<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> Para Almeno de Sá, o “fundamental pressuposto lógico do juízo da igualdade é uma pluralidade de objetos assim se distinguindo do juízo de identidade cujo pressuposto se analisa num só objeto”. Cf. SÁ, Almeno de. *Administração do estado, administração local e princípio da igualdade no âmbito do estatuto de funcionário*. Coimbra: Almedina, 1985, p. 70. Fernando Alves Correia também adverte que um objeto não pode ser simultaneamente igual a si mesmo, visto que igualdade não se confunde com identidade. Cf. CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 396.

<sup>9</sup> Sobre o sentido negativo e positivo do princípio da igualdade vide MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, t. IV. 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 238-241.

<sup>10</sup> Conforme PINTO, Maria da Glória Ferreira. *Princípio da igualdade – fórmula vazia ou formula «carregada» de sentido? Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, nº. 358, p. 19-64, julho 1986, p. 37.

<sup>11</sup> Melhor desenvolvido em ALMEIDA, Kellyane Laís Laburu Alencar de. A igualdade e a proporcionalidade – reflexões sobre a ponderação do legislador e a ponderação do juiz nas ações afirmativas. In: DUARTE, David;

O objetivo inicial é tratar, em linhas gerais, da evolução da ideia de igualdade à luz do pensamento filosófico grego, especialmente as proposições aristotélicas e, posteriormente, das principais correntes de pensadores, notadamente, a visão de Hobbes, Rosseau, Marx e Rawls<sup>13</sup>, que inegavelmente contribuíram para a construção do conteúdo da igualdade na modernidade nos aspectos formal e material.

O debate servirá para melhor compreensão do princípio da igualdade no ordenamento jurídico brasileiro não só relativamente à ideia de justiça, democracia, sociedade, de não discriminação e de dignidade da pessoa humana que naturalmente o acompanham, mas também para permitir novas e discutíveis utilizações no sentido de concretizar a igualdade como regra de justiça pois, atualmente, se atribui ao Estado o dever de compensar as situações de desigualdades fáticas e fomentar condições materiais de uma genuína igualdade.

Analisar a concepção de igualdade na antiguidade pode gerar muita controvérsia porque frequentemente as passagens são de difícil e discutida compreensão, além de carregar diferentes valores em relação ao atual modelo de sociedade. Mesmo assim, o pensamento aristotélico permite depreender com clareza que na antiguidade a igualdade já enunciava a ideia de liberdade.

Na “polis” grega<sup>14</sup> a ideia de igualdade apresentava constantemente essa concepção. Na altura os cidadãos<sup>15</sup> viviam juntos para atender a fins coletivos, porém, em condições de não-mando, sem uma distinção entre governantes e governados. A participação na organização política, contudo, em sendo os homens desiguais em riquezas e classes sociais, necessitava abstrair essas diferenças. Surgiu, então, o conceito de isonomia: “igual participação de todos os cidadãos no exercício do poder ou, especificamente, igualdade das

---

SARLET, Ingo Wolfgang; BRANDÃO, Paulo de Tarso (org.). *Ponderação e proporcionalidade no estado constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p. 49-96, p. 52.

<sup>12</sup> Nesse sentido, dentre outros, MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*. Tomo I, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 219; NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*. 1ª ed. (reimp.) Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 101; ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos fundamentais: introdução geral*. Estoril: Principia, 2007, p. 69; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. (10 reimp.) Coimbra: Almedina, p. 426.

<sup>13</sup> A evolução observada é referida por MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional...* cit., p. 222-3.

<sup>14</sup> De ressaltar que na antiguidade a ideia de direitos do homem quase que inexistia. Platão e Aristóteles, por exemplo, consideravam normal o estatuto da escravidão. A equiparação ocorria entre cidadãos na *polis*. Ver nesse sentido CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria...* cit., p. 381 e seguintes.

<sup>15</sup> Conforme CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria...* cit., p. 381. Platão “julgava que só um pequeno número de homens especialmente qualificados possuía um verdadeiro saber acerca da pilotagem do Estado e perante este pequeno número os demais indivíduos estavam obrigados a uma obediência incondicionada, convertendo-se em seus súbditos ou escravos. Significativo é o tema por ele desenvolvido das três raças (de ouro, de prata e de bronze) destinadas a desempenhar funções diferentes na cidade (*Republica*, Livro 111)”.

leis para todos (*isos* = igual, *nómos* = lei)<sup>16</sup>. Evidentemente que a situação de igual alcançava tão somente os cidadãos livres, sendo que as mulheres eram consideradas iguais às crianças, não participando da vida política. A igualdade, todavia, só tinha sentido e existia na esfera da atividade política, onde os homens conviviam sob o *status* de cidadãos e não como pessoas privadas.

Também foi entre os gregos que se desenvolveu a noção de igualdade como justiça, caracterizada por uma relação de equilíbrio entre dois termos, ou melhor, um meio termo entre o pouco e o muito, entre a ofensa e reparação, entre a perda e o ganho. Havendo desarranjo no cosmos era tarefa da justiça reintroduzir o equilíbrio<sup>17</sup>, pois se entendia que a ordem do universo era uma projeção da ordem social<sup>18</sup>.

Aristóteles refere que, para diferenciar o justo, o injusto deve ser conhecido, estando essa percepção presente nas relações onde a igualdade não se localiza na mediana das partes que se faz relação, sendo o encontro desse valor que levará o sujeito à virtude<sup>19</sup>.

Desenvolvendo esse pensamento, Aristóteles diferencia justo total do justo particular. Aquele trata o atuar do indivíduo perante a coletividade. Este qualifica o agir do sujeito em relação a outro indivíduo, distinguindo, conseqüentemente, justiça distributiva e justiça corretiva, cuja análise permite extrair noções de igualdade<sup>20</sup>.

A justiça distributiva subentende uma relação de subordinação, assim considerada entre o todo e as partes. A questão concentra-se na distribuição, pelo Estado, de vantagens ou desvantagens aos sujeitos integrantes de uma determinada classe comparando-os em relação a

---

<sup>16</sup> TABORDA, Maren Guimarães. *O princípio da igualdade...* cit. p. 243.

<sup>17</sup> Essa é a linha de análise aristotélica que identifica a justiça como uma “virtude completa”, porém não em termos absolutos, mas socialmente considerada. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômano*. Livro V. Coleção “Os Pensadores”, São Paulo: Abril Cultura, 1979, p. 122.

<sup>18</sup> “Aristóteles concebeu, previamente, como justo o homem que respeita as leis, a ação realizada em conformidade com a lei e as próprias leis (humanas), porquanto estas estão em conformidade com as leis superiores – naturais ou divinas: é o significado de justo como legitimidade, como *nóminon*”. Cf. TABORDA, Maren Guimarães. *O princípio da igualdade...* cit. p. 247.

<sup>19</sup> Para o filósofo, virtude é “uma disposição de caráter relacionada com a escolha e consistente numa mediania, isto é, a mediania relativa a nós, a qual é determinada por um princípio racional próprio do homem dotado de sabedoria prática. E é um meio-termo entre dois vícios, um por excesso e outro por falta; pois que, enquanto os vícios ou vão muito longe ou ficam aquém do que é conveniente no tocante às ações e paixões, a virtude encontra e escolhe o meio-termo. E assim, no que toca à sua substância e à definição que lhe estabelece a essência, a virtude é uma mediania; com referência ao sumo bem e ao mais justo, é, porém, um extremo”. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômano*. Livro II. Coleção “Os Pensadores”, São Paulo: Abril Cultura, 1979, p. 73.

<sup>20</sup> Melhor desenvolvido em SILVA, Nícolas Trindade da. *Da igualdade formal a igualdade material*. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12556&revista\\_caderno=9](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12556&revista_caderno=9)>. Acesso em: maio 2015.

determinadas situações, tais como, hodiernamente, direitos e deveres de homens e mulheres na relação conjugal, ou de patrões e empregados na relação de emprego.

A diferenciação tem como critério o mérito, mesmo não havendo como auferi-lo<sup>21</sup>.

Aqui a justiça é definida como uma proporção geométrica e a violação da proporção assim resultante é a injustiça.

Já a justiça corretiva, que desenvolve papel de disposição, pressupõe a ordenação das relações entre os sujeitos. Trata da relação entre os particulares.

Nessa vertente, o problema da igualdade reside na situação de equivalência das coisas em uma relação bilateral e recíproca, uma proporção aritmética, uma retribuição proporcional. Justo é receber cada um o que é seu, é equacionar perdas e ganhos<sup>22</sup>. Mas dar a cada um o que é seu implica reconhecer as diferenças e admitir tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais. Além disso, estabelecer o que é o *seu* de cada um carrega uma enorme dificuldade de ordem prática, porquanto, o enunciado não traz nenhum elemento objetivo de distinção, abrangendo e tolerando, aliás, todos os demais valores subjetivos, dependendo da situação<sup>23</sup>.

Dessa fórmula de justiça é possível concluir que o valor de justo nela impregnado identifica-se com o valor que é constituído por meio do ordenamento jurídico, que é pressuposto no momento da sua aplicação. Assim é que, antigamente, se considerava justa a diferença entre cidadãos livres e escravos, ou a submissão da mulher.

De qualquer maneira, Aristóteles aplicou uma ideia de justiça e igualdade em que nas relações entre o Estado e os cidadãos seguia-se uma diferenciação baseada no mérito – justiça particular distributiva –, e nas relações entre os cidadãos não havia base de comparação, todos eles eram iguais – justiça particular corretiva<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Nesse sentido, Aristóteles afirma que as “distribuições devem ser feitas ‘de acordo com o mérito’; pois todos admitem que a distribuição justa deve recordar com o mérito num sentido qualquer, se bem que nem todos especifiquem a mesma espécie de mérito, mas os democratas o identificam com a condição de homem livre, os partidários da oligarquia com a riqueza (ou com a nobreza de nascimento), e os partidários da aristocracia com a excelência”. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômano*. Livro V. Coleção “Os Pensadores”, São Paulo: Abril Cultura, 1979, p. 125.

<sup>22</sup> Aristóteles assevera que o “igual é intermediário entre o maior e o menor, mas o ganho e perda são respectivamente menores e maiores em sentidos contrários; maior quantidade do bem e menor quantidade do mal representam ganho, e o contrário é perda; e intermediário entre os dois é, como vimos, o igual, que dizemos ser justo. Por conseguinte, a justiça corretiva será o intermediário entre a perda e o ganho”. *Ibid.*, p. 126.

<sup>23</sup> Nesse diapasão, Kelsen refere que essa concepção de justo como igualdade só é admitida numa ordem normativa que previamente defina o que é o *seu* de cada para que se conheça, segundo essa mesma ordem normativa, os deveres correspondentes dos demais. KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. 3ª ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora Ltda., 1998, p. 18.

<sup>24</sup> Segundo SILVA, Nícolas Trindade da. *Da igualdade...* cit. p. 04.

Já o exame do posicionamento de Hobbes pretende demonstrar a importância do Estado como sujeito coordenador das distinções entre os cidadãos, decisivo para forjar a concepção de igualdade perante a lei<sup>25</sup>.

A igualdade física dos homens, segundo Hobbes, poderia despertar o desejo de usufruírem os mesmos bens, acarretando disputas entre os indivíduos, resultando imprescindível à formação do Estado soberano e com leis previamente estabelecidas para garantir a segurança externa, a estabilidade interna e o desenvolvimento<sup>26</sup>. Assim, somente se admitindo os homens como iguais é possível à constituição de um ambiente comum de poder, que os submete igualmente, com o objetivo de assegurar a manutenção do desejo de conservação. Contudo, essa igualdade curva-se ao poder desigual e soberano do Estado, permanecendo subjacente à concretização do pacto como relação de um direito originário e intransferível, o direito de conservação. Dessa forma, a igualdade além de permitir a transposição da condição natural à instância instituída, se constitui em norte de um Estado que se quer duradouro<sup>27</sup>.

Antes de prosseguir na análise dos demais pensadores referidos alhures, por questão de cronologia, cumpre salientar que a partir do século XVIII, em virtude das revoluções liberais que ansiavam a contenção da tirania e do arbítrio derivados do poder absoluto<sup>28</sup>, surge

---

<sup>25</sup> Para Hobbes, da condição natural da humanidade relativamente à sua felicidade e miséria a natureza fez os homens tão iguais, quanto às faculdades do corpo e do espírito que, embora por vezes se encontre um homem manifestamente mais forte de corpo, ou de espírito mais vivo do que outro, mesmo assim, quando se considera tudo isto em conjunto, a diferença entre um e outro homem não é suficientemente considerável para que qualquer um possa com base nela reclamar qualquer benefício a que outro não possa também aspirar, tal como ele. Porque quanto à força corporal o mais fraco tem força suficiente para matar o mais forte, quer por secreta maquinação, quer aliando-se com outros que se encontrem ameaçados pelo mesmo perigo”. HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. p. 45. Disponível em [http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh\\_thomas\\_hobbes\\_leviatan.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf). Acesso em maio de 2015.

<sup>26</sup> Hobbes considera “que um Estado foi instituído quando uma multidão de homens concordam e pactuam, cada um com cada um dos outros, que a qualquer homem ou assembleia de homens a quem seja atribuído pela maioria o direito de representar a pessoa de todos eles (ou seja, de ser seu representante), todos sem exceção, tanto os que votaram a favor dele como os que votaram contra ele, deverão autorizar todos os atos e decisões desse homem ou assembleia de homens, tal como se fossem seus próprios atos e decisões, a fim de viverem em paz uns com os outros e serem protegidos dos restantes homens”. *Ibid.*, p. 61.

<sup>27</sup> Conforme SILVA, Nícolas Trindade da. *Da igualdade... cit.* p. 05.

<sup>28</sup> A sociedade oitocentista tinha o claro objetivo de romper com a estrutura política que privilegiava a nobreza e no clero, além de aumentar seus mercados, a burguesia, em ascensão, dedicou-se a consolidar a igualdade jurídica de todos os homens, não sendo mais admitidas diferenciações baseadas em motivos de linhagem ou parentesco. Nessa época, todavia, como referido por José Afonso da Silva, a igualdade não era a bandeira principal do movimento liberal. Afirma o autor que “o direito de igualdade não tem merecido tantos discursos como a liberdade. As discussões, os debates doutrinários e até as lutas em torno desta obnubilaram aquela. É que a igualdade constitui o signo fundamental da democracia. Não admite os privilégios e distinções que um regime simplesmente liberal consagra. Por isso é que a burguesia, cônica do seu privilégio de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade. É que um regime de igualdade contraria seus interesses e dá à liberdade sentido material que não se harmoniza com o domínio de classe em que se assenta a

a ideia da igualdade de todos perante a lei, expressamente consagrada no *Virginia Bill of Rights*, de 12.6.1776, que dispõe no seu art. 1º. “Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança”; bem como na Declaração dos Direitos do Homem de 1789, assim dispoendo o art. 1º: “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem ser fundadas na utilidade comum”<sup>29</sup>.

Nessa época, a igualdade estava intrinsecamente ligada com a sua proclamação como norma jurídica, constituindo-se atributo conferido aos indivíduos. Dessa forma eram proibidas leis que estabelecessem diferenças, nem estas seriam aplicadas em desconformidade com o princípio da igualdade. O bem almejado pelo Estado Liberal era a igualdade e o instrumento apto a introduzi-la era a lei. Lei que deveria advir de um poder legislativo formado por homens livres, representantes do povo, por ele escolhidos e com ele comprometidos na elaboração de leis gerais e abstratas, planejadas para que todos os cidadãos fossem tratados igualmente, tanto nos direitos quanto nas obrigações.

A relevância em transcrever ambos os textos revolucionários visa demonstrar que a igualdade formal ventilada se caracterizava na abstenção estatal, pelo seu caráter negativo, pois o Estado não poderia conferir regalias ou privilégios a determinadas classes de indivíduos. O conteúdo do recém consagrado princípio da igualdade era o controle do aplicador da lei, que estava vinculado às disposições elaboradas pelo próprio povo, por intermédio dos seus representantes. Todos são iguais perante a lei!

Não fazia parte da pauta reivindicatória, absolutamente, o debate sobre a igualdade de condições de participação social, pois a classe revolucionária, a burguesia, já detinha recursos materiais suficientes para se desenvolver como classe preponderante, bastava apenas a extinção dos privilégios da nobreza<sup>30</sup>.

A igualdade formal eclodida nesse período decorre da perspectiva política do Estado de Direito, que é baseado na lei, no sentido da lei igual para todos, com tratamento igualitário sem aferições sobre qualidades ou atributos pessoais e explícitos dos destinatários da norma.

---

democracia liberal burguesa”. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 31ª ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008, p. 211.

<sup>29</sup> Nesse sentido e também referindo a Constituição de Massachussets de 1780, MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa... cit.*, 219-220.

<sup>30</sup> Conforme SILVA, Nícolas Trindade da. *Da igualdade... cit.* p. 06.

Essa noção de igualdade entre os indivíduos contribuiu decisivamente para o novo constitucionalismo.

Restando consagrada a igualdade de todos perante a lei, cumpre perquirir a igualdade em Rousseau que, em meados do século XVIII, já alertava sobre realização da igualdade material.

Rousseau reconhece duas espécies de desigualdades: uma física, natural, que consiste nas distinções de sexo, constituição do corpo, idade; e outra política, moral, caracterizada pelos privilégios de uns em detrimento de outros, oriunda, justamente, da sociedade, do início do contrato social<sup>31</sup>.

Naturalmente a vida em sociedade apresenta os mais variados aspectos. Existem cidadãos cultos e outros analfabetos, ricos e pobres, jovens e velhos, sadios e doentes, dentre tantas outras diferenças, de maneira que não são todos iguais, sendo imprescindível o tratamento diferenciado.

Todavia, o filósofo admite que não é necessário o retorno do estado natural para a realização da igualdade. Basta empregar o direito e a razão como instrumentos de correção das distorções entre os indivíduos, a exemplo das leis que dispõe sobre ações afirmativas.

Na sequência da evolução da igualdade, Marx, sob grande influência do discurso de Rousseau, critica a igualdade perante a lei como forma de embasar a igualdade material, por isso uma rápida abordagem.

Como ferrenho crítico da sociedade burguesa e da sua noção de igualdade, a discussão subsome-se na atuação estatal negativa conferida pela igualdade perante a lei, pois nesse espaço, assevera o filósofo, poderiam se desenvolver permanentes lutas de classes que objetivassem se diferenciar livremente. Em outras palavras, a igualdade perante a lei é insuficiente para a sua realização, pois não trata das diferenças físicas e materiais existentes entre os indivíduos de determinada classe<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Nesse sentido, é elucidativa a seguinte passagem: “cada um começa a olhar os outros e a querer ser olhado por sua vez, e a estima pública tem um preço. Aquele que canta ou dança melhor, o mais belo, o mais forte, o mais destro ou o mais eloquente, torna-se o mais considerado. E foi esse o primeiro passo para a desigualdade e para o vício, ao mesmo tempo: dessas primeiras preferências nasceram, de um lado, a vaidade e o desprezo e, de outro, a vergonha e a inveja; e a fermentação causada por esses novos fermentos produziu, enfim, compostos funestos à felicidade e à inocência”. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens (1754)* - p. 33. Disponível em: < <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000053.pdf> > Acesso em: maio de 2015.

<sup>32</sup> É o que se extrai da sua obra “Crítica ao programa de Gotha”, *verbis*: “Mas, alguns indivíduos são superiores, física e intelectualmente, a outros e, pois, no mesmo tempo, prestam trabalho, ou podem trabalhar mais tempo; e o trabalho, servir de medida, tem que ser determinado quanto à duração ou intensidade; de outro modo, deixa de ser uma medida, este direito igual é um direito desigual para trabalho desigual. Não reconhece nenhuma distinção de classe, por aqui cada indivíduo não é mais do que um operário como os demais; mas reconhece, tacitamente, como outros tantos privilégios naturais, as desiguais aptidões dos indivíduos, por conseguinte, a

Também é possível depreender<sup>33</sup> que, para Marx, o trabalho em favor da coletividade é um fator justo para se diferenciar em tratamento, pois seria injusto um indivíduo que não trabalha receber os mesmos bens de outro que despense sua energia laborativa em prol da coletividade. Da mesma forma, haveria desigualdade se não fosse observado o nível de intensidade e duração de trabalho: os que trabalham mais e em condições adversas, como de insalubridade, periculosidade ou penosidade devem receber mais que aqueles que trabalham menos e em condições normais, restando evidente que só há justiça verificando-se as desigualdades existentes.

Marx ainda foi precursor de tratamento segundo a necessidade, ao atribuir ao Estado a responsabilidade de estabelecer a igualdade de condições para os indivíduos. Em suas palavras: “De cada qual, segundo sua capacidade; a cada qual, segundo suas necessidades”<sup>34</sup>.

Apesar do contexto de Estado comunista de Marx, é possível observar nesse pensamento a concepção de igualdade material do Estado Democrático de Direito.

Nessa linha crítica ao Estado Liberal ainda, cumpre referir, de forma perfunctória, o entendimento de John Rawls<sup>35</sup> no que tange ao sentido de justiça. Para ele, justiça consiste, basicamente, na eliminação de distinções arbitrárias e no equilíbrio entre as pretensões rivais. Implica na suplantação da igualdade formal, e impõe um estado interventor econômica e socialmente, como promotor principal da igualdade real entre os cidadãos.

Assim, já no início do século XX, a confiança na abstração e na generalidade da lei como garantia da igualdade se dissipou, visto que não mais se acreditava na justiça como

---

desigual capacidade de rendimento, fundo é, portanto, como todo direito, o direito da desigualdade O direito só pode consistir, por natureza, na aplicação de uma medida igual; mas os indivíduos desiguais só podem ser medidos por uma mesma medida sempre e quando sejam considerados sob um ponto de vista igual, sempre quando sejam olhados apenas sob um aspecto determinado por exemplo, no caso concreto, só como operários, e não veja neles nenhuma outra coisa, isto é, prescindir-se de tudo o mais. Prossigamos: uns operários são casados e outros não uns têm mais filhos que outros, etc., etc. Para igual trabalho e, por conseguinte, para igual participação no fundo social de consumo, uns obtêm de fato mais do que outros, uns são mais ricos do que outros, etc. Para evitar todos estes inconvenientes, o direito não teria que ser igual, mas desigual”. MARX, Karl. *Crítica ao programa de Gotha* – p. 07. Disponível em: < [http://www.dominiopublico.gov.br /download/texto/cv000035.pdf](http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000035.pdf). > Acesso em: maio de 2015.

<sup>33</sup> Nesse aspecto nos orientamos nas ilações de SILVA, Nícolas Trindade da. *Da igualdade...* cit. p. 09.

<sup>34</sup> MARX, Karl. *Crítica...* cit. p. 08. Apenas para referir a teoria igualitarista de Norberto Bobbio traz subjacente o critério da necessidade, sendo suas as palavras, *eguaglianza di tutti in tutto*. In: *Eguaglianza e Igualitarismo*. Armando Armando Editore: Roma, 1978, p. 14.

<sup>35</sup> Em RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Organizado por Erin Kelly. Tradução Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003; e RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Piseta; Lenita M. R. Esteves. Martins Fontes: São Paulo: 2000. Contraposto e criticado por NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Nova Iorque: Basic Books. Tradução Ruy Jugmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1974, p. 217.

atributo imanente da lei. A função primordial do princípio da igualdade passou do controle do aplicador da lei à sua criação e conteúdo<sup>36</sup>.

A partir de então, no Estado social, o legislador democrático viu-se na obrigação de tratar diferentemente os desiguais. Percebeu-se que o princípio da igualdade precisava de instrumentos de promoção da igualdade social e jurídica, visto que a mera igualdade de direitos<sup>37</sup>, per si, era insuficiente para tornar acessíveis aos desfavorecidos socialmente, as mesmas circunstâncias adequadas de que gozavam e dispunham os cidadãos socialmente favorecidos.

Surge uma nova dimensão do princípio da igualdade, a igualdade material expressada na exigência de “tratamento igual daquilo que é igual e tratamento desigual daquilo que é desigual”.

Por conta dessa noção de igualdade, atualmente, emergem robustas reivindicações atinentes à atuação do Estado com o propósito de fomentar ações que visem o efetivo gozo de direitos por aqueles que, apenas jurídica e formalmente, eram reconhecidos como iguais. Nessa concepção, de igualdade de oportunidades, a atuação estatal serve para que a igualdade passe do plano formal e abstrato para a realidade dos cidadãos. O direito do trabalho, nesse contexto, procura, por meio de diversas regras, compensar as desigualdades de oportunidades decorrentes da variação de gêneros daqueles que prestam labor, com o propósito de efetivar a igualdade material, o que, obviamente, desperta várias discussões, tanto em relação à constitucionalidade quanto à efetividade.

## **1.2. Relação com o princípio da dignidade da pessoa humana**

Ao longo desses milênios de evolução, é possível observar que além de estar diretamente relacionada com a concepção de liberdade e justiça, a igualdade ainda releva a dignidade da pessoa humana, por ser uma relação desejável entre indivíduos livres.

---

<sup>36</sup> Segundo Jorge Reis Novais, “foi assim que, à medida que se foi tomando consciência das faz expectativas sobre a justiça imanente da lei geral e se foram reconhecendo os abusos cometidos pelo próprio legislador democrático, as preocupações e anseios de igualdade – que até então se concentrava nos perigos provindos de uma aplicação inigualitária da lei – foram-se transferindo para o próprio plano da criação da lei e do seu conteúdo”. *In: Os princípios constitucionais estruturantes... cit.* p. 103.

<sup>37</sup> Para Jorge Reis Novais, a “generalidade nem é condição suficiente nem necessária para a igualdade. Uma lei geral pode ser tão profundamente inigualitária – desde que trate indiferenciadamente situações e pessoas cuja extrema desigualdade fáctica exigiria as correspondentes diferenciações de tratamento – quanto uma lei individual e concreta pode ser uma verdadeira exigência de igualdade, desde que a situação e a pessoa em causa sejam tão particulares e especiais que exijam um tratamento correspondentemente individualizado”. *In: Os princípios constitucionais estruturantes... cit.* p. 104.

A igualdade entre os homens advém da razão direta da consideração do homem como pessoa, que na sua individualidade deve ser livre e enquanto ser social, deve estar com os seus semelhantes numa posição de paridade<sup>38</sup>. Liberdade e igualdade compõem o conteúdo material da noção de justiça, pois a liberdade é um valor para o homem como indivíduo, e igualdade um valor para o homem considerado como ser genérico, pertencente a determinado grupo, sociedade<sup>39</sup>. Esse é o ponto de partida para, modernamente, se considerar a igualdade um princípio constitucional estruturante do Estado de Direito.

A igualdade não pode ser vista isoladamente<sup>40</sup>. Sua evolução, não casualmente, se assemelha à evolução dos próprios direitos fundamentais. Ao mesmo tempo que estes foram sendo consagrados e efetivados em dimensões que, sem substituir umas às outras, complementavam-se e desenvolviam o elenco de direitos da dimensão anterior, também o princípio da igualdade foi melhorando com o passar do tempo na busca da garantia da própria dignidade da pessoa humana.

O princípio da igualdade tem uma relação inseparável com o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos dos Estados democráticos. O respeito à dignidade humana impõe a observância ao princípio da igualdade; e a preocupação em efetivar os padrões de igualdade em uma sociedade realiza igualmente a orientação de respeito à dignidade humana<sup>41</sup>.

Quando se questiona, por exemplo, no espectro de proteção do trabalho da mulher, a constitucionalidade do art. 5º da CLT que impõe “a todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo”, ou do art. 373-A, IV, do mesmo diploma legal, que veda a exigência de atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou

---

<sup>38</sup> Conforme TABORDA, Maren Guimarães. *O princípio da igualdade...* cit. p. 245.

<sup>39</sup> Em última análise, humanidade, segundo TABORDA, Maren Guimarães. *O princípio da igualdade...* cit. p. 245. Sobre a tensão “inelutável” entre liberdade e igualdade vide MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional...* cit., p. 224. Além disso, para Antônio Castanheira Neves, “se a igualdade se pode dizer a condição social da liberdade, a liberdade é uma possibilidade pessoal que só será universal se todos nela se reconhecerem iguais e se nenhum for já privilegiado já diminuído nessa possibilidade”. Cf. NEVES, Antônio Castanheira. *Justiça e Direito*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n. 51, p. 205-269, 1975, p. 260.

<sup>40</sup> Jorge Miranda refere que “o princípio da igualdade não pode ser visto, como uma ‘ilha’, devendo antes ser configurado como princípio a situar o âmbito dos padrões materiais da Constituição”. In: *Constituição Portuguesa...* cit. p. 233.

<sup>41</sup> Cf. ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. O trabalho da mulher e o princípio da igualdade. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, Rio de Janeiro, v. 79, nº. 03, p. 46-62, jun./set., p. 48. Nesse sentido também PITAS, José. Princípio da igualdade no direito. *Repertório IOB de Jurisprudência: Trabalhista e Previdenciário*. São Paulo, nº. 24, p. 718-726, dez 2003.

gravidez, na admissão ou permanência no emprego<sup>42</sup>, não é só com o princípio da igualdade que se depara, mas também com o princípio da dignidade da pessoa humana.

A par da atuação estatal compensar a desigualdade de gênero na relação de emprego, garantindo o acesso e a permanência da mulher no mercado de trabalho ao proibir o tratamento discriminatório pela sua condição de mulher, bem como a isonomia salarial para trabalho de igual valor, não obstante ser a mulher fisicamente mais fraca, as disposições legais, sobretudo, asseguram a dignidade da pessoa humana. Dignidade que pressupõe a necessidade de reconhecimento da pessoa como sujeito, como ser humano, ou na inadmissibilidade de tratamento degradante, nomeadamente a sua redução a mero objeto do poder estatal<sup>43</sup>. Não se admite que um ser humano seja tratado como coisa ou com desrespeito por apresentar uma diferença física, econômica, social ou qualquer outra.

*Mutatis mutandis*, sem muito esforço se compreende que o artigo 5º da CLT representa, historicamente, a evolução social: ele denuncia que as mulheres, por serem, biologicamente, mais fracas, foram submetidas a uma situação em que, mesmo prestando serviços com igual qualidade e perfeição técnica, recebiam salários inferiores. Assim como o art. 373-A demonstra que, as pessoas do sexo feminino, em virtude da possibilidade da maternidade, eram segregadas do trabalho do ponto de vista econômico (restando-lhes o doméstico), em flagrante desconsideração da mulher.

Evidentemente, que em decorrência do Estado de direito fundado em igual dignidade da pessoa humana, mormente, quando esse princípio é consagrado constitucionalmente, todos, sem distinção de sexo, têm igual dignidade, devendo ser tratados com igual importância e respeito (Dworkin) e a poder dispor sua própria vida em autonomia e igual liberdade<sup>44</sup>.

É, pois, a dignidade da pessoa humana que confere um sentido elucidativo orientado do sistema constitucional de direitos fundamentais e sua conformação<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999.

<sup>43</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de direito democrático*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 45.

<sup>44</sup> Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional... cit.*, p. 45

<sup>45</sup> Nesse sentido, NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes... cit.*, p. 53. Adverte também que, não fosse assim, ou seja, se o princípio da dignidade da pessoa humana “fosse pura e simplesmente identificado com os direitos fundamentais, e o princípio da dignidade da pessoa humana tenderia para a redundância retórica inconsequente ou para um enfraquecimento natural: não apenas o princípio da dignidade da pessoa humana nada acrescentaria, em termos de garantia jurídica, aos efeitos já desenvolvidos especificamente por cada um dos direitos fundamentais, como, ainda, o princípio tenderia a estar sujeito às necessidades de cedência, ponderação e limitabilidade que afectam a generalidade dos direitos fundamentais nas situações pontuais e concretas”. In: *Direitos fundamentais e justiça constitucional... cit.*, p. 46.

A dignidade da pessoa humana e o direito à igualdade prestam ao cidadão, em Estado de direito, a prerrogativa de não ter sua liberdade afetada a não ser quando tal seja justificada pela estrita necessidade de realização de outros valores dignos de importante proteção jurídica. Conquanto o princípio da igualdade comporta igual tratamento, as mesmas oportunidades, também veda as preferências que se traduzem em lesão à dignidade da pessoa humana, admitindo, portanto, distinções desde que amparadas na razoabilidade e devidamente justificadas. É o caso, por exemplo, do disposto no art. 373-A, I, da CLT, que proíbe a publicação de anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, dentre outras situações, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir. Isto é, apesar de coibir a discriminação de gênero nas relações de trabalho, o direito à igualdade de oportunidades entre homens e mulheres cede à proteção da integridade física e da saúde da própria mulher, por consideração da sua composição orgânica diferente. É o princípio da dignidade da pessoa humana que orienta o princípio da igualdade, como é o mesmo princípio da dignidade que norteia às margens da sua conformação e justifica sua imperiosa afetação por conta de outro fim merecedor de proteção.

Além disso, o princípio da dignidade da pessoa humana estabelece o fundamento material da compreensão dos direitos como trunfos, visto que é dessa noção de igual dignidade de todas as pessoas que decorre o direito de cada um conformar sua vida de acordo com as suas próprias concepções.

### **1.3. Princípio da igualdade**

O desenvolvimento da ideia de igualdade como democracia, liberdade, justiça e dignidade da pessoa humana tomou significativa amplitude no Estado de direito, constituindo-se o princípio da igualdade um dos seus principais princípios estruturantes<sup>46</sup>.

Como alicerce do ordenamento jurídico dos Estados que se adjetivam democráticos o princípio da igualdade indica um ideal a ser concretizado, consolidado na aplicação da regra de justiça e no poder-dever de fomentar, a todos, indistintamente, as mesmas condições de vivência digna e possibilidades realizáveis numa sociedade. Também age como baliza da atuação estatal e constitui parâmetro de avaliação da constitucionalidade dos atos do poder público, não só na vedação da discriminação fortuita ou injustificada, mas igualmente na compensação de desigualdades.

---

<sup>46</sup> Nesse sentido ver nota 12.

### 1.3.1. A igualdade como princípio e como regra

O ordenamento jurídico necessita de uma base suficientemente sólida para que a construção de regras seja consistente e lógica, motivo porque os princípios são autênticos pilares de todo o ordenamento jurídico. Efetivamente, o direito não se exaure nos diplomas e dispositivos legais mutáveis, necessitando, no sistema, de algo permanente, que explique e assente a validade e efetividade de todas e cada uma das normas. São os princípios que conferem ao sistema normativo unidade, racionalidade, significado, tônica, sentido harmônico, lógica e inteligência<sup>47</sup>.

Os princípios, segundo Canotilho, “são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante”. A diferença é que as regras exigem, proíbem ou permitem algo de maneira bem delimitada e os princípios necessitam uma realização de acordo com as possibilidades de fato e de direito, observando a melhor forma possível. Não exigem, proíbem ou permitem alguma coisa em estilo de tudo ou nada, pois consideram as possibilidades fáticas e jurídicas em observância da reserva do possível. A convivência dos princípios é conflitual, a das regras antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se<sup>48</sup>.

Para Jorge Miranda, os princípios não se põem “além ou acima do direito (ou do próprio direito positivo); também eles fazem parte do complexo ordenamental. Não se contrapõem às normas, contrapõem-se tão somente às regras: as normas jurídicas é que se dividem em normas-princípios e em normas regras”<sup>49</sup>. E ao distinguir princípios de regras, o jurisconsulto português menciona Dworkin e Alexy como utilizadores do mesmo significado

<sup>47</sup> Cf. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 293. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, princípio exprime a noção de “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”. Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 11ª ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1999, p. 54. Para Miguel Reale, “os princípios são verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis”. *In: Lições preliminares de direito*. 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 1991, p. 299.

<sup>48</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria...cit.*, p. 1.161.

<sup>49</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição... cit.*, p. 294. RODRIGUES, Américo Plá. *Princípios do direito do trabalho*. 3ª ed., Tradução Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 2000, p. 19, entende que os princípios “estão acima do direito positivo, enquanto lhe servem inspiração, mas não podem tornar-se independentes dele”. Sobre a igualdade tutelada como regra e como princípio: MOURA, Patrícia Uliano Effting Zoch de. *A finalidade do princípio da igualdade - a nivelção social: interpretação dos atos de igualar*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 35.

para realizar a diferenciação, isto é, tendo norma como gênero de que são espécies os princípios e as regras. Explica que, para o primeiro, as regras são aplicáveis em termos absolutos, “oito ou oitenta”, incidindo ou não aos fatos que preveem e, apesar de admitirem exceções, não é adequado enunciá-las de acordo com essas exceções. Já os princípios não conduzem consequências jurídicas automáticas; um princípio não aponta a exigência de determinada decisão, como também não indica a razão para ir a certo sentido. Os princípios admitem uma dimensão de peso e tudo está em tomar o peso relativo de cada um, não as regras. Ensina que, para o segundo, os princípios são normas que determinam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas; são incumbências de otimização que podem ser realizadas em diferentes graus. As regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Uma vez válida, deve ser observado exatamente o que a regra exige, nem mais nem menos. A diferença é qualitativa e não de grau<sup>50</sup>.

Jorge Reis Novais refere que o pensamento de Dworkin parte de uma distinção forte entre normas princípios e normas regras onde a “dimensão fundamental das regras é a da validade, e a dos princípios é a do peso”. E leciona que a teoria de Alexy reconstrói a hipótese de separação capital entre regras e princípios de modo que, enquanto as regras contêm prescrições dentro dos limites jurídica e faticamente possíveis, “os princípios impõem, proibem ou permitem algo que pode ser realizado em maior ou menor medida, exigindo, todavia, uma realização otimizada, no sentido da maior realização possível permitida pelas possibilidades jurídicas e fáticas que se verificarem num caso concreto”<sup>51</sup>.

Bonavides adere a essa distinção, asseverando que as regras têm grau de generalidade relativamente baixo, enquanto os princípios possuem alto grau de abstração. As regras regem, os princípios valem<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição... cit.*, p. 296.

<sup>51</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 326-353.

<sup>52</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2004, p. 250-2. Além das obras já referidas, dentre outros, cumpre destacar o trabalho de ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006, que propõe os seguintes conceitos: “As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção” (p. 78-79).

Os princípios, ao emprestarem coerência ao sistema, atuam como critérios de interpretação e integração: com proposições ideais que favorecem uma conexão harmônica com a exegese dos preceitos constitucionais e legais; e como fonte supletiva, pois se colocam como fatores que influenciam na produção da ordem jurídica. Também exercem função informadora ao inspirar o legislador e dar fundamento para a conformação legislativa. Os princípios servem ainda de incentivadores e transformadores do ordenamento jurídico, justamente em razão da sua maior generalidade e da força expansiva que detém, daí a influência que atingem na interpretação evolutiva ou como fundamento de novas normas que com eles melhor se coadunam, se aproximando ainda mais da ideia de direito<sup>53</sup>.

O princípio da igualdade, além de princípio jurídico informador de toda ordem jurídico-constitucional<sup>54</sup> de Estado de direito, também pode e deve ser considerado princípio de Estado social, independentemente da questão da distinção entre igualdade fática ou jurídica, pois ele orienta a concretização das imposições constitucionais vocacionadas à igualdade de oportunidades, condições reais de vida, e, sobretudo, à própria ideia de igual dignidade da pessoa humana, não apenas vedando discriminações objetivas ou subjetivas, mas impondo a compensação de desigualdade<sup>55</sup>.

Na ordem constitucional brasileira, é possível identificar a igualdade como norma princípio e como norma regra<sup>56</sup>. O preâmbulo<sup>57</sup> enuncia que a igualdade é tida como um valor supremo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida,

<sup>53</sup> Nesse sentido, MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição... cit.*, p. 298.

<sup>54</sup> Sendo o de presença mais antiga e constante nos textos constitucionais, segundo NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes... cit.*, p. 101.

<sup>55</sup> Conforme CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria... cit.*, p. 430.

<sup>56</sup> Cumpre registrar que Jorge Miranda classifica os princípios em: princípios constitucionais substantivos e princípios constitucionais adjetivos ou instrumentais; e as normas regras com especialidades no Direito constitucional em: normas constitucionais materiais ou de fundo, orgânicas ou organizativas e procedimentais ou procedimentais de forma, normas constitucionais precativas e normas constitucionais programáticas ou diretivas, normas constitucionais exequíveis e não exequíveis por si mesmas, e normas constitucionais a se e normas sobre normas constitucionais. *In: Teoria do Estado e da Constituição... cit.* p. 299-304.

<sup>57</sup> Não se pretende entrar na discussão sobre sua força normativa. De registrar, tão somente, que, segundo Jorge Miranda, há três teorias no que tange ao sentido jurídico dos preâmbulos constitucionais: a da irrelevância jurídica; a da eficácia idêntica à de quaisquer preceitos constitucionais; e a de relevância jurídica indireta ou principialista. Comungamos com o entendimento do mencionado jurisconsulto no sentido de que o preâmbulo é parte integrante do Constituição, como todas as suas consequências, distinguindo-se apenas pela sua eficácia. *In: Teoria do Estado e da Constituição... cit.* p. 301-302.

na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

O próprio artigo 3º da Constituição brasileira, ao dispor sobre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, elenca, nos incisos I, III e IV, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Isto é, a igualdade como princípio fundamental, como princípio axiológico, transcende do texto constitucional<sup>58</sup>, constituindo-se verdadeiro norte jurídico-constitucional e de vasta aplicação no Direito do trabalho por vedar discriminações e reconduzir à dignidade da pessoa humana e à dignidade social do trabalho.

Já no *caput* do artigo 5º da Carta Magna, por exemplo, quando prescreve que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, a igualdade transparece como norma regra, pois veda determinados atos ou comportamentos.

Sobre a ideia diretiva de aplicação do princípio da igualdade é importante não olvidar, outrossim, que tratar diferentemente algo ou alguém distinto por características intrínsecas ou legais, não constitui violação do princípio da igualdade. A questão é de dimensão do princípio da igualdade que adiante será analisada.

### **1.3.2. Princípio da igualdade formal e igualdade material**

A leitura da fórmula consagrada do princípio de que “todos são iguais perante a lei”, como observado na evolução da ideia de igualdade, apresenta importante dicotomia: igualdade formal (ou jurídica, liberal) e igualdade material (ou real, efetiva, social, concreta, de oportunidades)<sup>59</sup>.

A igualdade formal decorre do constitucionalismo liberal no qual os homens nascem e mantem-se livres e iguais em direitos. A igualdade material advém da consciência das

---

<sup>58</sup> É de salientar que “pela sua própria natureza e função, os princípios não carecem de sede fixa no texto constitucional; os que lhe sejam exteriores (ou anteriores) podem dele ser simplesmente induzidos”. Conforme MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição... cit.* p. 300.

<sup>59</sup> Como quer que se denomine segundo MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional... cit.*, p. 225; e CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria... cit.*, p. 426.

desigualdades faticamente existentes e da necessidade de modificar a realidade social e econômica como realização de justiça.

A afirmação de que todos são iguais perante a lei traduz a obrigação de igualdade na aplicação da lei. Esse tratamento isonômico determina que a imposição da lei ao caso concreto deve ser efetivada de forma impessoal, sem diferenciar as situações que se submetem à ordem legal baseadas em razões alheias ou não previstas juridicamente. A ênfase é no tratamento do indivíduo perante a lei. A igualdade na aplicação da lei significa que a lei deve ser executada sem discriminações ou privilégios, sendo vedadas distinções de qualquer natureza<sup>60</sup>.

Esse sentido do princípio da igualdade, sem ressalvas, alude à ideia de distribuição de bens de acordo com os méritos de cada um, cabendo à lei garantir apenas o tratamento isonômico daqueles que possuem méritos iguais, propiciando-lhes o alcance de iguais benefícios<sup>61</sup>. O princípio, assim, se realiza numa igual aplicação da lei a todos os cidadãos, vinculando apenas os aplicadores da lei, traduzindo-se, em outros termos, quase em mera exigência de generalidade da lei<sup>62</sup>.

Ocorre que restringir o princípio da igualdade somente a uma proposição de universalidade, sendo assente que igualdade perante a lei e generalidade da lei não significam a mesma coisa<sup>63</sup>, denota permissão de diferenciações quanto ao conteúdo. Assim, a universalidade pode tolerar que o legislador ardiloso cumpra formalmente a igualdade ao tratar da mesma forma determinado grupo de pessoas com idênticas características e violar materialmente a igualdade ao diferenciá-las de maneira discriminatória. Basta lembrar do *apartheid* na África do Sul e do tratamento jurídico dos judeus na Alemanha nazista<sup>64</sup>. A lei tratava, igualmente, judeus e negros, mesmo criando um regime flagrantemente discriminatório.

Jorge Reis Novais reforça a ilação de que a generalidade não é condição suficiente e / ou necessária da igualdade. Refere que uma lei geral pode ser tão intensamente desigual, se

---

<sup>60</sup> De ressaltar que José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional... cit.*, p. 215) reputa desnecessária tal distinção na ordem constitucional brasileira, porquanto doutrina e jurisprudência são firmes na orientação de que a “igualdade perante a lei tem o sentido que, no exterior, se dá à expressão igualdade na lei, ou seja: *o princípio tem como destinatários tanto o legislador como os aplicadores da lei*” (grifo no original).

<sup>61</sup> Cf. ALMEIDA, Kellyane Laís Laburu Alencar de. *A igualdade e a proporcionalidade... cit.*, p. 57

<sup>62</sup> Cf. PINTO, Maria da Glória Ferreira. *Princípio da igualdade... cit.*, p. 26.

<sup>63</sup> Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra editora. 1982, p. 381, o princípio da igualdade não é uma mera “refracção do princípio da legalidade”.

<sup>64</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria... cit.*, p. 427

tratar diferentemente pessoas e situações cuja profunda desigualdade fática exija as correspondentes compensações de tratamento, quanto uma lei individual e concreta pode se configurar numa autêntica igualdade, desde que a situação e a pessoa sejam tão diversas e especiais que mereçam um tratamento correspondentemente individualizado<sup>65</sup>.

Restrito ao sentido formal, o princípio da igualdade terminaria apenas revelando o princípio da prevalência da lei em face do aplicador do direito<sup>66</sup>.

A igualdade perante a lei, apesar de continuar sendo um mínimo imposto à observância de qualquer Estado de direito enquanto exigência derivada da igual dignidade de todos<sup>67</sup>, se mostra insuficiente se não for acompanhada de uma igualdade na própria lei ou através dela, isto é, uma igualdade material que vincula o legislador ao conteúdo da lei<sup>68</sup>. Em outros termos, o princípio da igualdade não se satisfaz com a mera abstenção do Estado em não discriminar; o princípio impõe a efetiva promoção da igualdade, sendo a lei o instrumento de concretização da justiça social. Nessa perspectiva material a igualdade assume um sentido superior. Não basta o art. 5º, inciso I, da Constituição do Brasil estabelecer que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”. Há a necessidade de, no âmbito da relação do trabalho, por exemplo, fomentar e buscar a igualdade material entre trabalhadores de diferentes gêneros, com a promoção de medidas positivas que efetivamente coloquem em pé de igualdade homens e mulheres, naturalmente diferentes na composição física. É por isso que o art. 198 da CLT estabelece que “é de 60 kg (sessenta quilogramas) o peso máximo que um empregado pode remover individualmente, ressalvadas as disposições especiais relativas ao trabalho do menor e da mulher”, sendo que o art. 390 do mesmo diploma legal<sup>69</sup>, veda “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”.

A própria lei deve tratar igualmente todos os cidadãos. Assim, é na igualdade na criação da lei que se encontra fundamento para vincular o legislador à igualdade e também para que ele atente para elaboração de leis sem discriminações ou privilégios. Como também

<sup>65</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes... cit.* p. 104.

<sup>66</sup> Nesse sentido, dentre outros, PINTO, Maria da Glória Ferreira. *Princípio da igualdade... cit.*, p. 25; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente... cit.* p. 381.

<sup>67</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes... cit.* p. 102.

<sup>68</sup> NEVES, Antônio Castanheira. *O instituto dos 'assentos' e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 166.

<sup>69</sup> Como adiante se verá, há entendimento sugerindo a abolição da restrição do art. 390 da CLT com a apreciação de cada caso às situações e características pessoais da trabalhadora, ao tempo gasto na atividade e às condições do serviço.

é na igualdade através da lei que se exige tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais.

O conteúdo do princípio da igualdade está vinculado com a realização da justiça, assim definida com as concepções e valores de cada sociedade em cada tempo. Nesse sentido, a primeira Constituição republicana do Brasil, proclamada em 1891, declarava serem eleitores “todos” os cidadãos maiores de 21 anos, assim compreendidos apenas os homens. O conteúdo da norma era discriminatório, já que as mulheres, até então, não eram consideradas capazes de eleger os seus próprios representantes. Somente com a promulgação da Constituição de 1934, restou assegurado às mulheres o direito ao voto, declarando, em seu artigo 108, serem eleitores os brasileiros de ambos os sexos, maiores de 18 anos, que se alistarem na forma da lei.

A asserção do princípio da igualdade ocorre paulatinamente com a passagem da igualdade jurídica de programática a preceptiva<sup>70</sup>. Isto é, a ocupação do princípio da igualdade, em Estado de direito social, deve compreender instrumentos de transformação de estrutura social que permitam aos desfavorecidos, oportunidades de igualdade jurídica no exercício dos direitos fundamentais. Obviamente que não se objetiva uma igualdade absoluta, com a imposição de um único valor tido como legítimo, em detrimento da pluralidade de valores sociais e humanos, mas, sim, a correção de tendências abusivas da liberdade individual e delimitá-las em observância das demandas sociais<sup>71</sup>.

As exigências do princípio da igualdade, portanto, não se limitam ao aspecto formal, mas projetam-se, enquanto igualdade fática, no plano da igualdade de oportunidades e da disponibilização de condições materiais para que cada indivíduo tenha efetivas chances de usufruir dos benefícios da vida em sociedade que, a partida, não lhes afortunam<sup>72</sup>.

Essa compensação, além do mais, não se limita em reconhecer a situação de desigualdade, mas permite ao legislador repor ou criar condições de uma verdadeira igualdade, inclusive, introduzindo fatores dinâmicos de compensação que até podem se traduzirem em tratamentos privilegiados em favor de determinados grupos, historicamente

---

<sup>70</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional...* cit., p. 224-5.

<sup>71</sup> Conforme ressaltado por PINTO, Maria da Glória Ferreira. *Princípio da igualdade...* cit. p. 57.

<sup>72</sup> Para Bonavides, o viés material do princípio da igualdade visa corrigir os desvios sociais provocados por um modelo econômico de caráter liberal e individualista, que deixa aos particulares a liberdade de regular o mercado e lidarem com as consequências do absentismo estatal. É o substrato dos direitos de segunda dimensão, o qual foi um dos fundamentos do movimento constitucionalista do século XX e informam os direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional...* cit., p. 54.

discriminados, para que tenham resultados iguais no meio social<sup>73</sup>. É o caso por exemplo, de cotas para mulheres em concursos públicos, que, obviamente, causa muita polêmica pela dúvida de se constituir ação afirmativa ou restrição.

Contudo, embora a igualdade formal e material indiquem sentidos diversos<sup>74</sup>, não possuem efetivamente ideias opostas. Antes ao contrário, pois integram indissociavelmente o conteúdo do princípio da igualdade. A concepção de igualdade material, apesar de ter se desenvolvido depois da ideia de igualdade formal, não é excludente, contribuindo ambas para enriquecer o seu conteúdo. A igualdade formal é condição para que a igualdade material se concretize, porque é através da lei que o Estado pode dispensar tratamento isonômico compensando desigualdades. Já a igualdade material permite a concretização dos reclames de justiça social que o constituinte quis atender.

Aliás, a distinção dicotômica do princípio da igualdade em igualdade formal e igualdade material tem razão de ser, especialmente, para demonstrar duas circunstâncias: a de atribuição de direitos em situação de igualdade; e a de delimitação das obrigações de cada um dos poderes do Estado na promoção da igualdade, mas sem colocá-los em compartimentos estanques, porquanto, muito embora os direitos são os mesmos para todos, mas, nem todos se encontram em condições de igualdade para exercê-los, é imprescindível que essas condições sejam criadas ou repostas através da transformação da vida e das estruturas dentre as quais as pessoas se movem<sup>75</sup>.

#### 1.4. Sentido do princípio da igualdade

A distinção entre igualdade formal e igualdade material, além de evidenciar a igual aplicação da lei e o poder-dever de o Estado promover a igualdade real, também revela o sentido fundamental do princípio<sup>76</sup>.

---

<sup>73</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes...* cit. p. 104-5.

<sup>74</sup> De ressaltar que parte da doutrina tem procurado evitar o uso dos termos igualdade formal e material para evitar equívocos, conforme ALMEIDA, Kellyane Laís Laburu Alencar de. *A igualdade e a proporcionalidade...* cit., p. 60, nota 36.

<sup>75</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional...* cit., p. 225.

<sup>76</sup> Jorge Miranda adverte que a análise do sentido da igualdade deve se assentar em três pontos firmes: “a) que igualdade não é identidade e igualdade jurídica não é igualdade natural ou naturalística; b) que igualdade significa intenção de racionalidade e, em último termo, intenção de justiça; e c) que a igualdade não é uma ilha, encontra-se conexas com outros princípios, tem de ser entendida – também ela – no plano global dos valores, critérios e opções da Constituição material”. In: *Manual de direito constitucional...* cit., p. 237-8.

O sentido primeiro do princípio da igualdade é negativo, pois se estriba na vedação de discriminação ou de privilégio. Caracteriza-se na abstenção estatal em conferir regalias ou criar regras casuísticas favorecendo determinadas classes de indivíduos ou, ainda, em diferenciar, sem justificativa, certas pessoas ou situações. A ideia de igualdade conexas-se com a obrigatoriedade de não praticar atos que excluam, marginalizem ou inferiorizem. Imprime a observância de que todos são iguais perante a lei, ou seja, assegura ao cidadão o direito de obter o mesmo tratamento na aplicação das regras jurídicas.

O sentido positivo é mais abundante visto que a promoção da igualdade exige tratamento isonômico para situações iguais e tratamento diferenciado para situações essencialmente desiguais<sup>77</sup> na medida da desigualdade. Esse sentido positivo concebe o princípio da igualdade como uma concretização da ideia de justiça social, como um resultado e não como um começo, como uma forma de igualdade real firmada na eliminação das desigualdades culturais, sociais e econômicas<sup>78</sup>.

É nesse plano, em nome da igualdade distributiva, que desponta o espaço de discriminação no qual o legislador pode se movimentar para efetivamente tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, com vista à justiça social, minimizando ou atenuando as desigualdades que transparecem da vida, da sociedade e do próprio indivíduo. Essa obrigação de diferenciar constitui a terceira dimensão do princípio da igualdade que refere a jurisprudência constitucional portuguesa, atraindo a questão das discriminações positivas<sup>79</sup>, como adiante se verá.

A ideia de justiça distributiva, contudo, não é neutra. A expressão, per si, supõe a utilização de alguma coisa ou mecanismo para dividir quinhões de maneira equilibrada. Todavia, inexistente uma central de distribuição que tenha o poder de controlar todos os recursos, decidindo como devem ser repartidos. Na sociedade livre, pessoas ou grupos diferentes, podem controlar recursos diferentes e novos títulos de propriedades ou direitos

---

<sup>77</sup> Jorge Miranda acrescenta que o sentido positivo ainda inclui “tratamento em moldes de proporcionalidade das situações relativamente iguais ou desiguais e que, consoante os casos, se converte para o legislador ora em mera faculdade, ora em obrigações; e tratamento das situações não apenas como existem mas também como devem existir, de harmonia com os padrões da Constituição material (acrescentando-se, assim, uma componente activa ao princípio e fazendo da igualdade perante a lei uma verdadeira igualdade através da lei”. *In: Manual de direito constitucional... cit.*, p. 239.

<sup>78</sup> Conforme DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da igualdade no direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 21.

<sup>79</sup> Segundo Jorge Miranda que também refere que as discriminações positivas, “em rigor, não correspondem necessariamente a imposições constitucionais de diferenciação, podendo antes traduzir, em certos casos, opções de diferenciação legítimas do legislador democrático”. Cf. MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa... cit.* p. 232.

surtem das trocas e ações voluntárias. O resultado final é o produto de muitas decisões individuais que os diferentes envolvidos têm o direito de tomar<sup>80</sup>.

É de se reconhecer, outrossim, que estabelecer o que é igual ou desigual, também não comportar qualquer resposta<sup>81</sup>, pois exige valoração, com eleição de critérios de comparação subjetivos que repelem plena concordância.

É ampla a variação de intensidade da conformação que as inúmeras concepções de igualdade podem apresentar, implicando na maior ou menor interferência do Estado na concretização do princípio da igualdade.

Segundo Dworkin<sup>82</sup>, as concepções liberais de igualdade pressupõem que os cidadãos têm direitos naturais sobre a propriedade, competindo ao Estado defender a posse e a fruição desses direitos, sendo a igualdade manifestada na faculdade conferida a todos os cidadãos de serem proprietários. As concepções assentadas no bem-estar exigem que o Estado designe e distribua a propriedade de modo a tornar, na medida do possível, o bem-estar de cada cidadão mais ou menos igual. A igualdade se realiza quando a distribuição de recursos alcança um nível em que nenhuma transferência extraordinária entre as pessoas pode resultar maior igualdade de bem-estar, assim entendido como o grau de satisfação dos indivíduos, objetiva (êxito da própria vida) e subjetivamente (realização pessoal) considerados. Já as concepções de igualdade de recursos reclamam que o Estado atribua a cada cidadão a mesma quantidade de recursos, para que cada qual os consuma ou invista como achar melhor. Elas conferem ao Estado a função de repartidor, garantindo, assim, uma situação em que nenhuma transferência adicional possa tornar ainda mais iguais as parcelas de recursos de cada um dos indivíduos<sup>83</sup>.

Embora sirva para demonstrar os diferentes graus de exigência da atuação estatal, o primeiro grupo já se mostra insubsistente nesse contexto de sentido positivo, pois a noção liberal de igualdade praticamente se contenta com o viés negativo do princípio, ou seja, basta que o Estado garanta a todos o direito de serem proprietários, não sendo necessárias ações positivas. O mesmo ocorre com o segundo grupo, pois, por ser excessivamente subjetiva a ideia de bem-estar, torna-se inviável qualquer comparação pela inexistência de uma medida objetiva que possa servir de referência. O terceiro grupo é o que melhor se relaciona com o

---

<sup>80</sup> NOZICK, Robert. *Anarquia... cit.*, p. 171.

<sup>81</sup> Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais... cit.*, p. 108.

<sup>82</sup> DWORKIN, Ronaldo. *O império do direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 357-8.

<sup>83</sup> Nesse particular ver RITO, Gabriel Francisco Alves. *O princípio da igualdade e os direitos sociais*. Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2011, p. 13.

Estado de direito e seu perfil social, pois admite que a riqueza das pessoas deve diferir, uma vez que elas fazem opções diferentes em questões de investimento e consumo, além de reconhecer que as diferenças de talento também são diferenças de recursos, e por este motivo procura de alguma maneira atribuir aos menos dotados compensações que vão além daquilo que o mercado lhes concede<sup>84</sup>.

Mas nas próprias noções de igualdade de recurso também ocorre grande variação de intensidade da conformação estatal. Por exemplo, Robert Nozick, preconizando uma intervenção mínima do Estado, defende que a justiça na distribuição depende da maneira como ela ocorreu, ao passo que para, John Rawls, que sustenta a figura do Estado provedor, a justiça distributiva é determinada pela maneira como as coisas são distribuídas, ou seja, o que importa é o resultado<sup>85</sup>.

A diferença é que para o Nozick são aceitos quinhões distributivos de rendimentos possivelmente díspares desde que a propriedade tenha sido adquirida com legitimidade e por meios justos. O objeto da justiça na propriedade<sup>86</sup> consiste, segundo o autor, de três tópicos principais. O primeiro é a justiça na aquisição inicial da propriedade, pela qual a pessoa somente adquire a propriedade se for havida por meio justo. O segundo é a transferência da propriedade, sendo que a pessoa que adquire a propriedade de acordo com o princípio da justiça em transferência, de alguém com direito à propriedade, tem direito à propriedade. E o terceiro, ninguém tem direito à propriedade senão pela observância dos dois tópicos anteriores<sup>87</sup>.

Assim, uma distribuição é justa se, legitimamente, surge de outra distribuição justa. As primeiras distribuições legítimas são norteadas pelo princípio de justiça na aquisição, o que quer que surge de uma situação justa, através de etapas justas, determinadas pelo princípio de justiça nas transferências, é em si justo, dispensando-se o Estado da função de redistribuição.

---

<sup>84</sup> Cf. DWORKIN, Ronaldo. *O império do direito... cit.*, p. 358. De ressaltar que para o autor, a igualdade de recursos pressupõe que, se as pessoas começarem com a mesma riqueza e outros recursos, a igualdade será preservada através de transações de mercado entre elas, ainda que essas transações tornem algumas mais ricas e mais felizes que outras.

<sup>85</sup> NOZICK, Robert. *Anarquia... cit.*, p. 174.

<sup>86</sup> A complexidade da teoria é melhor desenvolvida por Nozick considerando a tentativa de Locke em formular um princípio de justiça na aquisição de bens. *In: Anarquia... cit.*, p. 193-197.

<sup>87</sup> NOZICK, Robert. *Anarquia... cit.* p. 172.

Dessa forma, o Estado limita-se às suas funções primeiras de segurança e ordem social, garantindo, essencialmente, um ambiente adequado ao exercício dos direitos individuais dos cidadãos.<sup>88</sup>

Para Rawls<sup>89</sup>, é a cooperação social que conduz a justiça distributiva, pois permite uma melhor vida para todos do que teria existido se todos vivessem exclusivamente de seus próprios esforços. A justiça distributiva depende da cooperação social porque a produção total obtida pelo grupo trabalhando em cooperação é superior à soma das produções individuais e esse ganho de produção permite um melhor nível de vida a todos. Dois princípios regulam esse sistema, partindo-se de uma posição original<sup>90</sup>. O primeiro, de que cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um mecanismo plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo mecanismo de liberdades para todos (princípio de justiça que garante liberdades básicas iguais<sup>91</sup>). O segundo, de que as desigualdades sociais e econômicas devem ser distribuídas de modo que, simultaneamente, resultem nos maiores benefícios possíveis para os menos favorecidos (princípio da diferença<sup>92</sup>); e sejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades.

Essa concepção positiva torna a igualdade aplicável também ao direito às diferenças. A consequência é que, nada obstante o tratamento desigual aos desiguais, há um núcleo ligado à dignidade da pessoa humana que abriga um direito à identidade própria, desprovida de rotulações ou enquadramentos. Isto é, o direito à diferença é relacionável com o dever de o

---

<sup>88</sup> RITO, Gabriel Francisco Alves. *O princípio da igualdade... cit.* p. 15.

<sup>89</sup> RAWLS, John. *Justiça como equidade... cit.*, p. 06-10; 55-61.

<sup>90</sup> Marca um momento zero, uma distribuição inicial original. Cf. RAWLS, John. *Justiça como equidade... cit.*, p. 20-26.

<sup>91</sup> Segundo Rawls, esse princípio parte da consideração de que todos têm, num grau mínimo essencial, as faculdades morais necessárias para envolver-se na cooperação social a vida toda e participar da sociedade como cidadãos iguais. Ter essas faculdades nesse grau é considerada a base de igualdade entre os cidadãos como pessoas, isto é, na medida em que a sociedade é vista como um sistema equitativo de cooperação, a base da igualdade consiste em termos, no grau mínimo necessário, as capacidades morais e outras que os permite participar plenamente da vida cooperativa da sociedade. *In: Justiça como equidade... cit.*, p. 27-28.

<sup>92</sup> O significado do princípio da diferença, de acordo com Rawls, é extraído da associação do princípio de justiça e do princípio de igualdade equitativa de oportunidades de maneira que por maiores que sejam as desigualdades em termos de renda e riqueza, e por mais que as pessoas queiram trabalhar para ganhar uma parte maior da produção, as desigualdades existentes devem efetivamente beneficiar os menos favorecidos. Do contrário as desigualdades não são permitidas. O nível geral de riqueza da sociedade, incluindo o bem estar dos menos favorecidos depende das decisões que as pessoas tomam sobre como conduzir suas vidas. A prioridade da liberdade significa que não se pode forçar o envolvimento em trabalhos que sejam altamente produtivos em termos de bens materiais. Que tipo de trabalho as pessoas fazem e quanto se empenham nele é algo somente elas cabe decidir à luz de vários incentivos que a sociedade oferece. Assim, o que o princípio da diferença exige é que qualquer que for o nível de riqueza as desigualdades existentes devem satisfazer a condição de beneficiar os outros tantos. Essa condição revela que mesmo usando a ideia de maximização das expectativas dos menos favorecidos, o princípio de diferença é essencialmente um princípio de reciprocidade. *In: Justiça como equidade... cit.*, p. 90-91.

Estado promover políticas públicas que possibilitem iguais condições de oportunidades e acesso aos direitos fundamentais<sup>93</sup>.

Esse modelo de maximização das expectativas de bem-estar dos menos favorecidos demanda um Estado promotor da igualdade real entre os cidadãos, com maior intervenção socioeconômica.

Mais uma vez, embora sirvam para demonstrar quão ampla é a variação da intervenção do Estado na mesma ideia de igualdade de recursos, nenhuma das duas concepções é, de forma isolada, suficientemente adequada para a promoção de igualdade que se espera decorrer de um Estado de direito que considera a igualdade um princípio de justiça social.

A ideia de Nozick de justiça na aquisição e na transferência não considera a possibilidade de redistribuição e simplesmente despreza a solidariedade, absolutamente necessária ao objetivo de promoção de igualdade social. A teoria de Rawls, além de ignorar a natureza humana de ser e estar diferentes uns dos outros, efetivamente, não permite auferir as parcelas de recursos de cada um, mormente quando elas são compostas de recursos imateriais, como talento, esforço, habilidade e competência.

Na verdade, por ser impossível uma distribuição inicial comum a todos, a igualdade necessita de instrumentos de distribuição que possibilitem o manejo de uma realidade consumada e dinâmica, fruto de trocas permanentes realizadas entre si pelos indivíduos, na fruição dos seus direitos privados e para a satisfação dos seus interesses particulares<sup>94</sup>.

Mas é importante, numa sociedade livre, não só assegurar a igualdade de recursos e de oportunidades, mas também valorizar o mérito e autonomia pessoal, cabendo ao Estado equalizar o sistema com políticas distributivas. Para que isso ocorra, resta imperioso avaliar a maneira como a (re)distribuição ocorre e não apenas verificar a parcela de cada um numa contagem final.

Nesse sentido, e ainda com auxílio das teorias de Nozick e Rawls, é possível observar o seguinte:

a) A teoria de justiça do direito de propriedade permite resultados diferenciados, tolerando a existência de quinhões distintos com base em níveis diversos de talento e esforço, ou seja, decorrentes do mérito de cada um. Isso porque a verificação tem por foco o processo de distribuição e não o resultado. Se uma distribuição é justa ou não depende de como ela

---

<sup>93</sup> É dizer “desigualdade na intimidade e igualdade no aspecto coletivo”. Cf. LUCENA FILHO, Humberto Lima de. Relações de gênero, trabalho e não-discriminação: uma abordagem da concretização do princípio da igualdade substantiva. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região*, Recife, v. 21, n.º. 38, p. 130-152, 2011.

<sup>94</sup> Cf. RITO, Gabriel Francisco Alves. *O princípio da igualdade... cit.* p. 15.

ocorreu. A justiça da distribuição é determinada pela maneira de como as coisas são distribuídas (quem tem o quê), desde que observados os princípios estruturais de distribuição justa<sup>95</sup>. Nesse processo são avaliados como se constituíram os quinhões de cada cidadão, analisando toda a legitimidade da propriedade, da aquisição à transferência<sup>96</sup>. São justificáveis, portanto, resultados distintos, pela atuação de cada cidadão.

b) A teoria da repartição não tolera qualquer diferenciação com base nessas noções. Tudo o que precisa ser analisado, no julgamento da justiça de uma distribuição, é o resultado. Na comparação de quaisquer distribuições é necessário apenas examinar a matriz que contém as distribuições, sendo prescindível nenhuma outra informação. A consequência é que quaisquer duas distribuições estruturalmente idênticas sejam consideradas igualmente justas. Seguindo o exemplo de Nozick, o fato de o indivíduo X ter dez e o indivíduo Y ter cinco é igual ao contrário, isto é, de o indivíduo Y ter dez e o indivíduo X ter cinco. Ambas as distribuições são estruturalmente idênticas, o que muda é a posição dos indivíduos, que não é levada em conta nessa perspectiva<sup>97</sup>.

Se a avaliação considera quem tem o quê, então haverá justiça distributiva em face do mérito, do esforço ou da produção de cada um, mas a igualdade não poderá ser um valor absoluto uma vez que os quinhões individuais serão necessariamente diferentes. Se a avaliação leva em conta quem termina com o quê, haverá desprezo das ações individuais, em detrimento da sociedade livre<sup>98</sup>.

Apesar de poder haver justiça numa ou noutra distribuição, dependendo da escolha dos critérios (resultado ou processo de distribuição), não necessariamente haverá igualdade.

A maneira de superar essa dificuldade talvez seja atentar para o processo de distribuição na justiça da propriedade, aperfeiçoado com a indispensável dimensão de preocupação com a solidariedade de que a dignidade da pessoa humana exige e o princípio da igualdade como justiça social reclama<sup>99</sup>.

---

<sup>95</sup> NOZICK, Robert. *Anarquia... cit.* p. 174.

<sup>96</sup> O princípio de reparação de injustiça é o terceiro que fundamenta o princípio de justiça na propriedade e “utiliza informações históricas a respeito de situações anteriores e de injustiças praticadas (da forma definida pelos dois primeiros princípios de justiça e os direitos contra a interferência) e informações sobre o curso real dos fatos que derivaram dessas injustiças e produz uma descrição das propriedades na sociedade. O princípio da reparação fará uso de sua melhor estimativa das informações subjuntivas sobre o que teria ocorrido se a injustiça não tivesse sido praticada”, determinando a reparação. Cf. NOZICK, Robert. *Anarquia... cit.* p. 173-174.

<sup>97</sup> NOZICK, Robert. *Anarquia... cit.* p. 175.

<sup>98</sup> Segundo RITO, Gabriel Francisco Alves. *O princípio da igualdade... cit.* p. 24.

<sup>99</sup> Nesse sentido também RITO, Gabriel Francisco Alves. *O princípio da igualdade... cit.* p. 24.

O sentido positivo do princípio da igualdade deve, simultaneamente, atender aos direitos de liberdade e aos valores do mérito e da solidariedade social, conferindo assim a igualdade de oportunidades.

Como nem todos são iguais em recursos materiais e imateriais, o princípio da igualdade impõe as necessárias correções e compensações tendentes à efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, já que todos são iguais perante a lei e o Estado tem por todos igual consideração. Aliás, a igualdade de oportunidades vem expressamente consagrada no art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal, ao dispor que constitui objetivo fundamental do Estado “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Nesse aspecto, a igualdade de oportunidades impulsiona a implantação de providências com o escopo de promover a inclusão de grupos manifestamente discriminados, permitindo-lhes o acesso aos meios sociais e a fruição de direitos fundamentais, com o claro propósito de realização da efetiva igualdade constitucional. Assim, a função do Estado de promover a igualdade material entre os cidadãos acontece em duas frentes: em abstrato, quando objetiva proporcionar as mesmas oportunidades a todos os indivíduos no acesso aos bens e recursos, tais como, educação, saúde, trabalho e justiça; e em concreto, quando o exercício do direito resulta, para a isonomia de oportunidades, do tratamento desigual em favor daquele que não acende, autonomamente, à oportunidade em causa<sup>100</sup>.

Nas relações individuais de trabalho, hodiernamente, se vê com clareza esses distintos momentos em que o Estado procura promover a igualdade material. De um lado, a Constituição Federal, no seu art. 5º, inciso XIII, abstratamente, garante o livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; por outro lado, em concreto, assegura cotas para mulheres em concurso público, como é o caso, por exemplo, do certame realizado em dezembro de 2013 pela Guarda Civil Metropolitana de São Paulo, que destinou trinta por cento das vagas existentes para mulheres<sup>101</sup>.

É preciso não olvidar que o princípio da igualdade não assegura a cada cidadão o mesmo tratamento ou benefício que é dado a outros, assevera, tão somente que no processo de

---

<sup>100</sup> Cf. RITO, Gabriel Francisco Alves. *O princípio da igualdade... cit.* p. 27.

<sup>101</sup> RODRIGUES, Paloma. Cotas para mulheres: política afirmativa ou restrição? *Carta Capital*. [s.l.], 18.02.2014. Disponível em: < <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/concurso-publico-6306.html> > Acesso em: junho de 2015.

convencimento político e na concessão de vantagens ou imposição de sacrifícios, o Estado o tratará como igual<sup>102</sup>.

Além disso, como bem adverte Jorge Reis Novais, é ilusória a pretensão de encontrar uma resposta pronta ou critérios objetivos incontestáveis que apontem, de maneira indubitável, a concretização da igualdade como justiça social. Primeiro, porque a definição do que é igual ou desigual requer escolhas de critérios de comparação não intersubjetivamente incontestáveis. Segundo, porque a determinação da justa medida da diferenciação entre o que é, respectivamente, igual ou desigual envolve valoração essencialmente pessoais, que não comportam ampla adesão<sup>103</sup>. A questão será melhor desenvolvida ao tratar das discriminações positivas.

Todavia, é assente que a vertente positiva do princípio da igualdade, enquanto projeto de igualdade real, somente se materializa com um complexo de ações promovidas pelo Estado (obrigação de diferenciar) e que encontram fundamento no princípio da solidariedade, com vistas a integrar cidadãos pertencentes a grupos marginalizados ou vulneráveis em níveis isonômicos de dignidade.

### 1.5. Eficácia do princípio da igualdade

O princípio da igualdade ao criar um mecanismo de vedação de discriminação e, ao mesmo tempo, proibir indiferença às diferenças tem como destinatário o Estado, assim entendido as entidades políticas e legislativas, bem como o judiciário e os órgãos administrativos. O princípio da igualdade vincula todo o poder público, seja ele executivo, legislativo ou judiciário<sup>104</sup>.

Nas palavras de Jorge Miranda<sup>105</sup>, “*a igualdade é, antes de tudo, igualdade na lei, tendo por destinatários, desde logo os próprios órgãos de criação do Direito*” (grifos do autor)<sup>106</sup>.

---

<sup>102</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais... cit.*, p. 109.

<sup>103</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais... cit.*, p. 109.

<sup>104</sup> Cf. MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa... cit.* p. 221. Ao tratar da perspectiva jurídico-objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, Jorge Reis Novais, denomina essa vinculação Estado / Cidadão de direção “vertical” e de eficácia “horizontal” nas relações entre particulares. *In: As restrições aos direitos fundamentais... cit.*, p. 80.

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. 221.

<sup>106</sup> Ingo Wolfgang Sarlet alerta para a existência, no Brasil, de considerável doutrina que utiliza o termo ‘destinatário’ como sinônimo de ‘titular de direitos’. Enfatiza que no cenário jurídico contemporâneo a tendência é considerar titular do direito o sujeito ativo que figura na relação jurídica-subjetiva e destinatário “a pessoa

A lei não deve produzir discriminações ou vantagens indevidas, deve, sim, ser agente regulador da vida em sociedade tratando todos igualmente<sup>107</sup>. O sentido proeminente do princípio da igualdade está na obrigação da isonomia na própria lei, assim considerado como limite para a lei<sup>108</sup>.

Significa que o legislador, ao elaborar a lei, deve dirigir com iguais disposições situações semelhantes e, na hipótese inversa, distinguir na distribuição dos ônus e bônus, as condições que sejam diversas entre si, de maneira a favorecer ou a gravar de forma diferente<sup>109</sup>. Em outros termos, à própria lei é vedado dispensar tratamento distinto para situações semelhantes.

Além de se enquadrar nos comandos da Constituição, a lei deve cumprir seus fins, sendo que o excesso, o arbítrio, a desproporcionalidade e a inadequação da solução, denunciam sua inobservância<sup>110</sup>, resultando em inconstitucionalidade.

Mas o princípio da igualdade não é dirigido apenas ao legislador e, conseqüentemente, à lei, o judiciário também deve respeitá-lo. Se é certo que o princípio da igualdade impõe uma limitação ao legislador, que inobservada implica na inconstitucionalidade da lei, também é assente que o princípio da igualdade se constitui regra de hermenêutica para o juiz, que deverá dar à lei interpretação que não crie distinções. Isto é, o princípio proíbe o juiz de fazer distinção entre situações iguais, ao aplicar a lei.

Todavia, na realização da igualdade perante a justiça resta imprescindível, por vezes, estabelecer uma equiparação de condições dos desiguais que, segundo Ingber, conduz o juiz a dois imperativos: de um lado, a necessidade de examinar a existência de grupos cada vez maiores e diferentes, que substituem a noção de homem, como ser abstrato, pela ideia mais determinada de indivíduo caracterizado pela categoria socioeconômica em que se insere de fato; e de outro lado, a obrigação de verificar os parâmetros de relevância que foram

---

(física, jurídica ou mesmo ente despersonalizado) em face da qual o titular pode exigir o respeito, proteção ou promoção de seu direito”. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 209.

<sup>107</sup> Conforme MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed., 8ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2000, p. 10.

<sup>108</sup> Nesse sentido, elucidativa a lição de Francisco Campos: “Assim, não poderá subsistir qualquer dúvida quanto ao destinatário da cláusula constitucional da igualdade perante a lei. O seu destinatário é, precisamente, o legislador e, em consequência, a legislação; por mais discricionários que possam ser os critérios da política legislativa, encontra no princípio da igualdade a primeira e mais fundamental de suas limitações. *Apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico... cit.*, p. 10.

<sup>109</sup> De acordo com Seabra Fagundes, *apud* SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional...cit.*, p. 215.

<sup>110</sup> MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa... cit.* p. 221.

considerados e adotados pelo legislador. Sem essas perquirições se exigiria, pelo princípio da igualdade perante a lei, por exemplo, a imposição da idêntica pena para o mesmo delito, o que, obviamente, não resultaria em isonomia na aplicação da lei em concreto, porquanto restariam ignoradas as diferentes circunstâncias e condições que os crimes foram praticados. Para que citada abstração não aconteça é que se impõe a regra da individualização da pena, observadas as circunstâncias atenuantes e agravantes<sup>111</sup>, conforme previsto no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal<sup>112</sup>.

Ainda em virtude da eficácia vertical, o princípio da igualdade vincula todos os órgãos da administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, pois o executor da lei está obrigado a aplicá-la segundo os critérios constantes da própria lei<sup>113</sup>.

Apesar de não restar expressamente consagrado no texto constitucional brasileiro, o respeito ao princípio da igualdade pelos órgãos da administração<sup>114</sup>, além de transbordar da sua própria força imanente, também decorre da aplicação do princípio da legalidade, conforme previsto no art. 37 da Constituição Federal, na medida que o ato administrativo só é válido quando atender ao seu fim legal, sendo que o fim legal está sujeito ao princípio da igualdade.

Cumprе ressaltar que nessa seara o princípio da igualdade deve ser considerado com cautela, em razão da discricionariedade de decisão pelos diversos órgãos da administração<sup>115</sup>.

Se, por um lado, é assente que o princípio da igualdade vincula todos os órgãos públicos e, por conseguinte, suas relações com os cidadãos, de outro lado, há celeuma acerca do seu efeito horizontal, ou seja, se o princípio também vincula os particulares em suas relações privadas.

---

<sup>111</sup> *Apud* SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional... cit.*, p. 220.

<sup>112</sup> CF, art. 5º, XLVI – “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”.

<sup>113</sup> Nas palavras de Francisco Campus, se a lei, “para valer, está adstrita a se conformar ao princípio da igualdade, o critério da igualdade resultará obrigatório para o executor da lei pelo simples fato de que a lei o obriga a executá-la com fidelidade ou respeito aos critérios por ela mesma estabelecidos”. *Apud* SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional... cit.*, p. 216.

<sup>114</sup> A Constituição Portuguesa ao contrário, no seu art. 266º, n.º 2, dispõe que: “Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé”.

<sup>115</sup> Como alerta Jorge Miranda, “em caso algum, pode ele ser invocado contra o princípio da legalidade: um ato ilegal da Administração não atribui ao particular o direito de exigir a prática no futuro de acto de conteúdo idêntico em face de situações iguais”. MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa... cit.* p. 222.

O assunto em muito se relaciona com a discutida eficácia externa ou privada dos direitos fundamentais e decorre da observação de que as relações entre particulares também podem se revelar desproporcionalmente desiguais e passíveis de colocar em causa o próprio exercício das liberdades individuais. A hipótese é latente, por exemplo, no âmbito do contrato individual de trabalho, em que um dos sujeitos se encontra em posição de vantagem perante o outro, resultando num desequilíbrio contratual prejudicial ao tendencialmente mais fraco<sup>116</sup>. Embora o tema possa ser posto para qualquer dos sujeitos do contrato de trabalho, tem maior intensidade para o empregado em razão da pessoalidade e da subordinação. Nessa perspectiva, a posição do trabalhador na relação de emprego é particularmente débil e, por conseguinte, a possibilidade de violação aos seus direitos como pessoa e cidadão é superior<sup>117</sup>.

A questão é saber em que medida o princípio da igualdade pode também ser invocado nos contornos de um contrato de trabalho, tendo em conta que não basta simplesmente transferir o cidadão / empregado para a posição de destinatário, igualando o seu regime jurídico ao dos Poderes Públicos, visto que ele, diferentemente do Estado, é titular de direitos fundamentais, e está investido pela própria Carta Magma em um poder de autodeterminação dos seus interesses particulares<sup>118</sup>. Trata-se, portanto, de perquirir uma maneira de compatibilizar a defesa dos direitos fundamentais, posto que as ameaças podem decorrer tanto da atuação estatal quanto das relações entre particulares, e a proteção da autonomia privada.

Não se pretende com o presente estudo analisar as distintas posições entre os direitos de liberdade<sup>119</sup> e os direitos sociais<sup>120</sup>, mas tão somente a problemática da eficácia do

---

<sup>116</sup> Nesse sentido, DRAY, Guilherme Machado. Autonomia privada e igualdade na formação e execução de contratos individuais de trabalho. In: MARTINEZ, Pedro Romano (coord.). *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*. Vol. I. [S.l.]: Almedina, [S.d.], p. 21-105, p. 28.

<sup>117</sup> Assim e melhor desenvolvendo a problemática em sede de formação do contrato de trabalho, da sua execução ou para cessação, RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de Direito do Trabalho – Parte I – Dogma Geral*. 3ª ed., Coimbra: Almedina. 2012, p. 177-185.

<sup>118</sup> Conforme observado por SARMENTO, Daniel. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil*. Disponível em: < [http://www.iad-df.com.br/artigos/especificacao-do-artigo.php?acao=leia-mais&publicacao\\_artigo=4](http://www.iad-df.com.br/artigos/especificacao-do-artigo.php?acao=leia-mais&publicacao_artigo=4) > Acesso em 07.07.2015.

<sup>119</sup> A Constituição brasileira e toda doutrina nacional relacionada denomina direitos “individuais”.

<sup>120</sup> Sobre essa forma de classificação e do regime diferenciado entre ambos os grupos de direitos vide ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2ª ed., Coimbra: Edições Almedina, 2001, p. 178-191; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria... cit.*, p. 397; e MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional... cit.*, p. 139-145; 311-380 e 383-403. Acerca do magistério dos últimos dois autores, pela clareza, cumpre transcrever a sucinta ilação de NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 32, nota 8: “Partindo da distinção constitucional basilar entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais, JORGE MIRANDA subdivide o regime dos direitos fundamentais entre os princípios comuns aplicáveis a todos os direitos fundamentais, os princípios comuns aplicáveis com diferenciação a todos os direitos fundamentais, um regime específico dos direitos, liberdades e garantias e, sobretudo para que aqui nos importa especialmente, um regime específico dos direitos económicos, sociais e

princípio da igualdade no âmbito das relações privadas<sup>121</sup>, notadamente no contrato individual do trabalho<sup>122</sup>.

A Constituição brasileira, ao contrário da portuguesa, não é explícita no sentido de estabelecer imediata vinculação quer dos poderes públicos quer das entidades privadas como faz o artigo 18º, número 1, ao dispor que “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”. Embora citada previsão tenha influenciado o texto constitucional brasileiro<sup>123</sup> o artigo 5º, §1º, simplesmente, dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Tal omissão, contudo, não é determinante já que no próprio direito lusitano, nada obstante a disposição constitucional expressa, não há consenso quanto ao alcance e forma da vinculação entre os particulares<sup>124</sup>.

---

culturais. Em sentido próximo, considera GOMES CANOTILHO que os direitos sociais beneficiam do regime geral dos direitos fundamentais, mas não já do regime especial dos direitos, liberdades e garantias. Por outro lado, não haveria propriamente um regime constitucional próprio dos direitos sociais (com regras e princípios de aplicação exclusiva a este tipo de direitos), mas apenas um conjunto de pressupostos, elementos e dimensões que cunhariam a especificidade dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais”. Ainda, sobre as diferenças estruturais: direitos sociais seriam direitos positivos, enquanto direitos a uma prestação fática e, logo, a uma atuação estatal positiva; e direitos de liberdade seriam direitos negativos, pois aquilo que o particular tem é uma abstenção de atuação por parte de Estado ver NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais... cit.*, p. 124 e seguintes.

<sup>121</sup> Nesse aspecto, especificamente, sobre direitos, liberdade e garantias, Jorge Miranda distingue três situações: “a) No interior de quaisquer pessoas colectivas de direito privado ou quaisquer associações não personalizadas não pode haver [...] diferenciações arbitrárias entre os seus membros. b) As regras específicas de igualdade e diferenciação constantes da Constituição [...] impõem-se às relações entre particulares, nas actos e contratos que nelas directamente se subsumam. c) Nas relações entre os particulares, nos restantes casos, prevalece a autonomia privada, salvo quando ocorram discriminações que, para lá de cláusula geral do art. 13º, nº, da Constituição, atinjam a dignidade das pessoas ou comportem abusos de poder de facto”. Cf. MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa... cit.* p. 238.

<sup>122</sup> Até porque, nesse particular, segundo João Caupers, “o princípio da igualdade não é um direito fundamental, mas um critério orientador na aplicação dos direitos fundamentais”. CAUPERS, João. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*. Coimbra: Almedina, 1985, p. 175. Não se olvida, todavia, a existência de concepções que deduzem do princípio da igualdade um direito fundamental à igualdade. Para Jorge Reis Novais, tal controvérsia “só tem algum sentido útil quando, na prática se identifique redutoramente o princípio da igualdade com o princípio da proibição do arbítrio – e só então a dedução de um verdadeiro direito fundamental à igualdade produziria consequências não proporcionadas também pelo princípio da igualdade”. In: *Os princípios constitucionais estruturantes... cit.*, p. 110.

<sup>123</sup> Conformem SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais... cit.*, p. 261.

<sup>124</sup> Parte da doutrina admite a eficácia direta ou imediata do princípio da igualdade nas relações privadas, reconhecendo, contudo, a necessidade de algumas adaptações. Dentre outros: MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional... cit.*, p. 286 e seguintes; ABRANTES, José João. *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais... cit.*, p. 237 e seguintes. Outros apontam para uma eficácia indireta, sendo necessária uma intermediação de mecanismos típicos do direito civil como os institutos da boa-fé e do abuso do direito, sob pena de aniquilar a liberdade negocial e a autonomia da vontade. Dentre outros nesse grupo, CORDEIRO, Antônio Menezes. *Manual de direito do trabalho*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1997, p. 147-160.

Há que distinguir, inicialmente, algumas hipóteses decorrentes do princípio da igualdade<sup>125</sup> de clara vinculação direta dos particulares, isto é, que resultem inequivocamente do texto constitucional<sup>126</sup>, como por exemplo, a igualdade de gênero ou isonomia salarial. Apesar de o princípio do trabalho igual, salário igual estar conformado na legislação infraconstitucional<sup>127</sup>, a previsão contida no art. 7º, XXX, da Constituição Federal de “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”, tem natureza preceptiva<sup>128</sup> ou autoaplicável permitindo sua incidência direta no âmbito das relações individuais do trabalho. Assim, mesmo antes do desenvolvimento normativo infraconstitucional, o princípio da isonomia salarial poderia ser invocado diretamente entre os particulares para se evitar distorções salariais injustas.

Para outras situações debatem-se na doutrina a tese da vinculação direta ou imediata dos particulares, que defende uma eficácia mais abrangente dos direitos fundamentais, nesse contexto, o princípio da igualdade, e a tese da eficácia mediata ou indireta, que confere maior atenção à autonomia privada, mitigando a incidência daquele, bem como posições intermediárias, que assumem caráter mais temperado em relação às duas outras vertentes.

O problema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais foi posto, originariamente, pela doutrina alemã, sob a denominação de *Drittwirkung de Grundrechte*<sup>129</sup>, segundo a qual os direitos fundamentais exigem sua validade inclusive nas relações jurídicas

---

<sup>125</sup> De registrar mais uma vez que, nos limites do presente estudo, não será abordada a problemática da eficácia horizontal tendo em conta todos os direitos fundamentais. Porém não é olvidada a discussão / classificação acerca dos seus destinatários. Nesse sentido. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional... cit.*, p. 284 e seguintes; NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: Trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora. 2006, p. 70-71.

<sup>126</sup> Maria do Rosário Palma Ramalho, a propósito da eficácia civil dos direitos fundamentais, analisa a o tema em dois planos: o primeiro em relação aos “direitos fundamentais de incidência laboral”; e o segundo relativamente aos “direitos fundamentais que assistem o trabalhador e ao empregador, não nessa qualidade mas enquanto pessoas ou cidadãos”. In: *Tratado I... cit.*, p. 176-180.

<sup>127</sup> O art. 461 da CLT dispõe que: “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).

<sup>128</sup> Conforme Ingo Wolfgang Sarlet, tradicionalmente, a doutrina brasileira acerca da eficácia jurídica das normas constitucionais as classifica em normas auto-executáveis e não auto-executáveis, sendo que estas se subdividem em normas incompletas, normas condicionadas e normas pragmáticas. Modernamente são tidas como normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada, ou, em termos ainda mais atuais, normas autoaplicáveis e normas programáticas. In: *A eficácia dos direitos fundamentais... cit.*, p. 242 e seguintes.

<sup>129</sup> Nesse sentido, dentre outros: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria... cit.*, p. 448; CAUPERS, João. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores... cit.* p. 162-164; NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições... cit.*, p. 82; RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado I... cit.*, p. 174. DRAY, Guilherme Machado. *Autonomia privada e igualdade... cit.*, p. 28; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais... cit.*, p. 387.

privadas, sendo essencialmente relevante na aplicação e interpretação das cláusulas gerais e no preenchimento dos conceitos indefinidos da legislação infraconstitucional, com vistas à garantia do respeito pela dignidade humana. O fundamento é que no âmbito privado também ocorrem situações desproporcionais ocasionadas pelo exercício de um maior ou menor poder social em detrimento da liberdade individual. Assim, e com base no princípio da ordem jurídica e da força normativa da Constituição, não se pode tolerar que o direito privado venha a constituir um espaço diferenciado na ordem jurídica, com concepções opostas do homem, diferenciadas quando se trata de relações com o Estado e quando a relação é entre particulares.

Nesse aspecto, especialmente em relação ao princípio da igualdade, na qualidade de princípio estruturante da ordem constitucional do Estado de direito, os defensores da aplicabilidade imediata, reconhecem a sua atuação como princípio disciplinador tanto no exercício da atividade estatal quanto nas relações privadas<sup>130</sup>.

Já a teoria da aplicabilidade indireta discorda da vinculação dos direitos fundamentais no âmbito particular por revelar nítida limitação da liberdade individual e perturbação da autonomia privada. Nessa concepção, a compatibilização do princípio da igualdade ao nível das relações privadas deve necessariamente passar pelas normas e princípios do Direito privado, como a ordem pública, boa-fé e bons costumes. Somente assim seria possível garantir a unidade da ordem jurídica e a autonomia do Direito privado<sup>131</sup>.

O que se pode observar, desde logo, é a inexistência de respostas uniformes e estanques nesse domínio, pois nem sempre é possível considerar que os cidadãos estejam situados numa relação de desigualdade jurídica, além de que a eficácia direta ou indireta dificilmente pode ser auferida senão da análise de um caso concreto<sup>132</sup>.

É possível sustentar, de regra, pelo menos uma eficácia indireta nas relações entre os particulares, já que, em última análise, o direito privado, que regula diretamente essas relações, não pode contrariar o conteúdo do princípio da igualdade, sendo imperioso que a sua interpretação, no caso de conceitos indeterminados ou cláusulas gerais, seja consonante.

---

<sup>130</sup> Cf. DRAY, Guilherme Machado. *Autonomia privada e igualdade... cit.* p. 29, nota 4.

<sup>131</sup> Cf. DRAY, Guilherme Machado. *Autonomia privada e igualdade... cit.* p. 30, nota 4.

<sup>132</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais... cit.*, p. 391, inclina-se “em prol de uma necessária vinculação direta (imediata) *prima facie* também dos particulares aos direitos fundamentais, sem deixar de reconhecer, todavia, na esteira de Canotilho e outros, que o modo pela qual se opera a aplicação dos direitos fundamentais às relações jurídicas entre particulares não é uniforme, reclamando soluções diferenciadas mediante recurso, em especial à ponderação e correlato teste da proporcionalidade”.

De outra forma, a opção pela aplicação direta do princípio da igualdade às relações privadas pode ser justificada quando resultar evidente a desigualdade da relação que se estabelece entre o indivíduo e o detentor do poder social. No contrato individual do trabalho, por exemplo, em razão da subordinação envolver de forma peculiar a pessoa e a dignidade do trabalhador, é forte a tendência de vinculação direta do princípio da igualdade. Assim, pela aplicação direta do referido princípio é vedado ao empregador a exigência de testes de gravidez no processo de recrutamento, como também é vedado impor salário diferente ao daquele que, na mesma empresa, fizer serviço equivalente ou do que for habitualmente pago para serviço semelhante, respeitadas as disposições legais para remuneração diferenciada<sup>133</sup>.

Outrossim, a aplicabilidade direta do princípio da igualdade não deve servir de justificativa para o inadimplemento das obrigações por parte de quem o alegue em seu favor<sup>134</sup>.

Além disso, mesmo diante de uma relação indivíduo-poder, a qual se equipara o contrato individual de trabalho, o princípio da igualdade deve atuar apenas como fundamento de proteção contra discriminações, em razão da proibição de atos atentatórios da dignidade humana. Isto é, o princípio da igualdade deve ser invocado somente na hipótese em que a dignidade da pessoa humana estiver sob prenúncio ou interferência indevida<sup>135</sup>. De outro ângulo, ainda, a autonomia privada, mesmo no domínio laboral, só deve abrandar na proporção que sua atuação coloque em risco a dignidade humana. A aplicação do princípio da igualdade deve respeitar a uma graduação valorativa, auferida e concretizada casuisticamente, observadas as particularidades do caso concreto<sup>136</sup>.

Essa aplicação atenuada do princípio na seara trabalhista como forma de limitação da autonomia privada, mas sem retirar a racionalidade da opção jurídica, aparece no caso examinado pela 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho (Processo: RR - 2462-02.2010.5.02.0000 Data de Julgamento: 27/02/2013, Redator Ministro: Renato de Lacerda

---

<sup>133</sup> De ressaltar a tendência da jurisprudência portuguesa de aplicabilidade direta às relações laborais na ausência de mediação legal conforme RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Contrato de trabalho e Direitos Fundamentais da pessoa*. Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço. Rui Manuel de Moura Ramos *et al* (org). Vol II. Coimbra: Almedina, 2002. p. 393-415, p. 407.

<sup>134</sup> Conforme Menezes Cordeiro, *apud* DRAY, Guilherme Machado. *Autonomia privada e igualdade... cit.* p. 31.

<sup>135</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais... cit.*, p. 390, lembra que, “no concernente aos limites da autonomia privada, a incidência direta da dignidade da pessoa humana nas relações entre particulares atua também como fundamento de uma proteção da pessoa contra si mesma, já que a ninguém é facultada a possibilidade de usar de sua liberdade para violar a própria dignidade, de tal sorte que a dignidade da pessoa assume a condição e limite material à renúncia e autolimitação de direitos fundamentais (pelo menos no que diz com o respectivo conteúdo em dignidade de cada direitos especificamente considerado)”.

<sup>136</sup> Conforme DRAY, Guilherme Machado. *Autonomia privada e igualdade... cit.* p. 31.

Paiva, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/03/2013) onde se discute, além da discriminação, a legalidade da cláusula contratual que previa advertências e a resolução do contrato de trabalho se o peso ideal da trabalhadora fosse excedido. Conforme previsão contratual, a empregadora, Vigilantes do Peso Marketing, que atua no comércio de produtos e serviços voltados ao emagrecimento, exigia a perda de peso da empregada, que exercia a função de orientadora, no período compreendido entre as reuniões com os clientes. Caso não conseguisse atingir a meta, ela teria um mês para reduzir o peso. Ao final de 60 dias, se não houvesse redução de peso, poderia ter seu contrato de trabalho resolvido, por descumprimento contratual. Por maioria, o colegiado entendeu pela licitude da cláusula contratual já que o desempenho das atividades profissionais exigia aptidões físicas, não havendo conduta discriminatória que atentasse contra a dignidade da trabalhadora, restando prestigiado o princípio no qual as relações de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes, desde que não violem a dignidade da pessoa humana<sup>137</sup>.

---

<sup>137</sup> Os fundamentos do voto são elucidativos, como se pode observar:

“Da exigência de tutela dos direitos, liberdades e garantias da pessoa do trabalhador é possível extrair o princípio segundo o qual a empregadora está impedida de realizar discriminações arbitrárias fundadas em qualquer circunstância pessoal do trabalhador.

Importa, entretanto, fazer referência a uma ordem de limites ao exercício pelos trabalhadores dos seus direitos, liberdades e garantias pessoais que se aplica àquelas relações de trabalho que exigem necessariamente, pela natureza particular das mesmas, uma conformidade do trabalhador com os objetivos da atividade prestada por sua empregadora.

Há, pois, que reconhecer que a vida privada do trabalhador para efeitos laborais sofre derrogações quando circunstâncias especiais, relacionadas com o tipo de funções desempenhadas pelo trabalhador ou com a natureza particular dos interesses da empregadora, possam conduzir a que tais atos adquiram relevância disciplinar, por influírem negativamente sobre a expectativa de correto cumprimento da prestação laboral.

Em certos casos excepcionais, quais sejam, naquelas relações caracterizadas por uma particular estrutura ou por vínculo fiduciário, nas quais a vida privada do trabalhador pode ter influência sobre a prestação de serviços, afigura-se-me lícita a imposição ao trabalhador de um padrão de condução da sua vida privada adequado aos interesses da entidade empregadora, pendendo sobre aquele o dever de abster-se de adotar comportamentos que prejudiquem os interesses desta, dignos de tutela, o qual decorre dos deveres de colaboração, de lealdade e de boa-fé, que configuram o adequado cumprimento do contrato de trabalho.

Ressalte-se, por outro lado, que a profissionalização contínua da qualidade dos serviços prestados vem sendo impulsionada pela aplicação de princípios e práticas de gestão de pessoas no trabalho. Tais práticas dizem respeito à definição das atribuições e responsabilidades de um cargo em consonância com o perfil de competências exigido para o desempenho do mesmo. Através da literatura especializada sobre a matéria é possível se depreender que importantes fontes de material a essas práticas dizem respeito à aplicação da profissiografia e do mapeamento de competências à realidade das empresas.

No que se refere ao indivíduo, o perfil profissiográfico indica as características pessoais necessárias ao bom desempenho da função em questão, assim como as restritivas ou impeditivas. De outra parte, baseando-se no pressuposto de que o domínio de certos recursos é condicionante do desempenho empresarial, a gestão de competências se propõe a integrar e a orientar esforços, sobretudo os relacionados à gestão de pessoas, visando a desenvolver e a sustentar os atributos considerados fundamentais à consecução da missão e dos objetivos da empresa.

Na era da globalização da economia, as exigências por qualidade, produtividade e inovação constante de produtos e serviços têm aumentado significativamente. Diante desse contexto, empresas públicas e privadas passaram a reconhecer que a sobrevivência e o desenvolvimento organizacional dependem, primordialmente, dos profissionais que nelas trabalham. Por meio do capital humano, as empresas são capazes de lidar com frequentes mudanças e inovações, bem como de agregar valores aos clientes, mantendo-se, com isso, eficazes e competitivas no atual mundo globalizado e fortemente competitivo. Nesse sentido, é possível constatar que os

Enfim, o princípio da igualdade não deve ser utilizado de maneira a traduzir soluções idênticas e uniformes, olvidando as particularidades do caso concreto. Para além de admitir uma aplicação direta, porém atenuada, do princípio da igualdade no domínio laboral, cumpre observar, nas hipóteses de colisão entre ele e o princípio da autonomia da vontade, as circunstâncias específicas da realidade em análise, buscando-se uma solução equilibrada, pautada na ponderação dos valores, de modo a obter, na medida do possível, a preservação da essência de cada um<sup>138</sup>.

---

profissionais adquiriram, ao longo dos tempos, importância tática e estratégica e que estão associados à busca contínua pela excelência organizacional.

Assim sendo, o recrutamento e a seleção de profissionais capazes, com perfil esperado para o desempenho das funções, tornam-se as estratégias mais importantes para as empresas, visto que agregam indivíduos com potencial para contribuir com o alcance da missão e dos objetivos empresariais. Faz-se mister conhecer, de forma válida, precisa e fidedigna, o conjunto de áreas e funções que compõem a estrutura de uma empresa e, mais especificamente, o conjunto de competências demandadas ao bom desempenho dos mesmos.

Destarte, diante de todo este contexto, entendo que, no caso, a exigência da manutenção do "*peso ideal*" da empregada que se propõe ao exercício da função de "*orientadora*" dos "*Vigilantes do Peso*", parece razoável frente aos objetivos propostos pelo empregador, sendo tal condição essencial à própria natureza do empreendimento. Com efeito, a própria denominação da empregadora justifica sua preocupação com o aspecto físico de seus empregados e a exigência de que aqueles se mantenham em seu "*peso ideal*", já que uma "*orientadora*" que se apresenta fora dos padrões estabelecidos obviamente colocará em dúvida a eficácia dos métodos e produtos propagados pela empresa, a qual se denomina justamente de "*Vigilantes do Peso*".

Ressalte-se que há situações que exigem determinadas condições que são inerentes à própria função a ser desenvolvida no empregador, citando-se como exemplo o caso de um motorista profissional que é obrigado a fazer diversos exames periodicamente para se reabilitar e continuar a exercer aquela atividade.

Não se trata aqui de discriminação relacionada a acesso ou à manutenção ao emprego por ato injustificado do empregador, mas, sim, de poder diretivo relacionado à própria finalidade do empreendimento e de sua plena liberdade em selecionar e manter empregados que sejam adequados, e assim permaneçam, à atividade desenvolvida pela empresa e aos fins a que se propõe.

O exercício de um direito, liberdade ou garantia pela pessoa do trabalhador não representa uma ofensa a direitos de outrem, mesmo que a este se esteja ligado por um vínculo laboral, senão quando se verifica que tal exercício infringe uma das obrigações provenientes deste vínculo ou da sua correta execução. Na verdade, o que se pretende é salvaguardar ao máximo os direitos, liberdades e garantias da pessoa do trabalhador, cuja vida privada não deve ter relevância no âmbito laboral, a não ser no que seja estritamente necessário ao correto desenvolvimento da prestação a que o trabalhador se obrigou.

Assim, afigura-se razoável que, tratando-se a ora reclamada de uma empresa que pretende comercializar produtos e serviços voltados ao emagrecimento, estabeleça determinados padrões a serem observados por seus empregados, pois do contrário estará totalmente esvaziada qualquer mensagem ou discurso propagado pela "*orientadora*" do segmento" (grifos no original). TST. Processo: RR - 2462-02.2010.5.02.0000. Data de Julgamento: 27/02/2013, Redator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/03/2013. Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/consulta-unificada> > Acesso em: 20.07.2015.

<sup>138</sup> Nesse sentido, CAUPERS, João. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores...* cit. p. 170-1, ao referir tratamento similar às hipóteses de conflito entre direitos fundamentais.

## 1.6. Princípio da igualdade na ordem constitucional e juslaboral brasileira

A Constituição brasileira de 1988, seguindo a diretriz do constitucionalismo social<sup>139</sup>, ao lado de ter como princípios a cidadania e a dignidade da pessoa humana, encerra como um dos principais objetivos do Estado a construção de uma sociedade livre, justa e solidária na promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 1º, II e III, e art. 3º, IV).

Como se vê, o princípio da igualdade tem posição proeminente no ordenamento constitucional brasileiro e encontra amparo precipuamente na dignidade, sendo a igualdade um parâmetro de equalização, além de informar conteúdo aos demais direitos e garantias.

O princípio da igualdade é empregado em todas as áreas consideradas importantes de acordo com a noção de Direito que as circunscreve, ou melhor, segundo todos os valores já consolidados a respeito. Contudo, os exemplos, não exaustivos, que seguem são voltados ao âmbito laboral, nada obstante alguns assistirem aos sujeitos da relação de emprego também na qualidade de cidadãos.

Não é sem sentido que o art. 5º, *caput*, ao dispor, como já visto, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, enuncia a isonomia mesmo antes e à frente de elencar e consagrar os direitos e garantias fundamentais.

A igualdade figura como um dos conteúdos imprescindíveis da legalidade, ou seja, o próprio conteúdo da lei, ao conceder direitos e impor obrigações, deve observar a isonomia propagada entre homens e mulheres, já que o próprio texto constitucional declara que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”, além de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, I e II, CF). Dessa forma, a igualdade ultrapassa a simples aplicação isonômica do princípio para estabelecer que os direitos ou obrigações conferidas atinjam igualmente ambos os gêneros<sup>140</sup>.

A igualdade como garantia dos direitos fundamentais, sejam eles considerados individuais ou sociais, está consagrada constitucionalmente nos dispositivos que: reputam invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas; asseguram a manifestação do pensamento e a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e

---

<sup>139</sup> Conforme NASCIMENTO, Amauri Mascaro. O direito do trabalho analisado sob a perspectiva do princípio da igualdade. *Revista LTr*, São Paulo, Vol. 68, n. 07, p. 777-787, julho de 2004, p. 782.

<sup>140</sup> Nesse sentido, TABORDA, Maren Guimarães. *O princípio da igualdade...* cit., p. 264.

de comunicação, independentemente de censura ou licença; garantem o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (art. 5º, VI, VIII, IX, X e XIII). A igualdade também aparece na “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”, na “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”, ou na “proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos” (art. 7º, XXX, XXXI e XXXII).

A igualdade como proporcionalidade, ou seja, concernente às distinções correspondentes a diferença de situações<sup>141</sup>, pode ser encontrada, por exemplo: na específica proteção do trabalho da mulher durante a gestação e o parto; no “adicional de adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei”; na “proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos”; na “igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso” (art. 7º, XVIII, XXIII, XXXIII e XXXIV); na proteção dos representantes dos trabalhadores eleitos para cargos de direção ou representação sindical (art. 8º, VIII).

A Constituição de 1988 também se preocupou com a igualdade social ou de oportunidades ao estabelecer o acesso gratuito ao Poder Judiciário aos, comprovadamente, hipossuficientes (art. 5º, LXXIV), e ao garantir a proteção dos trabalhadores em face da automação, bem como do “mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei” (art. 7º, XX e XXVII), revelando, inclusive, a preconização de ações afirmativas para a concretização da igualdade.

Na perspectiva infraconstitucional, o princípio da não-discriminação, no tocante à matéria do trabalho, já era acolhido pelo Brasil quando da ratificação da Convenção n.º 111 da Organização Internacional do Trabalho, aprovada em 1958, pelo Decreto n.º 62.150/68. A mencionada convenção contém disposições relativas à discriminação em matéria de emprego e profissão. Considera que a discriminação constitui violação dos direitos enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, e define, no seu art. 1º, discriminação como: “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”, bem como “qualquer

---

<sup>141</sup> *Idem*, p. 265.

outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão”<sup>142</sup>.

Nesse particular, ainda, pode ser referido o denominado Protocolo de San Salvador, Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de Direitos econômicos, sociais e culturais, adotado pela Organização dos Estados Americanos em 1988 e ratificado pelo Brasil em 1996. Nele os Estados-partes comprometem-se a “garantir o exercício dos direitos nele enunciados, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões política ou de qualquer outra natureza”<sup>143</sup>. Dentre os direitos declarados encontram-se o direito ao trabalho, condições justas, equitativas e satisfatórias do trabalho.

Já Consolidação das Leis do Trabalho, por exemplo, no art. 5º, assegura que “a todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo”, sendo que o art. 461 condiciona a equiparação salarial à satisfação de diversos requisitos, além do efetivo desempenho do trabalho com igual produtividade e perfeição técnica, como: trabalho para o mesmo empregador e na mesma localidade<sup>144</sup>, diferença de tempo de serviço na função não for superior a dois anos e inexistência de quadro de carreira. Logo se vê que a isonomia salarial não corresponde a uma ideia de generalidade, pois somente é aplicada aos empregados que possui em comum o mesmo empregador e, ainda, assim, desde que trabalhem na mesma localidade<sup>145</sup>. Em outras palavras, a isonomia salarial não garante a cada trabalhador o mesmo salário que é pago a qualquer outro, apenas impõe que o empregador deve dispensar o mesmo tratamento salarial a todos os seus empregados, observadas as exigências legais.

Ademais, a CLT adota o princípio da igualdade, inclusive, como norte de interpretação ao dispor, no seu art. 8º que:

As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas

---

<sup>142</sup> Convenção nº. 111. Discriminação em matéria de emprego e ocupação. *Organização Internacional do Trabalho*. Genebra, 1958. Disponível em < <http://www.oit.org.br/node/472> > Acesso em 22.07.2015.

<sup>143</sup> Cf. ROMITA, Arion Sayão. O princípio de não-discriminação da mulher no direito do trabalho brasileiro. In: PENIDO, Laís de Oliveira (coord.). *A igualdade dos gêneros nas relações de trabalho*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006, p. 83-88.

<sup>144</sup> Assim entendida região metropolitana, conforme Súmula n.º 6, X, do TST.

<sup>145</sup> Nesse sentido, NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *O direito do trabalho analisado... cit.*, p. 782.

sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Equidade significa, “disposição de reconhecer igualmente o direito de cada um; conjunto de princípios imutáveis de justiça que induzem o juiz a um critério de moderação e de igualdade, ainda que em detrimento do direito objetivo”<sup>146</sup>. Nesse caso, equidade é sinônimo de igualdade.

Considerando ainda a realização do princípio da igualdade pela proibição de discriminação, a Lei 9.029/1995 proíbe a “adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade”, excetuadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no art. 7º, XXXIII, da Constituição Federal. E ocorrendo dissolução contratual fundada em motivo discriminatório a lei prevê a reintegração ao emprego e a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento<sup>147</sup>.

---

<sup>146</sup> Novo Dicionário Eletrônico Aurélio versão eletrônica 6.0.1

<sup>147</sup> De registrar a controvérsia a respeito do soropositivo, pois não há na legislação brasileira regras específicas destinadas a proteger os portadores de HIV (SIDA) contra a conduta discriminatória ensejadora de limites dos seus direitos e expectativas. A Lei 9.029, de abril de 1995, que proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para acesso à relação de emprego ou à sua manutenção, não incluiu o estado de saúde como fator de discriminação. Entretanto, segundo BARROS, Alice Monteiro de. Aids no local de trabalho: um enfoque de Direito internacional e comparado. *Revista LTr*, São Paulo, v. 65, n.º 03, p. 269-278, março de 2001, é possível individualizar hipóteses de tutela internacional e constitucional dos soropositivos contra a discriminação. A Convenção n.º 111 da OIT (aprovada no Brasil através do Decreto Legislativo n.º 104, de 24.11.64, sendo que o instrumento de ratificação foi depositado em 26.11.65) “veda a discriminação no acesso à formação profissional, à admissão no emprego e às condições de trabalho por motivo de raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social. A mesma Convenção oferece aos países que a ratificaram, a possibilidade de acrescentarem como discriminatória ‘qualquer outra exclusão que tenha por efeito anular ou alterar a igualdade de tratamento no emprego’; entre essas exclusões pode ser inserido o estado de saúde do empregado soropositivo. Nessa mesma diretriz é a Recomendação 150, que complementa a Convenção 142 da OIT, ratificada pelo Brasil, quando sugere sejam adotadas medidas para garantir a reintegração dos minorados físicos em um ambiente de trabalho. Entre os minorados estão incluídos os portadores do HIV. Ademais a constituição vigente prevê, no art. 3º, IV, como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Entre essas ‘outras formas de discriminação’, pode-se incluir o estado de saúde do soropositivo, na medida em que, estando delimitadas as possibilidades reais de contágio, pelo vírus HIV, não há razão que justifique a resilição do pacto laboral”. Destarte, pelo princípio da “máxima eficiência”, que confere a máxima efetividade possível ao texto constitucional e de onde se extrai o entendimento, segundo o qual, a lei não emprega palavras inúteis, bem como pelo alcance das obrigações internacionais de proteção contra a discriminação, e, ainda pelo princípio da igualdade, pode o interprete atribuir à norma constitucional um significado coerente com as demais regras de direito, inclusive com aquelas de cunho internacional, e evitar a repetição de violação de direitos humanos, entre eles os direitos sociais, como é o caso da discriminação no trabalho do portador do vírus HIV. Nesse contexto, o próprio TST consolidou o entendimento, por meio da Súmula n.º 443, no sentido de que se presume discriminatória a despedida de empregado portador de doença grave que suscite preconceito contra o empregado. A súmula tem a seguinte redação: “Dispensa discriminatória. Presunção. Empregado portador de doença grave. Estigma ou preconceito. Direito à reintegração - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego”.

O princípio da igualdade também se orientou para a proteção do idoso. O art. 4º da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) dispõe que “nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei”.

Nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho reconhece como discriminatória a dispensa vinculada ao critério de tempo de serviço e idade, como se pode observar do acórdão TST-RR-41700-02.2010.5.17.0003<sup>148</sup>.

No âmbito administrativo, o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), por meio da Portaria n.º 367, de 18.09.2002, impõe que toda a denúncia sobre a ocorrência de prática discriminatória por parte de empresa que recuse a contratação de empregado que tenha ingressado com ação judicial trabalhista em virtude das denominadas listas negras deve ser encaminhada à fiscalização trabalhista para apuração e, conseqüente, punição.

O próprio TST recomendou aos Tribunais Regionais do Trabalho a impossibilidade de consulta de andamento processual, pela *internet*, na opção nome do trabalhador para dificultar a confecção de listas negras<sup>149</sup>.

Como se pode observar, a incidência e conseqüências do princípio da igualdade no ordenamento jurídico é multifacetada. Ora voltado aos direitos individuais, também denominados direitos, liberdades de garantias. Ora reconduzido aos direitos sociais, também classificados como direitos econômicos, sociais e culturais. Mas sempre designando ser a conquista da igualdade um objetivo concreto, por meio da supressão ou redução das desigualdades, e não mera expectativa abstrata.

Nesse sentido, o próximo item abordará algumas possíveis alternativas e novas utilizações conseqüências do princípio da igualdade.

---

<sup>148</sup> “RECURSO DE REVISTA. BANESTES. RESOLUÇÃO Nº 696/2008. ESTIPULAÇÃO DE DESLIGAMENTO AUTOMÁTICO E COMPULSÓRIO DO EMPREGADO QUE COMPLETAR 30 ANOS DE SERVIÇO. DISCRIMINAÇÃO POR IDADE. 1. A Constituição Federal preconiza a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, estabelecendo que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (arts. 3º, III, 5º, XLI e 7º, XXX, da Constituição Federal). A proteção, no âmbito infraconstitucional, se encontra no art. 1º da Lei nº 9.029/95, que proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade. 2. Logo, resolução de Banco que exija desligamento automático e compulsório dos empregados que tenham condições de aposentar-se de forma integral ou proporcional e possuam 30 anos de serviços prestados, evidencia-se discriminatória, passível de indenização, pela inadmissível vinculação da dispensa ao critério de tempo de serviço e idade.” Processo: RR - 41700-02.2010.5.17.0003. Data de Julgamento: 25/02/2015, Relator Ministro: Waldir Oliveira da Costa, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/02/2015. Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/consulta-unificada> > Acesso em: 10.07.2015.

<sup>149</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *O direito do trabalho analisado... cit.*, p. 782.

### 1.7. Novas perspectivas do princípio da igualdade no âmbito laboral

A efetivação de uma igualdade fática exige, atualmente, dos destinatários do princípio da igualdade uma postura proativa no sentido de compensar as situações reais de desigualdades e repor ou fomentar as condições de autêntica isonomia.

No Brasil, não obstante aos esforços para aumentar a participação da mulher no mercado de trabalho e promover a igualdade salarial, ainda falta muito para se chegar numa igualdade como justiça para elas. Conforme relatório do “Progresso das mulheres no Mundo 2015-2016: Transformar as economias para realizar os direitos”, divulgado pela Organização das Nações Unidas, em 27.04.2015, no país, as mulheres continuam recebendo, em média, 30% a menos que os homens para desempenhar as mesmas funções, sendo ainda díspar a participação feminina no mercado de trabalho<sup>150</sup>.

Para além das exigíveis ações afirmativas, tanto oriundas do Poder Público quanto decorrentes da iniciativa privada, em termos de interpretação e integração, a inversão do ônus da prova pode ser melhor utilizada para dar maior efetividade ao princípio da igualdade<sup>151</sup>.

No âmbito da relação laboral, bastaria que a parte ofendida aduzisse em juízo a causa de pedir fática na qual fosse possível deduzir tenha havido uma discriminação para que competisse à parte contrária provar a inoccorrência de violação do princípio do tratamento isonômico. Naturalmente, não se exigiria uma prova puramente negativa por parte do empregador. Convenientemente, seria suficiente a conversão da proposição negativa em uma afirmativa contrária, isto é, se o empregador negasse ter praticado ato de discriminação, então poderia demonstrar o que motivou referido ato; se negasse a discriminação por um, deveria provar o que levou à preferência por outro. De outra banda, não havendo a possibilidade de comparação, como, por exemplo, na hipótese de haver somente um candidato à vaga de emprego e o pretendente não ter sido admitido, a inversão do ônus da prova não se justificaria por se constituir numa prova eminentemente negativa para o empregador, de não

---

<sup>150</sup> Disponível em: < <http://www.onumulheres.org.br/noticias/onu-mulheres-faz-hoje-274-lancamento-mundial-do-relatorio-progresso-das-mulheres-no-mundo-transformar-as-economias-para-realizar-odireitos/> > Acesso em 15.07.2015.

<sup>151</sup> Há que compartilhar, nesse sentido, das proposições de NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *O direito do trabalho analisado... cit.*, p. 784, que ampara seu entendimento na Diretiva n.º 80, de 1997, da União Europeia, que considera a dificuldade de prova. Conforme referido autor, “a Corte Europeia decidiu que havendo tratamento diferenciado salarial entre homens e mulheres o ônus da prova da justificação é do empregador quando a situação não for transparente, derrogação ao princípio geral de ônus probatório em procedimentos administrativos e judiciais determinado pela Diretiva n.º 117, de 1975 e Diretiva n.º 207 de 1976 que seguem o mesmo critério nos casos de comparação de condições de trabalho, e pela Diretiva n.º 85, de 1992, aplicável aos casos de gestantes ou períodos de aleitamento materno, e pela Diretiva n.º 34, de 1996, aplicável aos casos de discriminação sexual”.

discriminação, atentando, conseqüentemente, para o princípio da autonomia da vontade privada.

Com essa utilização o princípio da igualdade favorece uma conexão harmônica da inteligência dos preceitos constitucionais e legais de não-discriminação. Serve de equalizador da sensível relação de poder-indivíduo que está sujeito o trabalhador subordinado, possibilitado a realização da efetiva igualdade.

Justamente por deter maior generalidade e força expansiva o princípio tem autorização de influenciar na interpretação evolutiva do instituto do ônus da prova, se aproximando ainda mais da ideia de justiça.

Outra possibilidade de aplicação do princípio da igualdade como fonte supletiva, na esteira do entendimento de Amauri Mascaro Nascimento<sup>152</sup>, é a consolidação da noção de discriminação indireta pela doutrina e jurisprudência nacional para que influenciem na produção da ordem jurídica.

A legislação brasileira não dispõe sobre a discriminação indireta, mas a hipótese não é novidade na Europa. A Diretiva 2006/54 CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à atividade profissional<sup>153</sup>, considera discriminação indireta toda vez que uma “disposição, critério ou prática, aparentemente neutro, seja suscetível de colocar pessoas de um determinado sexo numa situação de desvantagem comparativamente com pessoas do outro sexo”, salvo “se essa disposição, critério ou prática seja objetivamente justificado por um objetivo legítimo e que os meios para os alcançar sejam adequados e necessários”<sup>154</sup>. A discriminação indireta transparece do “efeito prejudicial de um número proporcionalmente maior de trabalhadores do que trabalhadoras quando não essenciais ao desenvolvimento da atividade”<sup>155</sup>. A disparidade injustificada de um gênero provoca impacto ilegítimo, discriminatório sobre uma coletividade efetiva ou em potencial.

---

<sup>152</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *O direito do trabalho analisado... cit.*, p. 785.

<sup>153</sup> Originariamente as disposições sobre a concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho eram dadas pela Diretiva 76/207/CEE do Conselho, de 09-02-76. Posteriormente alterada pela Diretiva 2002/73/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23-09-2002, e, a partir de 15-08-2009, revogada pela Diretiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 05-07-2006.

<sup>154</sup> Conforme art. 2º, número 1, letra *b*, da Diretiva 2006/54/CE. Disponível em: < <http://www.cite.gov.pt/imgs/directivas/Directiva%202006-54.pdf> > Acesso em: 15.07.2015.

<sup>155</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *O direito do trabalho analisado... cit.*, p. 785.

A aplicação desse conceito de discriminação decorre do mesmo raciocínio que permite a inversão do ônus da prova, ou seja, se um empregador só dispõe de empregados do sexo masculino e os tipos de atividades existentes são compatíveis com a mão de obra feminina, tem-se a presunção de discriminação, a menos que a empresa demonstre, objetiva e fundamentadamente, o motivo pelo qual só contratou trabalhadores<sup>156</sup>.

A análise do caso concreto, inclusive de dados estatísticos, poderá revelar um tratamento injustificadamente diferenciado, até então velado, como também uma ocorrência meramente conjuntural, sem qualquer conotação discriminatória.

A ampliação do conceito de discriminação com o seu reconhecimento indireto como consequência lógica do princípio da igualdade, tanto no acesso ao emprego, como na hipótese de trabalho em tempo parcial ou em contratos temporários, permite revelar e combater formas atípicas de discriminação, reduzindo as desigualdades fáticas existentes.

---

<sup>156</sup> Cf. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *O direito do trabalho analisado... cit.*, p. 785.

## 2. PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO TRABALHO DA MULHER

Construídos os fundamentos do princípio da igualdade e seu alcance faz-se necessário estabelecer uma conexão específica com o trabalho da mulher. O objetivo é compreender as diferenciações trabalhistas entre os gêneros e quais são suas justificativas, para posteriormente desenvolver a problemática do controle judicial.

Historicamente, o trabalho feminino sempre ocupou posição de inferioridade em relação ao trabalho masculino, desde o acesso ao emprego e manutenção no mercado de trabalho até nos critérios de remuneração, expressivamente aviltados em comparação salários percebidos pelos trabalhadores homens, pois os salários destes eram considerados como essenciais à subsistência familiar, enquanto que a contraprestação financeira paga às mulheres era encarada como parcela suplementar da renda da família.

O propósito de atingir uma especial proteção para a mulher no âmbito laboral decorre de uma perspectiva que possui suas raízes na luta pela igualdade, ou melhor, no próprio Estado, que tem como finalidade o bem comum.

Antes de abordar a questão do ponto de vista jurídico, há que observar que, apesar da complexidade do tema, muito da inferiorização do trabalho da mulher deriva do processo de naturalização da sua vinculação ao âmbito doméstico, bem como às funções de procriação e zelo pelos filhos<sup>157</sup>. Significa dizer que para a igualdade no trabalho da mulher, antes de tudo, é necessário vencer o senso comum de que a desigualdade entre os sexos deriva de uma condição naturalmente necessária.

Apesar de os aspectos biológicos da reprodução estarem mais voltados à mulher e serem socialmente importantes, a divisão sexual do trabalho, efetivamente, a elas não se

---

<sup>157</sup> Nesse sentido e melhor desenvolvendo a discriminação da mulher sob a perspectiva biológica-cultural GOSDAL, Thereza Cristina. Diferenças de gênero e discriminação do trabalho. *In*: PENIDO, Laís de Oliveira (coord.). *A igualdade dos gêneros nas relações de trabalho*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, p. 305-317, 2006.

restringe, como, em geral, também não são determinantes. Na verdade, essa compreensão de divisão do trabalho por sexo é produto da sociedade e como tal pode ser modificado<sup>158</sup>.

O ser humano tem capacidade para interpretar e alterar sua constituição biológica e regular seu comportamento<sup>159</sup>. Logo, o elo que se faz entre a constituição biológica da mulher e seu papel doméstico e submisso não é natural nem imprescindível do ponto de vista de ser decisivo ou não sujeito à mudança<sup>160</sup>.

É o contexto social, onde a mulher é educada para desempenhar o papel de esposa e mãe, responsável pelo espaço doméstico tão somente, aliadas às diferenças biológicas, que assinalam a inferioridade da mulher no âmbito profissional<sup>161</sup>.

Para que a discriminação da mulher no ambiente laboral possa ser suprimida ou reduzida é essencial, num primeiro momento, ultrapassar os contornos psicológicos e alterar a compreensão de que as desigualdades são resultantes da condição natural mas, sim, das formulações socioculturais forjadas ao longo do tempo e, obviamente, passíveis de modificação.

A condição feminina, outrossim, permite e até exige que sejam respeitadas as diferenças entre homens e mulheres, circunstância essencial para o desenvolvimento de discriminações positivas.

O direito é posto nesse processo de transformação social, sendo diretamente responsável pela isonomia do trabalho da mulher<sup>162</sup>.

---

<sup>158</sup> Sobre a natureza das coisas ver VASCONCELOS, Pedro Pais de. *A natureza das coisas*. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes Silva. Coimbra Editora, 2001.

<sup>159</sup> Conforme ROSALDO, Michelle Zimbalist; LAMPHERE, Louise (coord). *A mulher, a cultura e a sociedade*. Tradução de Cila Anker e Rachel Gorenstein. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1979, p. 22, “As atividades e os sentimentos humanos não são diretamente organizados pela biologia, mas sim pela interação das tendências biológicas com as várias expectativas culturais específicas, esquemas e símbolos que coordenam as nossas ações, permitindo assim nossa sobrevivência. A implicação de tal argumento para a compreensão dos papéis sexuais humanos, é que diferenças biológicas entre os sexos não necessariamente precisam ter implicações sociais e comportamentais. O que é ser homem ou o que é ser mulher dependerá das interpretações biológicas associadas a cada modo cultural de vida”.

<sup>160</sup> GOSDAL, Thereza Cristina. *Diferenças de gênero e discriminação do trabalho... cit.* p. 306.

<sup>161</sup> Nas palavras de GOSDAL, Thereza Cristina. *Diferenças de gênero e discriminação do trabalho... cit.* p. 307, “essas diferenças não são compreendidas como construções sociais e são empregadas para caracterizar inferioridades, discurso utilizado para explicar as limitações das mulheres no campo político e profissional. Esse ideário não leva em conta que as mulheres trabalham num sistema social que não abre espaço para seus objetivos e interesses, por estar condicionado pelo processo educativo e social, o que as leva a desenvolver modos de ver, “[...] sentir e pensar que parecem mais intuitivos, pois é a sensibilidade ao outro que permite sua sobrevivência” (grifo do autor).

<sup>162</sup> Nas palavras de Daniel Sarmiento, “a primazia axiológica dos princípios e o efeito irradiante que lhes é inerente permitem que eles penetrem o direito privado, impondo mudanças ou novas exegeses dos seus institutos tradicionais”. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 88.

A igualdade é um dos princípios fundamentais do Estado brasileiro, e está consagrada no art. 5º, caput, da Constituição, segundo o qual, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”<sup>163</sup>. Corolário, é assegurado, a todo indivíduo, o direito de obter o mesmo tratamento na aplicação das regras jurídicas. O princípio afirma que as leis devem ser aplicadas sem que se considere a pessoa sobre quem seus efeitos recaiam, além de vedar ao legislador qualquer forma de discriminação.

O direito igual para todos impele a compreensão, como já referido, de que o princípio da igualdade, além de um princípio estruturante do Estado de direito, é também um princípio de Estado social, devendo traduzir-se em igualdade de oportunidades e de condições reais de vida. Está vinculada a uma política de justiça social e de ordens constitucionais de efetivação de direitos sociais, inerentes a igual dignidade da pessoa humana<sup>164</sup>.

A dimensão material do princípio da igualdade tem por objetivo corrigir desvios sociais, tratando desigualmente aqueles que estão em situação de desigualdade, na medida dessa diferença, de maneira a realizar o valor da igualdade. Essa noção de materialidade permite a aplicação ao direito às diferenças, pois há um ponto essencial relacionado a dignidade humana que acolhe um direito a identidade própria, sem modulações, e que proporciona a incorporação da perspectiva de gênero<sup>165</sup>. Nesse contexto, as mulheres devem ser consideradas com as peculiaridades e especificidades da sua condição, ou seja, além do direito à igualdade, é fundamental o reconhecimento do direito à diferença<sup>166</sup>. Em outros

---

<sup>163</sup> Para ROMITA, Arion Sayão. *O princípio de não-discriminação da mulher... cit.*, p. 84, “mera explicitação do princípio da isonomia está contido no inciso I do art. 5º, em cujo teor ‘homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição’, o que já se acha afirmado anteriormente, porquanto o vocábulo ‘todos’ abrange homens e mulheres”, p. 84.

<sup>164</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria... cit.*, p. 430;

<sup>165</sup> Vitória dos Santos Lima Queiroga, utilizando a definição de Joan Scott, ressalta que atualmente gênero “não é somente utilizado como a variável ‘sexo’, ou seja, como sinônimo de mulher, mas para analisar como as relações entre homens e mulheres são socialmente construídas. Gênero é para o feminismo uma construção social que especifica os papéis sociais e culturais prescritos que homens e mulheres devem seguir. Aí se incluem os papéis na família, a contribuição para a procriação, ocupação, salário, maneira de vestir-se, comportamento apropriado”. Salientando, ainda, que palavra gênero “está associada a sexismo, fenômeno de intolerância que se baseia na falsa crença de que um sexo é superior ao outro”. Cf. QUEIROGA, Vitória dos Santos Lima. *Ações afirmativas e trabalho da mulher: Garantia de um direito ou estabelecimento de um privilégio? Âmbito Jurídico*, Rio Grande, n.º. 84, jan 2011. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8854](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8854) > Acesso em: 10.10.2015.

<sup>166</sup> “Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial”. Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos das mulheres no Brasil: desafios e perspectivas. In: PENIDO, Laís de Oliveira (coord.). A igualdade dos gêneros nas relações de trabalho*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006, p. 205-212.

termos, o direito à diferença coaduna-se com a obrigação de o Estado promover políticas públicas que possibilitem iguais condições de acesso aos direitos fundamentais<sup>167</sup>.

Nesse sentido, no Brasil, no que tange à discriminação contra a mulher, a ratificação, em 1984, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), aprovada pela Organização das Nações Unidas em 1979<sup>168</sup>, é destacada como marco inicial de incorporação do direito internacional dos direitos humanos no ordenamento jurídico interno<sup>169</sup>.

A ratificação brasileira da mencionada convenção e a aceitação do papel dos princípios constitucionais para a formação e entendimento da ordem jurídica demonstram a natureza jusfundamental da igualdade e dos direitos da mulher, que, inclusive, conferem uma qualidade expansionista não só às relações de trabalho, mas aos diversos segmentos da vida em sociedade<sup>170</sup>.

O princípio da igualdade, por outro lado, não proíbe que a lei estabeleça diferenças, salvo o arbítrio. É imprescindível, contudo, que essas distinções sejam integradas por fundamentos providos de razoabilidade e justiça, e nessa condição, sejam legítimos.

A isonomia calcada na vedação de discriminar e na obrigação de conferir tratamento distinto, quando se refere ao trabalho do homem e da mulher, deve ser entendida observando-se algumas diferenças fundamentais, notadamente, as decorrentes de situações especiais próprias, características da mulher, como maternidade e força física. O contrário, ou seja, quando o tratamento diferenciado à mulher, em circunstância em que ela tem idêntica capacidade e aptidão que o homem, configura discriminação.

---

<sup>167</sup> Nesse sentido, LUCENA FILHO, Humberto Lima de. *Relações de gênero... cit.*, p. 130-152.

<sup>168</sup> A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) é norma internacional dos direitos das mulheres. Ela baseia-se no compromisso dos Estados signatários de promover e assegurar a igualdade entre homens e mulheres e de eliminar todos os tipos de discriminação contra a mulher. Disponível em: < [http://www.unifem.org.br/005/00502001.asp?ttCD\\_CHAVE=8466](http://www.unifem.org.br/005/00502001.asp?ttCD_CHAVE=8466) > Acesso em: 21.07.2015.

<sup>169</sup> Conforme PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos das mulheres no Brasil... cit.* p. 206-207. A autora também salienta que a referida convenção foi o instrumento internacional que mais fortemente recebeu reservas, “considerando que ao menos 23, dos mais de cem Estados-Partes fizeram, no total, 88 reservas substanciais”. Refere que a convenção em questão “pode enfrentar o paradoxo de ter maximizado sua aplicação universal ao custo de ter comprometido sua integridade. Por vezes, a questão legal acerca das reservas feitas à convenção atinge a essência dos valores da universalidade e integridade. A título de exemplo, quando da ratificação da convenção, em 1984, o Estado brasileiro apresentou reservas ao artigo 15, §4º e ao artigo 16, §1º, *a, c, g e h* da convenção. O art. 15 assegura a homens e mulheres o direito de, livremente, escolher seu domicílio e residência. Já o artigo 16 estabelece a igualdade de direitos entre homens e mulheres, no âmbito do casamento e das relações familiares. Em 20 de dezembro de 1994, o governo brasileiro notificou o Secretário-Geral das Nações Unidas acerca da eliminação das aludidas reservas”. Nota 5, p. 207.

<sup>170</sup> Conforme ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. *O trabalho da mulher... cit.*, p. 47.

Assim, as diferenças só se justificam na medida que sirvam de instrumentos para a garantia da própria igualdade.

O tratamento igualitário e a necessidade de compensação das desigualdades de gênero no ambiente laboral, bem como o direito à diferença da mulher serão melhor abordados a seguir, iniciando-se pela interação do princípio da igualdade com o da não-discriminação.

### **2.1. Interação do princípio da igualdade e da não-discriminação**

A igualdade formal, que impõe a todos o mesmo tratamento, por não considerar as particularidades e especificidades pessoais, por vezes, se mostra insuficiente se não for seguida da igualdade material prevendo regimes diferenciados em atenção aos atributos e características de cada titular de direitos.

No tocante às relações de gênero, a igualdade formal trata indistintamente homens e mulheres, imputando a ambos iguais direitos e obrigações, o que pode resultar em consideráveis injustiças, dadas as flagrantes diferenças físicas e biológicas que os caracterizam, notadamente as relacionadas à procriação, que invariavelmente refletem no plano social e jurídico. Por outro lado, a igualdade material compreende a sociedade como um conjunto de indivíduos sexualizados, cujo gênero é passível de impor e receber tratamento distinto, alçando a igualdade a direito fundamental. A igualdade perante a lei atua como instrumento enquanto exigência derivada da igual dignidade de todos. Já a igualdade na lei ou através da lei age como fim em si mesma, isto é, vai além da própria igualdade tendo em vista a intenção última de justiça<sup>171</sup>.

A igualdade não rejeita que, em virtude de diferenças que apresentam uns em relação a outros, seja conferido tratamento jurídico diferenciado a uns e outros em face da lei, quando tal lei leva em consideração exatamente essas distinções, ou desigualdades, para finalidades legítimas<sup>172</sup>.

A vedação de discriminar interage com a necessidade de distinguir situações que em si são diferentes para que se alcance a verdadeira igualdade. Assim, quando o critério de distinção se justificar na equidade, a igualdade como justiça transparecerá. Se esse critério de distinção for fortuito ou injustificado haverá discriminação.

---

<sup>171</sup> RAPOSO, Vera Lúcia. Os limites da igualdade: um enigma por desvendar (a utilização da discriminação positiva de gênero no Direito do trabalho). In: PENIDO, Laís de Oliveira (coord.). *A igualdade dos gêneros nas relações de trabalho*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006, p. 165-188.

<sup>172</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aspectos jurídicos das ações afirmativas. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília, v. 69, n.º. 2, p. 72-79, jul./dez. 2003, p. 74.

O termo discriminação tem várias conotações. Deriva do latim *discrimen* que exprime sentido de separar, de fazer uma distinção<sup>173</sup>.

Histórica e atualmente se repetem acontecimentos em que as distinções se baseiam em critérios flagrantemente atentatórios da igual dignidade e reconhecimento devido a todas as pessoas em razão de o serem. São comuns discriminações decorrentes do sexo, raça, cor, idade, origem, religião, orientação sexual ou ideologia política. Todas elas se fundamentam em características sobre as quais o indivíduo não tem qualquer controle ou em opções pessoais sobre plano de vida e direções que o sujeito é livre em tomar, atentando, assim, contra a igual dignidade das pessoas<sup>174</sup>.

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, de 1966, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto 65.810/1969, em seu artigo I, número 1, conceitua discriminação como sendo:

Qualquer distinção, exclusão ou restrição baseada em raça, cor descendência ou origem nacional ou étnica que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, económico, social, cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública<sup>175</sup>.

A discriminação, em termos gerais, pode ser definida, nas palavras de Vera Lúcia Raposo, como o “comportamento ou convicção, assente em preconceitos infundados e inconsistentes, que se revelam em distinções, restrições, exclusões ou preferências, fundadas no sexo, raça, cor, ascendência, origem nacional ou étnica, ou em qualquer outra marca distintiva”, que tenha por finalidade ou efeito a supressão ou comprometimento do

<sup>173</sup> Na linguagem jurídica, segundo Plácido e Silva, o termo é usado para “indicar toda a sorte de separação que se possa fazer entre várias coisas, entre várias funções ou encargos, distinguindo-se uma das outras, para que se diferenciem ou possam ser encaradas consoante a divisão. A discriminação, assim produz, a limitação, determinação, ou separação entre coisas iguais ou diferentes, entre funções várias ou semelhantes, para que cada uma delas se mostre uma coisa certa, perfeitamente distinta e inconfundível. E assim se diz, então, coisa discriminada, quando a mesmo se apresenta de modo distinto, por sua descrição, limitação e determinação. E se dizem funções discriminadas para as que se separam e formam uma sorte de atribuições ou encargos confiados a uma pessoa, de modo que não possam ser tomadas pelas funções ou encargos atribuídos a outra. Em outros casos, pode ser tomado em sentido equivalente a definição, porque o que é definido é também discriminado ou limitado ou separado”. *Apud* MOURA, Patrícia Uliano Effting Zoch de. *A finalidade do princípio da igualdade...* p. 71.

<sup>174</sup> Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes...* cit., p. 110. Nesse sentido, José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional...* cit., p. 223), refere que a Constituição brasileira enumera algumas modalidades mais comuns de discriminações odiosas, tais como em razão da origem, sexo, raça, cor e idade, e, por isso, desde logo, expressamente proibidas.

<sup>175</sup> Disponível em: < <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836> > Acesso em: 27.07.2015.

reconhecimento, fruição ou exercício dos direitos humanos e das liberdades individuais, em situação de igualdade<sup>176</sup>.

Para Joaquim Barbosa, “discriminar nada mais é do que uma tentativa de se reduzirem as perspectivas de uns em benefícios de outros”<sup>177</sup>.

Todavia, discriminação e violação do princípio da igualdade não compreendem necessariamente o mesmo significado, e a confusão dos conceitos na mesma denominação pode conferir alcance incerto.

É de se registrar, inicialmente, a dificuldade da consideração do tema no plano do Direito do trabalho, tendo em vista sua proximidade com a realidade concreta, que por sua vez leva à ampla diversificação e, conseqüentemente, às múltiplas regulamentações distintas que regem os mesmos temas trabalhistas, de acordo com o setor e o ramo de atividade<sup>178</sup>.

O princípio da igualdade é mais amplo e ambicioso, em relação ao princípio da não-discriminação, que é uma versão mais modesta ou simples daquele princípio.

As diferenças entre um e outro começam pelas respectivas finalidades. O princípio da igualdade encontra guarida na vedação de discriminação fortuita, ao passo que o princípio da não-discriminação se funda na noção de dignidade da pessoa humana, que exige igual tratamento a todos, sem qualquer sujeição às características que os determinem. Conseqüentemente, e considerando que a dignidade humana é propriedade característica das pessoas físicas, apenas estas encontram amparo no princípio da não-discriminação. Por outro lado, o princípio da igualdade abriga pessoas físicas e jurídicas. Essa estreita conexão com a dignidade e com os comportamentos subjacentes implica num controle mais rigoroso da violação do princípio da não-discriminação, ao passo que na inobservância do princípio da igualdade é suficiente uma simples fiscalização de razoabilidade<sup>179</sup>. Também há diferenças no

---

<sup>176</sup> RAPOSO, Vera Lúcia. *Os limites da igualdade... cit.* p. 167. A autora também distingue discriminação em sentido amplo e em sentido restrito. A primeira consiste em toda violação ao princípio da igualdade. A segunda, também denominada qualificada, é caracterizada pela violação de critérios expressamente mencionados nos textos constitucionais, como critérios proibidos de discriminação. *Ibid.*, p. 167.

<sup>177</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*. Brasília. V. 38, nº. 151, p. 129-152, jul./set. 2001, p. 133.

<sup>178</sup> A prudente observação é feita por RODRIGUES, Américo Plá. *Princípios do direito do trabalho... cit.*, p. 185, que por sinal, se inclina “por admitir o princípio da não discriminação, mas não o da igualdade”, porquanto o primeiro “leva a excluir todas aquelas diferenciações que põem um trabalhador numa situação de inferioridade ou mas desfavorável que o conjunto, e sem razão válida ou legítima”, sendo que o segundo “encerra a ideia de equiparação, que é uma fonte de conflitos e problemas; descaracteriza o caráter mínimo das normas de trabalho e impede a concessão de melhorias e benefícios que podem existir”. *Ibid.*, p. 187.

<sup>179</sup> De salientar que não há consenso acerca dessas distinções. RODRIGUES, Américo Plá. *Princípios do direito do trabalho... cit.*, p. 186, por exemplo, entende que o princípio da não discriminação proíbe a introdução de

que tange aos comportamentos manifestados, já que a igualdade se refere a tratamentos incidentais diferentes e desconexos, tanto temporal como racional, enquanto a discriminação tende a se revelar de modo consistente, se não permanentemente<sup>180</sup>.

O que releva extrair nesse particular é que o princípio da igualdade serve para equiparar a situação desvantajosa do indivíduo em relação à coletividade e não o contrário, isto é, da coletividade com o caso isolado do trabalhador mais favorecido. Em outras palavras, é fundamental para o Direito do trabalho normas que estabeleçam um nível mínimo de proteção, o que implica na existência e reconhecimento de diversos níveis de segurança e que essa proteção não se configura linear, mas diversificada, ao fixar amparos mais ou menos generosos. Assim, se todo o benefício que se outorga a um trabalhador deve ser estendido a todos, não haverá limites mínimos, mas níveis únicos ou comuns a todos os trabalhadores, aniquilando-se a diferença. Isto é, não há violação ao princípio da igualdade o fato de um indivíduo ser tratado especialmente. O que importa, nessa perspectiva, não é que haja algum empregado mais favorecido que o outro, mas que algum empregado seja prejudicado com relação à generalidade. O que se procura é evitar o atraso diante do nível normal ou geral de proteção. Absolutamente, não se pretende equiparar todos no nível mais alto, porque alguém o obteve<sup>181</sup>.

O princípio da não-discriminação, nesse sentido, tem especial relevância no seu envolvimento com o princípio da igualdade, visto que eleva a diferença.

O direito à diferença maximiza as expectativas de bem-estar dos menos favorecidos. À medida que o princípio da igualdade realça aquilo que aproxima e assemelha as pessoas, o princípio da não discriminação acentua o que as difere, ressaltando que, nada obstante as distinções, todos são merecedores da mesma dignidade, não podendo, conseqüentemente ser prejudicados por causa dessas diferenças, antes disso, devem ser protegidos por conta delas<sup>182</sup>.

Nesse contexto, desigualdade e diferença não são sinônimas, como também não são igualdade e identidade. A igualdade não toma por base seres idênticos, mas tão somente seres semelhantes, salientando, porém, as suas qualidades gerais, que coexistem com qualidades

---

diferenciações por razões não admissíveis, sendo que o princípio da igualdade tende a conceder a todo o trabalhador a mesma vantagem ou benefício.

<sup>180</sup> Nesse sentido RAPOSO, Vera Lúcia. *Os limites da igualdade... cit.* p. 167, que ainda difere os princípios no momento de atuação: “a igualdade atende ao ponto de partida, a não-discriminação incide sobre os resultados”.

<sup>181</sup> Nesse sentido, RODRIGUES, Américo Plá. *Princípios do direito do trabalho... cit.*, p. 186-187.

<sup>182</sup> Cf. RAPOSO, Vera Lúcia. *Os limites da igualdade... cit.* p. 168.

diferenciadoras. O antônimo da igualdade não é a diferença, mas a desigualdade, a submissão, o tratamento díspar baseado em critérios diferenciadores fortuitos e arbitrários<sup>183</sup>.

O princípio da não-discriminação veda discriminações, mas não diferenciações. Na verdade, hodiernamente, o legislador democrático do Estado social não está apenas autorizado, mas, sim, obrigado a atender às diferenças reais entre as pessoas, a considerar não tanto a forma, mas os resultados<sup>184</sup>.

Não há confundir, contudo, discriminação com diferenciação. Diferenciação consiste no tratamento desigual, fundado em razões justificáveis, legítimas e com arrimo constitucional. Já a discriminação, como já ventilado, se configura na distinção arbitrária, odiosa, baseada em fatores injustos e ilegítimos<sup>185</sup>.

Consectário da igualdade material, a diferenciação se consubstancia na imposição de um método distintivo, que observe as especificidades de cada indivíduo, como maneira de concretizar uma igualdade à chegada, mesmo que para tal seja imprescindível a desigualdade à partida. O que se depreende de tal sistema é a produção de um resultado equitativo, ainda que utilizado um meio iníquo<sup>186</sup>. É esse o processo que permite conceder, por exemplo, às mulheres trabalhadoras a licença maternidade de 120 dias, consoante art. 392 da CLT<sup>187</sup>, em detrimento da licença paternidade de cinco dias, conforme artigo 10, §1º, do ADCT<sup>188</sup>. Esse tratamento diferenciado é justificado na distinção entre os sexos, notadamente na capacidade de a mulher procriar e nas responsabilidades, inclusive, fisiológicas, que tem para com a prole nos primeiros tempos de vida. Tais particularidades biológicas requerem um regime diferenciado que lhe propicie não só a inserção, mas a progressão e manutenção no mercado de trabalho, da mesma forma que os homens.

Enfim, a eleição do princípio da igualdade como fundamental e também como objetivo do Estado brasileiro impõe não só sua utilização como meio de atuação, como

---

<sup>183</sup> Cf. RAPOSO, Vera Lúcia. *Os limites da igualdade... cit.* p. 169.

<sup>184</sup> “A igualdade do Estado social não é mais tratar tudo e todos da mesma forma, mas passa a ser entendida, num lema sempre repetido, como igualdade material traduzida na exigência de tratamento ‘igual daquilo que é igual e tratamento desigual daquilo que é desigual’” (grifo do autor). Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes... cit.*, p. 104.

<sup>185</sup> Para RAPOSO, Vera Lúcia. *Os limites da igualdade... cit.* p. 169, embora toda a discriminação se traduza necessariamente numa diferenciação, tal distinção tem que assumir certas qualidades nefastas, funestas para ser classificada como discriminatória e, por conseguinte, proibida pelo direito.

<sup>186</sup> Nesse sentido, RAPOSO, Vera Lúcia. *Os limites da igualdade... cit.* p. 169.

<sup>187</sup> Art. 392. “A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário”. (Redação dada pela Lei nº 10.421, 15.4.2002).

<sup>188</sup> Art. 10, § 1º. “Até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias”.

também um modelo de bem comum. E no alcance da igualdade como bem comum surge a questão do uso da desigualdade, ou melhor, da noção de discriminação positiva, a seguir analisada.

## 2.2. Discriminações positivas

O antecedente histórico das discriminações positivas ou ações afirmativas<sup>189</sup> está na percepção de que não basta anunciar igualdade de direitos se as pessoas não tiverem acesso às mesmas oportunidades. Tais oportunidades apenas serão substancialmente iguais se todos estiverem em igualdade de condições, resultando dessa noção, a ideia de uma igualdade material para reduzir as desigualdades socioeconômicas e fomentar a justiça social.

Os Estados Unidos da América foram os pioneiros na adoção de políticas sociais denominadas “ações afirmativas” como mecanismos tendentes a solucionar o problema da marginalização social e econômica do negro na sociedade americana<sup>190</sup>. Posteriormente, foram estendidas às mulheres e a outras minorias<sup>191</sup>.

Consideradas obrigatórias pela inclinação ao Estado social, as discriminações positivas objetivam pugnar contra não somente as flagrantes situações de discriminação, mas também a discriminação cultural, estrutural, arraigada na sociedade, já que propõem uma nova forma de enfrentar as desigualdades. Constituem-se, a mais expressiva manifestação da moderna noção de Estado promotivo, pois da sua compreensão, implantação e delimitação jurídica

---

<sup>189</sup> A variação terminológica decorre da correspondente origem do instituto. A expressão “discriminação positiva” é tradicionalmente designada no direito português ao passo que o termo “ação afirmativa” tem origem no direito norte americano. No texto, a opção é pela utilização da primeira, pois descreve mais adequadamente a intenção que lhe é subjacente.

<sup>190</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. *A recepção do instituto da ação afirmativa... cit.*, p. 131.

<sup>191</sup> Segundo ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*. Brasília. v. 33, nº. 131, p. 283-295, jul./set. 1996, p. 285, nota 3: “não se toma a expressão *minoría* no sentido quantitativo, senão que no de qualificação jurídica dos grupos contemplados ou aceitos com um cabedal menor de direitos, efetivamente assegurados, que outros, que detém o poder. Na verdade, *minoría*, no Direito democraticamente concebido e praticado, teria que representar o número menor de pessoas, vez que a maioria é a base de cidadãos que compreenda o maior número tomado da totalidade dos membros da sociedade política. Todavia, a maioria é determinada por aquele que detém o poder político, econômico e inclusive social em determinada base de pesquisa. Ora, ao contrário do que se apura, por exemplo, no regime da representação democrática nas instituições governamentais, em que o número é que determina a maioria (cada cidadão faz-se representar por um voto, que é o seu, e da soma dos votos é que se *contam* os representados e os representantes para se conhecer a maioria), em termos de direitos efetivamente havidos e respeitados numa sociedade, a *minoría*, na prática dos direitos, nem sempre significa o menor número de pessoas. Antes, nesse caso, uma *minoría* pode bem compreender um contingente que supera em número (mas não na prática, no respeito etc.) o que é tido por maioria. Assim o caso de negros e mulheres no Brasil, que são tidos como *minorias*, mas que representam maior número de pessoas da globalidade dos que compõem a sociedade brasileira” (grifos no original).

participam todos os órgãos do Estado, inclusive, os particulares. É uma disposição sócio-jurídica voltada a viabilizar a verdadeira igualdade, tão prejudicada quando um grupo social expressivo, como as mulheres, por exemplo, se vêem fora ou com sérias dificuldades de participar e se manter no processo produtivo, bem como de fortalecer o próprio desenvolvimento econômico do país, na medida em que a universalização de oportunidades ao mercado de trabalho contribui com o crescimento<sup>192</sup>.

As discriminações positivas caracterizam-se, outrossim, na necessidade de promover a representação de grupos ou pessoas inferiorizadas na sociedade e outorgar-lhes uma preferência com o propósito de garantir-lhes o acesso ou manutenção de algo que, sem essa iniciativa, eles, isoladamente, não teriam condições de atingir, tendo em conta a insuficiência das ações de caráter geral<sup>193</sup>.

A discriminação positiva visa à igualdade entre os desiguais, ou seja, o restabelecimento de uma igualdade que foi suprimida ou nunca existiu, proporcionando, enquanto inevitável, as mesmas oportunidades de acesso e gozo dos direitos fundamentais.

Essa obrigação de repensar o valor da igualdade, com respeito das especificidades e diferenças, exige como já referida uma ampla conscientização da própria sociedade<sup>194</sup> a respeito da imperiosa necessidade de banir ou de se reduzir as desigualdades sociais que se realizam em detrimento das minorias, entendidas no presente estudo: as mulheres. É indispensável entender que a marginalização da mulher no ambiente de trabalho, especialmente na questão de acesso e manutenção de emprego pelos inconvenientes da maternidade (considerados do ponto de vista do capital enquanto sujeito da relação de emprego), bem como das diferenças salariais havidas entre homens e mulheres em razão exclusiva do gênero, resulta unicamente de discriminação.

Nesse contexto, cumpre não olvidar, com bem refere Simone Aparecida Barbosa Mastrantonio, que parte da sociedade brasileira reconhece e exige o desenvolvimento de políticas públicas como meio adequado para garantir a igualdade de oportunidades. Nada obstante, verifica a existência de repúdio, por parte desta mesma sociedade, à adoção de

<sup>192</sup> Conforme GOMES, Joaquim B. Barbosa. *A recepção do instituto da ação afirmativa... cit.*, p. 133.

<sup>193</sup> Nesse sentido, MASTRANTONIO, Simone Aparecida Barbosa. Ação afirmativa: afronta ou reforça o princípio da igualdade? *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*. Curitiba, v. 34, n.º. 63, p. 353-397, jul./dez. 2009, p. 368.

<sup>194</sup> Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, ex-presidente do STF, salienta que para afastar a discriminação é necessária uma mudança cultura, uma conscientização maior, nas suas palavras: “urge a compreensão de que não se pode falar em Constituição sem levar em conta a igualdade, sem assumir o dever cívico de buscar o tratamento igualitário, de modo a saldar dívidas históricas para com as impropriamente chamadas “minorias”, ônus que é de toda a sociedade. Cf. MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. A igualdade e as ações afirmativas. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. n.º. 01, p. 23-26, jan. / jun. 2003, p. 25.

medidas de discriminação positiva. Assim, apesar de haver concordância quanto à ocorrência de discriminação negativa de gênero no Brasil, também se observa haver consenso de que essas ações positivas não são queridas<sup>195</sup>.

É de se compreender que a discriminação, como um componente inseparável do relacionamento humano, carrega inegavelmente um aspecto competitivo. Mas, quanto mais forte a discriminação e mais impetuosa a inércia do seu combate, mais nefasta e violenta se reflete a relação entre discriminador e discriminado. Daí provém, por conseguinte, que aos esforços de alguns em favor da realização da igualdade se contraponham os interesses de outros na manutenção da situação de desigualdade. É próprio, e nesse particular, natural que as discriminações positivas, mecanismo jurídico concebido com o propósito de eliminar esse sistema perverso, sofram resistência, sobretudo daqueles que historicamente se beneficiaram da exclusão dos grupos socialmente vulneráveis<sup>196</sup>.

Cabe ao Estado, nessa nova postura, levar em consideração os fatores de segregação da mulher no mercado de trabalho e atuar ativamente no sentido de reduzir as desigualdades, isto é, promovendo diferenciações não para prejudicar quem quer que seja<sup>197</sup>, mais para evitar que a discriminação arbitrária em razão do gênero continue se perpetrando.

A discriminação positiva pode ser definida, assim, como um conjunto de políticas públicas e privadas<sup>198</sup> direcionadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de composição biológica, bem como para corrigir os efeitos presentes de distorções praticadas no passado. Na sua compreensão, a igualdade deixa de ser simplesmente um

---

<sup>195</sup> MASTRANTONIO, Simone Aparecida Barbosa. *Ação afirmativa... cit.*, p. 363.

<sup>196</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. *A recepção do instituto da ação afirmativa... cit.*, p. 133.

<sup>197</sup> Conforme referido ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Ação afirmativa... cit.*, p. 286, não se quer ver produzidas novas discriminações com a ação positiva, “agora em desfavor das maiorias, que, sem serem marginalizadas historicamente, perdem espaços que antes detinham face aos membros dos grupos afirmados pelo princípio igualador no Direito”. Ela salienta que “para se evitar que o extremo oposto sobreviesse é que os planos e programas de *ação afirmativa* adotados nos Estados Unidos e em outros Estados primaram sempre pela fixação de percentuais mínimos garantidores da presença das minorias que por eles se buscavam igualar, com o objetivo de se romperem os preconceitos contra elas, ou pelo menos propiciarem-se condições para a sua superação em face da convivência juridicamente obrigada”. Os planos e programas das entidades públicas e particulares de *ação afirmativa* deixam sempre à disputa livre da maioria a maior parcela de vagas em escolas, em empregos, em locais de lazer, etc., como forma de garantia democrática do exercício da liberdade pessoal e da realização do princípio da não-discriminação (contido no princípio constitucional da igualdade jurídica) pela própria sociedade”.

<sup>198</sup> Sobre a perspectiva privada da utilização das ações afirmativas, BERGMANN, Barbara R. *Defense of affirmative action*. New York: Basic Books, 1996. Published on H-Teachpol (October, 1998). Disponível em: < <https://www.h-net.org/reviews/showpdf.php?id=2390> > Acesso em: 29.07.2015.

princípio jurídico a ser observado por todos, e passa a ser um objetivo constitucional a ser atingido pelo Estado e pela sociedade<sup>199</sup>.

Para Carmen Lúcia Antunes Rocha, a definição jurídica objetiva e racional da desigualdade dos desiguais, cultural e historicamente desfavorecidos, é compreendida como a maneira de se fomentar a equiparação daqueles que foram e são marginalizados por ideias preconcebidas na cultura dominante na sociedade. Por esta discriminação positiva promove-se a efetiva igualdade jurídica; por ela concretiza-se uma fórmula jurídica para se desenvolver uma verdadeira igualdade social, política, econômica segundo o Direito, tal como garantido formal e materialmente no sistema constitucional democrático. A discriminação positiva ou ação afirmativa é, por conseguinte, um mecanismo jurídico para se vencer o isolamento ou a diminuição social a que se encontram sujeitas as minorias<sup>200</sup>.

O argumento, portanto, a justificar medidas de discriminação positiva reside no fato de que estas podem atingir objetivos de igualdade social que normalmente não seriam alcançados com regras simplesmente proibitivas de discriminação. Em outros termos, é insuficiente proibir, sendo necessária uma atuação proativa do Estado com reflexos permanentes no senso comum, de maneira a realizar uma transformação nos hábitos e pensamentos coletivos que são, como já ventilados, forjados pela sociedade, por meio dos costumes e tradições<sup>201</sup>.

Nesse sentido, a par da concretização da igualdade de oportunidades, a discriminação positiva tem o propósito de inferir mudanças de ordem cultural e pedagógica, adequadas a remover do senso coletivo a ideia de superioridade do homem em relação à mulher. Para Joaquim B. Barbosa Gomes, essas políticas públicas representam o reconhecimento oficial da existência de práticas discriminatórias e da necessidade de sua supressão, não só no presente, mas, sobretudo, eliminar o resultado persistente da discriminação, observados do ponto de vista psicológico, cultural e comportamental<sup>202</sup>.

---

<sup>199</sup> Nesse sentido, MASTRANTONIO, Simone Aparecida Barbosa. *Ação afirmativa... cit.*, p. 366; e GOMES, Joaquim B. Barbosa. *A recepção do instituto da ação afirmativa... cit.*, p. 132.

<sup>200</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Ação afirmativa... cit.*, p. 286.

<sup>201</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. *A recepção do instituto da ação afirmativa... cit.*, p. 136.

<sup>202</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. *A recepção do instituto da ação afirmativa... cit.*, p. 136. Para o ex-ministro do STF, as discriminações positivas teriam ainda o objetivo de criar as chamadas “personalidades emblemáticas”. Isto é, além dos propósitos referidos, “elas constituiriam um mecanismo institucional de criação de exemplos vivos de mobilidade social ascendente. Vale dizer, os representantes de minorias que, por terem alcançado posições de prestígio e poder, serviriam de exemplo às gerações mais jovens, que veriam em suas carreiras e realizações pessoais a sinalização de que não haveria, chegada a sua vez, obstáculos intransponíveis à realização de seus sonhos e à concretização de seus projetos de vida. Em suma, com essa conotação as ações afirmativas atuariam como mecanismo de incentivo à educação e ao aprimoramento de jovens integrantes de grupos minoritários, que invariavelmente assistem ao bloqueio de seu potencial de inventividade, de criação e de

A discriminação positiva está plenamente amparada pela noção de igualdade material, pois só se remove a desigualdade com uma compensação, com um tratamento favorecido, através do qual se possa reequilibrar a desigualdade fática<sup>203</sup>. Mas na medida em que as normas jurídicas discriminam materialmente pessoas para equipará-las faticamente, resultando assente que, nesse processo, quando alguém é positivamente discriminado em razão do seu sexo, por exemplo, há outro alguém que, reflexamente, pelo fato de ter o sexo oposto, é discriminado de modo negativo, há que questionar se esse tratamento diferenciado conferido pelo princípio da igualdade não deixa de ser a instrumentalização da reprodução das desigualdades materiais, como faz Fábio Ulhoa Coelho, para quem, com essa atuação, “o princípio da igualdade, segundo o tratamento recebido da tecnologia jurídica, reproduz a desigualdade e, portanto, nega a igualdade em vez de afirmá-la”<sup>204</sup>.

Efetivamente há que se reconhecer que numa intenção exclusivamente dirigida a um grupo de pessoas vem sempre contido o perigo de uma desigualdade de tratamento, mormente porque coloca em evidência a tensão entre a generalidade e a igualdade. Todavia, o princípio da igualdade não pode ser visto como algo perfeitamente estabilizado e incontroverso<sup>205</sup>. A incompreensão da lógica do princípio da igualdade com o todo o ordenamento jurídico não pode reduzir ou limitar a ideia de justiça que ele traduz. Há diferença entre discriminação e discriminação positiva. A primeira se dá quando não há princípio a ser observado. A segunda, ao contrário, ocorre quando, ao constatar desigualdades, em respeito ao princípio da igualdade, são autorizadas diferenças que possibilitem uma inclusão ou igualização. Sem essa tentativa de compensação ou nivelamento redundam-se na inobservância do próprio princípio da igualdade<sup>206</sup>.

O conteúdo da igualdade tem um ponto axiológico relacionado à justiça que, por sua vez, desloca a questão para o que seria justo no tratamento igual ou desigual, valendo lembrar a distinção de Dworkin, para quem, direito fundamental de igual respeito e consideração consiste em ser tratado como um igual e direito a igual tratamento diz respeito a uma

---

motivação ao aprimoramento e ao crescimento individual, vítimas das sutilezas de um sistema jurídico, político, econômico e social concebido para mantê-los em situação de excluídos”. *Ibid.* p. 137.

<sup>203</sup> Cf. MALLET, Estevão. Direito do trabalho, igualdade e não discriminação. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região*. Suplemento especial comemorativo. Belém, v. 41, nº. 81, p. 1-312, jul./dez., 2008, p. 251.

<sup>204</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito e poder: ensaio da epistemologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 96-98.

<sup>205</sup> Nesse sentido, NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes... cit.*, p. 102.

<sup>206</sup> Cf. MOURA, Patrícia Uliano Effting Zoch de. *A finalidade do princípio da igualdade... p. 74-75.*

distribuição igual de oportunidades, recursos ou encargos, sendo este uma derivação daquele, portanto<sup>207</sup>.

Nesse sentido Jorge Miranda refere que ainda quando a igualdade social importa no consentimento de certos direitos ou até vantagens especificamente a determinadas minorias, a diferenciação ou a discriminação (positiva) tem por objetivo a igualdade e tais direitos ou vantagens caracterizam-se como “instrumentais no rumo para esses fins”<sup>208</sup>.

Canotilho ao afirmar que a igualdade justa “pressupõe um juízo e um critério de valoração” remete à proibição geral do arbítrio, de maneira que, “existe observância da igualdade quando indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente (*proibição do arbítrio*) tratados como desiguais”. Ou de outra forma, “o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária”<sup>209</sup> (grifo no original).

Nesse diapasão, as discriminações positivas são admitidas quando a determinação do desígnio fático distintivo tiver como proposição lograr os objetivos do princípio da igualdade<sup>210</sup>.

Jorge Reis Novais acrescenta que, para além de não se restringir o princípio da igualdade a proscrição do arbítrio, é importante a redução do subjetivismo e intuicionismo inerentes a essas escolhas e valorações, através do recurso a outros princípios e valores constitucionais, designadamente a dignidade da pessoa humana<sup>211</sup>.

As razões que permitem a diferenciação das pessoas em grupos distintos são chamadas de fatores de discriminação.

---

<sup>207</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 180 e seguintes.

<sup>208</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional...* cit., p. 225.

<sup>209</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria...* cit., p. 428.

<sup>210</sup> Paulo Bonavides reporta que “esse pressuposto fático teria que ser procurado na “essencialidade” ou na “relevância” da distinção a ser feita, ficando, porém, tal “relevância” contida na mutabilidade de um quadro histórico dinâmico, ou seja, no relativismo de um critério valorativo, variável de acordo como o padrão dos valores imperantes na comunidade ou vivos na consciência coletiva, os quais serviriam de apoio para valorar cada situação concreta ou real defrontada pelo legislador”. BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1996, p. 125.

<sup>211</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes...* cit., p. 105-115.

### 2.2.1 Fatores de discriminação

Do art. 3º da Constituição Federal vem a percepção de que “o único modo de corrigir desigualdades é colocar o peso da lei, com a imperatividade que ela deve ter, a favor daquele que é tratado de modo desigual”<sup>212</sup>.

No referido preceito constitucional reside o suporte das discriminações positivas, porquanto exige uma conduta proativa do Estado e da sociedade brasileira para que as desigualdades socioeconômicas sejam encaradas e, de fato, vencidas por meio de medidas imperativas.

Assim, fatores de discriminação são questões diferenciais, situações ou peculiaridades que autorizam distinguir grupos de pessoas. Sob a perspectiva inversa, tem-se que determinados elementos, características pessoais ou situações são incapazes de serem colhidas pela norma como matriz de alguma diferenciação, sob pena de afronta à regra da igualdade.

Alguns desses fatores podem ser identificados de plano. Outros permanecem dissimulados. A Constituição brasileira, além de consagrar genericamente a igualdade e associá-la à dignidade da pessoa humana, proíbe específica e expressamente maneiras mais vulgares e consensualmente rejeitadas de discriminações, tais como, em razão da origem, raça, sexo, cor, idade ou convicção religiosa, conforme artigos 3º e 5º.

É necessário apenas denotar algumas hipóteses em que a diferença de gênero, para ficar diante do objetivo da pesquisa, é determinante da discriminação para constatar choque ou compatibilidade com o princípio da igualdade. Suponha-se anúncio de emprego para função de padeiro / confeitiro no qual o contratante, a partida, manifesta preferência por determinado sexo, utilizando a seguinte expressão, “ambos os sexos, preferencialmente feminino”. À evidência à observação pela preferência traduz discriminação negativa, vedada pelo princípio da igualdade, em vista da ausência de isonomia de oportunidade de competição.

Contudo, não se obsta anúncio para admissão apenas de mulheres a vagas de polícia feminina, já que a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim exige.

O que se depreende desde logo, é que não é no caráter sexual, ou melhor, no fator de diferenciação eleito, que se deve procurar alguma afronta ao princípio da igualdade. As discriminações são acolhidas como compatíveis com o princípio da igualdade exclusivamente quando houver um nexó lógico entre a particularidade diferencial considerada por residente

---

<sup>212</sup> Nas palavras de MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. *A igualdade... cit.*, p. 24.

no objeto, e a desigualdade de tratamento em razão dela conferida, desde que tal correlação não seja inconciliável com interesses consagrados na Constituição<sup>213</sup>.

Corolário, é possível inferir que a própria ordem constitucional que veda a discriminação por razões de sexo, cor, raça, origem, apenas elenca e evidencia certos fatores que não podem, por motivos odiosos conhecidos, ser considerados como justificativa da diferenciação. Tanto o art. 3º como o art. 5º da Constituição do Brasil, ao exemplificar as hipóteses referidas, apenas contribuem para delimitar o campo das diferenciações ilegítimas. Isto é, o texto constitucional retirou da realidade social caracteres que considerou serem potenciais fontes de desigualdades fortuitas e expressou a impossibilidade de virem a ser, diante disso, utilizadas<sup>214</sup>.

É de se considerar que, a par de a Constituição proibir qualquer discriminação, também impôs a obrigação de o Estado promover a igualdade entre os sexos (art. 5º, I), o que não é faticamente realizável sem que de alguma maneira se estabeleça distinções benéficas ou prejudiciais, de modo que as proibições e autorizações constitucionais explícitas não resolvem a questão. E não o fazem porque qualquer indicação com esse propósito não pode ser acolhida como definitiva, pelo que cumpre perquirir que outras discriminações também devem ser coibidas ou admitidas. Essa complexidade, contudo, desloca o problema da igualdade para a plano do controle. Pois não sendo possível estabelecer, a partida, os critérios das distinções permitidas, cumpriria perscrutar os limites do controle de constitucionalidade da conformação adotada<sup>215</sup>.

O que importa fixar, no presente momento, é que pelo princípio da igualdade, o que a ordem jurídica constitucional objetiva é garantir a impossibilidade de desigualdades arbitrárias ou injustificadas. Para alcançar tal intento, o sistema jurídico proíbe, o quanto possível, a discriminação negativa, visto que, ao impor igualdade, garante que os preceitos genéricos, os abstratos e os atos concretos apanhem a todos sem especificações arbitrárias<sup>216</sup>.

### **2.2.1.1. Condições jurídicas**

As discriminações positivas materializam-se em tratamentos diferenciados em favor de minorias para compensar desigualdades. Todavia, seu equacionamento jurídico é difícil e

<sup>213</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico... cit.*, p. 17.

<sup>214</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico... cit.*, p. 18.

<sup>215</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes... cit.*, p. 111.

<sup>216</sup> Nesse sentido, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico... cit.*, p. 18.

complexo, tendo em vista a paradoxalidade da pretensão: desigualar para produzir igualdade! Na perspectiva jurídica, a questão gera discussão porque a diferenciação deve ser feita em observância ao princípio da igualdade formal, da isonomia e da igualdade material, pois é isso que o Estado de direito inspira, do qual a igualdade é um dos princípios estruturantes<sup>217</sup>. Se a igualdade como justiça é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, há violação do princípio da igualdade se o tratamento desigual for além da medida da desigualdade. A determinação desta medida é ao mesmo tempo essencial e de difícil consenso.

A primeira dificuldade a se ultrapassar está na própria igualdade formal, ou seja, da consideração de que todos são iguais perante a lei. Essa máxima representa, indubitavelmente a generalidade da norma, isto é, o fato de que a lei se dirija não àquele ou a este sujeito, mas a todos cidadãos, ou ainda a um tipo abstrato de operador na vida social<sup>218</sup>. A proibição de leis restritivas não gerais e não abstratas tem, essencialmente, preocupações de garantia da igualdade, da separação de poderes e do Estado de Direito. Como, então, afastar a generalidade e abstração da lei para introduzir uma política com destinatários determinados, sem ofender o princípio da igualdade?

O princípio da igualdade pretende, de um lado, proporcionar garantia individual ou direito de liberdade contra persecução, e, de outro, impedir privilégios.

Conforme já ventilado alhures, não se pode fixar uma identificação absoluta entre a exigência de observância do princípio da igualdade e a exigência de generalidade e abstração das leis que conformam discriminações positivas. Isso porque o próprio princípio da igualdade, na vertente formal, é insuficiente para atingir a justiça que ele emana, assim como as vantagens asseguradas pela lei genérica e abstratamente não tem o condão de satisfazer de forma integral as condições necessárias de uma igualdade materialmente concebida.

Ademais, não se pode elevar os requisitos da generalidade ou da abstração, ou ambos simultaneamente, a requisitos essenciais da norma jurídica. A generalidade e abstração devem

---

<sup>217</sup> Nesse sentido, FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos jurídicos... cit.*, p. 72.

<sup>218</sup> Conforme BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2001, p. 180-1, diz-se “gerais” as normas que são universais em relação aos destinatários. A generalidade opõe-se a individualização, que ocorre toda vez que a norma se volta para um único sujeito, de forma específica e singular, caso em que se deve chama-la de “individual”. “Abstratas” são as normas que são universais em relação à ação. A abstração supõe situação reproduzível. São normas que regulam uma ação-tipo. Se contrapõem as que regulam uma situação singular, concreta, relativo a uma única ocorrência, caso em que são nominadas de normas “concretas”. Ressalta, no particular, a inadequação do termo “norma concreta”, na medida em que a palavra norma faz pensar em uma regulamentação continuada da ação, sendo mais apta a designar normas em abstrato.

ser entendidas, nas palavras de Bobbio, “como requisitos não tanto da norma jurídica (ou seja, da norma válida em um certo sistema), mas da norma justa”<sup>219</sup>.

A generalidade traz ínsita a ideia de ser mais apropriada para realizar a igualdade, mas não significa que toda a norma individual constitua um privilégio. Já a abstração viabiliza a certeza, também querida pelo ordenamento jurídico, isto é, a determinação dos efeitos jurídicos de dado comportamento, de maneira que o cidadão saiba, diante mão, as consequências das próprias ações. Essa exigência é satisfeita quando o legislador estabelece, através da margem de conformação, a regulamentação de uma ação-tipo, de modo a abranger todas as ações concretas previstas naquele tipo. A renovação da hipótese normativa implica na sua incidência sobre uma categoria de indivíduos, ainda que quando da sua edição, exista apenas um indivíduo abrangido. Assim, como requisitos ideológicos da norma, a generalidade assegura a igualdade e a abstração garante a certeza.

Mesmo que em Estado de Direito e razões de separação de poderes indiquem uma distinção material das funções do Estado e do interesse na utilidade da generalidade da lei não se extrai a vedação de emissão de leis que não apresentam essa característica. Aliás, as necessidades do Estado social praticamente impõem a emissão de leis destinadas a disciplinar situações concretas e aplicáveis a destinatários determináveis, ainda que sujeitas a requisitos e controles mais exigentes<sup>220</sup>.

No entanto, sob a perspectiva lógica, a lei que individualiza o destinatário vai de encontro às duas vertentes da igualdade, porquanto configuraria ou uma imposição gravosa incidente sobre um único sujeito ou grupo de pessoas, como também um benefício a uma única pessoa ou grupo social, alijando da oportunidade o restante da coletividade<sup>221</sup>. Ambos os casos abrigam tratamento desigual.

Além disso, nesse particular e sob o pretexto de alcançar uma igualdade real, é preciso não olvidar a facilidade com o legislador pode dissimular a natureza individual da lei, bastando formulá-la em termos aparentemente gerais e abstratos, de maneira que sua articulação de cunho não individualizado atestaria sua imaculabilidade jurídica, ainda que,

---

<sup>219</sup> Conforme BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica... cit.*, p. 182.

<sup>220</sup> Sobre a exigência de generalidade e abstração da lei e a separação dos poderes vide NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais... cit.*, p. 801-816.

<sup>221</sup> O mesmo ocorre num ato jurídico praticado por um particular no ambiente laboral. Seria o caso de um empregador conceder tal benefício ou impor qual sujeição a um grupo de trabalhadores proveniente de uma determinada origem.

efetivamente, servisse no presente e no futuro destinatário individual<sup>222</sup>. O exemplo de Jorge Reis Novais é elucidativo, como se pode observar: uma lei que permite o despedimento sem justa causa de funcionários públicos é menos geral que uma lei sobre despedimento sem justa causa dos trabalhadores por conta de outrem, mas é mais geral que uma lei como o mesmo conteúdo aplicável aos funcionários públicos com menos de cinco anos de serviço público. Nenhuma delas, embora até possam objetivar resolver problemas estruturais da Administração em determinada repartição, adversa a exigência de generalidade e abstração, pois não contém enunciado aplicável a uma categoria fechada, ou a um grupo individualizado, ou melhor, aplicável a um número de destinatários delimitado<sup>223</sup>.

Na mesma mácula incorre a lei que prefigura situação atual única, incapaz ou materialmente inviável de ocorrer novamente, pois explicita seu objetivo individualizado<sup>224</sup>.

Mas é a própria natureza das coisas e, por vezes, os motivos de justiça material decorrente do princípio da igualdade, que particularidades de certas pessoas ou situações concretas exigem um tratamento diferenciado e individualizado, inclusive, com medidas desvantajosas para outras pessoas ou situações também determinadas. Nessas hipóteses, quando devidamente justificadas por razões poderosas e excepcionais, se admite uma discriminação positiva através de lei sem as características de abstração ou generalidade, ou seja, individual ou concreta.

Reconhecer que todas as pessoas são iguais em natureza e, por conseguinte, em dignidade, não rejeita a ideia de diferenciar em razão de peculiaridades pessoais. Isto é, a lei pode abranger um grupo de pessoas ou atingir apenas um indivíduo sem ofender o princípio da igualdade, desde que vise um sujeito ou grupo determinado mas não individualizado,

---

<sup>222</sup> Nesse aspecto NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes... cit.*, p. 105-109 ressalta que a necessidade de diferenciar fundada na busca de uma igualdade real traz o risco da ampla margem de conformação do legislador, que pode dissimular a natureza individual e/ou concreta das intervenções restritivas que pretende levar a cabo, salientando a necessidade de um controle rigoroso especialmente atento às questões de igualdade, de discriminação e de arbítrio. No mesmo sentido, e MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico... cit.*, p. 24.

<sup>223</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais... cit.*, 2010, p. 809.

<sup>224</sup> Segundo MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico... cit.*, p. 25, a inviabilidade de reprodução da hipótese pode ser lógica ou material. Haverá inviabilidade lógica se a lei que singulariza conceber situação atual não reproduzível por força do próprio alcance racional do enunciado, ou seja, quando, por exemplo, a lei que outorga determinado benefício aos que tivessem realizado certo ato, no ano anterior, sendo certo e conhecido que apenas um indivíduo ou grupo específico desempenhara o comportamento previsto. E haverá inviabilidade material, quando apesar de ser logicamente possível sua reprodução, seu enunciado revela singularidade extrema, cuja improbabilidade de repetição denuncia seu objetivo fraudulento de individualização do destinatário. É o caso de se conceder benefício ao “Presidente da República empossado com tantos anos de idade, portador de tal título universitário, agraciado com as comendas tais e quais e que ao longo de sua trajetória política houvesse exercido os cargos X e Y”.

singularizado e mantenha potencial de incidência lógica e material futura sobre outros destinatários que vierem a se enquadrar na hipótese de incidência.

Há que admitir normas individuais e concretas justamente para tornar possível a aplicação, em determinadas circunstâncias, das normas gerais e abstratas<sup>225</sup>. Contudo, para não se incompatibilizar com o princípio da igualdade, deverá a norma individual se reportar também a sujeito futuro, atualmente indeterminado ou indeterminável, e a norma concreta, apesar dessa característica, também for geral<sup>226</sup>.

A discriminação positiva, além de vedar a individualização absoluta do sujeito, exige que sua estruturação normativa respeite certas condições.

Conforme magistério de Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>227</sup>, inicialmente, há que atentar para a regra da objetividade, que consiste na identificação dos grupos desfavorecidos e a determinação dos seus respectivos âmbitos. São inadmissíveis regimes diferenciados em razão de fatores alheios a esses grupos, ou melhor, que não sejam extraídos deles mesmos.

Fatores neutros em relação às coisas, situações ou pessoas não têm o condão de distingui-las.

A área territorial, per si, não é idônea para justificar uma distinção. Assim, não pode ser concedido um tratamento diferenciado a um trabalhador por residir em determinada região do país. Nesse sentido, desde a promulgação da Constituição de 1988 o salário mínimo é único em todo o país<sup>228</sup>. Poderá, outrossim, o que é coisa diversa, haver em determinada região específica situação que seja ela mesma distinta, gerando, conseqüentemente, por condições próprias suas, fatores diferenciais importantes e pertinentes. É o caso de trabalho em regiões endêmicas ou de fronteira. Nessas hipóteses, não será a área territorial, mas o que ela contém, a possível justificativa para diferenciar entre os que se submetem, por sua presença contínua, àquelas condições e os trabalhadores que não enfrentam semelhantes dificuldades<sup>229</sup>. Poderá, nesses casos, a lei conferir um *plus* salarial aos trabalhadores que se

---

<sup>225</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica... cit.*, p. 182.

<sup>226</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico... cit.*, p. 29.

<sup>227</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos jurídicos... cit.*, p. 75-77.

<sup>228</sup> O art. 7º, IV, da CF, estabelece: “salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”. Antes da promulgação da atual Carta Magna era admitido salário mínimo regional diferenciado, o que não se confunde com o piso salarial estadual previsto na Lei Complementar nº 103/00 (combinado com parágrafo único do art. 22 da CF).

<sup>229</sup> Nesse sentido, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico... cit.*, p. 29.

submetem ao maior risco de contágio ou tenham maiores dificuldades por laborarem em regiões longínquas.

O tempo também não pode ser por si só, considerado critério diferenciador, ainda que, a partida, assim possa se pensar.

No momento em que a lei, legitimamente, apanha situações ou sujeitos a partir de tal período ou imputa os que hajam desenvolvido certa atividade durante determinado período não está, a rigor, elegendo o tempo, por si, como fator diferencial. Isso porque, o tempo é um regulador lógico dos seres humanos. A vida sucede numa referência cronológica incontestável. Assim, quando a norma faz alusão ao tempo, aparentemente considerando como elemento para diferenciar sujeitos ou situações pelo lapso estabelecido, na verdade, é a própria sucessão dos fatos ou do modo de ser ou estar transcorrido ou a transcorrer o elemento de discriminação<sup>230</sup>. Nesse caso, *v.g.*, quando decorrido o período do contrato de experiência e o empregado se diz efetivo, não é o tempo que conta, pois é necessariamente idêntico a todos, porém o que ocorreu ao longo dele, uma certa sucessão, uma dada perspectiva continuada no exercício da atividade. É a reiteração do exercício funcional que a norma prestigiou como critério de estabilização da relação empregatícia e não o abstrato decurso de uma cronologia. A lei ao fixar em 90 dias o período máximo de experiência<sup>231</sup> apenas estabeleceu a extensão de uma sucessão reiterada de um estado: o estado de empregado. O mesmo ocorre quando a norma coletiva, por exemplo, estabelece garantia de emprego por vinte e quatro meses imediatamente anteriores à complementação do tempo para aposentadoria<sup>232</sup> proporcional ou integral pela previdência social, respeitados os critérios estabelecidos pela legislação vigente, aos trabalhadores que tiverem o mínimo de vinte e oito anos de vinculação empregatícia ininterrupta com o mesmo empregador. Não é o tempo que é considerado, mas a sucessão de fatos transcorridos e a transcorrer, isto é, o estado de pré-aposentadoria com a correspondente implementação dos requisitos pertinentes, e a manutenção do vínculo empregatício com o mesmo empregador. Tanto numa como noutra situação o tempo demarcado poderia ser maior ou menor, todavia, o que a norma erigiu em critério distintivo foi a reiteração em si mesma.

---

<sup>230</sup> Conforme, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico... cit.*, p. 29.

<sup>231</sup> O parágrafo único do art. 445 da CLT estabelece que o “contrato de experiência não poderá exceder de 90 (noventa) dias”.

<sup>232</sup> Muito comum no Direito do Trabalho brasileiro que instrumentos coletivos fixem garantia de emprego pré-aposentadoria, pois inexistente, como regra, a estabilidade no contrato de trabalho.

É possível distinguir situações conforme a frequência da reiteração para fins de dispensar tratamento especial aos que revelam certa constância em dada situação ou estado, sem que estejam presentes motivos desabonadores de sua continuidade<sup>233</sup>.

Do mesmo modo, quando a lei estabelece que a partir de tal data, determinada situação passa a ser regida pela norma superveniente, não está, a partida, levando o tempo como critério de discriminação, mas considerando os fatos subjacentes e dividindo em situações já existentes e situações não existentes. As que já existem recebem um certo tratamento. As que não existem mas virão a existir, receberão outro tratamento. É a diferença entre ter ocorrido (existir) e não ter ocorrido (não existir) que o Direito reputa como fator de discriminação entre as situações para lhes atribuir regime diverso. Nessas hipóteses, como bem assevera Celso Antônio Bandeira de Mello, a possibilidade de diferenciar não é ilimitada, ou seja, os fatos já existentes foram e continuam sendo todos eles tratados de igual maneira, exceto se, por outro fator logicamente correspondente com alguma diferença estabelecida, venham a ser desigualados. Ademais, quando norma define no passado um tempo, uma época, para diferenciar entre situações pretéritas, essa delimitação temporal é, também ela, mero limite que restringe alguma situação objetivamente distinta com base em fato diverso do tempo enquanto tal. Dessa forma, o termo *a quo* ou *ad quem* nada mais faz do que fixar acontecimentos que são por si as próprias justificativas do tratamento desigual<sup>234</sup>. O exemplo, no direito português, diz respeito à obrigação de pagamento da compensação monetária aos trabalhadores envolvidos no despedimento coletivo. Referida indenização está prevista no art. 366º do Código do Trabalho<sup>235</sup> e, atualmente, correspondente a 12 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade ou fração proporcional<sup>236</sup>. Desde o advento do Código do Trabalho de 2003 a matéria sofreu várias e importantes alterações, todas com viés nitidamente lesivo à classe profissional. Inicialmente a Lei nº. 53/2011, de 14 de outubro, aplicável aos trabalhadores contratados a partir de 1 de novembro de 2011,

---

<sup>233</sup> Conforme, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico... cit.*, p. 31.

<sup>234</sup> Conforme, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico... cit.*, p. 32.

<sup>235</sup> O disposto no artigo 366º do CT serve de referência para outros modos de cessação do contrato de trabalho que não só despedimento coletivo. Trata-se de um regime-regra em matéria de compensação ao trabalhador por cessação do contrato.

<sup>236</sup> O critério de cálculo da indenização está previsto no número 2 do art. 366º do Código do Trabalho, *verbis*: “a) O valor da retribuição base mensal e diuturnidades do trabalhador a considerar para efeitos de cálculo da compensação não pode ser superior a 20 vezes a retribuição mínima mensal garantida; b) O montante global da compensação não pode ser superior a 12 vezes a retribuição base mensal e diuturnidades do trabalhador ou, quando seja aplicável o limite previsto na alínea anterior, a 240 vezes a retribuição mínima mensal garantida; c) O valor diário de retribuição base e diuturnidades é o resultante da divisão por 30 da retribuição base mensal e diuturnidades”.

reduziu o valor da retribuição base mensal e diuturnidades ao determinar a consideração de apenas parte do mesmo, ou seja, o correspondente a 20 dias do calendário, sendo que a Lei 69/2013, de 30 de agosto, reduziu para 12 dias, resultando clara diminuição do valor da compensação. Outra significativa modificação decorreu da fixação de tetos máximos<sup>237</sup> e da eliminação do piso mínimo, correspondente a três meses de retribuição base mensal e diuturnidades<sup>238</sup>. Posteriormente a Lei n.º. 23/2012, de 25 de junho, estendeu as malfadas alterações para todos os contratos em vigor, criando ainda regras de transição no sentido de aplicar o regime originário do Código do Trabalho ao período de execução do contrato anterior à vigência desta lei<sup>239</sup>.

Destarte, o tempo por si só é fator neutro, e por não diferenciar os seres ou situações, não deve ser utilizado como critério a justificar tratamento desigual, sob pena de afronta ao princípio da igualdade. Por sua vez, os fatos ou situações que no tempo transcorreram e por ele se demarcam devem ser considerados critérios de diferenciação, desde que, sobre divergirem entre si, tenha correspondência lógica entre o fato, cronologicamente fixado e a disparidade de regime que em razão disso se adota. Em outras palavras, aquilo que resulta naturalmente igual para todos não pode ser levado em conta como critério de distinção. Como a ocorrência ou sucessão dos acontecimentos decorrem logicamente do tempo, a referência a ele, pela delimitação de prazos, datas ou épocas, é naturalmente imprescindível. Contudo, tal referência não redundaria que se tenha dado ao tempo, em si mesmo, um valor de fator distintivo. Resulta, tão somente que ele serviu como contorno, como orientação cronológica dos fatos levados em consideração, per si, no que eram distintos<sup>240</sup>.

---

<sup>237</sup> Artigo 366º/2, b) “O montante global da compensação não pode ser superior a 12 vezes a retribuição base mensal e diuturnidades do trabalhador ou, quando seja aplicável o limite previsto na alínea anterior, a 240 vezes a retribuição mínima mensal garantida”.

<sup>238</sup> De registrar que o montante mínimo da compensação de três meses de retribuição base e diuturnidades restou ressalvado para os contratos iniciados antes de 01.11.2011 - art. 5º/2, da Lei 23/2012.

<sup>239</sup> De referir ainda que o Tribunal Constitucional, através do Acórdão n.º 602/2013, ventilou da constitucionalidade das alterações dos critérios de cálculo das compensações devidas em caso de despedimento coletivo introduzidas pela Lei 23/2012. A menção indireta decorreu da análise de constitucionalidade do artigo 7.º da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho. Restou entendido que, sob o escopo de garantir tratamento mais favorável dos trabalhadores (uma vez que a alteração dos critérios assegura para todas as situações idênticas de cessação do contrato de trabalho a efetividade da diminuição das compensações intencionada pela Lei n.º 23/2012) e limitar os custos associados ao fator trabalho em ordem à salvaguarda da competitividade das empresas, efetivamente compete ao legislador fixar limites das compensações previstas no art. 366º do Código do Trabalho, para baixo ou para cima. Além de que, tais limites constituem componentes de um regime legal mais amplo (o regime da cessação do contrato de trabalho) todo ele marcado por fortes preocupações garantísticas! Em outras palavras, resultou sinalizada a constitucionalidade da substituição do regime de valor mínimo de compensação pelo regime imperativo de valor máximo. Disponível em: < <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130602.html> > Acesso em: março/2014.

<sup>240</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico... cit.*, p. 32.

Nesse sentido, não há cogitar norma sem referência temporal que, por sinal, lhe empresta absoluta neutralidade. A lei ou fixa um tempo dado ao regular determinada hipótese ou não estabelece qualquer limite, mas em ambos os casos existe referência temporal. Na primeira é demarcada e na segunda é ilimitada, isto é, ou é medido ou é continuado indefinidamente. O tempo medido faz alusão a uma quantidade de situações que nela tiveram ou terão de ocorrer, e o tempo ilimitado faz alusão a uma quantidade de situações indeterminadas, por definição<sup>241</sup>.

O que está em causa são as pessoas, fatos ou situações, pois só nelas podem residir diferenças, sendo que uma dessas diferenças pode ser a repetição mais ou menos intensa. Essa variação da repetição distingue-se por um período ou uma data, mas o que é objeto de demarcação não é o período ou a data em abstrato, mas os próprios fatos contemplados. Objetivamente, o que autoriza discriminar é a diferença que as coisas possuam em si e a correspondência entre o tratamento desigual e os dados diferenciais arraigados nas coisas<sup>242</sup>.

A segunda condição a observar é a regra da proporcionalidade. A medida do benefício deve ser ponderada em razão da desigualdade a ser corrigida, pois do contrário, haverá privilégio de uns em detrimento de outros. O postulado da proporcionalidade exige adequação, necessidade e proporcionalidade da medida afirmativa<sup>243</sup>.

Inicialmente há que registrar uma crítica ao termo adequação, pois sugere um juízo de valor, já que dá a ideia de que algo é mais. Como alternativa, há que utilizar (sem pretensão de originalidade) a expressão aptidão, o que reforça a relação meramente objetiva, de forma que é inapta quando a medida não contribui em nada para o fim, mas pode ser mais ou menos apta quando de alguma maneira contribui para o objetivo. Difícil considerar, isoladamente, uma medida afirmativa inapta. Se ao mesmo tempo é desarrazoado exigir cem por cento do fim, é certo que, em geral, medida contribuirá de alguma forma para ele. Isto é, por exemplo, qualquer estabelecimento de cotas para mulheres no mercado de trabalho passa por esse teste.

Para saber se há excesso são comparadas grandezas. É a necessidade da medida. Já não é medida e fim, mas, dentre as medidas possíveis qual é a desnecessária. E esta se caracteriza sempre que, para atingir o fim, há outras menos restritivas. Portanto, para atingir aquele fim é possível recorrer à medida menos gravosa. É um princípio bastante objetivo e não há juízo de valor, desde que se parta de duas medidas igualmente aptas – mas dificilmente

---

<sup>241</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico... cit.*, p. 33.

<sup>242</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico... cit.*, p. 33-34.

<sup>243</sup> A questão será melhor desenvolvida na análise do controle judicial.

se tem essa igualdade de medidas. A hipótese sugere que, para se ter igualdade de oportunidades para os gêneros no mercado de trabalho, houvesse outro meio igualmente apto, porém menos restritivo, resultando na desnecessidade do estabelecimento de cotas.

A proporcionalidade da medida se revela na comparação entre o benefício e o sacrifício. Apesar de, nesse particular, haver ingresso no domínio do subjetivismo, este ocorre com menos vigor, pois não se compara bem contra bem, mas se avalia a relação entre o sacrifício e o benefício. Nessa perspectiva, o objetivo é eliminar o que for desproporcional. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre a medida e o fim, de sorte que, adotando-se a medida, promove-se o fim<sup>244</sup>.

A proporcionalidade do benefício conduz à terceira condição, qual seja, a regra da razoabilidade<sup>245</sup>, sendo que as normas que compensam a distorção devem ser adequadas à correção da diferença.

Essa implicação vai além da relação de causalidade entre a medida e o fim, como sucede na proporcionalidade. A razoabilidade, como dever de harmonização, age de maneira a determinar que as peculiaridades do fato devem ser consideradas dentro da normalidade. Em outras palavras, exige a relação das normas com suas condições externas de aplicação. De um lado, reclamando um suporte baseado na realidade existente para a adoção de uma medida, o que implica, por sua vez, no afastamento de motivos arbitrários ou injustos. De outro, demandando uma relação harmônica entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada. A abordagem ocorre entre o critério e a medida, e não entre a medida e o fim. Diferentemente da proporcionalidade, que pressupõe uma relação de causalidade entre o resultado de uma medida e o alcance de um fim: a medida leva ao fim; a consideração da razoabilidade, como exigência de harmonização entre o critério de diferenciação escolhido e a discriminação positiva adotada, subentende a relação entre a qualidade e a medida adotada: “uma qualidade não leva à medida, mas é critério intrínseco a ela”<sup>246</sup>.

Na análise da proporcionalidade e da razoabilidade do tratamento distinto há que notar um elemento oposto, isto é, a ausência da onerosidade excessiva para outros grupos de pessoas ou para a sociedade em geral. Tal elemento emana do próprio princípio da igualdade, pois uma das suas perspectivas é a equiparação quanto aos encargos. O bônus decorrente do tratamento diferenciado deve ser proporcional ao ônus a ser suportado pelo restante da

---

<sup>244</sup> Nesse sentido ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios... cit.* p. 146.

<sup>245</sup> Também chamada de regra da adequação por Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Aspectos jurídicos... cit.*, p. 76.

<sup>246</sup> Cf. ÁVILA, Humberto. *Ibid.* p. 147.

sociedade. Além disso, não é razoável onerar demasiadamente a sociedade como um todo ou determinados grupos para beneficiar um deles, ainda que para compensar desigualdades<sup>247</sup>.

A regra da finalidade tem em conta que o objetivo da norma é a equiparação de condições e não de beneficiar os que não padecem das dificuldades decorrentes da diferenciação injusta.

A efetivação do princípio da igualdade depende do critério-medida objeto da distinção. As pessoas ou situações são iguais ou distintas em razão de um critério diferenciador. Duas pessoas são formalmente iguais ou desiguais em função da idade, sexo ou capacidade econômica. Essa distinção só assume importância material na medida em que acrescenta uma finalidade, de maneira que a diferença se justifica segundo um mesmo critério, dependendo da finalidade a que ela serve. Segundo o gênero duas pessoas podem ser iguais ou não: para trabalho de igual valor e com a mesma perfeição técnica, homens e mulheres devem receber o mesmo tratamento salarial, pois a concretização dessa finalidade independe do sexo. Duas pessoas devem ser tidas como diferentes para obter intervalo amamentação se somente uma delas for do sexo feminino<sup>248</sup>.

Em outros termos, a concretização da igualdade está diretamente relacionada com o critério diferenciador e o fim pretendido. A questão nuclear reside na existência ou não de correspondência lógica entre o elemento considerado como critério de discriminação e a distinção legal eleita em razão dele. Há que perquirir, de um lado, aquilo que é elevado a fator discriminatório e, de outro lado, se existe justificativa racional para, à vista do caráter diferenciador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico forjado em razão da desigualdade afirmada<sup>249</sup>.

Para elucidar a questão há que considerar o seguinte exemplo: imagine-se hipotética lei ou ato jurídico que admitisse o afastamento do trabalho de empregadas mulheres para assistir a seminário sobre o abate indiscriminado de baleias no oceano Índico e vedasse aos empregados homens. Parece que na hipótese o gênero é o elemento considerado como fator distintivo. Todavia, não é ele, em si, fator capaz de irromper efeitos jurídicos específicos. O que torna a lei ou o ato hipotético inadmissível é a ausência de correspondência lógica entre o elemento de discriminação, sexo, e os efeitos jurídicos atribuídos. Isto é, não guarda qualquer razão plausível facultar apenas as mulheres faltarem ao trabalho para participação em

---

<sup>247</sup> Segundo FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos jurídicos... cit.*, p. 77.

<sup>248</sup> Conforme ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios... cit.* p. 138.

<sup>249</sup> De acordo com MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico... cit.*, p. 38.

seminário porque entre uma coisa e outra não há qualquer correspondência. Entretanto, em outra relação, seria possível considerar o fator gênero como elemento discriminatório, para assistir palestra educativa sobre câncer de mama.

Cabe dizer que o fator de discriminação escolhido pode ser qualquer elemento radicado nos atingidos por uma situação jurídica. Contudo, há que guardar relação de pertinência lógica a diferenciação que dele resulta. É imprescindível que exista uma conformidade racional entre o tratamento desigual deferido e a finalidade distintiva que lhe serviu de propósito<sup>250</sup>.

Demais disso, para além do necessário nexos racional entre a diferença e o correspondente tratamento desigual, há que demonstrar que tal relação seja constitucionalmente pertinente.

O tratamento jurídico diferenciado deve encontrar supedâneo em uma razão valiosa, jamais colocando em desvantagem situações a que o regime constitucional empresta sentido positivo.

É o caso, por exemplo, de se recorrer a profissionais estrangeiros para suprir alegada carência de médicos em diversos locais do Brasil, através do programa Mais Médicos<sup>251</sup>. O programa cria oportunidades de trabalho a profissionais estrangeiros, por vezes, em desvalia dos nacionais<sup>252</sup>, em afronta ao fundamento da soberania nacional e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (CF, art. 1º, I e IV). Além disso, trata diferentemente os médicos cubanos e os demais participantes do programa. Enquanto estes recebem integralmente seu salário, os cubanos têm um trâmite totalmente diferente: o governo brasileiro remete o dinheiro à Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS), que só então o repassa aos médicos cubanos, que ficam com apenas 30% do valor; o restante vai para Cuba, com uma pequena

---

<sup>250</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que a aludida correlação lógica nem sempre é absoluta, “pura”, assim tida como isenta de influência de concepções próprias da época. “Basta considerar que em determinado momento histórico parecerá perfeitamente lógico vedar às mulheres o acesso a certas funções públicas, e, em outras épocas, pelo contrário, entender-se-á inexistir motivo racionalmente subsistente que convalide a vedação. Em um caso terá prevalecido a tese de que a proibição, isto é, a desigualdade no tratamento jurídico se correlaciona juridicamente com as condições do sexo feminino, tidas como inconvenientes com certa atividade ou profissão pública, ao passo que em outra época, a propósito de igual mister, a resposta será inversa. Por consequência, a mesma lei, ora surgira como ofensiva da isonomia, ora como compatível como o princípio da igualdade”. In: *Conteúdo jurídico... cit.*, p. 39-40.

<sup>251</sup> Disponível em: < <http://maismedicos.saude.gov.br/> > Acesso em: 19.08.2015.

<sup>252</sup> A importação de médicos, em tese, ocorre compensatoriamente caso os médicos brasileiros não têm interesse em preencher as vagas ofertadas pelo governo federal em locais distantes dos grandes centros.

parcela sendo entregue à família do médico e o restante, à ditadura dos irmãos Castro<sup>253</sup>. Há flagrante violação do art. 7º, XXX, que proíbe diferenças de salários, sendo que todo arcabouço infraconstitucional garante a intangibilidade salarial.

Corolário, não é qualquer fundamento lógico que autoriza desigualar, mas tão somente que se alinha aos interesses prestigiados pela Constituição.

A quinta regra reside na temporariedade da medida. A discriminação positiva não objetiva criar uma situação jurídica permanente, mas extraordinária em favor de um grupo, e sim propiciar a este grupo a igualdade em relação a outros. E, se decorrido prazo razoável, elas não atingem o propósito, indubitavelmente são desarrazoadas<sup>254</sup>.

Sob outra perspectiva, o uso de cota, por exemplo, inclina-se a cessar quando seus efeitos modificadores da distorção surgirem, igualando os desiguais. Atingindo a situação de igualdade entre a maioria privilegiada e a minoria excluída, a discriminação positiva se revela prescindível. Nesse sentido, o artigo II, número 2, da Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, ressaltou que “essas medidas não deverão, em caso algum, ter a finalidade de manter direitos grupos raciais, depois de alcançados os objetivos em razão dos quais foram tomadas”<sup>255</sup>. O próprio parágrafo único do art. 373-A da CLT, com redação dada pela Lei 9.799/99, refere a temporalidade das discriminações positivas.

Todavia, referida regra precisa ser entendida com cautela, pois a questão do tempo é de difícil mensuração, mormente quando se trata de fenômenos de desigualdades existentes há séculos. É necessário distinguir quando o fator de discriminação autorizador do tratamento diferenciado é permanente ou transitório. Quando a lei trata diferentemente licença-paternidade e licença-maternidade, sendo esta mais alargada, naturalmente considera a composição biológica da mulher e sua inelutável responsabilidade com o nascituro. O fator é ínsito e não desaparecerá com o tempo. Diversa situação é fomentar a participação da mulher no mercado de trabalho por meio de ações afirmativas, com o uso de cotas, por exemplo. Uma vez atingida a igualdade de participação de homens e mulheres não será mais necessária a medida de discriminação positiva.

---

<sup>253</sup> Conforme texto publicado na edição impressa do jornal Gazeta do Povo de 06.04.2015, intitulado *O Brasil e os médicos cubanos*. Disponível em < <http://www.gazetadopovo.com.br/opiniaio/editoriais/obrasil-e-os-medicos-cubanos1epli8ch7pesp41xxbsl6v2ca> > Acesso em 19.08.2015.

<sup>254</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos jurídicos... cit.*, p. 77.

<sup>255</sup> Disponível em: < <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836> > Acesso em: 21.08.2015.

Sem olvidar a dificuldade de caracterização em razão da amplitude e subjetivismo das escolhas dos parâmetros de comparação, a presença dessas condições auxilia na distinção entre as discriminações legítimas amparadas pelo princípio da igualdade e as diferenciações vedadas por ele.

### **2.3. As discriminações de gênero e a proteção do trabalho da mulher no sistema jurídico brasileiro**

O princípio da igualdade, para além de restar consagrado constitucionalmente, vem garantido através de concretizações legislativas, por vezes, restritivas de liberdade geral ou negocial. Sua aplicação no acesso ao emprego e no domínio dos contratos individuais de trabalho já constituídos aparece, também, no âmbito específico da igualdade em função do gênero.

A existência de legislação infraconstitucional que concretiza o princípio da igualdade no domínio específico do direito laboral facilita seu processo de aplicação às relações privadas. Aliás, a ordem jurídica brasileira confere às medidas de proteção ao trabalho da mulher a natureza de ordem pública, pois assim dispõe o art. 377 da CLT: “A adoção de medidas de proteção ao trabalho das mulheres é considerada de ordem pública...”

O caráter de axioma do princípio da igualdade garante-lhe projeção sobre a conformação legislativa, bem como sobre a correspondente aplicação conforme a constituição<sup>256</sup>.

Muito provavelmente com essa orientação, ou melhor, com o intuito de ampliar as oportunidades de emprego e profissão da mulher, a Lei n. 7.855/89 tornou sem validade os dispositivos que permitiam a interferência marital ou paterna no contrato de emprego da mulher adulta (art. 446 da CLT), bem como revogou parte do capítulo que tratava da proteção do trabalho da mulher, como os arts. 374, 375, 378, 379, 380 e 387, que exigiam atestados médicos especiais da mulher e lhe restringiam a prestação de trabalho no turno da noite, em subterrâneos, nas minerações de subsolo, nas pedreiras e obras de construção, assim como nas atividades perigosas e insalubres.

Posteriormente, as restrições ao trabalho extraordinário da mulher contidas no art. 376 da CLT foram abolidas pela Lei 10.244/01. O mencionado preceito dispunha que “somente em casos excepcionais, por motivo de força maior, poderá a duração do trabalho diurno

---

<sup>256</sup> Nesse sentido, DRAY, Guilherme Machado. *Autonomia privada e igualdade...* cit. p. 59.

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 por cento) superior ao da hora normal”.

Para Alice Monteiro de Barros, a proibição do trabalho extraordinário da mulher, cujo fundamento era a ordem familiar, atentava contra o princípio da igualdade, pois não mais se coadunava com a realidade social, sendo que as mulheres trabalhavam costumeiramente em horário prorrogado, não passando, a regra, de uma falsa proteção<sup>257</sup>.

Para além da remoção das restrições do trabalho feminino que não favoreciam, a proteção da mulher no mercado de trabalho se inicia, por meio de políticas afirmativas, ainda na homogeneização da estrutura ocupacional e se aplica aos contratos individuais de trabalho por completo, compreendendo todas as fases, desde a formação do contrato, inclusive a fase pré-contratual, sua execução, até a cessação da relação laboral.

Tal consequência demonstra a natureza do direito protegido, de ordem pública, e reforça a responsabilidade do empregador pelos riscos do empreendimento econômico e de sua função com a sociedade e com o Estado, no sentido de dividir a obrigação de proteger a saúde, a integridade e a maternidade da mulher trabalhadora.

### **2.3.1. Formação profissional**

A inserção da mulher no mercado de trabalho está prevista no art. 7º, XX, da Constituição Federal, ao dispor sobre a “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”.

A conformação infraconstitucional é feita pelos artigos. 373-A, parágrafo único, 390-B, 390-C e 390-E da CLT, com redação dada pela Lei 9.799/99, que estabelecem o seguinte:

Art. 373-A. Parágrafo único. O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher.

Art. 390-B. As vagas dos cursos de formação de mão-de-obra, ministrados por instituições governamentais, pelos próprios empregadores ou por qualquer órgão de ensino profissionalizante, serão oferecidas aos empregados de ambos os sexos.

Art. 390-C. As empresas com mais de cem empregados, de ambos os sexos, deverão manter programas especiais de incentivos e aperfeiçoamento profissional da mão-de-obra.

---

<sup>257</sup> BARROS, Alice Monteiro de. O trabalho da mulher: revisão de conceitos. In: PENIDO, Laís de Oliveira (coord.). *A igualdade dos gêneros nas relações de trabalho*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006, p. 51-81, p. 54.

Art. 390-E. A pessoa jurídica poderá associar-se a entidade de formação profissional, sociedades civis, sociedades cooperativas, órgãos e entidades públicas ou entidades sindicais, bem como firmar convênios para o desenvolvimento de ações conjuntas, visando à execução de projetos relativos ao incentivo ao trabalho da mulher.

O Ministério do Trabalho e Emprego, desde 2006, desenvolve um plano interno de “Promoção de Igualdade de Oportunidades e de Combate à Discriminação no Trabalho”, tendo por objetivo desenvolver ações transversais e articuladas de promoção da igualdade de oportunidades e combate a todas as formas de discriminação no mundo do trabalho em todas as secretarias e programas, bem como realizar formação, estudos e publicações sobre igualdade de oportunidades, tratamento e combate a todas as formas de discriminação<sup>258</sup>.

Essas ações devem incentivar a formação técnica e científica da mulher, de forma permanente, destinando-lhes vagas em cursos ou setores que lhe permitem ampliar e atualizar os conhecimentos imprescindíveis para a ascensão aos cargos superiores, além de esclarecer as mulheres a respeito das possibilidades que essa formação lhes oportuniza no mercado de trabalho. Segundo Alice Monteiro de Barros, a principal razão da pouca mão de obra feminina em cargos dessa área deve-se ao seu histórico papel secundário no mercado de trabalho, que se traduz na falta de acumulação de “capital humano”<sup>259</sup>.

As discriminações positivas devem ser desenvolvidas para facilitar o acesso das mulheres no mercado de trabalho, inclusive, aos cargos de chefia.

### 2.3.2. Fase pré-contratual

A Lei 9.029/1995 protege os trabalhadores de discriminação ou tratamento desigual, em face de outra pessoa ou grupo de pessoas, ao proibir a prática de qualquer ato discriminatório e restritivo, para fins de acesso ao emprego e sua manutenção ao trabalho, em razão do sexo e outros fatores injustos de discriminação (art. 1º)<sup>260</sup>. Referido diploma legal confirma o princípio da igualdade real entre os trabalhadores, em especial, daqueles que

<sup>258</sup> Disponível em: < [http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812B7750C1012B82B11CDF5AC9/Plano Interno.pdf](http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812B7750C1012B82B11CDF5AC9/Plano%20Interno.pdf) > Acesso em: 03.09.2015.

<sup>259</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *O trabalho da mulher... cit.*, p. 77.

<sup>260</sup> Art. 1º. “Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal”.

pretendem um contrato de emprego ou sua manutenção. Garante a igualdade entre homens e mulheres para a admissão e conservação no emprego, bem como na cessação do contrato<sup>261</sup>.

A proteção na fase pré-contratual abrange tanto o momento do anúncio da vaga quanto a fase de aceitação ou escolha do trabalhador, como se depreende dos incisos I e II do art. 373-A da CLT, com redação dada pela Lei 9.799/99, *verbis*:

Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:

I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir;

II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível;

Assim, na hipótese prevista no inciso I acima transcrito, será discriminatório, por exemplo, o anúncio para vaga de auxiliar de sistema de informática, cujo empregador é um hospital, com predileção para o sexo masculino. Não há justificativa para a criação da desvantagem em relação à mulher, pois as funções podem ser desenvolvidas por qualquer dos sexos que tenham o conhecimento técnico exigido. Nesse caso, o tratamento é desigual e compromete o exercício de direitos em igualdade de condições, violando o princípio isonômico.

As discriminações operadas nesse particular vêm sendo coibidas em todo o país pela atuação do Ministério Público do Trabalho que procura firmar Termo de Ajuste de Conduta com o anunciante, possível empregador, cominando multa por descumprimento e indenização por danos morais coletivos<sup>262</sup>.

<sup>261</sup> A Lei 9.029/95 é orientada pela Convenção 111 da OIT. Mencionada norma de direito internacional do trabalho considerou o conteúdo da Declaração de Filadélfia “que afirma que todo o ser humano, seja qual for a raça, credo ou sexo, tem direito ao progresso material e desenvolvimento espiritual em liberdade e dignidade, em segurança econômica e com oportunidades iguais. E levou em consideração, ainda, o fato de ser a discriminação uma violência aos direitos enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem. A Convenção declarou o que entendia por discriminação, conceito que vem sendo acolhido nas legislações dos países democráticos”. De acordo com o art. 1º da Convenção, “a discriminação deveria ser entendida como toda distinção, exclusão ou preferência baseada em raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que objetive destruir ou modificar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou de profissão. E acrescentou que, para os fins de sua aplicação, ‘emprego’ e ‘profissão’ incluem acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, bem como às condições de emprego. E, logicamente, permitiu que pudessem ser feitas distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego, não as reputando como práticas discriminatórias”. Conforme ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. *O trabalho da mulher... cit.*, p. 59, nota 14.

<sup>262</sup> Conforme notícia no Portal Nacional de Direito do Trabalho de TAC firmado por clínica dentária coibindo anúncio discriminatório. Disponível em: < <http://www.pelegrino.com.br/noticias/ver/2010/07/23/tac-firmado-por-clinica-dentaria-coibe-anuncio-discriminatorio> > Acesso em: 27.08.2015.

Além disso, é de se registrar que a responsabilidade civil da imprensa por anúncios com tal potencial ofensivo ao princípio da igualdade é admitida tanto pela doutrina<sup>263</sup> como pela jurisprudência brasileira<sup>264</sup>.

A celeuma, inicialmente, reside na interpretação quanto ao alcance dos verbos “publicar” ou “fazer publicar” contidos na norma. A consideração é que o preceito distingue as condutas do anunciante – que faz publicar – e da empresa jornalística – que publica –, vedando a veiculação de conteúdo discriminatório por ambos. Isto é, decorre da regra na qual, havendo mais de um responsável pelo dano, a reparação poderá ser exigida dos dois (CC, art. 942). Nesse sentido, também, a jurisprudência consubstanciada na Súmula 221 do STJ que reza: “São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação”<sup>265</sup>.

De outra banda, é firme o entendimento de que a responsabilização da empresa jornalística não caracteriza nenhuma censura. O livre exercício da atividade não deve extrapolar seus fins sociais. Obviamente esses limites são excedidos quando um jornal permite a publicação de anúncios comerciais cujo conteúdo viola a lei e os direitos humanos.

Igualmente, tal raciocínio não viola a liberdade de expressão, consagrada no art. 5º, IX, da Constituição Federal. Primeiro, porque não se trata de direito absoluto, mas sim de um princípio passível de ponderação<sup>266</sup>. Segundo, porque a hipótese sequer permite ao judiciário

---

<sup>263</sup> Nesse sentido, MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Anúncios de empregos: discriminação e responsabilidade*. Disponível em: < <http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/125422/Rev24Art13.pdf/ad0dd360-918f-430b-abbd-e4feffa8eea> > Acesso em: 26.08.2015.

<sup>264</sup> TRT/2ª Região. Processo n. 0018200-11.2007.5.02.008 (RO). Data da publicação: 09.01.2015. Relator: Des. Ricardo Artur Costa e Trigueiros. Disponível em: < [www.trt2.jus.br](http://www.trt2.jus.br) > Acesso em: 27.08.2015.

<sup>265</sup> Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=false&t=JURIDICO&l=10&i=321> > Acesso em: 28.08.15.

<sup>266</sup> No tocante ao controle de constitucionalidade dos direitos fundamentais, há que partir da premissa de que eles detêm uma supremacia jurídica, que vinculam todos os poderes do Estado e que figuram na Constituição, justamente para enfatizar essas especialidades – são equiparados a “trunfos” – mas que, apesar disso, não são absolutos, podem ser afetados por uma reserva de ponderação. Três principais teorias tentam explicar como restringir um direito fundamental sem a mácula de inconstitucionalidade.

1ª proposta – teoria dos direitos fundamentais como princípios – Alexy. O princípio chave desta teoria é a ponderação. O que caracteriza o princípio é que a Constituição estabelece os direitos e a *prima facie* estes devem ser exercidos o máximo possível. Devem encontrar uma realização máxima, otimizada, expansiva. Para ela o direito subjetivo é mais que um dever do Estado. Quando em dúvida, coloca-se em favor do sujeito no sentido de expandir o direito. A lógica é a realização máxima. Em princípio, tudo está no contido no direito. Assim, o exercício da liberdade de religião, a partida, contém o sacrifício de outrem. Ocorre que os direitos fundamentais não são definitivos e havendo choque, conflito com outros direitos fundamentais a solução é obtida através da ponderação. Essa lógica tem transparência máxima, pois se coloca na balança tudo o que se pode ponderar em favor de um ou de outro direito fundamental. Não há necessidade de, num primeiro momento, fazer interpretação se está ou não contido no direito, pois a primeira vista tudo está. É nessa premissa que se localiza a desvantagem dessa teoria, pois, inicialmente, tudo será direito fundamental / constitucional. Para a teoria dos direitos fundamentais como princípios a ponderação é correta quando há a realização máxima para todos os direitos em

realizar a ponderação entre os valores constitucionais envolvidos. Tal avaliação já foi realizada pelo legislador quando dispôs ser vedado “publicar ou fazer publicar”. Ademais, referida interpretação é a que melhor se coaduna com os princípios que regem a Constituição, em especial o da igualdade e o da dignidade da pessoa humana.

A hipótese prevista no inciso II refere-se propriamente à escolha do trabalhador. Nesse aspecto, a ideia de arbítrio não pode ser considerada como imperativo de racionalidade ou de

conflito. O que, todavia, não se confunde com a teoria da proporcionalidade. Esta envolve o princípio da adequação; princípio da necessidade; e princípio da ponderação (proporcionalidade).

2ª proposta – teoria interna. Para a teoria interna, quando uma norma constitucional reconhece um direito como fundamental não pode haver norma ordinária contrária. Não se admite limite que vem de fora da Constituição, excepcionalmente, dos direitos imanentes, ou seja, os direitos fundamentais encontram limites no direito das outras pessoas. O papel do legislador ordinário é dizer os direitos – revelar apenas os limites – que estão na Constituição. A justiça constitucional, nesta hipótese, encontra razão no fato de que nenhuma norma ordinária pode afetar os direitos constitucionais. Quando há conflitos a questão se resolve pela interpretação. Se estiver contido não pode ser afetado. Se não tiver contido não há problema jurídico. Para isso é necessário estreitar o máximo no sentido de estar contido, o que realmente é da essência. Protege apenas um núcleo. Nesse particular, por exemplo, a presença de manifestantes em cima da Ponte 25 de abril em Lisboa não é necessária para o exercício do direito fundamental de livre manifestação. Para a teoria interna a ponderação não é aceitável pelo seu subjetivismo. Um dos defeitos desta teoria é que o legislador não tem limites. E a principal desvantagem é quando o direito revelado atinge o direito de outrem. A justiça constitucional só se manifesta para dizer se o legislador violou a Constituição ao restringir. Os fundamentos da solução do conflito são ocultados, pois se não está contido não há problema de direitos fundamentais. Dessa forma, no caso de mudança do prazo de pré-aviso de oito para vinte dias para o exercício de greve, o Tribunal Constitucional analisará se continua observado o núcleo do direito fundamental (fazer greve) e declarará constitucional a mudança do prazo, pois não é restritiva daquele direito. Essa teoria é adorada por governos autoritários.

3ª proposta – teoria externa. Surgiu na Alemanha, durante a guerra, quando o legislador não observava os direitos constitucionais e não tinha justiça para limitar (entendimento consentâneo com a teoria interna). Assim também era na Itália. Mas o grande propulsor foi a existência, na Alemanha, do “recurso de amparo” que permitia ao cidadão lesado pelo Estado em seus direitos fundamentais se socorrer no judiciário. Por isso a imensa influência da jurisprudência germânica. Para a teoria externa (que não aquela invocada por Alexy para reescrever a história), muito mais importante do que chegar a uma conclusão lógica era controlar o legislador (defeito da teoria interna). É ver se o que o legislador faz é constitucional ou não. Para tanto foi criada a chamada “cláusula de reserva da lei”, ou seja, só pode legislar em matéria constitucional quando o legislador constituinte assim autorizar. Nesta, os limites vêm de fora, mas a própria Constituição permite. Sucede que as Constituições dispõem direitos sem limites, apesar deles precisarem. A solução é considerar possível a restrição quando expressamente autorizada pela Carta Maior ou quando em conflito com outros direitos fundamentais – autorização implícita. Essa teoria resolve os conflitos, inicialmente, verificando se há direito fundamental; depois, se a restrição é legítima ou não, ou seja, se esta afetação respeita ou não os direitos constitucionais (limites aos limites), se aplicando o princípio da proporcionalidade. Os limites não podem atingir a essência do direito. Também observa a ideia de hierarquia de bens (dois princípios em choque, em dúvida a liberdade prevalece) e da máxima concordância. A teoria externa desconfia da ponderação. Funciona por subsunção. Tenta criar objetivamente critérios e evita o subjetivismo e o decisionismo.

Por fim, apenas para argumentar, já que não se pretende avançar nessa questão, cumpre registrar a opinião de Jorge Reis Novais, de que é possível um bem que não possua *status* constitucional prevalecer sobre o interesse jusfundamental, pois o que define a superioridade de um ou de outro é a força da justificação e não sua forma. Mas, evidentemente, não é qualquer interesse que está autorizado a restringir um direito fundamental. O que se propõe é que a preferência de um ou outro direito seja decidida com base na sua força e na natureza dos interesses em conflito, e não pelas respectivas classificações formais, fundadas em preconceções. Feita essa observação, o que releva é que a restrição tem que se ajustar a ideia de direitos fundamentais como trunfos, o que, de cara, afasta as justificações absolutamente inadmissíveis, mas, sobretudo, tem que apresentar, independentemente de consagração constitucional, qualidades importantes e capazes de vencer o vigor do direito fundamental que se pretende afetar. *In: Direitos fundamentais e justiça constitucional... cit.*, p. 114-119.

existência de razão importante para a contratação de uma pessoa e detrimento de outra. Essa hipótese revelaria total inversão da liberdade de gestão empresarial. A igualdade deve tão somente operar como uma proposição essencialmente proibitiva, por meio da qual se condena determinadas formas de tratamento prejudicial, dela não se podendo depreender uma intenção de racionalidade e de fundamentação. O postulado de igualdade no âmbito dos contratos individuais de trabalho deve apenas proibir discriminações ilegítimas e juridicamente inadmissíveis, de forma clara e dinâmica, respeitando os elementos matérias fornecidos pelo caso em concreto e alternando a intensidade em razão do maior ou menor grau de desigualdade negocial<sup>267</sup>.

A discriminação na formação do contrato individual de trabalho decorrerá de práticas diferenciadoras que identifiquem um tratamento diminuído ou desvantajoso praticado pelo empregador em razão de certas características do candidato ao emprego. Será insubsistente a prática distintiva fundada apenas na verificação de determinada característica de um sujeito ou comum a um grupo de indivíduos, como o sexo, por exemplo.

O que está em causa é um juízo de censura em relação a certas razões de tratamento diferenciado. Não é a distinção em si que está em jogo, mas a falta de razoabilidade de sua motivação, além da impossibilidade da adoção de práticas diferenciadoras baseadas em características inerentes a determinados grupos de indivíduos. O gênero sexual não é considerado em si motivo lícito de práticas distintivas, pelo que qualquer diferença de tratamento com esse supedâneo é considerada inadmissível.

Se a concepção de discriminação decorre do próprio sistema de valores da Constituição, que exalta a dignidade da pessoa humana a princípio fundamental, ela também se concretiza na própria essência das razões consideradas para as distinções operadas<sup>268</sup>. Em outras palavras, se não é reclamada uma fundamentação racional importante e objetivamente justificável pela opção por um determinado trabalhador, não se pode admitir, a contrário senso, que a não opção ou não preferência seja realizada com base em fatores que por si não retratam a individualidade de cada candidato, enquanto potencial empregado, e que não tenham um mínimo de relação ou afinidade com a natureza da atividade laboral em questão.

Na verdade, não é somente a garantia da dignidade da pessoa humana que se procura garantir, mas a própria falta de relevância da diferença de sexo como fator passível de justificar diferenças de tratamento.

---

<sup>267</sup> DRAY, Guilherme Machado. *Autonomia privada e igualdade... cit.* p. 59.

<sup>268</sup> Cf. DRAY, Guilherme Machado. *Autonomia privada e igualdade... cit.* p. 60, que, aliás, orienta toda essa linha de raciocínio.

Para Guilherme Machado Dray a noção de discriminação que se deve utilizar no âmbito de formação do contrato individual de trabalho impõe a observância de três fatores que atuarão em forma de recíproca interdependência: um fator objetivo, caracterizado pela ocorrência de uma prática diferenciadora que traduza um privilégio ou desvantagem em relação a qualquer direito fundado em critério distintivo rejeitado pela ordem jurídico como o sexo, a raça, dentre outros; um fator subjetivo, que demonstre o tratamento desigual com o propósito de comprometer o exercício de direitos em condições de igualdade; e o fator causal, decorrente da violação do princípio da igualdade em razão da discriminação operada<sup>269</sup>.

É essencial na aplicação do princípio da igualdade, em sede de formação das relações laborais, no domínio privado, uma compatibilização com a liberdade negocial e autonomia privada. Assim, não se caracterizam discriminações inadmissíveis as situações nas quais a distinção é feita senão, finalisticamente, com o objetivo de obstruir o reconhecimento ou o exercício de direitos por parte do indivíduo excluído. Dessa forma, poderá ser admitida a distinção de gênero baseada na natureza do contrato de trabalho que se pretende constituir e nas respectivas atividades a ser desenvolvidas.

Efetivamente não devem ser consideradas práticas discriminatórias as distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações, estados ou características exigidas para um determinado emprego. A própria CLT, com redação dada pela Lei 9.799/99, admite tais diferenciações na parte final dos incisos I e II do art. 373-A supratranscrito.

Dessa forma, é possível que em razão da dureza das condições de trabalho e do esforço físico que envolve as atividades numa indústria de carvão que este empregador ao anunciar vaga de emprego, explicita a preferência pelos trabalhadores do sexo masculino, sem que haja, conseqüentemente, violação da igualdade, já que a distinção decorre da própria natureza da atividade. Existem várias atividades com essas características, como, por exemplo, o trabalho em minas, siderúrgicas e forças policiais especiais. O mesmo poderia ocorrer em relação às atividades que exigem infraestruturas sanitárias diferenciadas para utilização de trabalhadores de sexos diferentes. Seria admissível, dessa forma, que um armador de pesca de longa duração que apenas dispõe de uma única instalação sanitária prefira um trabalhador do sexo masculino em detrimento de uma trabalhadora mulher, quando todo o resto da tripulação é composta por homens, ou vice-versa. Além de não se verificar

---

<sup>269</sup> DRAY, Guilherme Machado. *Autonomia privada e igualdade...* cit. p. 60. No tocante ao elemento subjetivo, o autor ressalta que a preservação da autonomia privada requer uma análise bastante exigente no seu apuramento, de maneira que somente quando se trate de “discriminar por discriminar”, sem qualquer motivação ulterior, que a prática será considerada discriminatória. Nota 49, p. 61.

uma discriminação injusta ou arbitrária e com o propósito de prejudicar o exercício de direitos para um gênero de trabalhadores, há que considerar que a contratação de um trabalhador com sexo diferente do restante dos tripulantes demandaria investimento em outras infraestruturas que o empregador pode não ter interesse ou disponibilidade em dispender<sup>270</sup>.

A mesma possibilidade existe na escolha dos trabalhadores que preencherão as vagas. Suponha-se que o anúncio de emprego não informa a preferência pelo sexo e a vaga é para atividade de extração de minério. É perfeitamente admissível a opção pelo trabalhador do sexo masculino em detrimento da candidata mulher, pois o exercício da atividade está condicionado ao preenchimento de certas características físicas inerentes ao sexo masculino.

Ainda nesse cenário, para além da questão de gênero em si, surge a problemática da gravidez, isto é, os riscos que certas atividades acarretam para a função genética da mulher. É certo que a aplicação de disposições relativas à proteção da gravidez não pode servir de fundamento ou ter como resultado um tratamento desigual no tocante ao acesso ao emprego da mulher grávida. Todavia, há atividades, como é caso dos serviços de radiologia, cujo exercício é notoriamente incompatível com o período gestacional, tanto para a mãe quanto para o nascituro. Nesse caso, não é discriminatória a exigência de exame negativo de gravidez.

Em todas essas situações, não exaustivas, não se afigura discriminação inadmissível, pois ainda que a distinção esteja baseada em características específicas de um ou de outro gênero, não é feita com o propósito de negar ou comprometer o reconhecimento ou exercício de direitos em condições iguais. O que está em questão é a adaptação, aptidão do trabalhador à natureza da atividade a desempenhar. A motivação para a exclusão não é arbitrária e objetiva discriminar por discriminar.

Por fim, há que mencionar, também, como possíveis distinções admissíveis as efetuadas com base em convicções sociais, isto é, as atividades que usualmente são desempenhadas por certo tipo de trabalhador, geralmente diferenciadas em função do sexo. Como exemplo de trabalho socialmente considerado tipicamente feminino a costureira, secretária, manicure, doméstica e como profissão masculina, pedreiro, gari, motorista, pintor, dentre tantas outras.

Não quer isso dizer a impossibilidade de se contratar uma mulher para desempenhar a função de pedreiro, ou de um homem para trabalhar em funções domésticas. Em absoluto. Apenas que a preferência de um trabalhador, em função do sexo, para certas atividades com

---

<sup>270</sup> A hipótese é ventilada por DRAY, Guilherme Machado. *Autonomia privada e igualdade...* cit. p. 65.

convicções arraigadas pela sociedade não deve ser considerada automaticamente, sem maiores inquirições, uma discriminação juridicamente inadmissível. Ao escolher um trabalhador em detrimento do outro em razão do gênero, o empregador pode não estar agindo no sentido de prejudicar alguém, mas tão somente exercitando uma opção jurídica disponível no âmbito de sua autonomia privada e da liberdade negocial e que se apresenta legitimada quando confrontada com a consciência social existente.

Em outras palavras, ao se admitir a liberdade de contratação, permite-se, obviamente, a opção de o empregador se afastar de qualquer eventual clichê social porventura existente, admitindo um trabalhador cujo sexo tradicionalmente não desempenha as atividades daquele posto de trabalho. É o caso, por exemplo, das mulheres que desempenham a função de gari nas ruas de Belo Horizonte – MG<sup>271</sup>. O que não se advoga, apenas, é que a escolha de um trabalhador de determinado sexo orientada em função da natureza da atividade, com base em convicções arraigadas na sociedade, ainda que ultrapassadas, seja reputada, de imediato, discriminatória e inadmissível. É necessário sempre verificar se existe o objetivo de prejudicar o exercício de algum direito por parte do trabalhador não escolhido. A questão deve ser analisada casuisticamente, por meio de um juízo de razoabilidade e em atenção à finalidade das atuações dos trabalhadores envolvidos<sup>272</sup>.

### 2.3.3. Execução do contrato

O princípio da igualdade também atua nos contratos individuais de trabalho já constituídos.

No âmbito da execução da relação laboral, o princípio da igualdade incide em quatro planos<sup>273</sup>: a) como limitador do exercício do poder empregatício<sup>274</sup> impedindo arbitrariedades e tratamentos distintos; b) na conciliação das condições laborais ao impor restrições à duração do trabalho (intervalos intrajornada e trabalho em dias de repouso) e ao desempenho de atividades que demandem força muscular, bem como na adoção de critérios justos de

---

<sup>271</sup> Notícia veiculada no Fantástico de 30.08.2015. Disponível em: < <http://g1.globo.com/fantastico/index.html> > Acesso em: 31.08.2015.

<sup>272</sup> Nesse sentido, DRAY, Guilherme Machado. *Autonomia privada e igualdade... cit.* p. 62-3.

<sup>273</sup> Cf. DRAY, Guilherme Machado. *Autonomia privada e igualdade... cit.* p. 93.

<sup>274</sup> Apesar de a doutrina não utilizar a expressão “poder empregatício” comumente, ela é adotada por DELGADO, Maurício Goldinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 10ª ed., São Paulo: LTr, 2011, p. 616, e designa o conjunto de prerrogativas com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e ao poder disciplinar concentrado na figura do empregador.

progressão funcional, exercício de funções e isonomia salarial; c) em sede de dissolução do contrato; e d) de proteção à maternidade.

### **2.3.3.1. Limitação do poder empregatício**

Um dos efeitos mais importantes decorrente do contrato individual do trabalho é o poder empregatício, que nas suas diversas dimensões – diretiva, fiscalização, disciplinar e regulamentação – concentram várias prerrogativas, em regra, em favor do empregador.

A ocorrência do poder, em suas diversas áreas e projeções, se constitui um dos fenômenos mais relevantes na experiência humana. Em qualquer relação minimamente não-eventual entre dois ou mais sujeitos ele aparece com elemento nuclear.

No âmbito da relação individual de trabalho o poder empregatício impõe, na esfera jurídica do trabalhador, um estado de subordinação e um dever de obediência. Evidentemente que esse poder empregatício não é absoluto. Ele pode e deve ser delimitado.

O fundamental dessa delimitação está no próprio contrato individual do trabalho e na sua regulamentação, legal ou convencional – coletiva ou individual. O princípio da igualdade exige do empregador, de um lado, tratamento isonômico a todos os trabalhadores, quer na interpretação e integração dos contratos, quer na aplicação das leis, instrumentos normativos e regulamentos internos. De outro lado, essa noção de tratamento igualitário, proíbe a criação de regulamentos internos que criem distinções injustificáveis, atentatórias do princípio da igualdade. Em outras palavras, na dimensão regulamentar, que não deixa de ser uma manifestação do poder diretivo, o princípio da igualdade impõe que o regulamento empresarial contenha regras gerais, designadamente lícitas, abstratas, impessoais e de cumprimento obrigatório no contexto empregatício. Isso porque, apesar desses diplomas serem tratados como cláusulas contratuais de aplicação restrita, têm as qualidades inerentes às normas jurídicas.

Nesse sentido, o parágrafo único do art. 391 da CLT dispõe que: “não serão permitidos em regulamentos de qualquer natureza contratos coletivos ou individuais de trabalho, restrições ao direito da mulher ao seu emprego, por motivo de casamento ou de gravidez”.

Os incisos I, II, III, IV e V do art. 373-A da CLT, com redação dada pela Lei 9.799/99 reforçam a proibição de distinção em função do sexo, do estado familiar da mulher ou da sua condição de gestante.

O mesmo ocorre na dimensão de fiscalização. Isto é, o poder de controle do empregador, de vigilância sobre a atuação, seja da organização do trabalho estabelecida, seja

das funções confiadas a cada trabalhador, se submete aos ditames superiores do princípio da igualdade.

A própria Constituição Federal rejeitou práticas fiscalizatórias e de controle de prestação de serviços que acometem à liberdade e dignidade, pois tem como fundamento, além dos valores sociais do trabalho, a própria dignidade da pessoa humana, e como objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de qualquer espécie. Além disso, o art. 5º, X, da Constituição assegura o direito à intimidade. Dessa forma, não é o fato de um trabalhador estar juridicamente subordinado ao empregador ou deste deter o poder empregatício que se descuidará da tutela à intimidade no ambiente de trabalho.

A Lei 9.029/95, no art. 2º, considera crime a exigência de “teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez”, bem como a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem: “indução ou instigamento à esterilização genética” ou “promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizado através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS)”.

Algumas disposições da mencionada lei foram transplantadas para a CLT, por meio da Lei 9.799/99, como se infere do art. 373-A, IV, que proíbe o empregador de “exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego”. A mesma lei insculpiu preceito proibitivo expresso de revista íntima em empregadas (art. 373-A, VI).

Em outros termos, não se admite a ingerência da esfera íntima da pessoa do trabalhador, sob pena de violação do princípio da dignidade da pessoa humana.

A consequência para o empregador que realizar revista íntima é o pagamento de indenização por dano moral<sup>275</sup>, sem prejuízo de rescisão indireta do contrato de trabalho<sup>276</sup>. É de salientar, por oportuno, que a doutrina e a jurisprudência distinguem revista íntima de

---

<sup>275</sup> “INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. REVISTAS ÍNTIMAS. No âmbito da relação de emprego, há dano moral praticado pelo empregador quando se tratar de ação dolosa ou culposa deste e que atente contra a honra, a intimidade, a vida privada ou a imagem do trabalhador (CF, art. 5º, V e X). Caso em que o procedimento de revista às empregadas envolvia a necessidade de levantar a blusa e a bainha das calças, expondo-as à situação vexatória e humilhante, em clara ofensa à sua intimidade, vida privada e imagem, extrapolando o poder diretivo do empregador e a previsão do art. 373-A, VI, da CLT. Recurso ordinário da reclamada desprovido”. (TRT/4ª Região. Processo n. 0020528-98.2014.5.04.0011 (RO), Relator: Des. Wilson Carvalho Dias. Data do Julgamento: 27.08.2015. 7ª Turma. Disponível em < [www.trt4.jus.br](http://www.trt4.jus.br) > Acesso em 02.09.2015.

<sup>276</sup> A rescisão indireta do contrato de trabalho no ordenamento jurídico brasileiro significa a resolução contratual por ato culposo do empregador e está prevista no art. 483 da CLT.

revista pessoal. Alice Monteiro de Barros leciona que revista íntima consiste na imposição para se “despir ou qualquer ato de molestamento físico que exponha o corpo”<sup>277</sup>. Sérgio Pinto Martins, em comentário do artigo 373-A, VI, da CLT, explica que a revista íntima se caracteriza quando o empregado tem que se despir ou mostrar partes íntimas do corpo<sup>278</sup>. A revista íntima exige, para sua configuração, procedimento invasivo e agressivo ao trabalhador, com contato físico ou visual com o corpo do empregado. De outra parte, a revista pessoal é aquela realizada nos pertences dos empregados, sem que haja qualquer contato físico com os mesmos e/ou seus pertences. Nesse contexto, não há cogitar em dano moral quando a revista consistir na inspeção de bolsas, sacolas e outros objetos do empregado, e for realizada de maneira generalizada e sem a adoção de qualquer procedimento que denote abuso do direito do empregador de zelar pelo próprio patrimônio, porquanto não resulta violação à intimidade, à vida privada, à honra ou à imagem do trabalhador<sup>279</sup>.

### 2.3.3.2. Condições de trabalho

O princípio da igualdade também opera nas condições de trabalho da mulher, sobretudo, impondo limites à duração do trabalho, precipuamente na questão dos intervalos intrajornada e da escala de revezamento a cada quinze dias para que o repouso semanal coincida com o domingo, e ao exercício de funções que exijam emprego de força muscular, bem como na ascensão profissional e na contraprestação salarial pelos serviços prestados.

<sup>277</sup> BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p.1061.

<sup>278</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 22ª ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 583.

<sup>279</sup> Nesse sentido os seguintes arestos jurisprudenciais:

“(...) 2. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REVISTA ÍNTIMA. AUSÊNCIA DE CONTATO FÍSICO. Consoante a jurisprudência desta Corte Superior, a revista visual nos pertences do empregado, como bolsas e mochilas, quando realizada de forma não discriminatória e sem contato físico, por si só, não ofende a intimidade da pessoa do trabalhador, por se tratar de razoável exercício regular do direito do empregador, inerente ao seu poder de direção e fiscalização. Assim, ausente o ato ilícito, o reclamante não faz jus à indenização por dano moral”. (TST, RR - 1311-05.2012.5.09.0010, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 19/11/2014, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/11/2014).

“RECURSO DE REVISTA. ADMISSIBILIDADE. REVISTA ÍNTIMA. PODER DE FISCALIZAÇÃO DO EMPREGADOR. PROCEDIMENTO REALIZADO SEM ABUSO DE DIREITO. INEXISTÊNCIA DE DANO MORAL. A revista efetuada em bolsas, sacolas ou mochilas dos empregados, de forma impessoal e indiscriminada, sem contato físico ou revista íntima não tem caráter ilícito e não resulta, por si só, em violação à intimidade, à dignidade e à honra do trabalhador”. (TST - RR - 817-37.2011.5.05.0027, Relator Ministro: Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 05/11/2014, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/11/2014). Ambos disponíveis em: < <http://www.tst.jus.br/consulta-unificada> > Acesso em: 02.09.2015.

### 2.3.3.2.1. Intervalos intrajornada e folga dominical

Mesmo após a Constituição de 1988, o art. 383 da CLT impõe tratamento diferenciado da mulher referente ao intervalo intrajornada ao dispor que “durante a jornada de trabalho, será concedido à empregada um período para refeição e repouso não inferior a 1 (uma) hora nem superior a 2 (duas) horas salvo a hipótese prevista no art. 71, § 3º”.

A primeira ilação possível é que o preceito celetista garante intervalo para refeição e repouso não inferior a uma hora nem superior a duas horas, qualquer que seja a extensão de sua jornada de trabalho, diferentemente dos homens que, em jornadas superiores a quatro horas e inferiores a seis horas, tem direito a 15 minutos de descanso (CLT, art. 71, §1º).

A esse respeito, Maurício Godinho Delgado, reputa ser discriminatória, redutora do mercado de trabalho e insensata a imposição à mulher de disponibilidade temporal mais dilatada, mesmo nos casos de jornadas inferiores a seis horas<sup>280</sup>.

A interpretação corrente, contudo, é no sentido de que o disposto no art. 383 da CLT equivale à do art. 71 e seus parágrafos, distinguindo-se em relação ao trabalho feminino, tão somente, pela exclusão da hipótese de prolongamento do limite máximo de duas horas.

Efetiva e diversamente, ao regular os períodos de descanso para o trabalhador em geral, o legislador adotou procedimento menos restritivo à ampliação do intervalo intrajornada que à sua redução. Nos termos do caput do artigo 71 da CLT, basta a formalização do acordo escrito individual ou contrato coletivo (norma coletiva) para ser válida a dilação do intervalo de duas horas.

A redução do intervalo intrajornada mínimo de uma hora, por seu turno, não é permitida senão por ato do Ministério do Trabalho, conforme preceitua o § 3º do art. 71 da CLT. Mesmo as convenções coletivas, em que pese seu reconhecimento e valorização previstos na ordem constitucional (art. 7º, XXVI), não são instrumentos válidos para reduzir o intervalo para refeição e descanso do trabalhador. Nesse sentido, a Súmula 437, II, do TST<sup>281</sup>.

Segundo a jurisprudência do TST, o comando do art. 383 da CLT é expresso em vedar a dilação do intervalo, 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

---

<sup>280</sup> DELGADO, Maurício Goldinho. *Curso de direito do trabalho... cit.*, p. 896-897.

<sup>281</sup> “II - É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva”. Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/jurisprudencia> > Acesso em: 04.09.2015.

diminuição do intervalo mínimo, desde que atendidas as exigências legais impostas por essa mesma disposição legal<sup>282</sup>.

Assim, o descumprimento do limite máximo legal destinado ao intervalo para refeição e descanso da mulher, de que trata o art. 383 da CLT, importa o 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.

Ainda no que tange aos intervalos que ocorrem dentro da jornada de trabalho, o art. 384 da CLT dispõe que: “em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso de quinze (15) minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário do trabalho”.

De um lado, o entendimento de que o preceito celetista conflita com o art. 5º, I, da CF, em que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, já que não há idêntico descanso para o homem. Além disso, a disposição soa discriminatória, pois o empregador, por conta dessa restrição, poderia preferir a contratação de homens, a de mulheres<sup>283</sup>. De outro lado, o posicionamento de que tal dispositivo legal foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, pela máxima do princípio da igualdade de tratar desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades, em atenção as diferenças fisiológicas da mulher.

O Plenário do STF, confirmando jurisprudência do TST<sup>284</sup>, firmou tese reconhecendo a constitucionalidade do descanso peculiar ao trabalho feminino, em vista das diferenças físicas entre homens e mulheres<sup>285</sup>.

---

<sup>282</sup> Para o TST, 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, mas, ao contrário, objetivou preservá-las da nocividade decorrente da concessão de intervalo excessivamente elástico, que gera um desgaste natural pelo excesso de tempo em que a trabalhadora fica vinculada ao local de trabalho, na medida em que ela necessita retornar à empresa para complementar sua jornada laboral. Considerou, para tanto, sua condição física, psíquica e até mesmo social, pois é de conhecimento 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. Nesse sentido E-RR - 5100-23.2002.5.12.0028. Data de Julgamento: 16/04/2009, Redator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT07/08/2009. Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/consulta-unificada> > Acesso em: 04.09.2015.

<sup>283</sup> Nesse sentido, MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho... cit.*, p. 577.

<sup>284</sup> TST - Processo: RR - 154000-83.2005.5.12.0046. Data de Julgamento: 22/04/2009, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/05/2009. Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/consulta-unificada> > Acesso em: 08.09.15.

<sup>285</sup> STF - RE 658312 RG / SC – Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Relator(a): Min. Dias Toffoli. Julgamento: 08/03/2012. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp> > Acesso em: 08.09.15. De ressaltar que, em setembro de 2015, por unanimidade, o próprio STF acolheu os embargos de declaração com efeitos modificativos para, em razão de vício de intimação dos advogados do embargante, anular o acórdão proferido pelo Tribunal Pleno no recurso extraordinário, determinando, ainda, sua inclusão em pauta para futuro julgamento, com a devida notificação e intimação das partes representadas que atuam no feito.

Demais disso, o art. 386 da CLT dispõe que, “havendo trabalho aos domingos, será organizada uma escala de revezamento quinzenal, que favoreça o repouso dominical”. Assim como o trabalhador do sexo masculino, a mulher tem direito ao repouso semanal remunerado de 24 horas, de preferência aos domingos, conforme preconizado pelo art. 7º, XV, da CF, salvo motivo de exigência técnica ou conveniência pública, quando poderá recair em outro dia. A diferença imposta pelo preceito legal em questão é que, a mulher que trabalhar aos domingos terá uma escala de revezamento quinzenal para que o descanso coincida com o domingo.

Em todos os casos, apesar do entendimento jurisprudencial, a questão permanece polêmica e será melhor examinada no próximo capítulo, quando será tratado do controle de constitucionalidade.

#### **2.3.3.2.2. Atividades que exigem força muscular**

No tocante à restrição do trabalho feminino em serviços que exijam força física, o art. 390 da CLT veda ao empregador utilizar 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”, enquanto que o art. 198 do mesmo diploma legal estabelece que o limite máximo que o homem pode remover é de sessenta quilos. Não está compreendida, entretanto, na referida determinação, “a remoção de material feita por impulsão ou tração de vagonetes sobre trilhos, de carros de mão ou quaisquer aparelhos mecânicos”, conforme disposição de seu parágrafo único.

O *discrîmen* levado a efeito pelo legislador ordinário decorre das naturais desigualdades existentes entre homens e mulheres. Estudos realizados no campo da fisiologia apontam que a composição muscular da mulher é menos desenvolvida do que a do homem, sendo que aos vinte anos a sua força muscular equivale, em média, a sessenta e cinco por cento da força masculina e, aos 55 anos de idade, diminui para cinquenta e quatro por cento<sup>286</sup>.

Em princípio, tal diferença para homens e mulheres não transborda dos limites traçados pelo princípio da razoabilidade, que também orienta a aplicação do princípio da isonomia. Contudo, há fortes críticas à vigência da referida distinção, conquanto outrora perseguiu objetivos desejáveis, atualmente pode acentuar a divisão sexista de certas

---

<sup>286</sup> Conforme BARROS, Alice Monteiro de. *O trabalho da mulher... cit.*, p. 56.

atividades, prejudicando as perspectivas de emprego das mulheres ou até mesmo a progressão funcional e salarial isonômica.

Para Alice Monteiro de Barros, a experiência mostra que a desigualdade atribuída às mulheres não decorre apenas da legislação proibitiva e do preconceito, mas do fato de que a contratação de mão de obra feminina, em regra, implica custos mais elevados para o empregador, notadamente os relacionados com a maternidade e atenção com os filhos. Assim, e como a discriminação é precipuamente cultural, a mudança de comportamento poderia também alterar a posição da mulher no âmbito laboral. Por isso, sugere abolir a restrição do art. 390 da CLT e submeter a apreciação de cada caso às situações e características pessoais da trabalhadora, ao tempo gasto na atividade, às condições do serviço, sempre em observância ao disposto no art. 483, *a*, da CLT, que autoriza a rescisão indireta do contrato de trabalho quando forem exigidos serviços superiores às forças da empregada. Corolário, a desvantagem da força física feminina não pode, atualmente, significar obstáculo intransponível para uma organização de trabalho eficiente e pelo uso de tecnologias capazes de alterar a dinâmica de atividades que demandam força muscular<sup>287</sup>.

Na verdade, o que é proposto, em atenção à realidade fática, é uma individualização, seja por meio de um ajuste direto entre os sujeitos da relação de emprego, seja mediante instrumentos normativos, das atividades consideradas pesadas, das quais estariam excluídos determinados trabalhadores, em virtude de suas características biofísicas.

Nada obstante, referidos limites de peso continuam representando importantes parâmetros para o estabelecimento de nexo causal ou de concausa de moléstias ocupacionais com vista à responsabilidade civil, resultando assente que, embora o art. 390 da CLT estabeleça o limite da força muscular para a mulher em 20 quilos para o trabalho contínuo, tal consiste apenas no limite máximo e não afasta a possibilidade de responsabilização do empregador pelos danos ocasionados com a exigência de esforço não condizente com a capacidade física da empregada.

#### **2.3.3.2.3. Ascensão profissional**

No que diz respeito à ascensão profissional, o art. 373-A, III, da CLT, com redação dada pela Lei 9.799/99, proíbe considerar o sexo como “variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional”.

---

<sup>287</sup> Conforme BARROS, Alice Monteiro de. *O trabalho da mulher... cit.*, p. 56.

A progressão funcional dos empregados, comumente chamada de promoções, pode ocorrer de forma voluntária ou obrigatória. No primeiro caso, decorre da iniciativa do empregador, que com a concordância do empregado, resulta em alteração qualitativa da obrigação de trabalhar. Na segunda hipótese, transcorre automaticamente em razão da previsão em instrumentos normativos ou regulamentação empresarial, dependendo apenas da implementação, por parte do empregado, dos requisitos formais que, geralmente, alternam critérios de antiguidade e merecimento.

O princípio da igualdade, nesse contexto, se revela essencial porque, de um lado, não permite que os critérios objetivos que provocam a promoção automática se mostrem, eles próprios, injustos e discriminatórios, corroborando, assim, a própria atuação do princípio em questão como limitador do poder de regulamentação do empregador. E, de outro lado, limita a discricionariedade e subjetivismo do empregador na escolha do empregado a ser promovido por sua iniciativa.

Ainda que apoiada na autonomia privada e na liberdade de gestão empresarial<sup>288</sup>, as promoções voluntárias devem alcançar os trabalhadores objetivamente mais qualificados, respeitando, de qualquer modo e pelo menos, o princípio da igualdade no seu viés de não discriminação. Isto é, não é admissível excluir qualquer trabalhador de uma promoção voluntária em razão do sexo<sup>289</sup>.

#### **2.3.3.2.4. “A trabalho igual, salário igual”**

O art. 7º, XXX, da CF, assegura aos trabalhadores a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, dentre outros fatores arbitrários.

O dispositivo constitucional além de albergar o conhecido princípio “a trabalho igual, salário igual”, que será tratado na sequência, objetiva evitar a divisão sexista do trabalho que, historicamente, imputa aos homens o trabalho produtivo, com apropriação das atividades com maior valor social agregado, e às mulheres o trabalho reprodutivo e toda a gama de afazeres

---

<sup>288</sup> Sobre o controle do poder discricionário do empregador o seguinte aresto de jurisprudência: “CORSAN. PROMOÇÕES. (...). Ainda, com relação às promoções por merecimento, considera-se que não é dado ao julgador analisar os critérios para a concessão de promoção por merecimento, uma vez que este exame depende da aferição de critérios subjetivos, os quais se incluem nos limites do poder discricionário do empregador”. TRT da 04ª Região, 8ª Turma, Processo 0001112-32.2013.5.04.0771 RO. Relator: Des. Juraci Galvão Júnior. Data do julgamento: 21/08/2014. Disponível em: < <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/jurisprudencia> > Acesso em: 09.09.15.

<sup>289</sup> Nesse sentido, DRAY, Guilherme Machado. *Autonomia privada e igualdade...* cit. p. 97.

domésticos, contribuindo, assim, para maior igualdade de oportunidades e, conseqüentemente, o acesso da mulher ao mercado de trabalho.

A questão não se limita às atividades que usualmente são desempenhadas por certo tipo de trabalhador, geralmente diferenciadas em função do sexo por convicções sociais, como é o caso da trabalhadora doméstica ou do pedreiro da construção civil. A proposição vai além, pois procura transformar as relações sociais que, ou tentam integrar as diferenças biológicas na formação da ideia de gênero, com imposição masculina, trazendo a força física ou a construção social de incompetência técnica das mulheres como parte de sua supremacia, ou negam a compleição para melhor questionar aqueles que naturalizam as diferenças sexuais.

O princípio da igualdade no exercício das funções tem a exegese de erradicar essa peculiar forma de divisão do trabalho baseada na noção de gênero, que o subjugua ao sexo biológico e restringe as práticas sociais a “papéis sociais”<sup>290</sup> sexuados que remetem ao destino natural da espécie.

O propósito do dispositivo constitucional é trazer ínsita a ideia de complementaridade entre os sexos, isto é, a noção de divisão entre homens e mulheres do trabalho doméstico e profissional e, dentro deste, a divisão entre tipos e modalidade de empregos que possibilitam a reprodução dos papéis sexuados. Em termos mais práticos, não pode o empregador, deixar de erigir uma trabalhadora do sexo feminino ao cargo de direção simplesmente por ser mulher.

Uma vez proibida a diferença de funções em razão do sexo, há que perscrutar acerca da isonomia salarial.

A conformação infraconstitucional do princípio da igualdade no âmbito da retribuição pelo trabalho prestado é feita, a princípio, pelo art. 5º da CLT, ao referir que “a todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo”.

O preceito não proíbe toda e qualquer diferença salarial no âmbito do contrato de trabalho para um mesmo empregador<sup>291</sup>. São admitidas distinções de remuneração em função

---

<sup>290</sup> Conforme HIRATA, Helena e KERGOAT, Danièle. *Novas configurações da divisão sexual do trabalho*. Tradução: Fátima Murad. Cadernos de Pesquisa, v. 37, n 132, p. 595-609, set. / dez. 2007, p. 599. Para as sociólogas francesas, a divisão sexual do trabalho tem dois princípios organizadores: “o princípio de separação (existem trabalhos de homens e trabalhos de mulheres) e o princípio hierárquico (um trabalho de homem ‘vale’ mais que um trabalho de mulher)”. E apesar dessa divisão estar arraigada na sociedade não significa que a forma de divisão do trabalho seja imutável. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/cp/v37n132/a0537132.pdf> > Acesso em: 09.09.15.

<sup>291</sup> A jurisprudência vem admitindo a equiparação salarial entre trabalhadores de empresas do mesmo grupo econômico, como se pode observar do seguinte aresto: “EQUIPARAÇÃO SALARIAL. GRUPO ECONÔMICO. É possível a equiparação salarial entre empregados de empresas diversas pertencentes ao mesmo grupo econômico, quando preenchidos os pressupostos do art. 461 da CLT, porquanto o grupo econômico enseja solidariedade ativa e passiva entre os seus integrantes, formando um empregador único”. (TRT/4ª Região. Processo 0001044-19.2013.5.04.0016 (RO). Rel. Des. Maria Helena Lisot. Data do Julgamento 21.05.15). Disponível em: < <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/jurisprudencia/> > Acesso em: 10.09.2015.

de certos fatores objetivamente determináveis como a antiguidade, experiência, qualidade e perfeição técnica do trabalho, habilitação profissional e produtividade.

O art. 461 do mesmo diploma legal regula os critérios pelos quais a equiparação salarial é observada pelo ordenamento jurídico, assim dispendo: “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”. E o seu §1º reza que: “Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço não for superior a 2 (dois) anos”.

A equiparação salarial só deve ser invocada se ambos os trabalhadores, independentemente do sexo, desempenharem os mesmos misteres ou atividades – identidade de funções em relação aos serviços prestados –, com igual responsabilidade na estrutura e funcionamento da empresa. Assim, importante não confundir cargo e função. Dois empregados podem ter o mesmo cargo, mas desempenham funções distintas. Exemplo, chefes de seção de um frigorífico de abate de aves: um trabalhador é chefe da seção de cortes especiais e comanda cerca de cinquenta subordinados; outro é chefe da seção de expedição e lidera aproximadamente 15 empregados. Embora ambos sejam chefes de seção, as funções efetivamente são diversas, assim como são diferentes as responsabilidades de cada um na estrutura da empresa. O inverso também é verdadeiro, isto é, executar as mesmas atividades sem que os respectivos cargos tenham a mesma denominação, autoriza a equiparação, pois o que releva é identidade de funções<sup>292</sup>.

De salientar a dificuldade prática de equiparação salarial de trabalho intelectual ou artístico pela impossibilidade de aferição objetiva do valor das prestações dos serviços, como é o caso de dois advogados de um escritório de advocacia, de dois apresentadores de uma emissora de televisão<sup>293</sup>.

Há que ressaltar, todavia, que vantagens salariais de caráter personalíssimo, como é o caso do adicional por tempo de serviço, não devem ser consideradas para efeito de criar o direito à isonomia salarial<sup>294</sup>.

---

<sup>292</sup> Nesse sentido, Súmula n. 06, III, do TST. “A equiparação salarial só é possível se o empregado e o paradigma exercerem a mesma função, desempenhando as mesmas tarefas, não importando se os cargos têm, ou não, a mesma denominação”.

<sup>293</sup> Nada obstante, o TST, na Súmula 06, VII, entende que: “Desde que atendidos os requisitos do art. 461 da CLT, é possível a equiparação salarial de trabalho intelectual, que pode ser avaliado por sua perfeição técnica, cuja aferição terá critérios objetivos”.

<sup>294</sup> Conforme Súmula 06, VI, do TST, que reza: “Presentes os pressupostos do art. 461 da CLT, é irrelevante a circunstância de que o desnível salarial tenha origem em decisão judicial que beneficiou o paradigma, exceto se

O trabalho de igual valor caracteriza-se pela igual produtividade e perfeição técnica entre os serviços prestados pelo paradigma e equiparando. A igualdade de trabalho demanda absoluta correspondência, tanto em relação à qualidade, quanto no que tange à quantidade.<sup>295</sup>

No tocante à experiência, reconhece a lei que, nada obstante a ocorrência de trabalho de igual valor pode o empregado mais antigo perceber maior salário, sendo que o fator tempo de serviço concerne à função e não ao emprego<sup>296</sup>.

Enfim, o que não se admite é salário diferente para trabalho igual. Quando as diferenças se fundam em situações passíveis de confirmações objetivas, nas estritas hipóteses legais, não há cogitar em violação do princípio da igualdade.

### 2.3.3.3. Dissolução contratual

Em matéria de dissolução do contrato de trabalho sem justa causa, o art. 373-A, II, da CLT, com redação dada pela Lei 9.799/99, como corolário do princípio da igualdade, proíbe recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, dentre outros motivos arbitrários.

Antes disso, a Lei 9.029/95 já vedava a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade (art. 1º).

O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nesses moldes, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar, conforme art. 4º da referida lei, entre: “a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais”; e “a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais”.

---

decorrente de vantagem pessoal, de tese jurídica superada pela jurisprudência de Corte Superior ou, na hipótese de equiparação salarial em cadeia, suscitada em defesa, se o empregador produzir prova do alegado fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito à equiparação salarial em relação ao paradigma remoto”.

<sup>295</sup> Arnaldo Süssekind perfilha o entendimento de Oscar Saraiva de que a produtividade deve ser considerada em concreto, observada, inclusive, a assiduidade. “É que não há trabalho de igual valor entre empregado assíduo e outro faltoso, embora, nos dias em que ambos comparecem ao serviço, apresentem a mesma produtividade. Esta deve ser entendida no sentido global, correspondente aos serviços a que o empregado se obrigou a prestar em todas as jornadas de trabalho”. SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de direito do trabalho*. Vol. I. 18ª ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 445.

<sup>296</sup> Súmula 06, II, do TST: “Para efeito de equiparação de salários em caso de trabalho igual, conta-se o tempo de serviço na função e não no emprego”.

Nada obstante, na prática, a prova da discriminação é muito difícil de ser produzida<sup>297</sup>, pois é incomum, para não se dizer improvável, o reconhecimento do empregador de que a dispensa se baseou em critérios discriminatórios. Mormente porque no Brasil, como regra, é admitida a dispensa imotivada ou sem justa causa, isto é, pode o empregador romper o contrato de trabalho sem ter que dar qualquer explicação ao trabalhador.

Significativa parte dos casos de discriminação que é levada à Justiça do Trabalho está relacionada com a extinção do contrato de trabalho, embora, formalmente, a causa da dissolução contratual seja “sem justa causa”. Daí a necessidade de se perquirir se a possibilidade de despedir um trabalhador sem ter que demonstrar os motivos significa tolerância de atos discriminatórios.

É assente que o ordenamento jurídico brasileiro, apesar de admitir a dispensa imotivada, rejeita a discriminação, seja ela velada ou explícita. E nesses casos, tanto a doutrina como a jurisprudência<sup>298</sup> se mostram suscetíveis à questão do ônus da prova. Com supedâneo no princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, tem-se sustentado a ideia de aptidão para a prova, consistente no deslocamento para o mais apto dos litigantes a responsabilidade do convencimento. Isto é, se considera as reais possibilidades que cada litigante possui para provar suas alegações, incidindo o encargo não necessariamente na parte que alega, mas na parte que tem as melhores condições de produzir a prova apta a elucidar a questão<sup>299</sup>. Nesses termos, caberia ao empregador demonstrar as razões da dispensa, que não discriminatórias.

Esse entendimento, obviamente, não significa que a mera alegação de discriminação transfira todo o encargo da prova ao empregador. É necessário que o empregado demonstre

---

<sup>297</sup> Sobre a dificuldade da prova da discriminação, dentre outros: VIANA, Márcio Túlio; PIMENTA, Raquel Betty de Castro. A proteção trabalhista contra os atos discriminatórios: análise da Lei 9.029/95. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (Coord.). *Discriminação*. 2ª ed., São Paulo: LTr, p. 135-142, 2010; LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes. A prova da discriminação no processo do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*. Curitiba, a. 33, nº. 60, p. 187-2016, jan./jun. 2008. Disponível em: < [http://www.trt9.jus.br/internet\\_base/pagina\\_geral.do?secao=31&pagina=Revista\\_60\\_n\\_1\\_2008](http://www.trt9.jus.br/internet_base/pagina_geral.do?secao=31&pagina=Revista_60_n_1_2008) > Acesso em: 10.09.15.

<sup>298</sup> O TST, por exemplo, repele a possibilidade de despedir imotivadamente quando a realidade dos fatos aponta discriminação. Nesse sentido a Súmula de n. 443: DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego. Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/consulta-unificada> > Acesso em: 11.09.2015.

<sup>299</sup> Nesse sentido, MALLET, Estêvão. Discriminação e processo do trabalho. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (Coord.). *Discriminação*. 2ª ed., São Paulo: LTr, 2010, p. 199-208; BARROS, Alice Monteiro de. Discriminação de emprego por motivo de sexo. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (Coord.). *Discriminação*. 2ª ed., São Paulo: LTr, 2010, p. 59-83.

importantes indícios da malfadada discriminação, para que, somente então, o empregador assumira o ônus de provar que agiu sem intuito discriminatório<sup>300</sup>.

Em termos de direito comparado, a distribuição diferenciada do ônus da prova no caso de discriminação é estabelecida, em Portugal, por exemplo, pelo art. 5º da Lei 105/97, de 13 de setembro<sup>301</sup>, que imputa ao empregador o ônus de demonstrar a inexistência de qualquer prática, critério ou medida discriminatória em função do sexo, nas ações contra ele intentada com esse objeto.

#### **2.3.3.4. Proteção à maternidade**

O princípio da igualdade atua no resguardo da maternidade, prescrevendo regras especiais de proteção das empregadas grávidas, puérperas, adotivas e lactantes que visam impedir a discriminação das mulheres e o afastamento do mercado de trabalho.

O âmbito de proteção à maternidade ocorre em nível de manutenção do emprego e fonte de subsistência, de cuidados gestacionais e do lactante, inclusive decorrentes de adoção.

Inicialmente, no Brasil, era o empregador quem pagava os salários do período em que a gestante ficava afastada para dar à luz, o que limitava o acesso da mulher ao mercado de trabalho, pois não era auspicioso ao empregador ter esse encargo.

Sob a influência da Convenção n. 103 da OIT<sup>302</sup>, que trata do amparo à maternidade, a legislação nacional, por meio da Lei 6.136/74, estabeleceu que o salário-maternidade era uma prestação previdenciária. A medida, repetida na vigente Lei 8.212/91<sup>303</sup>, significou importante avanço no tocante à proteção da mulher no mercado de trabalho, pois o ônus de suportar o pagamento de salário, sem o respectivo trabalho da gestante, não era mais um obstáculo à sua contratação.

Era garantido à gestante o salário-maternidade no período de quatro semanas antes e oito semanas depois do parto (art. 392, caput, e 393 da CLT), perfazendo um total de oitenta e

---

<sup>300</sup> “Há uma repartição diversa do ônus da prova, mas não uma total exoneração do dever de provar pelo empregado”. Cf. GOSDAL, Thereza Cristina. *Discriminação da mulher no emprego: relações de gênero no Direito do Trabalho*. Curitiba: Genesis, 2003, p. 261.

<sup>301</sup> Disponível em: < [http://www.cite.gov.pt/Legis\\_Nac/ArquivoLN/LeisArqLN/Lei105\\_97.htm](http://www.cite.gov.pt/Legis_Nac/ArquivoLN/LeisArqLN/Lei105_97.htm) > Acesso em: 11.09.2015.

<sup>302</sup> Ratificada pelo Brasil pelo Decreto Legislativo nº. 20/1965. Disponível em: < <http://www.oit.org.br/node/524> > Acesso em: 16.09.2015.

<sup>303</sup> Atualmente, salvo a empregada doméstica e a segurada especial para quem a previdência paga diretamente, o empregador adianta o salário-maternidade à empregada e compensa como o que deve a título de contribuição previdenciária.

quatro dias, sendo assegurada a manutenção do contrato de trabalho, em lapsos temporais variáveis, por intermédio de negociação coletiva.

A Constituição de 1988, no art. 7º, XVIII, ampliou os direitos estabelecendo licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias<sup>304</sup>.

Nos termos do art. 392, §1º, da CLT, a empregada deve, mediante atestado médico, comunicar o seu empregador da data do início do afastamento do emprego, que poderá ocorrer entre o 28º (vigésimo oitavo) dia antes do parto e ocorrência deste. Excepcionalmente, os períodos de repouso, antes e depois do parto, poderão ser aumentados de duas semanas cada um, por meio de indicação médica. Não há prejuízo da licença em caso de parto antecipado. O mesmo ocorre na hipótese de o filho nascer sem vida, pois é forçoso o afastamento após o parto já que a licença tem como fato gerador, além do nascimento, o período gestacional que causa na mulher desordem físicas e psicológicas<sup>305</sup>. De outra banda, o nascimento de filhos gêmeos não implica licença superior ao período legal, muito menos o pagamento de salário-maternidade maior. Ainda, o art. 395 da CLT dispõe que “em caso de aborto não criminoso, comprovado por atestado médico oficial, a mulher terá um repouso remunerado de 2 (duas) semanas, ficando-lhe assegurado o direito de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento”<sup>306</sup>.

Para a empregada<sup>307</sup> que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança, o art. 392-A da CLT assegura a concessão da licença-maternidade mediante a apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardião<sup>308</sup>.

---

<sup>304</sup> A Lei 11.770/08 cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade em sessenta dias, mediante concessão de incentivo fiscal. Para fazer jus à extensão, o empregador deve aderir ao programa e a empregada deve requerer a respectiva concessão, que se inicia imediatamente após a fruição da licença-maternidade prevista no art. 7º, XVIII, da CF.

<sup>305</sup> Os dispositivos constitucional e celetista que tratam da licença-maternidade, bem como a legislação previdenciária, não exigem o nascimento com vida para que a empregada faça jus ao benefício, não cabendo ao intérprete distinguir. Nesse sentido, BARROS, Alice Monteiro de. *O trabalho da mulher... cit.*, p. 62.

<sup>306</sup> Tem-se, por aborto, a interrupção da gravidez antes que o feto seja viável, ou seja, antes que ele possa viver fora do útero materno, sendo indispensável a sua morte. O aborto pode ser espontâneo ou promovido. “O primeiro é consequência de estados patológicos da mãe ou do feto, impeditivos do prosseguimento da gestação. O provocado pode ser legal ou criminoso. Legal é o aborto provocado nos casos em que a lei o autoriza. Criminoso é o provocado fora dos casos legais”. Cf. GOMES, Hélio. *Medicina legal*. v. 2, 5ª ed., Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., [s.d], p. 54.

<sup>307</sup> Em observância ao princípio da igualdade, o art. 392-C da CLT, com redação dada pela Lei 12.873/2013, estendeu ao empregado que adotar ou obtiver guarda judicial a licença de que trata o art. 392 da CLT.

<sup>308</sup> Convém lembrar que até o advento da Lei 10.421/02 negava-se o salário maternidade à mãe adotiva. A referida lei estendeu à aludida licença de 120 dias nos casos de adoção ou guarda judicial de criança até um ano de idade. Nas adoções ou guardas judiciais de criança de um ano até quatro anos de idade o período de licença era de 60 dias; nas hipóteses de crianças de quatro a oito anos o período reduzia para 30 dias; sendo que se a criança tivesse oito anos ou mais a empregada não faria jus ao benefício em questão. As mencionadas limitações foram revogadas pela Lei 12.010/09.

Durante a gestação, a empregada tem direito, sem prejuízo do salário, à transferência de função, quando as condições de saúde o exigirem, assegurada a retomada da função anteriormente exercida, logo após o retorno ao trabalho, bem como à dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares.

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, seguindo a tendência das conquistas oriundas das negociações coletivas, proibiu a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (art. 10, II, *b*, ADCT)<sup>309</sup>.

Desde então, a empregada gestante goza de uma garantia temporária de emprego, também denominada, estabilidade provisória ou relativa<sup>310</sup>, não podendo ser dispensada de forma arbitrária<sup>311</sup> ou sem justa causa durante o período de proteção. Outrossim, o empregador conserva o direito de despedir por justo motivo. A garantia, além de proteger a criança e a mãe, visa também assegurar a formação do vínculo afetivo, recuperação física e mental da genitora, tanto da gestação quanto do parto em si.

A exegese da norma transitória no que tange à expressão “confirmação” é controvertida. De um lado, o entendimento de que confirmação é para o empregador e não para a empregada, de modo que a gestante deve comprovar a gravidez durante a vigência do vínculo empregatício para fazer jus à proteção. De outro lado, a compreensão de que a garantia de emprego independe de comprovação da gravidez perante o empregador, mas da mera concepção. A ideia leva em consideração a objetividade do fato gerador, qual seja a gravidez, independentemente do momento em que verificado ou confirmado o estado gravídico. Para o TST, a proteção incide desde o momento da concepção, sendo prescindível a comprovação perante o empregador, bastando haver a sua confirmação. Nesse sentido a Súmula 244, I, da referida corte trabalhista, que reza: “O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade”.

---

<sup>309</sup> De referir que, antes mesmo da Constituição de 1988, o art. 391 da CLT não autorizava a dissolução do contrato de trabalho da mulher pelo simples fato de se encontrar em estado de gravidez.

<sup>310</sup> Sobre as diferentes nomenclaturas ver CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. 4ª ed., Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 523-533.

<sup>311</sup> De acordo com o art. 165 da CLT, entende-se por despedida arbitrária, “a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro”.

Assim, desde que demonstrada a gravidez ao tempo do despedimento, a empregada tem direito à reintegração ao emprego, isto é, em caso de despedida arbitrária ou sem justa causa, o vínculo empregatício deve ser restabelecido.

Nesse contexto, muito se discute quando a empregada invoca a garantia de emprego já expirado o período de proteção estabelecido na lei. Parte da doutrina tem que o objetivo da disposição constitucional é assegurar o emprego, somente havendo a hipótese de conversão em indenização quando já esgotado o prazo da garantia e esta não mais tiver base legal. Trata-se, pois, de forma provisória de estabilidade, a qual se extingue com o passar do lapso estabelecido na lei, não existindo direito puro e simples a salários, mas ao emprego e tão só por substituição à indenização. Para Sérgio Pinto Martins<sup>312</sup>, o art. 7º, XVIII, da Constituição, garante o emprego à gestante. A conversão em indenização só é devida em caso de não ser possível a reintegração, pelo término da garantia de emprego, e desde que o empregador estivesse ciente da gravidez da empregada.

Nada obstante, o TST fixou entendimento, segundo o qual, “garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade” (Súmula 244, II, TST). Pouco importa se a ação judicial foi ajuizada ainda no período de garantia, já que nos termos da Orientação Jurisprudencial n. 399 da SDI-I do TST, o ajuizamento de ação trabalhista após o decurso do período de garantia de emprego “não configura abuso do exercício do direito de ação, pois este está submetido apenas ao prazo prescricional inscrito no art. 7º, XXIX, da CF/1988, sendo devida a indenização desde a dispensa até a data do término do período estável”.

Outra celeuma que a garantia de emprego da gestante desperta diz respeito aos contratos por prazo determinado. É que sabendo as partes, diante mão, quando o pacto irá terminar, se afigura incompatível a sua dilação, mormente porque não há dispensa arbitrária ou sem justa causa, mas simples decurso do prazo. Situações que sucedem durante o contrato de trabalho por prazo determinado não podem ser opostas, salvo ajuste expresso das partes, para modificar sua cessação. Assim entendia o TST na Orientação jurisprudencial n. 196 da

---

<sup>312</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho... cit.*, p. 404. O Autor refere que: “passados alguns meses após a dispensa e pedindo a empregada reintegração, deve ser desconsiderado o período que vai da dispensa até a data do ajuizamento da ação, em razão da inércia da empregada na sua proposição e de ter direito ao emprego e não a receber sem trabalhar. No caso de a empregada deixar terminar o período de garantia de emprego e só depois ajuizar a ação, penso que não faz jus nem a reintegração, muito menos a indenização, pois o seu ato impediu o empregador de reintegrá-la no emprego, mostrando seu desinteresse em voltar a trabalhar na empresa. O direito previsto na Constituição é ao emprego e não à indenização” (p. 405). Também nesse sentido, dentre outros, CAMINO, Carmen. *Direito individual... cit.*, p. 539.

SDI-I, *verbis*: “Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa”. Atualmente, contudo, o entendimento é oposto. De acordo com a nova redação do item III da súmula 244 do TST, a empregada gestante tem direito à estabilidade provisória, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado<sup>313</sup>. O fundamento para a mudança do entendimento reside na dignidade da pessoa humana, visto que a norma transitória não impõe nenhuma restrição quanto à modalidade de contrato de trabalho, se a prazo determinado, como é o contrato de experiência, ou sem duração de prazo, mesmo porque a garantia visa, em última análise, à tutela do nascituro.

Desse modo, o único pressuposto ao direito à estabilidade (e à sua conversão em indenização, caso ultrapassado o período de garantia de emprego) é encontrar-se a empregada grávida no momento da rescisão contratual.

Por fim, o art. 396 da CLT concede à mulher, durante a jornada de trabalho, o direito a dois descansos especiais, de trinta minutos cada, para amamentar o próprio filho, até completar seis meses de idade, podendo este período ser dilatado quando a saúde dele exigir, a critério da autoridade competente (conforme parágrafo único do dispositivo legal em comento)<sup>314</sup>.

Além de a Organização Mundial da Saúde recomendar o aleitamento materno, razões de eugenia fundamentam o preceito, cuja tutela visa amparar a maternidade e garantir o desenvolvimento físico das futuras gerações<sup>315</sup>.

A sonegação do descanso especial para amamentação, segundo a jurisprudência, implica no pagamento como extra do período correspondente, pela aplicação analógica do art. 71, §4º, da CLT<sup>316</sup>, porquanto, no intervalo destinado ao aleitamento, a empregada fica desobrigada de prestar serviço<sup>317</sup>.

---

<sup>313</sup> A redação do mencionado item III foi alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012 - Res. 185/2012 – DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012.

<sup>314</sup> O precedente n. 52 do TRT/4ª Região flexibiliza o momento da concessão do descanso especial ao dispor que “o horário destinado à amamentação, ou seja, meia hora por turno de serviço, poderá ser convertido em uma hora, sendo concedido no início ou no término da jornada, à livre escolha da trabalhadora”.

<sup>315</sup> Conforme BARROS, Alice Monteiro de. *O trabalho da mulher...cit.*, p. 64.

<sup>316</sup> CLT, 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”.

<sup>317</sup> Nesse sentido, a jurisprudência do TST, *verbis*. “AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RECURSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. INTERVALO PARA AMAMENTAÇÃO. HORAS EXTRAS. O entendimento consolidado nesta Corte Superior é de que a não concessão do intervalo

Demais, de acordo com o art. 400 da CLT, “os locais destinados à guarda dos filhos das operárias durante o período da amamentação deverão possuir, no mínimo, um berçário, uma saleta de amamentação, uma cozinha dietética e uma instalação sanitária”. Os estabelecimentos em que trabalharem pelo menos trinta mulheres com mais de dezesseis anos de idade terão local apropriado onde seja permitido às empregadas guardar, sob assistência e vigilância, seus filhos no período da amamentação, sendo que o §1º do art. 389 da CLT permite a substituição desses locais por creches mantidas, diretamente ou mediante convênios, com outras entidades públicas ou privadas. Por sua vez, a Portaria nº 3.296, de 03-10-1986, do MTE, autoriza as empresas e empregadoras a adotar o sistema de Reembolso Creche, em substituição à exigência contida no citado preceito de lei<sup>318</sup>.

---

para amamentação previsto no art. 396 da CLT acarreta os mesmos efeitos determinados no art. 71, § 4º, da CLT, aplicável analogicamente. Assim, é devido o tempo suprimido acrescido do respectivo adicional e seus reflexos. Precedentes. Agravo de instrumento conhecido e não provido. Processo: AIRR-11037-71.2013.5.03.0030. Data de Julgamento: 11/03/2015, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/03/2015. Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/consulta-unificada> > Acesso em: 23.09.15.

<sup>318</sup> Dispõe o art. 1º da referida portaria ministerial. “Art. 1º - Ficam as empresas e empregadores autorizados a adotar o sistema de Reembolso Creche, em substituição à exigência contida no § 1º, do art. 389, da CLT, desde que obedeçam as seguintes exigências: I - o reembolso creche deverá cobrir, integralmente, despesas efetuadas com o pagamento da creche de livre escolha da empregada-mãe, ou outra modalidade de prestação de serviço desta natureza, pelo menos até os seis meses de idade da criança, nas condições, prazos e valor estipulados em acordo ou convenção coletiva, sem prejuízo do cumprimento dos demais preceitos de proteção à maternidade”.

### **3. O MODELO DE PROTEÇÃO DA MULHER NO CONTRATO DE TRABALHO E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

Consoante demonstrado, o ordenamento jurídico brasileiro é satisfatório no tocante à existência de leis que vedam a prática discriminatória de gênero no ambiente laboral, bem como de regras que determinam discriminações positivas, que se traduzem em tentativas de concretização da igualdade material.

Nada obstante, e apesar da crescente inserção no mercado de trabalho, o índice de mulheres desempregadas ainda é superior ao do sexo masculino<sup>319</sup>, fato comumente atribuível aos obstáculos impostos pelas empresas quanto à contratação de trabalhadoras, sob a alegação do alto custo de sua manutenção, quer decorrente das medidas de proteção à maternidade, como licença-maternidade, intervalos para amamentação, instituição de creche, dentre outros, quer no que tange aos intervalos para repouso e alimentação (art. 383, CLT), antes do início do período extraordinário do trabalho (art. 384, CLT), ou até mesmo em razão da escala de revezamento quinzenal que favorece o repouso dominical (art. 386, CLT).

Cumpra perquirir, pois, ainda que com meras conjecturas, se o direito posto como instrumento de transformação social, notadamente na vertente promocional, continua inteiramente voltado à proteção da mulher ou se mostra restritivo em não observar as mudanças nas condições de trabalho e na vida em sociedade. Para tanto é preciso desmitificar concepções míopes das referidas normas protetivas, com vista a uma percepção mais completa e contextualizada das mesmas, bem como realizar um controle judicial não limitado à mera proibição de arbítrio e livre da cultura sexista e patriarcal.

---

<sup>319</sup> Nesse sentido, a Pesquisa de Emprego e Desemprego da Região Metropolitana de São Paulo divulgada pela Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados em janeiro de 2015. Disponível em: < [http://produtos.seade.gov.br/produtos/ped/pdfboletim30anos/boletim\\_PED\\_30anos\\_RMSP-jan2015-n2.pdf](http://produtos.seade.gov.br/produtos/ped/pdfboletim30anos/boletim_PED_30anos_RMSP-jan2015-n2.pdf) > Acesso em: 25.09.2015.

### 3.1. O modelo de proteção

Nos últimos tempos, corolário do conceito dinâmico e multifuncional do princípio isonômico, consagrado constitucionalmente, o processo de consolidação e efetivação das normas de proteção da mulher no contrato de trabalho modificou sua postura de resguardo para uma tendência de promoção da igualdade<sup>320</sup>.

Até a Constituição de 1988 o ordenamento jurídico se inclinava a proteger o trabalho da mulher, acabando por reproduzir situação de desigualdade, de discriminação e de inferioridade do sexo feminino, bem como fortalecendo uma imagem de fragilidade (com a qual se legitimava a proteção especial), como se pode observar.

A CLT proibia o trabalho extraordinário da mulher, salvo em duas hipóteses: a) desde que houvesse compensação de horas, de modo que o excesso de um dia fosse deduzido na jornada de trabalho de outro dia da mesma semana (art. 374, com redação dada pelo Decreto-lei n. 229/67); b) na ocorrência de força maior (art. 376). Para ambas as situações, era necessário apresentar atestado médico indicando que a mulher podia trabalhar a mais sem prejudicar sua saúde (art. 375).

Além disso, o art. 379, em regra, proibia o trabalho noturno da mulher, salvo em oficinas de família e, para as maiores de idade, nos serviços de telefonia, radiotelefonia ou radiotelegrafia, serviço de enfermagem, empregadas em casa de diversão, hotéis, restaurantes, bares e estabelecimentos congêneres, bem como às ocupantes de cargo de direção, desde que seu trabalho não fosse contínuo. Com o advento da Lei nº 7.189/84 restou permitido o trabalho noturno da mulher maior de 18 anos, exceto em empresas ou atividades industriais.

Não era verdadeiro o caráter benévolo das citadas normas ditas de proteção, cuja real natureza era proibitiva.

Releva não olvidar que à época da edição da CLT, a mulher era, no contexto do direito civil, considerada relativamente incapaz, além de que, a legislação protetiva estava essencialmente voltada às relações de trabalho oriundas da revolução industrial, já que o

---

<sup>320</sup> Sobre a evolução e revisão legislativa trabalhista em relação à mulher vide: BARROS, Alice Monteiro de. *O trabalho da mulher... cit.*, p. 51-81; e GOSDAL, Thereza Cristina. *Diferenças de gênero e discriminação do trabalho... cit.*, p. 305-317. Mais sobre a mudança da trajetória protetiva para promocional da legislação trabalhista relacionada à mulher em LOPES, Cristiane Maria Sbaqueiro. *Direito do trabalho da mulher: da proteção à promoção*. São Paulo: *Revista Cadernos Pagu*, nº. 26, p. 405-430, janeiro-junho de 2006. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n26/30398.pdf> > Acesso em: 28.09.2015; e QUEIROGA, Vitória dos Santos Lima. *Ações afirmativas e trabalho da mulher: Garantia de um direito ou estabelecimento de um privilégio? Âmbito Jurídico*, Rio Grande, nº. 84, jan 2011. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8854](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8854) > Acesso em: 10.10.2015.

emprego de mulheres e crianças importava distorções na concorrência empresarial, pois representava considerável redução do custo de produção<sup>321</sup>.

Nesse contexto, é ingênuo pensar que a proteção da mulher trabalhadora não visava, em última análise, o equilíbrio do capital e a ordem social. Isto é, o mesmo direito que protegia a mulher, conservava o modelo de família patriarcal e, ainda, evitava a concorrência desleal. Como bem ressalta Cristiane Maria Sbaqueiro Lopes, não existindo normas protetivas, os salários inferiores pagos às trabalhadoras poderiam contribuir para o desemprego dos homens, já que a opção pelo trabalho feminino seria mais econômica aos empregadores, além de que tal inversão social colocaria em risco o modelo de família patriarcal e a autoridade do marido<sup>322</sup>.

De fato, a proteção especial não era mais que lembrar o exato lugar da mulher na sociedade da época<sup>323</sup>.

A proibição do trabalho noturno e extraordinário tinha como supedâneo a preservação da família e a proteção da honra masculina<sup>324</sup>, pois permitia à mulher trabalhar fora sem

---

<sup>321</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 1992, p. 544, refere que “por ocasião da Revolução Industrial do século XVIII, o trabalho feminino foi aproveitado em larga escala, a ponto de ser preterida a mão-de-obra masculina. Menores salários pagos à mulher constituíam a causa maior que determinava a preferência pelo elemento feminino”. Segadas Vianna lembra que “em pleno desenvolvimento, o capitalismo aproveita esse afluxo da mão-de-obra para reduzir salários e aumentar as horas de trabalho. Ainda desorganizados, os trabalhadores masculinos não têm meios de reação e apenas podem, para não se submeter às imposições patronais, procurar outras profissões, abandonar os empregos, o que vinha justamente ao encontro dos desejos dos industriais que encontravam sempre braços novos com as trabalhadoras e crianças”. SÜSSEKIND, Arnaldo, et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. Vol. II. 18ª ed., São Paulo: LTr, 1999, p. 972.

<sup>322</sup> Conforme LOPES, Cristiane Maria Sbaqueiro. *Direito do trabalho da mulher... cit.*, p. 410.

<sup>323</sup> O interesse masculino de criar uma legislação protetiva é abordado por Cesarino Júnior e Marly Cardone na seguinte passagem: “Houve, assim, um interesse coletivo (masculino) em criar, uma legislação protetora do trabalho da mulher fora do lar. Para o trabalho doméstico não estavam voltadas as atenções, porque ele não criava concorrência com o mundo profissional masculino. Tampouco se cogitou, em momento algum, de dividir a carga doméstica entre os sexos para aliviar a mulher. O que ocorria é que esta, tão explorada como os homens por longas jornadas de trabalho, a isto anda acrescentava o serviço doméstico. A atitude natural dos homens teria sido dividir com elas essa tarefa, como elas estavam dividindo com eles o sustento da casa. Mas eles preferiam manter a situação de supercarga para a mulher, esta sim, discriminatória, pois uma mulher extenuada era sempre alvo de compaixão”. *Apud* ARRUDA, Kátia Magalhaes. O princípio da igualdade no trabalho da mulher e outros estudos. *LTr: Suplemento Trabalhista*, São Paulo, nº. 122, p. 785-789, 1995, p. 787.

<sup>324</sup> A esse respeito, para melhor compreender o espírito moralista da época, cumpre transcrever o discurso do deputado Augusto de Lima, em 1918, quando se discutia o projeto do Código do Trabalho (que sequer foi aprovado), contrário a realização do contrato de trabalho pela mulher casada sem a obrigatoriedade da anuência do marido: “Este contrato traz a separação não sabida, não consentida pelo marido e, portanto, altamente suspeita, pondo em perigo o bom nome do lar. De uma mulher que se apresenta sem assistência do seu marido e até talvez, com oposição deste, o que se presume logo? O primeiro dever da mulher é estar de acordo com o seu marido em todos os casos. Em relação a esta mulher, que vai para uma fábrica, para um meio desconhecido, cuja moralidade o marido não conhece, cujo patrão pode ter anexos ou em outras partes outras indústrias que explora, a disposição é profundamente imoral”. SÜSSEKIND, Arnaldo, et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. Vol. II. 18ª ed., São Paulo: LTr, 1999, p. 976. Amauri Mascaro Nascimento, ao comentar os antecedentes históricos da

descuidar das suas obrigações familiares e domésticas. Não protegia a mulher, já que legitimava a divisão injusta do trabalho no ambiente familiar<sup>325</sup>.

Os argumentos relacionados à compleição física, afora a questão da maternidade, seduzem, mas também não convencem.

Além das citadas restrições ao trabalho noturno e extraordinário, a CLT também proibia o trabalho da mulher nos subterrâneos, nas minerações em subsolo, nas pedreiras e obras, de construção civil, bem como nas atividades insalubres e perigosas (art. 387) e ainda hoje veda o emprego da 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 (art. 390).

Admite-se, sem dúvida, a diferença física entre homens e mulheres. Mas, em relação aos limites da duração do trabalho, qual é o componente biológico justificador do tratamento diferenciado? O que, fisicamente, prejudica mais a mulher do que o homem no trabalho realizado no período da noite ou além do horário normal? E em se tratando de trabalho intelectual? No mínimo desproporcional, para não se dizer absurdo, supor inferioridade intelectual da mulher. Semelhante questionamento é possível fazer para o trabalho em condições insalubres ou perigosas. Quais atividades insalubres ou perigosas são mais nocivas às mulheres, excetuado o estado gravídico, do que aos homens? E ainda, no que tange ao emprego de força muscular, por que não há semelhante proteção aos homens franzinos, considerando que o esforço físico de cada indivíduo, seja homem ou mulher é variável?

Ora, como ensina Cristiane Maria Sbaqueiro Lopes, o elemento de origem orgânica que, de fato, justifica a edição de normas sexuadas de proteção ao trabalho é aquele relacionado com a maternidade. A mulher precisa de garantias para poder exercê-la. E a criança, nos primeiros meses de vida, necessita de cuidados maternos, dentre os quais, a amamentação. Efetivamente, a diferença biológica e o caráter reprodutor autorizam tratamento diferenciado para a mulher. Ressalta que se deve “tomar todo o cuidado ao subtrair da ‘natureza’ a justificação para postulados jurídicos, principalmente porque o ser humano é uma mistura indissociável de biologia e cultura”<sup>326</sup>.

O sexo, por si só, não pode ser o fundamento para imputar encargos à mulher ou ao homem no contrato de trabalho. A legislação que cria dificuldades para que a trabalhadora do

---

legislação protetiva da mulher, menciona que o tempo dedicado por ela ao trabalho fora de casa não devia “ser um entrave a impossibilitar-lhe o cumprimento dos seus haveres domésticos”. *In Curso de direito... cit.*, p. 545.

<sup>325</sup> Cf. LOPES, Cristiane Maria Sbaqueiro. *Direito do trabalho da mulher... cit.*, p. 417-418.

<sup>326</sup> Cf. LOPES, Cristiane Maria Sbaqueiro. *Direito do trabalho da mulher... cit.*, p. 420.

sexo feminino tenha idênticas condições de trabalho de um trabalhador do sexo masculino, com fundamentos supostamente biológicos, traduz e fomenta discriminação em relação ao sexo no mercado de trabalho.

Essas disposições protetivas, a par de serem provenientes de uma visão distorcida e redutora da composição física da mulher<sup>327</sup>, refletem tão somente uma construção histórico-social firmada em estereótipos sexistas que conferem à mulher precipuamente o papel de esposa, mãe e dona de casa, corroborando a falsa ideia de fragilidade feminina e o preconceito do homem no que diz respeito às atribuições familiares e domésticas<sup>328</sup>.

A Constituição de 1988 marca, efetivamente, uma nova concepção da igualdade entre homens e mulheres, ao preconizar que o sexo não pode definir relação de poder na família, pois o art. 226, §5º, prescreve que os “direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”, bem como no mercado de trabalho, pela proibição de discriminação em relação ao sexo (art. 3º, IV; art. 5º, I).

A abolição da organização patriarcal das famílias e da sociedade, bem como a consideração da mulher com iguais direitos e obrigações e não mais um ser inferior, impôs a adaptação da legislação infraconstitucional, doravante voltada à promoção do sexo feminino.

Como sucintamente relata Cristiane Maria Sbaqueiro Lopes<sup>329</sup>, as principais alterações ocorridas dizem respeito: a) ao abandono do princípio de “proteção da mulher”, pois ainda em 1989, a Lei 7.855 de 24 de outubro, revogou boa parte das normas falsamente protetivas, como a proibição do trabalho da mulher em certos locais e sob certas condições (art. 387, CLT), a proibição de trabalho em regime de prorrogação ou compensação de horas (arts. 374 e 375, CLT)<sup>330</sup> e a proibição do trabalho noturno (art. 379, CLT); b) ao redimensionamento das regras de proteção à maternidade, com aumento da licença-maternidade e o estabelecimento da garantia de emprego à gestante (CF), assim como normas de proteção à adoção e ao lactante (Lei 10.421/02 e 12.873/13); e c) à criação de regras de combate à discriminação e meios de garantir o tratamento isonômico da mulher no ambiente de trabalho, como, por exemplo, a proibição da exigência de atestados de gravidez ou

---

<sup>327</sup> Cf. LOPES, Cristiane Maria Sbaqueiro. *Direito do trabalho da mulher... cit.*, p. 420-422, “a medicina em muito contribuiu para legitimar tais discursos, apoiando-os em também pretensa ‘cientificidade’”. Salienta que os “argumentos baseados na autoridade médica, no âmbito jurídico, nunca devem ser tomados como inatacáveis, ainda que isso represente um esforço contrário às práticas usuais. Duvidar é preciso”.

<sup>328</sup> Nesse sentido, BARROS, Alice Monteiro de. *O trabalho da mulher... cit.*, p. 54.

<sup>329</sup> LOPES, Cristiane Maria Sbaqueiro Lopes. *Direito do trabalho da mulher... cit.*, p. 426.

<sup>330</sup> O art. 376 da CLT, que tratava das horas extras em casos excepcionais, só foi revogado anos depois pela Lei 10.241/2001.

esterilização para que se efetive a admissão ou durante o curso do contrato de trabalho (Leis 9.029/95 e 9.799/99).

Apesar do avanço, remanescem algumas disposições controvertidas do ponto de vista da proteção e da própria igualdade que podem contribuir no sentido de restringir o mercado de trabalho da mulher. São os casos dos arts. 383, 384 e 386 da CLT que não foram expressamente revogados pela legislação infraconstitucional posterior a 1988.

O primeiro determina que, durante a jornada de trabalho, será concedido à empregada um período para refeição e repouso não inferior a 1 (uma) hora nem superior a 2 (duas) horas salvo a hipótese prevista no art. 71, § 3º, dando a entender que a regra independe da extensão de sua jornada de trabalho, diferentemente dos homens que, em jornadas superiores a quatro horas e inferiores a seis horas, tem direito a 15 minutos de descanso, ou ainda da impossibilidade de exceder de duas horas.

O segundo impõe para as mulheres um descanso obrigatório, em caso de prorrogação do horário normal, de quinze minutos, no mínimo, antes do início do período extraordinário de trabalho, sendo prescindível tal intervalo para o trabalhador do sexo masculino.

O terceiro, igualmente destinado às mulheres, determina que, havendo trabalho aos domingos, seja organizada uma escala de revezamento quinzenal, que favoreça o repouso dominical, diferentemente do homem para quem a coincidência do repouso semanal remunerado com o domingo pode ocorrer em lapso maior.

Referidos preceitos legais não são mais considerados necessários para a proteção da mulher no contrato de trabalho, constituindo-se normas restritivas de mercado, porquanto impõem dificuldades não encontradas para os trabalhadores do sexo masculino. Ditas disposições não acompanharam as modificações sociais e das condições de trabalho, refletindo arcaica tentativa de sustentar, juridicamente, a dominação masculina.

Não há explicação para persistência de tais discriminações, referendadas pelo legislador, que se omite em revogar disposições restritivas do trabalho da mulher.

Para efetiva promoção da mulher no âmbito laboral é inevitável compreender que, hodiernamente, mencionadas diferenciações se mostram descabidas e ultrapassadas, em especial pela nova ordem constitucional.

Não se trata, outrossim, de invocar o princípio da isonomia (CF, art. 5º, *caput*) para igualar homens e mulheres indiscriminadamente, pois é certo que esse postulado admite exceções. No contexto trabalhista, o sexo autoriza, sem dúvida, a edição de normas relacionadas à gravidez, maternidade e amamentação, pois essas hipóteses possuem correspondência lógica entre o elemento considerado como critério de discriminação e a

distinção legal eleita em razão dele, configurando a igualdade como proporcionalidade. Isto é, existe justificativa racional para, à vista do caráter diferenciador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico forjado em razão da desigualdade afirmada. Afora isso, e quiçá a proibição de trabalhos que exijam força muscular (já que, conforme ventilado, a desvantagem da força física feminina não deve, atualmente, significar obstáculo intransponível para uma organização de trabalho eficiente e pelo uso de tecnologias capazes de alterar a dinâmica de atividades que demandam esforço muscular), há que aplicar às mulheres as mesmas restrições e regras dirigidas aos homens, sob pena de as normas de proteção às trabalhadoras produzirem, na prática, um efeito discriminatório, pela preferência das empresas em contratar homens em vez de mulheres.

Cabe ao Estado, nessa nova postura não patriarcal, levar em consideração os fatores de segregação da mulher no mercado de trabalho e atuar ativamente no sentido de reduzir as desigualdades, removendo, prioritariamente, as normas restritivas do trabalho da mulher.

A recepção dos mencionados dispositivos celetistas pela nova ordem constitucional será abordada após algumas considerações sobre a metodologia do controle do princípio da igualdade.

### **3.2. Controle judicial**

No direito individual do trabalho, a aplicação da igualdade de tratamento é uma decorrência da expressão “todos são iguais perante a lei” (CF, art. 5º, *caput*) e, obviamente, exige análise conjunta da garantia de que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações” (CF, art. 5º, I). Não significa, absolutamente, igualdade completa e linear entre todos. Pelo contrário, admite distinções e até impõe que se procedam diferenciações daqueles que estão em situação de desigualdade, na medida desse desequilíbrio.

Em virtude do princípio da igualdade, existe um dever de não discriminar e um dever de igualizar. A dificuldade reside exatamente nesse dever de igualizar, ou seja, em definir aquilo que é justificável ou não em termos de diferenciação.

Como já afirmado, tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais não resolve a questão, pois a definição do que é igual ou desigual exige a eleição de termos de comparação geralmente controvertidos do ponto de vista intersubjetivo, além de envolver análises e juízos pessoais, seguramente questionáveis. É o que ocorre, por exemplo, com a Lei 10.244/01 que revogou o art. 376 da CLT, que proibia o trabalho extraordinário da mulher. O fundamento para abolir tal preceito de cunho tutelar que, com o passar do tempo e das

modificações registradas nas condições de trabalho tornou-se restritivo, foi justamente o princípio da igualdade (enquanto norma de controle) de condições entre homens e mulheres (art. 5º. I, CF). A comparação e valoração efetuada, pelas várias variáveis que integram a conformação legislativa, não alcançou o art. 384 da CLT, que também dispõe sobre a prorrogação da jornada de trabalho da mulher. Ambos os dispositivos conflitam com o referido art. 5º, I, da CF, porém, pelo processo legislativo, apenas um foi revogado!?

Naturalmente, em Direito, os traços nem sempre são fulgentes. O que hoje parece incontestavelmente normal, ontem era inaceitável. E o que atualmente se tolera, amanhã pode ser inadmissível<sup>331</sup>. Ademais, existem zonas cinzentas, em que as soluções se revelam difíceis. Essas complexidades deslocam o problema da igualdade para o plano do controle.

A questão é delicada porque, de regra, não é possível dissociar a observância do princípio da igualdade do princípio fundamental da separação de poderes. Jorge Miranda aduz que os tribunais judiciais, ou melhor, os tribunais que não respondem em termos políticos, nem adotam políticas de satisfação das exigências coletivas, não estão legitimados a avocar o prosseguimento de interesses públicos diferentes do da observância da ordem jurídica para garantia da paz social. O controle da igualdade deve ser inicialmente um controle negativo, não sendo lícito aos tribunais recorrer ao princípio da igualdade para orientar em concreto a escolha por um ou outro critério valorativo<sup>332</sup>.

Também nesse sentido, Canotilho, que refere não ser legítimo o judiciário atrair para si as escolhas dos melhores meios de cumprir ou não a função social da igualdade, pois ele, apesar de ser responsável pela aplicação dos preceitos constitucionais, tem atribuição de controle e não de ação<sup>333</sup>.

Igualmente reconhecendo o amplo espaço de conformação do legislador democrático, Jorge Reis Novais, acerca da densidade do controle do princípio da igualdade, pontua uma “autocontenção judicial” e, ainda assim, distingue várias gradações<sup>334</sup>.

Numa visão contida do papel do juiz, uma medida que apresentar solução desigual, somente deveria ser considerada ilegítima, por violação do princípio da igualdade, se e apenas no aspecto que a distinção se mostrar arbitrária. “O arbítrio da desigualdade seria condição

---

<sup>331</sup> A escravidão é um exemplo bastante significativo. Até o final do século XIX essa forma abominável de poderio e de exploração do trabalho, onde pessoas eram compradas e tratadas como coisas, era tolerada. Hoje a expressão causa repulsa.

<sup>332</sup> Nesse sentido, MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa... cit.* p. 223-224.

<sup>333</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. A concretização da Constituição pelo legislador e pelo Tribunal Constitucional. In: MIRANDA, Jorge (org). *Nos dez anos da constituição*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1986, p. 353.

<sup>334</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes... cit.*, p. 111.

necessária e suficiente da violação do princípio da igualdade”<sup>335</sup>. Isto é, quando o legislador não apresentar qualquer fundamentação conciliável com os critérios constitucionais ou inexistir coerência entre as finalidades propostas e os resultados esperados ou obtidos.

Nesse sentido, os fatores materiais que impõem um tratamento normativo desigual necessitam conter, nomeadamente, uma justificação que encontre abrigo na conformidade entre os critérios eleitos pelo legislador e os objetivos da lei, além de demonstrar que tal relação é constitucionalmente pertinente. É isso que liga o princípio da proibição do arbítrio a um fundamento material objetivo que, segundo Canotilho, costuma ser resumido da seguinte forma: “existe 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”<sup>336</sup>.

O controle do desfecho normativo deve ser realizado a partir do fim que ele deseja atingir, à luz do princípio da proibição do arbítrio, e também de um critério geral de razoabilidade nele inserido, pois é com a descoberta da razão da disposição em causa que é possível verificar se a mesma detém uma “fundamentação razoável”<sup>337</sup>.

Assim, o princípio da igualdade se aproxima do princípio da proibição do arbítrio, na medida em que, nesse momento, o controle se restringe à possibilidade de invalidação das distinções arbitrárias<sup>338</sup>. Mas a proibição do arbítrio não atua como um fator determinante do conteúdo do princípio da igualdade, apenas expressa e limita a competência do controle judicial. Trata-se de um filtro que não coloca em causa a liberdade de conformação do legislador.

Contudo, a identificação do princípio da igualdade com o princípio da proibição do arbítrio traduz uma limitação do poder do juiz, que não aprecia se o legislador, num caso concreto, encontrou a solução adequada, razoável ou justa ao fim. Logo, continua bastante ampla a conformação legislativa no cumprimento da igualdade, pois somente as medidas arbitrárias são juridicamente controláveis, o resto circunscreve-se na sujeição política<sup>339</sup>.

---

<sup>335</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria... cit.*, p. 428.

<sup>336</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria... cit.*, p. 428

<sup>337</sup> “A *ratio* do tratamento jurídico é, pois, o ponto de referência último da valoração e da escolha do critério, devendo existir uma conexão entre o critério adoptado e a *ratio* do tratamento jurídico” (Ac. nº 232/03) – grifo no original. MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa... cit.* p. 226.

<sup>338</sup> Conforme, NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes... cit.*, p. 111.

<sup>339</sup> Nesse sentido NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes... cit.*, p. 112; MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa... cit.* p. 227-229.

Nessa perspectiva minimalista, o princípio da igualdade resulta substancialmente esvaziado de consequências jurídicas ou reduzido à sua mínima expressão de exigência de justificação das distinções introduzidas, bastando lembrar que para cada diferenciação tem sempre uma grande quantidade de argumentos que podem ser deduzidos em sua defesa. Somente em hipóteses extremas a distinção é puramente arbitrária e, geralmente, nesses casos, ela também pode ser invalidada com auxílio de outros princípios<sup>340</sup>.

Consequentemente, a proibição do arbítrio é manifestamente insuficiente para expressar todos os valores do princípio da igualdade<sup>341</sup>.

Por isso é preciso recorrer à outra dimensão do princípio da igualdade enquanto norma de controle, qual seja, a proibição de discriminação, que indica a ilegitimidade de qualquer distinção fundada em critérios já repudiados pelo ordenamento jurídico, assim exemplificados<sup>342</sup> pelo art. 3º, IV, da Constituição Federal (origem, raça, sexo, cor ou idade).

O tratamento diferenciado baseado em tais fatores “suspeitos”<sup>343</sup> ou critérios “subjetivos”<sup>344</sup>, pela próxima relação com a dignidade da pessoa humana e por serem identificados como discriminantes pelo Estado de Direito, é tido, à partida, como arbitrário ou injustificado. Isso não significa, necessariamente, que as diferenciações que envolvam referidos critérios que, em tese, são insuscetíveis de justificar distinto tratamento entre as pessoas, são inconstitucionais<sup>345</sup>. Apenas, em princípio, há uma presunção de ilegitimidade.

---

<sup>340</sup> Conforme, NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes... cit.*, p. 112.

<sup>341</sup> Canotilho refere que a “necessidade de valoração ou de critérios de qualificação bem como a necessidade de encontrar «elementos de comparação» subjacentes ao caráter relacional do princípio da igualdade implicam: (1) a insuficiência do «arbítrio» como fundamento adequado de «valoração» e de «comparação»; (2) a imprescindibilidade da análise da «natureza», do «peso», dos «fundamentos» ou «motivos» justificadores de soluções diferenciadas; (3) insuficiência da consideração do princípio da igualdade como um direito de natureza apenas «defensiva» ou «negativa»”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria... cit.*, p. 429.

<sup>342</sup> A doutrina é praticamente uníssona no sentido de que os critérios de desigualdade inadmissíveis enunciados no texto constitucional não são *numerus clausus*. Para Jorge Miranda, por exemplo, “eles não são senão os mais flagrantemente recusados pelo legislador constituinte – tentando interpretar a consciência jurídica da comunidade; não os únicos possíveis e, portanto, também não os únicos constitucionalmente insusceptíveis de alicerçar privilégios ou discriminações”. MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa... cit.* p. 230-1.

<sup>343</sup> Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes... cit.*, p. 113.

<sup>344</sup> Cf. MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa... cit.* p. 230.

<sup>345</sup> Jorge Reis Novais ressalta que “em qualquer caso a suspeita deve ser rigorosamente tomada como tal, isto é, como mera presunção. Se se confundisse presunção de inconstitucionalidade com inconstitucionalidade, então seriam erroneamente consideradas inválidas quaisquer diferenciações produzidas nestes domínios, mesmo quando constituíssem um meio efectivo, necessário e adequado a produzir uma igualdade real entre grupos onde imperava uma anterior situação discriminatória. Quando muito, só seriam consideradas admissíveis as diferenciações verificadas em domínios *suspeitos*, mas onde houvesse um apoio constitucional expresso que as viabilizasse, o que seria confiar demasiado na capacidade de previsão do legislador constituinte”. Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes... cit.*, p. 113. Nesse sentido também Jorge Miranda ao referir que “não se pode admitir a existência de uma presunção *iuris et de iure* de arbitrariedade em relação às

Se a distinção encontra seu fundamento exclusivamente nesses critérios subjetivos/suspeitos então é certa a inobservância do princípio da igualdade, restando maculada a medida. Se, por outro lado, a conformação legislativa conseguir demonstrar que, sem embargo da associação aos mencionados fatores subjetivos/suspeitos, o tratamento diferenciado é estabelecido por outros motivos justificados ou por necessidade de compensação ou promoção de uma igualdade real no próprio domínio dessa categoria, então a presunção é afastada<sup>346</sup>. Nesse caso, o teste de constitucionalidade deverá prosseguir com a averiguação casuística da racionalidade e da objetividade dos motivos que justificaram a distinção, merecendo censura apenas quando as razões se mostrarem arbitrárias ou absurdas, por não haver motivo racional ou objetivo<sup>347</sup>.

A objetividade estriba-se na clara identificação dos grupos desfavorecidos e a delimitação dos seus respectivos âmbitos. Não se admite tratamentos distintos por motivos alheios a esses grupos, isto é, que não sejam extraídos deles mesmos.

Objetivamente, o que permite discriminar é a diferença que as coisas, pessoas ou situações possuem em si e a correlação entre o tratamento desigual e os dados diferenciais radicados nelas. Nesse diapasão, é simplesmente irracional ou ilógico procurar em um elemento estranho a uma dada situação, alheia a ela, o fator de sua diferenciação. Se os elementos que vêm de fora da fisionomia são diferentes é possível perceber que eles é que distinguem e não propriamente a situação. O princípio da igualdade preceitua tratamento igual para situações iguais e tratamento desigual para situações desiguais. Daí não desigualar pessoas e situações quando nelas não se acham fatores diferentes. Ademais, a distinção do tratamento deve ser correspondente com a diferença que se tomou em consideração<sup>348</sup>.

Para além disso, o princípio da igualdade admite e por vezes impõe que se proceda diferenciações com vistas a compensar desigualdade de oportunidades, exigindo, conseqüentemente, outro nível de densidade de controle<sup>349</sup>.

Não basta, assim, verificar se há fundamento material para diferenciar. É necessário avaliar se o grau de diferenciação ou se a medida da diferença tem suficiente justificação<sup>350</sup>.

---

leis que estabelecem diferenciações em função de algum dos factores” considerados subjetivos. Cf. MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa... cit.* p. 231.

<sup>346</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes... cit.*, p. 113.

<sup>347</sup> MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa... cit.* p. 230.

<sup>348</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico... cit.*, p. 33-35.

<sup>349</sup> Como ensina Jorge Reis Novais, “qualquer afetação por força de tratamento desigual não se deve bastar com a simples exclusão do arbítrio, mas deve, pelo menos, ser sujeita a um tipo de controlo tão rigoroso quanto o aplicável às restrições aos direitos fundamentais”. NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes... cit.*, p. 114.

Nesse contexto, a fundamentação exigida para qualquer diferenciação remete o julgador, geralmente, para decisões em ponderação de interesses em confronto com o caso concreto, atraindo, imprescindivelmente, o teste da proibição do excesso<sup>351</sup>.

Em outros termos, apesar de a igualdade ditar os contornos externos e internos dos juízos de valoração e ponderação do julgador, continua impossível analisar se o igual foi tratado igualmente e o desigual desigualmente sem fazer valoração de circunstâncias e ponderação de bens. Dessa forma, o auxílio do princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade<sup>352</sup> busca reduzir o subjetivismo, casuísmo e intuicionismo aplicados no recurso à ponderação de bens, caracterizando-se como metódico instrumento de controle.

A relevância da sujeição ao princípio da proibição do excesso / proporcionalidade impõe breves linhas a seu respeito. Nada obstante, já é possível extrair que, em suma e com o propósito de garantir a não interferência do poder judiciário no campo da discricionariedade legislativa, o princípio da igualdade, enquanto norma de controle, confere níveis diferentes de densidade conforme os interesses em questão, a existência de categorias suspeitas, a gravidade da diferenciação ou o grau de intensidade de afetação dos direitos fundamentais<sup>353</sup>.

Contudo, a verdadeira lógica é norteadada em função da necessidade de racionalização, transparência e intersubjetividade dos procedimentos de controle do tratamento desigual, além de acentuar o equilíbrio entre os poderes no desenvolvimento de suas funções de implementação e proteção da igualdade.

A igualdade e a proporcionalidade desfrutam de íntima ligação em virtude de sua correspondência com a salvaguarda e o aperfeiçoamento dos direitos fundamentais.

<sup>350</sup> MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa...* cit. p. 234.

<sup>351</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes...* cit., p. 114-115.

<sup>352</sup> No Brasil se fala em princípio da proporcionalidade em sentido *lato* (regra geral, semelhante à proibição do excesso) e *stricto* (terceiro subprincípio / máxima), relevando registrar a existência de importante debate jurídico sobre o conteúdo jurídico e seu significado. Melhor desenvolvido em SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais...* cit., p. 404-409; e NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios constitucionais estruturantes...* cit., p. 160-186.

<sup>353</sup> Nesse sentido, Jorge Reis Novais, refere que foi assim que a jurisprudência norte-americana passou a aplicar uma “escala móvel” (*sliding scale*) da densidade do controle baseada fundamentalmente em ponderação de interesses”, ou um teste complexo de três graus de controle (*three-tier*), onde, conforme a “maior ou menor gravidade da diferenciação e o domínio (*não suspeito, quase-suspeito* ou *suspeito*) sobre que incide, assim exige, respectivamente, que ela seja sustentada por uma fundamentação meramente razoável ou racional, um interesse importante e uma relação de substancialidade entre os fins prosseguidos e os meios utilizados, ou um interesse compulsivo” (grifos no original). Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes...* cit., p. 115. Para outros, “a utilização do escalonamento por graus ou das categorias suspeitas como forma de intensificar o controle da igualdade pelo judiciário, apesar de criar interessante lista de *standards* da discriminação legislativa, termina por não produzir resultados práticos que superem em eficiência e racionalidade modelos mais simples de controle jurisdicional da igualdade” Cf. ALMEIDA, Kellyane Laís Laburu Alencar de. *A igualdade e a proporcionalidade...* cit. p. 85.

Outrossim, o princípio da igualdade não se define por si, mas é dependente de forças exteriores que lhe molda, casuisticamente, na forma compatível com os ditames constitucionais, quais sejam, justiça, adequação e razoabilidade. O conteúdo do princípio da igualdade alterna suas qualidades em preponderância de modo adequado a cada momento, consoante a necessidade e proporcionalidade. Nesses termos cabe, de um lado, ao legislador conformar o princípio da igualdade entre tratamentos iguais ou desiguais e, de outro, ao juiz realizar o controle da igualdade naquilo que é submetido à sua apreciação<sup>354</sup>.

O princípio da proporcionalidade atua, neste particular, no plano da proibição do excesso, como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais, ou, dentro do propósito do presente estudo, à promoção da igualdade.

Decorrente da própria ideia de Estado de Direito, é tão natural que acabou tido como onipresente, sendo, atualmente, quase que supérflua a questão da sua fundamentação constitucional<sup>355</sup>. Apenas para argumentar, no Brasil, é possível reconduzir o princípio a um ou mais dispositivos constitucionais. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, de acordo com a orientação germânica, o ponto referencial é o Estado de Direito (art. 1º, CF), especialmente naquilo que proíbe o arbítrio, o excesso de poder, dentre outras manifestações. Conforme vertente norte-americana, o princípio relaciona-se com o disposto no art. 5º, LIV, da CF, no que garante um devido processo legal substantivo<sup>356</sup>.

Na sua função de critério de controle de constitucionalidade o princípio distingue-se entre sentido lato e sentido estrito de proporcionalidade. O sentido lato da proporcionalidade, também denominado proibição do excesso, costuma ser desdobrado em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito<sup>357</sup>.

Ao elemento da adequação, também chamado pela doutrina conformidade, idoneidade e aptidão, é atribuído o sentido de que as medidas restritivas ou, no caso, os tratamentos desiguais sejam aptos a realizar o fim almejado com a restrição ou distinção ou contribuam para o seu alcance. Deve haver uma viabilidade técnica no sentido de ser possível, em princípio, atingir o objetivo visado por aquele determinado meio.

Por necessidade ou indispensabilidade se entende a opção pelo meio restritivo ou tratamento distinto menos gravoso, isto é, de todos os meios adequados e igualmente aptos a

---

<sup>354</sup> Conforme, ALMEIDA, Kellyane Laís Laburu Alencar de. *A igualdade e a proporcionalidade... cit.*, p. 85-86.

<sup>355</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes... cit.*, p. 161.

<sup>356</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais... cit.*, p. 405.

<sup>357</sup> Esta no Brasil é a fase da ponderação.

atingir o objetivo almejado com a restrição / distinção se deve escolher o meio que produza efeitos menos restritivos ou tratamento menos desigual.<sup>358</sup>

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito consiste em observar o equilíbrio ou relação de adequação ou proporção entre os bens e interesses em colisão, ou melhor, entre o sacrifício imposto pela restrição ou tratamento desigual e o benefício por ele visado.

É em torno da máxima dessa verificação que se realiza o efetivo controle de constitucionalidade.

Nesse particular, mormente na fase de controle, o princípio da proporcionalidade não se confunde com a ponderação. Ponderação significa pesar os bens, os valores, os direitos em conflito e dar prevalência a um ou outro. A facilidade com que uma ou outra decisão pode ser fundamentada torna o método pouco virtuoso em termos de controle de constitucionalidade. Já o princípio da proporcionalidade se ocupa em verificar a aptidão, necessidade e efetiva proporcionalidade do tratamento desigual que decorre da ponderação de bens feita pelo legislador. É nesse controle que se observa os sacrifícios impostos em contraposição aos benefícios produzidos pelo resultado visado com o tratamento distinto<sup>359</sup>. E mais, sem perder de vista a reserva do politicamente adequado e oportuno.

Para Jorge Reis Novais, a importância da distinção da nomenclatura entre proibição do excesso, como concepção mais ampla, e princípio da proporcionalidade, como um dos seus elementos, se revela pela possibilidade de verificar, com maior nitidez, as diferentes fases do controle em razão da sua diferente natureza. Em outras palavras, os filtros da aptidão e

---

<sup>358</sup> Para Ingo Wolfgang Sarlet, referido exame envolve duas etapas: a análise da “igualdade da adequação dos meios (a fim de verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim) e, em segundo lugar, o exame de meio menos restritivo (com vista a verificar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais afetados)”. In: *A eficácia dos direitos fundamentais... cit.*, p. 407.

<sup>359</sup> Jorge Reis Novais, sem olvidar certa identificação entre proporcionalidade em sentido estrito e ponderação de bens, no domínio das restrições aos direitos fundamentais, faz a competente distinção. Em suas palavras: “há que ter a noção da diferença entre a metodologia da ponderação a que se recorre quando se verifica a justificação ou fundamento de uma restrição da liberdade e os juízos valorativos a que se procede quando se analisa a proporcionalidade da medida restritiva. Enquanto que naquela primeira fase importa, mediante juízos de ponderação e valoração de bens, determinar qual dos bens em conflito apresenta, no caso concreto, real ou representado, maior peso e qual deles deve aí, por esse facto, ceder, a perspectiva de verificação da proporcionalidade no quadro de controlo da constitucionalidade das medidas restritivas é já outra. Apurada que esteja, mediante ponderação dos bens em colisão, a justificação da cedência de um bem protegido de direito fundamental, importa depois, verificar a validade constitucional da medida restritiva consequentemente emitida e fazer esse controlo em função, entre outros requisitos, da sua proporcionalidade. Ou seja, trata-se agora, de avaliar em que medida a restrição fundamentada no resultado de uma ponderação de bens não é excessiva, o que significa, no que à proporcionalidade se refere, verificar se a relação entre prejuízo da liberdade e o benefício ou fim visado com a restrição é *adequada* ou, pelo menos, que *não inadequada*. Nesse sentido, a ponderação de bens que também ocorre no controle da proporcionalidade de uma restrição é uma ponderação atípica. Não se trata de verificar qual dos bens em apreço apresenta maior *peso* e, por isso, deve prevalecer, mas de apurar a adequação material de um *meio* restritivo quando avaliado em função de um ponto de referência fixo constituído pelo *fim* visado com a restrição” (grifos no original). Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes... cit.*, p. 180-1.

necessidade, por mais que exijam valoração e não dispensem, eventualmente, métodos de ponderação, possuem natural propensão objetiva e, como tais intersubjetivamente evidenciáveis. Por sua vez, no domínio da proporcionalidade (*lato sensu*), a verificação do mencionado equilíbrio está sujeita a procedimento de ponderação de bens inteligível, mas de apreciação essencialmente subjetiva. Assim, a utilização da expressão “proibição do excesso” aspira a não inclusão na proporcionalidade das máximas que apresentam uma natureza absolutamente diversa da proporcionalidade em sentido estrito, facilitando a compreensão tanto do que está em questão nas diversas etapas do controle, como, especialmente, a variação das exigências e das margens de densidade do controle para cada um dos elementos inquiridos<sup>360</sup>.

Isso denota que quando o judiciário analisa se o legislador procedeu com fins constitucionais autênticos ou se fez uso de meios aptos a atingir os objetivos propostos (máxima da aptidão), o espaço de controle é um (maior), e será, provavelmente, um outro (menor), quando investiga se um sacrifício imposto é proporcional ao benefício alcançado ou objetivado (princípio da proporcionalidade). Reunir todas as fases de verificação sob a mesma denominação de controle da proporcionalidade propende a confundir as diferenças e igualar as margens de ação e de juízo atribuídos aos poderes constituídos quando as características da natureza reclamam, ao contrário, apropriadas distinções com proveitoso acolhimento e reflexo da expressão usada<sup>361</sup>.

De todo modo, na proporcionalidade em sentido estrito também ocorre juízo de valor de duas grandezas – gravidade da restrição / tratamento desigual em associação à importância do bem que se pretende proteger / compensação ou igualização almejada – circunstância que aproxima a metodologia à ponderação de bens e, conseqüentemente, toda gama de dificuldades decorrentes do perigo do subjetivismo, face à ausência de critérios de fiscalização objetivos e racionalmente comprováveis. Nada obstante essas importantes reservas, o recurso ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito continua sendo imprescindível ao controle de constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais ou tratamento desigual, porquanto os dois filtros anteriores – aptidão e necessidade – não exaurem todas as garantias oferecidas pelo princípio da proibição do excesso.

Muito embora o sentido que a proporcionalidade exige, nesse diapasão, seja de razoabilidade, adequação e justiça da medida ou do tratamento desigual, o intuito de reduzir o

---

<sup>360</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes... cit.*, p. 166.

<sup>361</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes... cit.*, p. 166.

subjetivismo e manter o equilíbrio entre os poderes impõe que a relação dessa medida ou tratamento distinto seja observada sob outra perspectiva, isto é, que a restrição ou distinção não se caracterize como excessiva, inadequada ou desproporcional. Do contrário, como bem ressalta Jorge Reis Novais, haveria flagrante restrição da margem de conformação legislativa. Existindo vários meios restritivos ou diversos tratamentos distintos e não desproporcionados cabe ao legislador, no âmbito da sua discricionariedade, a escolha do que considera mais adequado. Esse juízo é precipuamente político. Haverá inconstitucionalidade se a restrição ou tratamento desigual não for proporcional, sendo este o viés sindicável pela máxima da proporcionalidade em sentido estrito.<sup>362</sup>

Acontece que, mesmo com essa cautela, a intensidade do controle subentendido na análise jurisdicional da desproporcionalidade varia de acordo com a gravidade da restrição ou tratamento diferenciado e a consideração e urgência dos interesses que fundamentam a restrição ou igualização material, bem como a importância dos interesses protegidos pelo direito afetado, pois uma das perspectivas da igualdade é a equiparação quanto aos encargos – o bônus decorrente da distinção não pode ser desproporcional ao ônus a ser suportado pelo restante da coletividade.

Uma análise da correspondência entre a gravidade do tratamento distinto e a relevância dos motivos que o justificaram dirigida para a invalidação da desproporcionalidade em razão da ausência dos requisitos de justiça, adequação e razoabilidade não assegura, por si, uma objetivação importante dos juízos de valor que induziram a conclusão da necessidade de compensação material. É plausível um julgador considerar um tratamento desigual justo e adequado ao passo que outro repute essa mesma distinção completamente intolerável. Nos casos simples, o princípio da proporcionalidade é suscetível de realizar importante controle de excesso das medidas restritivas ou de tratamentos desiguais, mas nos casos verdadeiramente difíceis restringir a verificação da proporcionalidade à supressão das desproporções manifestas despoja o princípio da proporcionalidade da efetividade que, em princípio, lhe caberia enquanto limite aos limites dos direitos fundamentais<sup>363</sup>.

O desempenho desse importante filtro de controle restará mais apurado quando o princípio da proporcionalidade for além da análise isolada da relação de adequação entre o meio e o fim da restrição ou tratamento distinto, isto é, quando não se restringir a investigar se o sacrifício da medida restritiva ou tratamento desigual não é desproporcional ao fim desejado

---

<sup>362</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes... cit.*, p. 183.

<sup>363</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes... cit.*, p. 184-5.

com tal iniciativa, mas no momento em que procede na verificação mais geral da proibição do excesso, comparando as vantagens e desvantagens recíprocas de todas as alternativas legítimas e disponíveis<sup>364</sup>.

Como já ventilado, o intuito é conferir maior racionalidade ao controle judicial da igualdade e realçar o equilíbrio entre os poderes no seu desenvolvimento. Assim, no fim, se observa que nos tratamentos desiguais de menor grau, o princípio da igualdade, com a correspondente identificação com o princípio da proibição do arbítrio, é bastante para resolver acerca da legitimidade da medida. Os tratamentos desiguais de grau mediano ou elevado, mormente os fundados em critérios já repudiados pelo ordenamento jurídico, exigem um controle mais intenso. Nesses casos, há uma presunção de ilegitimidade que somente será afastada se a conformação legislativa demonstrar que o tratamento distinto é determinado por outros motivos, racional e objetivamente relevantes, que justifiquem a necessidade de compensação ou promoção de uma igualdade real no próprio domínio dessa categoria. Uma vez elidida tal presunção, o princípio da igualdade reclama, ainda, um controle de proibição de excesso, com a justificação da distinção consonante a persecução de sua idoneidade e indispensabilidade para alcançar tal objetivo, bem como sua adequada correspondência com o valor do objetivo.

### **3.3. Análise de compatibilidade material com o texto da Constituição de 1988 dos preceitos celetistas pré-constitucionais**

Como já argumentado, a promulgação da Constituição de 1988 encetou um processo de ajuste das regras jurídicas às novas concepções de igualdade, com a abolição da organização patriarcal das famílias e da sociedade, bem como a proibição de discriminação em relação ao sexo. Com isso, as normas de proteção da mulher no contrato de trabalho passaram de uma posição de proteção para uma tendência de promoção da igualdade. O legislador infraconstitucional, apesar de parecer ter compreendido essa nova postura ao editar as Leis as 7.855/1989 e 10.241/2001, revogando boa parte das normas falsamente protetivas – como a proibição do trabalho da mulher em certos locais e sob certas condições; em regime de prorrogação ou compensação de horas e, ainda, em horário notívago – não eliminou todas as disposições com essas características. Os artigos 383, 384 e 386 da CLT remanescem como

---

<sup>364</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes... cit.*, p. 185.

algumas disposições controvertidas do ponto de vista da proteção e da própria igualdade que podem contribuir no sentido de restringir o mercado de trabalho da mulher.

Cumpra assim, verificar a compatibilidade ou não dos referidos preceitos legais pré-constitucionais com a nova ordem constitucional, ou melhor, com a dinâmica da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade, porque o direito é vivo e não estático, já que a sociedade muda. Para tanto, inicialmente, será procedido uma análise da doutrina e da jurisprudência a respeito, com as correspondentes críticas, para então submeter os dispositivos celetistas em causa ao controle de constitucionalidade em observância à metodologia proposta no item anterior.

### **3.3.1. Entendimento doutrinário e jurisprudencial**

Os controvertidos artigos 383, 384 e 386 da CLT encontram-se na Seção III do Capítulo III do Título III da CLT, que diz respeito à proteção do trabalho da mulher.

Diferentemente dos homens, o art. 383 prevê a concessão à empregada de um período para refeição e repouso não inferior a uma hora nem superior a duas horas, salvo a hipótese prevista no art. 71, § 3º. Embora o entendimento corrente seja no sentido de que em jornadas inferiores a seis horas se aplica à trabalhadora mulher o intervalo previsto no art. 71, §1º, da CLT<sup>365</sup>, prevalece em jurisprudência a afirmação de tratamento distinto da mulher, não sendo permitida a dilatação, por acordo entre as partes, do intervalo de duas horas. Para o TST, a gênese do art. 383 da CLT, ao proibir, expressamente, a majoração do intervalo intrajornada de duas horas para a mulher, não concedeu direito incongruente às trabalhadoras, mas, ao contrário, objetivou preservá-las da nocividade decorrente da concessão de intervalo excessivamente elástico, que gera um desgaste natural pelo excesso de tempo em que a trabalhadora fica vinculada ao local de trabalho, na medida em que ela necessita retornar à empresa para complementar sua jornada laboral. Considerou, para tanto, sua condição física, psíquica e até mesmo social, ao entender que, não obstante as mulheres tenham conquistado 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<sup>366</sup>.

---

<sup>365</sup> DELGADO, Maurício Goldinho. *Curso de direito do trabalho... cit.*, p. 896, nota 7, lembra que “em obra clássica, de 1953, Mozart Victor Russomano indicava que o “art. 383 excluiu a hipótese do art. 71, §1º”.

<sup>366</sup> TST - E-RR - 5100-23.2002.5.12.0028. Data de Julgamento: 16/04/2009, Redator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT07/08/2009. Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/consulta-unificada> > Acesso em: 04.09.2015.

O art. 384 impõe somente para as mulheres um descanso obrigatório, em caso de prorrogação do horário normal, de quinze minutos, no mínimo, antes do início do período extraordinário de trabalho. Na doutrina há três posições bem definidas a respeito: para a corrente negativista o dispositivo em questão não foi recepcionado pela Constituição de 1988; a corrente positivista não considera discriminatório o conteúdo do preceito celetista; e a corrente ampliativa sustenta que tal vantagem deve ser estendida também aos trabalhadores homens<sup>367</sup>.

Recentemente, por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) negou provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 658312, com repercussão geral reconhecida, e firmou entendimento de que o artigo 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição de 1988. O ministro relator observou que a própria Carta Magna estabeleceu cláusula específica de igualdade de gênero e, ao mesmo tempo, admitiu a possibilidade de tratamento diferenciado, levando em conta a “histórica exclusão da mulher do mercado de trabalho”; a existência de “um componente orgânico, biológico, inclusive pela menor resistência física da mulher”; bem como um componente social, pelo fato de ser comum a chamada dupla jornada – o acúmulo de atividades pela mulher no lar e no trabalho – “que, de fato, é uma realidade e, portanto, deve ser levado em consideração na interpretação da norma”. Além disso, o Ministro Celso de Mello, acompanhando o voto do relator, invocou a teoria da proibição do retrocesso social que 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” (grifo no original)<sup>368</sup>.

Por fim, o art. 386 determina que, havendo trabalho aos domingos, seja organizada uma escala de revezamento quinzenal, que favoreça o repouso dominical, diferentemente do homem para quem a coincidência do repouso semanal remunerado com o domingo pode ocorrer em lapso maior. O entendimento jurisprudencial é no sentido de que a escala de revezamento prevista no art. 386 da CLT foi recepcionada pela Constituição de 1988, tendo em vista o art. 7º, XV, dispor ser direito dos trabalhadores o repouso semanal remunerado,

---

<sup>367</sup> Cf. GUNTHER, Luiz Eduardo; GUNTHER, Noeli Gonçalves da Silva. A igualdade de direitos entre homens e mulheres nas relações de trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*. Curitiba a. 35, nº. 65, p. 25-29, Jul./ Dez. 2010, p. 25-29.

<sup>368</sup> STF - RE 658312 RG / SC – Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Relator(a): Min. Dias Toffoli. Julgamento: 08/03/2012. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp> > Acesso em: 08.09.15. De ressaltar que, em setembro de 2015, por unanimidade, o próprio STF acolheu os embargos de declaração com efeitos modificativos para, em razão de vício de intimação dos advogados do embargante, anular o acórdão proferido pelo Tribunal Pleno no recurso extraordinário, determinando, ainda, sua inclusão em pauta para futuro julgamento, com a devida notificação e intimação das partes representantes que atuem no feito.

preferencialmente aos domingos. Para o TST o indicativo constitucional é no sentido de que se adote um sistema qualquer de preferência pelo domingo. Assim, entre duas regras, uma permite que, em uma escala de revezamento, o descanso semanal deva coincidir com o domingo apenas uma vez por mês<sup>369</sup>, e a outra estipula que tal seja proporcionado, no mínimo, por duas vezes mensalmente, como no caso do art. 386 da CLT (direcionado exclusivamente à mulher), conclui que, nesta última, o domingo está preferido, na outra não. Em outras palavras, o dispositivo celetista está em harmonia com os termos impostos pelo art. 7º, XV, da Carta Magna<sup>370</sup>.

Da análise perfunctória dos argumentos utilizados para justificar a recepção constitucional dos mencionados dispositivos celetistas, é possível observar que o primeiro fundamento utilizado para amparar as distinções é que a própria Constituição permite o tratamento diferenciado. Assim, tais situações de desigualdade se fazem no intuito de concretizar as proteções antidiscriminatórias<sup>371</sup>.

Esse fundamento é complementado com a utilização de, basicamente, três elementos justificadores do tratamento desigual, quais sejam: histórico<sup>372</sup>, social e biológico.

Por fim, também se verifica o recurso à teoria do não retrocesso social para justificar a recepção dos mencionados preceitos celetistas, pois as conquistas no âmbito social não poderiam ser suprimidas sob pena de inconstitucionalidade.

Em causa, portanto, se após a promulgação da Carta Magna de 1988, esses dispositivos conflitam ou não com o princípio da igualdade de direitos e obrigações entre

---

<sup>369</sup> As empresas autorizadas a funcionar aos domingos (ou seja, aquelas que legalmente podem desprezar a coincidência preferencial ditada pela CF) devem organizar escala de revezamento entre seus empregados de maneira a possibilitar a coincidência da folga semanal em um domingo a cada sete semanas, na forma da Portaria 417/66 do Ministério do Trabalho. Para os trabalhadores do comércio em geral, o art. 6º, parágrafo único, da Lei 10.101/2000, com redação dada pela Lei 11.603/2007, 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 de proteção ao trabalho e outras a serem estipuladas em negociação coletiva”. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L10101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10101.htm) > acesso em: 07.10.2015.

<sup>370</sup> TST Processo: AIRR - 1808-06.2009.5.10.0007. Data de Julgamento: 26/09/2012, Relator Ministro: Pedro Paulo Manus, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/09/2012. Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/consulta-unificada> > Acesso em: 07.10.2015.

<sup>371</sup> Nesse sentido, por exemplo, CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 24ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999. p. 260-61. No contexto jurisprudencial, além dos arestos já referidos há que ressaltar dois outros acórdãos paradigmas: TST-IIN-RR-1.540/2005-046-12-00.5. Data de Julgamento: 17/11/2008, Relator Ministro: Ives Gandra Martins Filho, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DEJT 13/02/2009; e TST-RR - 218600-78.2009.5.02.0070. Data de Julgamento: 06/03/2013, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/03/2013. Estes últimos disponíveis em: < <http://www.tst.jus.br/consulta-unificada> > Acesso em: 26.10.15.

<sup>372</sup> Sobre a histórica discriminação da mulher na sociedade brasileira vide BARSTED, Leila Linhares e PITANGUY (org.). *O progresso das mulheres no Brasil 2003–2010*. Rio de Janeiro: CEPIA; Brasília: ONU Mulheres, 2011. Disponível em: < <http://www.unifem.org.br/sites/700/710/progresso.pdf> > Acesso em: 28.10.2015.

homens e mulheres. Se são justificáveis os tratamentos diferenciados apenas em razão do sexo ou se as distinções estimulam a discriminação no trabalho entre iguais, mormente quando a recomposição da fadiga, no ambiente de trabalho, é igual para o homem e para a mulher, assim como são iguais a nocividade decorrente da concessão de intervalo excessivamente elastecido e a não coincidência da folga semanal com o domingo a cada quinze dias.

Será analisado separadamente cada um dos principais argumentos para demonstrar o elevado nível de subjetivismo, para, na sequência, proceder a um juízo positivo ou negativo da receptividade dos dispositivos celetistas em causa observando-se a metodologia proposta.

### **3.3.1.1. Autorização constitucional para diferenciar**

Efetivamente a Constituição estabelece garantia geral de igualdade, pois em seu art. 5º, *caput*, dispõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Também assegura, especificamente, igualdade de gênero, ao dispor no inciso I do mesmo art. 5º que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”. Além disso, excepciona a possibilidade de tratamento diferenciado, por opção do constituinte, na parte final do dispositivo em comento, salientando que isso se dará nos termos da Constituição, sendo que o art. 7º, inciso XX, é cristalino ao autorizar, no âmbito laboral, a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei.

A assertiva é correta, mas, evidentemente, o tratamento diferenciado deve guardar relação direta com o critério diferenciador e o fim pretendido. Não basta a autorização constitucional para diferenciar. É imprescindível que exista uma conformidade racional entre o tratamento desigual deferido e a finalidade distintiva que lhe serviu de propósito.

Especificamente no caso do art. 384 da CLT, mas que também pode ser estendido aos demais dispositivos em análise, o TST, no incidente de inconstitucionalidade em Recurso de Revista 1.540/2005-046-12-00.5, entendeu que 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 de homens e mulheres”. E no intuito de justificar que o “maior desgaste natural da mulher trabalhadora, em comparação com o homem, dada a diferente compleição física, não foi desconsiderado pelo Constituinte de 1988”, referiu o art. 201, §7º, da Constituição, que garante diferentes condições para a aquisição da aposentadoria, para os trabalhadores do sexo masculino e

feminino<sup>373</sup>, concluindo que “se não houvesse diferenciação de desgaste físico entre homens e mulheres em condições semelhantes de trabalho, não se admitiria a antecipação em cinco anos da jubilação da mulher”<sup>374</sup>.

A nota que se impõe, data vênua ao entendimento da colenda Corte, é que a distinção constitucional das exigências para jubilação de homens e mulheres não decorre pura e simplesmente da compleição física, mas deve-se à circunstância de que para as mulheres é mais difícil manter uma vida produtiva constante e sem complicações, porquanto, em razão da maternidade, são obrigadas a deixar de contribuir para a previdência social, eis que compelidas a sair do mercado de trabalho nos primeiros anos da criação dos filhos. Como bem expõe Cristiane Maria Sbaqueiro Lopes, pode-se até argumentar que o ordenamento jurídico já confere a licença maternidade e estabilidade no emprego, motivo pelo qual a trabalhadora mulher não teria necessariamente que deixar o trabalho. Contudo, a maternidade é elemento de grande instabilidade na relação laboral, já que a garantia de emprego até cinco meses após o parto não assegura todo o período de intenso cuidado da prole, em que a dedicação integral à carreira é prejudicada. As responsabilidades da procriação, em virtude da cultura patriarcal, ainda recaem mais sobre as mulheres. Esse encargo motiva a preferência pelo trabalhador homem, exacerbando as dificuldades de reingresso da mulher no mercado de trabalho. Todavia, como prossegue a autora, o cuidado dos filhos não deixa de ser um trabalho. Trabalho sem a correspondente contraprestação financeira e, conseqüentemente, sem a respectiva contribuição previdenciária, mas essencial para a continuação da espécie e, principalmente, desenvolvido em favor da sociedade. Assim, por razoável, no tempo em que se presume estar a mulher afastada do trabalho remunerado, há que supor que estava contribuindo para a reprodução social, sem receber remuneração e que por isso, não poderia contribuir formalmente para a previdência social. A distinção constitucional no que tange às condições de aposentadoria deve ser entendida, por conseguinte, como uma compensação à mulher trabalhadora, uma forma de promover a igualdade de fato<sup>375</sup>.

O que se observa no tratamento desigual acerca das condições de aposentadoria entre homens e mulheres é que a conformação do princípio da igualdade não está propriamente no

---

<sup>373</sup> CF, art. 201, §7º. “É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições: I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher; II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal”. (redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

<sup>374</sup> Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/consulta-unificada> > Acesso em: 26.10.2015

<sup>375</sup> Conforme LOPES, Cristiane Maria Sbaqueiro. *Direito do trabalho da mulher... cit.*, p. 428-429.

fator de diferenciação eleito, qual seja, no caráter sexual ou na compleição física, mas no nexo lógico entre a particularidade diferencial considerada na mulher, isto é, as responsabilidades decorrentes da maternidade e a desigualdade de tratamento em razão dela conferida, porquanto a solução de continuidade da carreira profissional prejudica o tempo de contribuição para os efeitos de aposentadoria.

Transpondo essa questão para os referidos dispositivos celetistas pré-constitucionais, verifica-se que o tratamento diferenciado dos intervalos intrajornada e da coincidência da folga semanal aos domingos não são justificáveis por si só na diferença da compleição física de homens e mulheres, não havendo nessas hipóteses razão racional para diferenciar.

### **3.3.1.2. Elemento histórico**

O fator histórico consubstancia-se na reiterada discriminação que a mulher sofreu ao longo dos tempos, sendo que a distinção no que tange à concessão de intervalo obrigatório antes do início do trabalho extraordinário, da proibição de elástico do intervalo intrajornada máximo de duas horas e da coincidência da folga semanal aos domingos de modo quinzenal, decorre da obrigação de o Estado implantar políticas públicas de natureza protetora no âmbito do direito do trabalho.

A primeira crítica é no sentido de que tais preceitos, ao contrário de implementar normas de proteção, na verdade criam empecilhos à contratação da mão de obra feminina, por revelarem ônus empresariais não encontrados na contratação de trabalhadores do sexo masculino.

Numa empresa de transporte escolar, por exemplo, em que para ajustar o horário de trabalho à demanda é conveniente dilatar o intervalo intrajornada máximo de duas horas para três, é obviamente mais interessante contratar um motorista do sexo masculino a uma trabalhadora mulher por conta de o art. 383 da CLT proibir tal elástico para elas.

Também em qualquer empresa que, por vezes, se vê obrigada a exigir trabalho além do normal, é natural a preferência pelo trabalho masculino que não exige, nessa hipótese, a concessão de intervalo de 15 minutos antes do início do labor extraordinário, cuja inobservância implica no pagamento do período correspondente como extra, a teor do art. 71, §4º, da CLT.

Por fim, nas atividades que por exigências técnicas ou de interesse público se faz necessário o trabalho aos domingos, é evidente a facilidade de organizar uma escala de revezamento cujo descanso semanal coincide com o domingo apenas uma vez por mês, em

detrimento de outra que estipula que tal seja proporcionado, no mínimo, a cada quinze dias. Ademais, a observância da escala de revezamento quinzenal para concessão do descanso semanal aos domingos é incompatível com a garantia de repouso após o sexto dia de trabalho, como exige a OJ nº 410 da SBDI-I do TST<sup>376</sup>. Sendo garantido à mulher o descanso ao domingo em uma semana sim outra não, tem-se que poderá ser descumprido o lapso máximo para a concessão do repouso naquelas atividades que exigem trabalho ao domingo. Assim, para elaborar a escala de revezamento, por exemplo, o empregador concederia na primeira semana o descanso ao domingo, na segunda concederia ao sábado e na terceira, obrigatoriamente, recairia no domingo, fazendo com que este último seja concedido de forma extemporânea, após sete dias de trabalho, violando o art. 7º, XV, da CF. Logo, não há como aplicar somente à trabalhadora mulher o “melhor de dois mundos”<sup>377</sup>.

É prescindível qualquer estudo, pesquisa ou levantamento técnico para a constatação de que há falsa proteção, ou melhor, que os citados dispositivos legais prejudicam o mercado de trabalho da mulher, já que os entraves saltam aos olhos. Aliás, há que admitir que a preferência na contratação de homens ao invés de mulheres, para não se dizer discriminação, não revelará a verdadeira razão. A influência desses empecilhos, invariavelmente, restará velada. Nesse sentido, o Ministro Luiz Fux ao proferir seu voto no RE 658312, que examinou a recepção do art. 384 da CLT pelo atual texto constitucional, ressaltou essa ilação subjacente ao referir que o STF, quando analisou a (im)possibilidade de penhora de imóvel do fiador, à luz do direito social da moradia, também enfrentou argumento dessa ordem, ou seja, de que se a penhora não fosse permitida haveria majoração dos alugueis. Todavia, a questão foi enfrentada sem nenhum dado empírico, apenas levando em conta a “avaliação objetiva da situação jurídica que poderia ser gerada por uma regra desse teor”<sup>378</sup>, porquanto o Direito não vive tão distante da realidade.

A segunda crítica que merece o argumento histórico é que ele olvida o novo contexto constitucional no tocante à igualdade de direitos e deveres de homens e mulheres. O artigo 5º, I, da Carta Magna preceitua que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”.

---

<sup>376</sup> “Repouso semanal remunerado. Concessão após o sétimo dia consecutivo de trabalho. Art. 7º, XV, da CF. Violação”. Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/consulta/ojs> > Acesso em: 07.10.2015.

<sup>377</sup> Nesse sentido, TST Processo: ARR - 135300-92.2012.5.21.0004. Data de Julgamento: 25/02/2015, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/03/2015. Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/consulta-unificada> > Acesso em: 07.10.2015.

<sup>378</sup> STF - RE 658312 RG / SC – Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Relator(a): Min. Dias Toffoli. Julgamento: 08/03/2012. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp> > Acesso em: 08.09.15.

A propósito, o Ministro Marco Aurélio, no mencionado RE 658312, enfatiza que o preceito constitucional que proíbe a discriminação é exemplificativo no que se refere à cor, à idade e ao sexo, tendo o condão de afastar do cenário jurídico toda e qualquer discriminação. Isso porque o *caput* do art. 5º da Constituição de 1988 é direto, preciso e cristalino no sentido de que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, vindo o “inciso I a revelar a necessidade de observância – e os preceitos constitucionais são imperativos e não simplesmente dispositivos – da festejada premissa de que ‘homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações’”. Assim, naturalmente, conclui que o art. 384 da CLT “gera algo que a Carta afasta, a discriminação, e no mercado de trabalho, no que as mulheres buscam a fonte do próprio sustento, e a realização pessoal, profissional”<sup>379</sup>.

Tais diferenças desarrazoadas de tratamento entre homens e mulheres contrariam a lei maior, não tendo como tais dispositivo legais serem recepcionados pelo atual ordenamento jurídico. Não já justificativa plausível para tamanhas diferenciações.

### 3.3.1.3. Elemento social

O argumento social é traduzido pelo discurso de que é comum a mulher estar submetida à chamada dupla jornada ao acumular atividades do lar e da profissão, sendo que em função dessas “circunstâncias próprias” é que se insere a ideia de concessão de vantagens específicas.

Chama atenção a importância dada a esse fator social. Praticamente em todos os julgados<sup>380</sup> aparece o argumento de que a mulher está submetida a um maior desgaste natural em face da dupla jornada, merecendo o tratamento diferenciado em termos de jornada de trabalho e de períodos de descanso.

A manutenção da citada dupla jornada da mulher decorre, em boa parte, da arraigada cultura sexista. Mesmo após a atual Constituição prossegue o entendimento de que a mulher não pode ficar mais tempo do dia vinculada ao contrato de trabalho (CLT, art. 384) porque

---

<sup>379</sup> Refere, ainda, que a possibilidade de exceção está estabelecida na própria Carta da República, por isso é que se tem a cláusula final no inciso: “nos termos desta Constituição”. STF - RE 658312 RG / SC – Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Relator(a): Min. Dias Toffoli. Julgamento: 08/03/2012. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp> > Acesso em: 08.09.15.

<sup>380</sup> Nesse sentido: TST - RR - 121100-07.2010.5.13.0026. Data de Julgamento: 07/03/2012, Relator Ministro: Ives Gandra Martins Filho, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/03/2012; TST E-RR - 5100-23.2002.5.12.0028. Data de Julgamento: 16/04/2009, Redator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT07/08/2009; e STF - RE 658312 RG / SC – Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Relator(a): Min. Dias Toffoli. Julgamento: 08/03/2012.

precisa voltar para casa cuidar do lar e dos filhos! Sem contar que a rigidez na concessão de intervalo de quinze minutos antes do início do período extraordinário de trabalho contraria a própria exegese (também obsoleta) do art. 383 da CLT, que proíbe a dilação do intervalo intrajornada, justamente para que a mulher não fique tanto tempo atrelada ao contrato de trabalho.

O argumento de dupla jornada não se coaduna com a nova orientação constitucional que veda a divisão das responsabilidades familiares pelo sexo.

Não se ignora que, embora a Constituição de 1988 tenha abolido o modelo de organização familiar patriarcal ao estabelecer que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”, ainda existem, infelizmente, distorções na divisão das tarefas domésticas com maior peso sobre a mulher. Todavia, o que causa a espécie é a repetição do antigo. Com efeito, tanto no TST quanto no STF, se verifica a argumentação no sentido de que “a vocação primária do homem seria o domínio sobre a terra e a da mulher a geração e educação dos filhos”. Por essa razão, “a mulher deve encontrar, na sociedade, a profissão adequada que não a impeça de cumprir a sua vocação primária, de ser ‘o coração da família e a alma da casa’”, não sendo apropriado “limitar-se à imitação do modo de ser masculino”<sup>381</sup>. Inobstante a importância que esse pensamento outrora teve, hodiernamente, data vênica, não mais se compatibiliza com a realidade fática e jurídica, refletindo apenas uma fórmula social baseada em estereótipos sexistas que conferem à mulher um papel secundário no âmbito laboral, corroborando a falsa ideia de fragilidade feminina e o preconceito do homem no que diz respeito às atribuições familiares e domésticas<sup>382</sup>.

O papel do judiciário é acompanhar essa dinâmica, agindo como transformador da sociedade, “sob pena de perder a legitimidade e, por consequência, o poder de conservação social”<sup>383</sup>. Cabe ao poder judiciário mudar a cultura patriarcal, levar a Constituição a sério e, efetivamente, igualar a mulher no ambiente laboral, afastando os preceitos legais que se revelam atentatórios da igualdade de tratamento e que se caracterizam verdadeiros obstáculos à mulher no mercado de trabalho.

---

<sup>381</sup> Conforme referido nos acórdãos TST - IIN-RR-1.540/2005-046-12-00 e STF - RE 658312 RG / SC, o excerto é de KAWA, E. Edith Stein. 1ª ed. São Paulo: Quadrante, 1999. P. 58-63.

<sup>382</sup> Nesse sentido, conforme já ventilado, BARROS, Alice Monteiro de. *O trabalho da mulher... cit.*, p. 54.

<sup>383</sup> Nas palavras de LOPES, Cristiane Maria Sbaqueiro. *Direito do trabalho da mulher... cit.*, p. 428-429.

### 3.3.1.4. Elemento biológico

O elemento biológico é, sem dúvida, o principal critério diferenciador utilizado para justificar o trato diferenciado entre homens e mulheres no tocante à obrigatoriedade do intervalo de quinze minutos entre o término da jornada normal e o início do período extraordinário do trabalho, bem como no que diz respeito à proibição de dilatação do intervalo intrajornada máximo de duas horas e da coincidência preferencial da folga semanal aos domingos a cada duas semanas de trabalho.

É assente que o homem tem mais aptidão física do que a mulher. Mas o quê, do ponto de vista biológico, é mais prejudicial à mulher do que ao homem no que tange ao desenvolvimento do labor extraordinário, quando o restabelecimento do cansaço, no ambiente de trabalho, é igual para o homem e para a mulher? O esgotamento decorrente do trabalho em horário excedente é comum a ambos os sexos. Se o trabalho exige esforço físico, o artigo 390 e parágrafo único da CLT veda à mulher os serviços que exigem emprego de força muscular superior a 20 quilos para trabalho contínuo ou 25 quilos para o trabalho ocasional, não se incluindo, nessa restrição, a remoção de material feita por sistemas mecânicos. O dispositivo permanece vigente, e a justificativa se baseia na concepção de que o sistema muscular da mulher é menos desenvolvido do que o do homem. Em outras palavras, nesse caso, já existe tratamento diferenciado decorrente da compleição física da mulher. E o que dizer se o trabalho for intelectual? A regra do art. 384 absolutamente não faz nenhum sentido e é desprovida de qualquer suporte racional.

Além disso, é de notar que o artigo 376 da CLT proibia o trabalho extraordinário para as mulheres, salvo força maior, havendo, em caso de prorrogação do horário normal, necessidade de um descanso obrigatório de quinze minutos (art. 384). Ocorre que aquela disposição restou expressamente revogada pela Lei 10.244 de 27 de junho de 2001, pelo que deixou de haver proibição de horas extras para as mulheres. Assim, e na interpretação sistemática da CLT, o motivo do descanso era a excepcionalidade das horas extras para as mulheres. Como o legislador infraconstitucional entendeu não haver mais fundamento para a distinção, resulta sem justificativa o descanso previsto no artigo 384 da CLT.

Conforme lúcido voto do Ministro do TST, Carlos Alberto Reis de Paula, o tratamento desigual do artigo 384 da CLT também não encontra respaldo na OIT, mais precisamente nas “Convenções da OIT n. 3, 103 e 183, que cuidam da proteção à maternidade, n. 4, 41 e 99, que tratam do trabalho noturno, n. 156, que trata das responsabilidades familiares, n. 45, trabalho nos subterrâneos e minas, n. 13 e 136, sobre

trabalhos insalubres e n. 100 e 111, sobre igualdade de salários e oportunidades no emprego ou profissão”. Efetivamente, “não há base científica a sustentar a necessidade física de descanso de 15 minutos de descanso após a jornada normal, e antes de iniciar as horas extraordinárias, para as mulheres, e não para os homens”, não olvidando que a “*ratio legis* do artigo 384 é a proteção da mulher, em relação ao trabalho do homem”<sup>384</sup>.

As horas extras devem ser evitadas, tanto para o homem como para a mulher. O ônus da exigência do trabalho suplementar é o pagamento do tempo extraordinário com pelo menos cinquenta por cento de acréscimo a teor do art. 7º, XVI, da CF, indistintamente para homens e mulheres.

Igualmente parecida é a prejudicialidade derivada da concessão de intervalo elástico ou da não coincidência da folga semanal com o domingo a cada quinze dias. A maior vinculação do trabalhador durante o dia ao contrato de trabalho pode ser tão nociva para o homem quanto para a mulher. O mesmo se diz do revezamento do repouso semanal coincidente com o domingo em intervalos maiores que uma quinzena. O critério diferenciador das hipóteses dos artigos 383 e 386 não guarda relação alguma com o fim pretendido. Não é a natureza biológica que ampara o tratamento desigual. A legislação infraconstitucional pode e deve fixar direitos e obrigações diferentes para homens e mulheres, desde que o tratamento distinto se justifique por desigualdade real e seja adequada aos limites dessa desigualdade.

As distinções, no contexto trabalhista, devem resultar da diversidade de aptidão de cada um ou de motivos objetivos importantes e justificáveis, mas não de diferenças arbitrárias fundadas em critérios não determinantes para o exercício da atividade<sup>385</sup>.

### **3.3.1.5. Proibição de retrocesso social**

O recurso à teoria da proibição de retrocesso social resta explicitado no voto do Ministro do STF, Celso de Mello, no RE 658312 RG / SC, ao referir que se a Corte, “por absurdo, julgasse não recepcionado o art. 384 da CLT, tal decisão implicaria frontal transgressão” ao mencionado princípio<sup>386</sup>. Explica o Ministro que “a cláusula que proíbe o

---

<sup>384</sup> TST - RR - 229500-40.2000.5.09.0071. Data de Julgamento: 16/04/2008, Relator Ministro: Carlos Alberto Reis de Paula, 3ª Turma, Data de Publicação: DJ 09/05/2008. Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/consulta-unificada> > Acesso em: 04.11.2015.

<sup>385</sup> Cf. GUNTHER, Luiz Eduardo; GUNTHER, Noeli Gonçalves da Silva. *A igualdade de direitos... cit.*, p. 19.

<sup>386</sup> Na doutrina, o recurso à teoria do não retrocesso social é utilizado, inclusive, para justificar a aplicação do disposto no art. 384 da CLT também aos homens. Nesse sentido, MARQUES, Rafael da Silva. Princípio da igualdade no âmbito trabalhista – análise do artigo 384 da CLT. *Cadernos da Escola Judicial do Tribunal*

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”<sup>387</sup>.

Sem ter a pretensão de censurar, longe disso, a invocação da teoria do não retrocesso social para proteger o direito afetado é um tanto quanto deslocada e até minorizante, tendo em vista a própria natureza de direito fundamental<sup>388</sup> dessa parcela.

É que a ideia de proibição de retrocesso<sup>389</sup> social foi construída pela ordem jurídica da Alemanha, especialmente na segunda metade do século XX, como resposta aos problemas econômicos que colocavam em causa os níveis de bem-estar social conquistados após a segunda grande guerra.

A fórmula repousava no preceito, questionável, de que as realizações do Estado social<sup>390</sup> estariam constitucionalmente protegidas contra possíveis retrocessos no seu conteúdo ou contra eventuais reversões insuficientemente justificadas. Isso tudo porque a Lei Fundamental alemã não consagrava os direitos sociais em seu texto. Por corolário, não havia eficaz proteção contra a modificação ou simples revogação dos direitos sociais densificados pela lei ordinária, já que esta, como qualquer outra lei comum, estava à mercê do poder de conformação e auto-revisibilidade. Logo, a preocupação de criar argumentos que limitassem a margem de liberdade do legislador infraconstitucional.

Escorado no princípio constitucional do Estado social, surgiu o princípio de proibição de retrocesso social, com pretensão de imprimir resistência constitucional a tais conformações do legislador infraconstitucional.

---

*Regional do Trabalho da 4ª Região*. Estudos de administração judiciária: reflexões de magistrados sobre a gestão do Poder Judiciário. nº. 02-2009, p. 193-199. Porto Alegre: HS Editora, 2009 p. 195-196.

<sup>387</sup> STF - RE 658312 RG / SC – Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Relator(a): Min. Dias Toffoli. Julgamento: 08/03/2012.

<sup>388</sup> A Constituição brasileira de 1988 erigiu os direitos sociais à categoria de direitos fundamentais resultando pouco virtuoso o debate sobre sua natureza jusfundamental.

<sup>389</sup> Há que registrar a diversidade de termos para a fórmula em questão: teoria da irreversibilidade, não retorno da concretização, obrigação de não regressividade, proibição da evolução reacionária, proibição da contrarrevolução social. Nesse sentido: NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais... cit.*, p. 240; FREITAS, Tiago Fidalgo de. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social*, Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no Centenário do seu nascimento, v II. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 784. Sobre a imprecisão conceitual, SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003, p. 261.

<sup>390</sup> O princípio de Estado social encontra-se positivado no artigo 20º/1 da Constituição Alemã ao prever que: “A República Federal da Alemanha é um Estado federado, democrático e social”.

Pela singeleza do funcionamento dessa engenhosidade jurídica ela foi facilmente importada para outros sistemas jurídicos, inclusive o Brasil, cuja Carta Magna, ao contrário da alemã onde a fórmula se desenvolveu, expressamente consagra os direitos sociais como direitos fundamentais e como tais se beneficiam de proteção constitucional, não necessitando recorrer à controvertida construção alienígena.

Essa importação acrítica da teoria do não retrocesso social como barreira de proteção dos direitos fundamentais expressamente consagrados na Carta Magna impõe maiores considerações para melhor compreensão do tema.

A seguir, o esforço da doutrina, nomeadamente a brasileira, em conferir *status* de princípio constitucional implícito a tal formulação jurídica, bem como sua controvertida amplitude, para, na sequência o lançamento das necessárias críticas.

### **3.3.1.5.1. Pretensa sustentação constitucional à fórmula da proibição do retrocesso**

Grande parte da doutrina brasileira é simpática ao controvertido princípio da proibição do retrocesso, sobretudo por guardar estreita relação com a noção de segurança jurídica, decorrente do próprio Estado de direito, e também reclamada pela dignidade da pessoa humana<sup>391</sup>.

O aprofundamento da consciência jurídica geral da proteção social, em países recentemente redemocratizados, como foi o caso de Portugal (redemocratizado em 25 de abril de 1974, com nova Constituição em 1976), teve significativa influência no desenvolvimento do princípio em questão no âmbito da doutrina nacional brasileira.

Nesse contexto, desponta o magistério do jurista lusitano José Joaquim Gomes Canotilho, a quem se credita<sup>392</sup>, em Portugal, o maior esforço de dogmatização do princípio da proibição do retrocesso. Num período marcado pelo desejo de profundas mudanças políticas, sociais e econômicas emergia o entendimento de uma dimensão subjetiva dos direitos sociais. Isto é, sustentava o referido jurista<sup>393</sup>, que após a concretização do direito

---

<sup>391</sup> Para Ingo Wolfgang Sarlet é “evidente que a dignidade da pessoa humana não exige apenas uma proteção em face de atos de cunho retroativo (isto, é claro, quando estiver em causa uma efetiva ou potencial violação da dignidade em algumas de suas manifestações), mas também não dispensa uma proteção contra medidas retrocessivas, mas que não podem ser tidas como propriamente retroativas, já que não alcança as figuras dos direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada”. In: *A eficácia dos direitos fundamentais... cit.*, p. 444.

<sup>392</sup> Nesse sentido, FREITAS, Tiago Fidalgo de. *O Princípio da proibição... cit.*, p. 812.

<sup>393</sup> CANOTILHO, Gomes. *Constituição dirigente... cit.*, p. 374.

fundamental social pela legislação infraconstitucional esse direito assumia a condição de direito subjetivo<sup>394</sup> a determinada prestação do Estado, de forma que não estava mais na esfera de disponibilidade do legislador. E neste plano jurídico-subjetivo dos direitos fundamentais sociais o legislador democrático estaria totalmente vinculado a esta concretização, sem a possibilidade de alteração prejudicial posterior.

Apesar de ser assente que a incidência de uma eficácia vedativa do retrocesso não está positivada no texto constitucional brasileiro, a ideia foi importada, desencadeando imenso esforço doutrinário para construir uma argumentação constitucional suficientemente robusta para amparar a proibição do retrocesso nos seus domínios<sup>395</sup>, ou seja, de reconhecer como princípio implícito do direito constitucional.

O primeiro argumento utilizado é que o princípio em questão decorre do princípio do Estado democrático e social de direito, consagrado no artigo 1º da Constituição brasileira<sup>396</sup> que impõe um nível mínimo de segurança jurídica<sup>397</sup>, abrangendo obrigatoriamente a proteção da confiança e a manutenção da continuidade da ordem jurídica<sup>398</sup>.

O auxílio ao Estado social para dar estigma de constitucionalidade tem flagrante influência germânica, que por ter a Lei Fundamental omissa no que tange aos direitos sociais, necessita extrair da cláusula do Estado social uma multiplicidade de direitos. Nesse compasso, a noção é resultante do próprio significado de Estado social, qual seja de reconhecer que os direitos só adquirem sentido prático se os respectivos titulares dispunham de um mínimo de condições materiais para o competente gozo. Isso, no viés da proibição do retrocesso, implica dizer, na obrigatoriedade de a ordem jurídica manter esse mínimo.

---

<sup>394</sup> Direito subjetivo pela concepção de Kelsen, é a imposição de um dever (nesse caso ao Estado) e conferência de poder de agir (nesse caso ao particular).

<sup>395</sup> Luís Roberto Barroso leciona que “por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido”. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a eficácia de suas normas*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 158.

<sup>396</sup> Art. 1º “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...)”.

<sup>397</sup> Ingo Wolfgang Sarlet refere que a “a doutrina constitucional contemporânea tem considerado a segurança jurídica como expressão inarredável do Estado de Direito, de tal sorte que a segurança jurídica passou a ter *status* de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito”. *In: A eficácia dos direitos fundamentais... cit.*, p. 442.

<sup>398</sup> Nesse sentido vide SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais... cit.*, p. 442.

Quanto à invocação do princípio da proteção da confiança e da segurança jurídica como decorrência, estes logicamente são oriundos do Estado de direito democrático, sendo o primeiro na vertente subjetiva e o segundo na vertente objetiva<sup>399</sup>.

Na formulação importada da doutrina germânica há violação do princípio da proteção da confiança sempre que e, de forma cumulativa, o Estado atue de maneira a gerar, estimular ou tolerar expectativas de continuidade de um certo quadro jurídico; tais expectativas se mostrem fundadas ou justificadas, não havendo motivos para esperar, com razoabilidade, alterações radicais em relação a elas; e a não satisfação das mesmas não seja justificada por motivos prementes, compulsivos de interesse público<sup>400</sup>.

Sobressairia desses princípios, portanto, a natureza constitucional implícita da proibição do retrocesso, que simplesmente rechaça medidas legislativas que venham a subtrair supervenientemente o grau de concretização anterior.

O segundo e concorrente argumento vem do princípio da dignidade da pessoa humana, igualmente positivado da Lei Fundamental brasileira<sup>401</sup>. Parte-se da consideração de um essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana<sup>402</sup>. Sob a égide desse princípio se exige uma satisfação de uma existência condigna, não sendo toleráveis medidas que fiquem aquém desse nível de vida.

Outro princípio invocado para dar guarida à tese de natureza constitucional implícita da proibição do retrocesso é a aplicação da máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais, a teor do disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição brasileira<sup>403</sup>. Pela aplicação do referido princípio se defende a ideia de que a norma infraconstitucional conformadora adquire a natureza de imediata aplicabilidade para defender que eliminar o direito densificado pela referida norma seria o equivalente a retirar a eficácia jurídica das normas constitucionais. Em outras palavras e segundo Ingo Wolfgang Sarlet, o direito à

---

<sup>399</sup> Vide a propósito FREITAS, Tiago Fidalgo de. *O princípio da proibição... cit.*, p. 817.

<sup>400</sup> FREITAS, Tiago Fidalgo de. *O Princípio da proibição... cit.*, p. 817.

<sup>401</sup> O inciso III do artigo 1º da Constituição brasileira estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado.

<sup>402</sup> Desde já Tiago Fidalgo de Freitas observa que é “afirmação corrente que todos os direitos fundamentais têm como *punctum unionis* o ser humano e a sua dignidade”. Adverte também que a vacuidade do princípio da dignidade da pessoa humana – que não pode ser simplesmente delimitado na citação de Kant, segundo o qual cada ser humano deve ser perspectivado como um fim em si mesmo e nunca como meio –, aliada à sua expansão dos catálogos, cada vez mais o fazem perder o sentido. *Idem*, p. 819.

<sup>403</sup> O art. 5º, §1º, da CF dispõe que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

segurança jurídica exige que se dê a maior proteção possível, inclusive contra medidas de caráter retrocessivo<sup>404</sup>.

O princípio da segurança jurídica, emanado expressamente do caput do artigo 5º da Carta Magna<sup>405</sup> – e também do próprio Estado democrático de direito<sup>406</sup> – seria outro pilar de sustentação constitucional da proibição do retrocesso. É que um dos enfoques constitucional<sup>407</sup> é a proteção contra medidas de cunho retroativo como se depreende do resguardo do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito. Assim, como são inúmeras as situações que integram a noção mais ampla de segurança jurídica, a proibição do não retrocesso encontraria, implicitamente, plena conformação constitucional.

Esses são, em apertada síntese, os principais argumentos utilizados pela doutrina brasileira no sentido de reconhecer a vedação de retrocesso social como princípio constitucional implícito.

### 3.3.1.5.2. Amplitude de proteção conferida pela vedação do retrocesso social

Além da controvertida natureza constitucional da proibição do retrocesso social, existe grande celeuma<sup>408</sup> no tocante à amplitude da proteção outorgada pelo referido princípio.

O principal precursor da proibição do retrocesso em Portugal – e que exerceu importante influência na doutrina brasileira conforme já ventilado – logo se apercebeu que a rigidez era insustentável. Inicialmente José Joaquim Gomes Canotilho argumentava que as conformações das normas constitucionais, pelo legislador ordinário, as vinculava plenamente a essas posições, não havendo a possibilidade de modificação *in pejus*<sup>409</sup>. Posteriormente, como bem observado por Jorge Reis Novais, na segunda edição da sua *Constituição anotada*, 1984 (a primeira edição é de 1978 em coautoria com Vital Moreira) o referido

---

<sup>404</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais... cit.*, p. 455.

<sup>405</sup> Art. 5º. “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

<sup>406</sup> Vide nesse sentido SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais... cit.*, p. 456.

<sup>407</sup> O art. 5º, XXXVI, da CF dispõe que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

<sup>408</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais... cit.*, p. 458.

<sup>409</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente... cit.*, p. 374.

constitucionalista apresentou entendimento flexibilizado ao admitir a ideia de proibição relativa do retrocesso social<sup>410</sup>.

Esta flexibilização passou pelo abandono do apelo ideológico – fomentado pelo contexto de pós-ditadura que Portugal vivia e da então necessidade de radicar a proteção dos direitos sociais – no sentido de manutenção para sempre das densificações já realizadas, para sustentar que a restrição da liberdade do legislador circunscrevia-se ao núcleo essencial dos direitos sociais, levando-se em conta, inclusive, a reserva do financeiramente possível.

Com efeito, admitir a vedação de retrocesso social de modo absoluto, além de implicar grave violação da separação harmônica dos poderes, pois se alijaria sobremaneira a função legislativa, negar-se-ia a possibilidade e, inevitavelmente, a necessária revisibilidade das normas conformadoras, reclamada pela dinâmica da vida em Estado de direito.

Para exemplificar na jurisprudência, o Tribunal Constitucional Português, no conhecido acórdão n.º 509/02, embora tenha abdicado da aplicação da vedação do retrocesso social – teoria, aliás, praticamente refutada pela moderna doutrina portuguesa –, reconheceu a impossibilidade de atingir o núcleo essencial do direito. Tratava-se de controle preventivo de constitucionalidade de Decreto da Assembleia da República que substituiu o antigo rendimento mínimo garantido pelo denominado rendimento social de inserção, excluindo do benefício, ressalvado o direito adquirido, as pessoas com idade entre 18 e 25 anos. Em causa a possibilidade ou não de excluir do novo benefício os jovens na faixa etária referida, ou seja, a constitucionalidade da medida retrocessiva, porém não retroativa, de subtrair certa parcela da população de benefício, sem qualquer contrapartida. A Corte, por maioria, entendeu que a norma revogada, atinente ao direito mínimo garantido concretizou o direito social dos hipossuficientes, inclusive dos jovens entre 18 e 25 anos, de maneira que a nova legislação, retrocessiva, padecia de vício de constitucionalidade, justamente por violar o conteúdo mínimo do direito de existência condigna, em desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio da igualdade<sup>411</sup>.

No Brasil, há relativo consenso de que a proibição do retrocesso social foi importada na já forma flexibilizada<sup>412</sup> – muito provavelmente em virtude da redemocratização tardia em

---

<sup>410</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais... cit.*, p. 244-5, nota 275.

<sup>411</sup> Disponível em: < <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html> > Acesso em: 16.12.2015.

<sup>412</sup> Nesse sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais... cit.*, p. 458. Nada obstante, é possível observar em recente decisão do Supremo Tribunal Federal a tentativa de aplicação da vedação do retrocesso na sua feição absoluta, ou seja, impeditiva de qualquer redução nos níveis de proteção social. A hipótese é tratada no ARE 639.337 AgR/SP, Relator Ministro Celso de Mello (2ª Turma), julgado em 23/08/2011. Em causa recurso de agravo regimental contra decisão de agravo de instrumento que negou seguimento a recurso extraordinário que ataca acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que

relação a Portugal, quando a tese absoluta já tinha se curvado. Isto é, de que o princípio da proibição do retrocesso aceita reduções no âmbito das conquistas sociais no plano infraconstitucional, estando a salvo das afetações do legislador comum apenas o seu núcleo essencial<sup>413</sup>.

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet, explica que o núcleo essencial do direito, geralmente, se encontra diretamente conectado ao princípio da dignidade da pessoa humana, assim compreendido na consciência de se assegurar um conjunto de prestações materiais suficientes e indispensáveis para uma vida condigna. Assevera, ainda, que a dignidade da pessoa humana, na condição de diretriz jurídica-material para a definição do núcleo essencial e do mínimo existencial<sup>414</sup>, não se limita a garantia de uma mera sobrevivência física, mas tem o sentido de também permitir o exercício de liberdades fundamentais. Defende que as medidas restritivas de direitos sociais devem, sim, ser vistas com reservas e previamente sob uma presunção relativa de inconstitucionalidade, de maneira a sujeitá-la a prova de proporcionalidade ou de igualdade ou de adequação da medida<sup>415</sup>.

Se por um lado a aplicação da vedação do retrocesso na sua feição plena é impraticável por acarretar séria limitação da função legiferante e afetar a harmonia da

condenou o município de São Paulo, em ação civil pública, obrigando-o a matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência pela aplicação do art. 208 da Constituição Federal. As razões do recurso extraordinário sustentam que a decisão do tribunal estadual viola os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes da república. Dentre os fundamentos para negar conhecimento ao recurso extraordinário a exposição da proibição do retrocesso social nos seguintes termos: “A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. 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. A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados”. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. > Acesso em: 23.07.2014.

<sup>413</sup> Sem pretender avançar nesta discussão, pois o objetivo é apenas situar a questão, e a despeito da divergência doutrinária sobre a questão, adotamos a proposta de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, para quem o núcleo essencial do direito seria aquele mínimo insuscetível de redução. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 243 e seguintes

<sup>414</sup> A própria Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, promulgada, em Paris, em 10/12/1948, pela Terceira Assembléia Geral das Nações Unidas, cujo Artigo XXV assim proclama: “1. Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle”.

<sup>415</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais... cit.*, p. 462

separação dos poderes. Não é menos certo, por outro lado, que a proibição do retrocesso à luz da manutenção do núcleo essencial do direito tem o problema da difícil mensuração, delimitação desse mínimo insuscetível de redução.

Efetivamente, a noção de mínimo existencial compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização necessita ser revelada pela capacidade de garantir condições adequadas de existência digna, de assegurar à pessoa acesso a prestações positivas do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança.

A par dessas dificuldades, a vedação do retrocesso social é sustentada não só contra o legislador ordinário, mas também em face de decisões administrativas<sup>416</sup>, de forma que, em qualquer hipótese, não pode haver supressão pura e simples ou restrição que invalide ou anule o núcleo essencial do direito<sup>417</sup>.

Por fim, há que registrar, não obstante todo o esforço doutrinário em conferir *status* de princípio constitucional e da sua relativa eficácia na defesa dos direitos sociais, que os próprios defensores da vedação do retrocesso como princípio duvidam da sua autonomia, pois reconhecem que a ele sempre é apontada uma conexão com outros princípios, como a segurança jurídica e a proporcionalidade, a dignidade da pessoa humana e a proteção da confiança<sup>418</sup>.

### **3.3.1.5.3. Objeções ao reconhecimento da proibição do retrocesso como princípio**

Como visto, a ideia de proibição de retrocesso social surgiu na Alemanha em meados da segunda metade do século XX, estribado no princípio constitucional do Estado Social, como forma de conferir resistência constitucional aos direitos sociais concedidos pelo legislador ordinário e colocados em causa pela crise econômica que assolava a Europa.

---

<sup>416</sup> Carlos Blanco de Moraes, explica a restrição como “ação ou omissão estatal de caráter normativo que afeta desvantajosamente e em termos permanentes o conteúdo de um direito fundamental”, e a intervenção restritiva como sendo a “atuação agressiva sobre o bem protegido de um direito fundamental feita através de um ato jurídico imediatamente incidente sobre uma posição jurídica concreta”. Cf. MORAIS, Carlos Blanco de. *Direito constitucional II – Sumários desenvolvidos*. Lisboa: AAFDL, 2004. p. 83.

<sup>417</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais... cit.*, p. 457.

<sup>418</sup> *Idem*, p. 463.

Embora explicável no contexto germânico como fórmula de proteção a direitos desprovidos de natureza constitucional, sua importação para sistemas constitucionais que consagram os direitos sociais na categoria jusfundamental é questionável<sup>419</sup>.

A ofensa ao princípio da autonomia do legislador e toda sua gama de consequências é uma dentre tantas barreiras que se opõe à fórmula em questão.

Simple silogismo explica o problema. É firme que os direitos sociais, em sua grande generalidade, necessitam da correspondente conformação do legislador infraconstitucional para lhe dar efetividade e justiciabilidade. Assim, a estabilidade de direitos quase que inteiramente densificados pela legislação ordinária, gerada pela aplicação da vedação do retrocesso social, acarretaria flagrante violação da autonomia legislativa. Isto é, se a maioria democrática prevaleceu para a concretização de determinado direito social, por que essa mesma maioria democrática não pode, por motivos justificáveis, alterar *in pejus* ou suprimir tal direito?

Tal conflito restou percebido pelas ordens constitucionais em que os direitos sociais são juridicamente reconhecidos como direitos fundamentais logo na importação da mesma. Conforme já referido, José Joaquim Gomes Canotilho, de pronto notou que a vedação de retrocesso social na forma absoluta era insustentável.

Vieira de Andrade também alertava de que a vedação do retrocesso social em termos absolutos atenta contra autonomia da função do legislador, que não pode ser considerado mero executor das decisões constitucionais, além de elevar as medidas legais concretizadoras dos direitos sociais a direito constitucional, que acabariam conferindo aos direitos sociais concretizados por leis comuns uma resistência maior do que a atribuída aos direitos fundamentais em geral<sup>420</sup>. Efetivamente, a concepção da proibição do retrocesso social nesses moldes tornaria o sistema esquizofrênico, pois os direitos sociais estariam “blindados”, situação que sequer ocorre com os direitos individuais, sendo conhecida a admissibilidade de cedência destes, pelo legislador ordinário, sempre que tal se revelar necessário, apto e adequado à proteção de outros direitos igualmente merecedores de proteção jurídica.

---

<sup>419</sup> Para Jorge Reis Novais, cujo entendimento norteia todo o presente estudo, é surpreendente o sucesso que a fórmula obtém especialmente em países em que a ordem constitucional considera os direitos sociais direitos fundamentais, pois estes naturalmente são beneficiados de proteção constitucional, não necessitando da intervenção do referido princípio, que se revela inútil e sem justificação. Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais... cit.* p. 241.

<sup>420</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais... cit.*, p. 390-3. Sobre o processo de “osmose” ver p. 391.

Além desses argumentos, Jorge Reis Novais<sup>421</sup>, em lúcida análise, acrescenta que, em primeiro lugar, a ideia de realização progressiva dos direitos sociais só encontra razão de ser na própria natureza desses direitos, ou seja, por estar umbilicalmente ligada a uma reserva do financeiramente possível. Toma-se como exemplo o salário-família previsto no art. 7º, XII, da Constituição brasileira. O valor do benefício, para o exercício de 2015, foi fixado pela Portaria Interministerial MPS/MF 13/2015, sendo de R\$ 37,18 para o segurado com remuneração mensal não superior a R\$ 725,02 e de R\$ 26,20 para o segurado com remuneração mensal superior a R\$ 725,03 e igual ou inferior a R\$ 1.089,72. Havendo uma piora na economia brasileira no decorrer do exercício, com sombrias expectativas para o ano de 2016, por que razão, ao abrigo da proibição do retrocesso social, independentemente da respectiva definição política de prioridades de alocação dos recursos públicos, não pode o Estado retroceder no nível de realização do referido benefício? E mais, por que ele estaria obrigado a aumentar o nível de realização, mesmo sem ter condições financeiras para tanto? É uma utopia a ideia de que os recursos disponíveis serão sempre maiores. Como também é uma incoerência se exigir uma realização progressiva se de fato não há lastro financeiro para sequer manter o nível de realização anterior.

Em segundo lugar, a vedação de retrocesso social na sua feição plena ignora a definição de prioridades, de competência exclusiva do legislador e /ou governante. De fato, num quadro de escassez financeira, seja um Estado desenvolvido ou em dificuldades, a destinação dos recursos públicos está absolutamente dependente e condicionada às definições de prioridades do poder político instituído. Sendo que eventual retrocesso pontual no valor do benefício do salário-família pode perfeitamente ser justificado pela necessidade de aumento do valor do seguro-desemprego<sup>422</sup>, por exemplo. Pela separação harmônica dos poderes, essa margem de definição não pode ser subtraída do legislador/governante.

Em terceiro lugar, a identificação da ocorrência de retrocesso não é imediata e muito menos linear. Novais utiliza o exemplo de Atria<sup>423</sup> qual seja: a substituição de regime de previdência que adota o sistema de repartição baseado na solidariedade (*pay as you go*), que transfere a responsabilidade de custeio dos benefícios dos aposentados e pensionistas atuais, aos segurados que ainda estão na ativa, e assim sucessivamente, para o sistema de capitalização (*funding*), onde cada integrante é responsável pela formação de um fundo, cujos

---

<sup>421</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais... cit.*, p. 242-6.

<sup>422</sup> Constituição brasileira, art. 7º, II.

<sup>423</sup> *Apud* NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais... cit.*, p. 244.

pecúlios investidos serão destinados exclusivamente a sua aposentadoria. A alteração pode significar para o cidadão que ingressa no sistema sob a nova regra um avanço e para aquele que contribuiu vários anos no regime anterior e agora se vê no novo sistema um retrocesso. Qual seria o critério constitucional para a definição material de retrocesso?

Em suma, dentro de um contexto de unidade axiológica constitucional, não há verdadeiramente espaço ou sustentação jurídica para a sua admissão como princípio. Pode imprimir, pelo que sua denominação dá a entender, tão somente argumento político<sup>424</sup>.

Melhor sorte não socorre à versão flexibilizada da fórmula da proibição do retrocesso.

De cara, pertinente a observação de Jorge Reis Novais de que a tentativa de salvar a fórmula através da relativização traz uma contradição em seu enunciado, deixando verdadeiramente de ser, isto é: “onde se lê é ‘proibido retroceder’ deve passar a entender-se ‘é admissível retroceder, mas com limites ou com exceções’<sup>425</sup>.”

Sob esta proposta, portanto, a vedação de retrocesso só incide quanto há afetação do núcleo essencial do direito em causa, de difícil delimitação. Para tanto, e como mencionado anteriormente, recorre-se a outros princípios constitucionais, como a proteção da confiança e a dignidade da pessoa humana, para justificar a impossibilidade de afetação do direito social já realizado. Aliás, nesse sentido, conforme já referido, os próprios defensores do princípio da vedação do retrocesso admitem a falta de autonomia.

Claramente se extrai que, na verdade, se está recorrendo às proteções que os direitos sociais têm naturalmente pelo fato de serem consagrados direitos fundamentais, ou seja, estão sendo utilizados na proteção desses direitos os denominados limites aos limites. Nas palavras de Novais, “da observância dos limites aos limites depende a legitimidade constitucional da restrição, exatamente da mesma forma que sua observância dependeria, segundo os defensores da proibição relativa, a legitimidade constitucional do dito retrocesso”<sup>426</sup>.

Evidentemente, não há motivo para se auxiliar do princípio da proteção da confiança de que trata o próprio Estado de direito democrático. Tal princípio tem conteúdo essencialmente defensivo e se traduz no dever-poder que possuem os três poderes públicos de cuidar da estabilidade decorrente de uma relação matizada de confiança mútua, no plano institucional. Mas essa operatividade preponderantemente defensiva tem múltiplas

---

<sup>424</sup> Para Jorge Reis Novais, “tomada a sério por aquilo que anuncia, a proibição de retrocesso pode funcionar como *Leit-motiv* de luta política (*‘ni um paso atrás’*), mas não como princípio político e, muito menos de valor constitucional. Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais... cit.*, p. 245.

<sup>425</sup> *Idem*, p. 245.

<sup>426</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais... cit.*, p. 246.

condicionantes, não atuando de maneira uniforme em todas as situações. Pressupõe a determinação da concreta configuração do caso, para que, de acordo com as respectivas circunstâncias, se efetue a ponderação dos vários bens e interesses presentes, condição que a diferencia da vedação de retrocesso. A proteção da confiança é um sistema de controle negativo que não retira do legislador toda a liberdade de conformação, já que só atua em situações limites e sem razoabilidade. A proibição do retrocesso, pelo contrário, pois ainda que atue negativamente, dispensa ponderações e parece tendencialmente atuar de acordo com juízos absolutos<sup>427</sup>.

Sem pretender perder o foco, mas apenas para argumentar, a construção de Jorge Pereira da Silva<sup>428</sup> de que a vedação do retrocesso encontraria autonomia do princípio da proteção da confiança, porquanto este atuaria no plano constitucional, enquanto aquela no plano legal, notadamente porque os direitos sociais exigem grandes níveis de conformação pela legislação infraconstitucional, não merece atenção. Primeiro porque a confiança, enquanto bem constitucional e princípio jurídico, não diferencia se a hipótese a tutelar tenha base constitucional ou meramente legal. Ela baseia-se, sobretudo, numa situação relacional e trabalha com uma composição de interesses essencialmente subjetiva<sup>429</sup>. Segundo porque olvida o fenômeno da imbricação entre a Constituição e a legislação ordinária na densificação dos direitos sociais, que a princípio não permite enunciar até onde o seu conteúdo mantém uma essência genuinamente constitucional e a partir de quando possui características apenas legais. Ou seja, a composição da norma de direito fundamental vigente, pelo referido fenômeno, é a resultante da global interpretação do enunciado constitucional e da legislação infraconstitucional conformadora.

Também não há razão para associar o princípio da dignidade da pessoa humana à proibição do retrocesso. O princípio da dignidade da pessoa humana tem força suficiente para impedir afetação de um direito a um mínimo de existência condigna.

Na realidade, foi importada a ideia de proibição de retrocesso de um sistema constitucional sem direitos sociais, como o alemão, de forma acrítica e com o maior inconveniente de não reconhecer os direitos sociais como direitos fundamentais constitucionais.

---

<sup>427</sup> Nesse sentido FREITAS, Tiago Fidalgo de. *O Princípio da proibição... cit.*, p. 818.

<sup>428</sup> SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de Legislar... cit.* p. 276-277.

<sup>429</sup> Nesse sentido FREITAS, Tiago Fidalgo de. *O Princípio da proibição... cit.*, p. 819.

A utilização da vedação do retrocesso encontra justificção em sistemas constitucionais sem direitos sociais como meio de resistêcia às afetações decorrentes da atuação do legislador ordinário no domínio das prestações e benefícios sociais vigentes. Todavia, não se percebe qual a utilidade do controvertido princípio em ordens jurídicas em que os direitos sociais são constitucionalmente consagrados na qualidade de direitos fundamentais, resultando numa flagrante inconsistência dogmática<sup>430</sup>. Isto é, com uma mão, o sistema constitucional reconhece os direitos sociais como direitos fundamentais, com toda sua gama de proteção e, com outra mão, em virtude da importação de uma doutrina alienígena, sem correspondência dogmática com a ordem constitucional, se reduz a fundamentalidade dos referidos direitos pela utilização de um meio de proteção de difícil sustentação jurídica.

Há que tratar o retrocesso como verdadeira restrição a direito fundamental e, conseqüentemente, recorrer à teoria das restrições dos direitos fundamentais para resolver os conflitos existentes.

Assim, no caso em análise, parece evidente a incongruência entre as premissas utilizadas. Ao mesmo tempo em que se pode extrair a compreensão de que o art. 384 da CLT possui alcance material de dignidade jusfundamental, pois toca o próprio direito fundamental – proteção do trabalho da mulher –, e a ratificação de que, pelo fenômeno da imbricação das leis na Constituição, a norma jusfundamental é extraída da análise conjunta da Constituição e da lei conformadora, também se depreende a negação do *status* de fundamentalidade de tal direito pelo o recurso da vedação do retrocesso social, que como visto, não possui nenhuma sustentação dogmática na ordem constitucional brasileira.

Como se vê, há uma grande quantidade de argumentos deduzidos na defesa da receptividade dos malsinados preceitos celetistas pré-constituição, sendo que todos admitem poderosos contra-argumentos, resultando imprescindível um teste de constitucionalidade que reduza o subjetivismo da argumentação.

### **3.4. Teste de constitucionalidade**

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade – inspirado no modelo norte americano (Constituição de 1891) – permite o controle difuso<sup>431</sup> da constitucionalidade, de

---

<sup>430</sup> Na mesma linha da crítica feita aos direitos derivados à prestação Jorge Reis Novais questiona “porquê haveria justificção dogmática para falar em proibição de retrocesso social, mas não já em proibição de retrocesso liberal ou de liberdade?” Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais... cit.*, p. 248.

<sup>431</sup> Paulo Bonavides denomina o controle difuso de “via de exceção”. In: *Curso de direito constitucional... cit.*, p. 326-7.

maneira que, em toda a demanda que haja controvérsia constitucional sobre lesão de direitos fundamentais haverá a possibilidade de uma via recursal à parte ofendida.

Essa modalidade de controle permite que, incidentalmente, no curso de uma demanda judicial, uma das partes levante, em defesa da sua causa, a objeção de inconstitucionalidade da lei que se lhe quer aplicar. A decisão sobre a controvérsia constitucional não conduz a invalidação da lei, mas tão-somente sua aplicação ao caso em particular<sup>432</sup>.

É por conta desta particularidade do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro<sup>433</sup> que no processo STF - RE 658312 RG / SC, por exemplo, se colocou em causa a constitucionalidade do art. 384 da CLT.

Feita essa observação, há que passar à prova de constitucionalidade dos artigos 383, 384 e 386 da CLT<sup>434</sup> exclusivamente no que diz respeito à igualdade de gênero, porquanto os referidos dispositivos legais criam dois grupos diferentes em que o sexo aparece como elemento diferenciador. Não se incluem, nesse contexto, outros elementos discriminatórios, como idade, estado civil ou condição social. O único elemento diferenciador é o sexo.

---

<sup>432</sup> É de ressaltar que a Emenda Constitucional n. 45/2004, consagrou no art. 102, §2º da CF o instituto da repercussão geral que possibilita ao Supremo Tribunal Federal selecionar os Recursos Extraordinários que irá analisar, de acordo com critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica. “O uso desse filtro recursal resulta numa diminuição do número de processos encaminhados à Suprema Corte. Uma vez constatada a existência de repercussão geral, o STF analisa o mérito da questão e a decisão proveniente dessa análise será aplicada posteriormente pelas instâncias inferiores, em casos idênticos”. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=R&id=451> > acesso em: 09.11.2015. Melhor desenvolvido em MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 35ª ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2013, p. 739-747.

<sup>433</sup> O controle difuso de constitucionalidade não significa, contudo, que efetivamente qualquer juiz possa declarar diretamente a inconstitucionalidade de certa norma jurídica ou a inconstitucionalidade de omissão importante. Essa competência, na realidade, é limitada ao colegiado dos Tribunais (art. 97, da CF). Nesse sentido, a celeuma causada pela Súmula Vinculante n. 10 do STF onde se discute a “eliminação” do controle difuso ou criação de um “novo filtro”. A referida súmula tem a seguinte redação: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”. Nesse sentido, MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Impacto da Súmula Vinculante 10 do STF*. *Jornal Gazeta Mercantil*, 14.07.2008. Disponível em: < <http://www.gandramartins.adv.br> > Acesso em: 31.07.2014.

<sup>434</sup> De assinalar, outrossim, que quando está em análise normas pré-constitucionais, como é o caso dos artigos citados, há certa celeuma terminológica quanto ao juízo positivo ou negativo de recepção constitucional que não se confunde com juízo de inconstitucionalidade. Nas palavras do Ministro Celso de Mello, na hipótese de constatar-se que certo diploma pré-constitucional “mostra-se materialmente incompatível com o texto de uma nova e superveniente Constituição”, tal situação de conflito normativo resolver-se “pelo reconhecimento de que o ato pré-constitucional acha-se revogado, expondo-se, por isso mesmo, a mero juízo negativo de recepção, cuja pronúncia, contudo, não se comporta no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade”. STF - ADI 4222 AgR / DF - AG.REG. na ação direta de inconstitucionalidade. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 01/08/2014. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284222%2E%2E+OU+4222%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/o42lzlz> > acesso em: 09.11.2015. De qualquer forma, quando o judiciário é instado a decidir sobre a recepção ou não do ato normativo anterior ou posterior a atual Constituição, na verdade, a questão é resolvida em termos de constitucionalidade ou inconstitucionalidade do preceito.

Corolário do sustentado, o ensaio será feito em três níveis diferentes de intensidade, considerando os interesses em questão. São eles: 1º – verificação se os tratamentos desiguais conferidos pelos preceitos celetistas em causa se identificam com distinções arbitrárias; 2º – verificação se os tratamentos diferenciados nesse domínio suspeito (sexo) são determinados por outros motivos, racional e objetivamente relevantes, que justifiquem a necessidade de compensação; 3º – verificação da observância da proibição do excesso, com a justificação da distinção consoante a persecução de sua idoneidade e indispensabilidade para alcançar tal objetivo, bem com sua adequada correspondência com o valor do objetivo.

De salientar que não se pretende exaurir a questão com o desenvolvimento dogmático proposto, tampouco atestar sua perfeita aplicação para todos os casos difíceis, mas apenas contribuir para maior racionalidade ao controle e realçar o equilíbrio entre os poderes no seu desenvolvimento.

### **3.4.1. Proibição do arbítrio**

Como exaustivamente comentado os artigos em questão conferem tratamento diferenciado para homens e mulheres no que tange à concessão do intervalo intrajornada máximo de duas horas; no tocante à necessidade de descanso de 15 minutos entre a jornada de trabalho normal e o labor extraordinário; e em relação à observância de o repouso semanal remunerado coincidir com o domingo uma vez a cada quinzena. Em causa, alegadas violações dos artigos 5º, inciso I, e 7º, inciso XXX, da Constituição Federal, haja vista que não podem ser admitidas as diferenciações apenas em razão do sexo, sob pena de se estimular discriminação no trabalho entre iguais.

A aproximação do princípio da igualdade com o princípio da proibição do arbítrio visa a impossibilidade de tratamentos desiguais fortuitos ou injustificados.

A jurisprudência colacionada a respeito, como visto, justifica as distinções e, portanto, a receptividade constitucional de tais dispositivos, em função da diferente compleição física dos gêneros, da histórica discriminação da mulher no mercado de trabalho e da questão social de dupla jornada feminina. Obviamente, embora a concordância pessoal seja irrelevante, a fundamentação não se mostra arbitrária. Pelo contrário, apesar do subjetivismo, os fundamentos são idôneos; têm propósitos legítimos; e há certa razoabilidade nas distinções.

Portanto, do ponto de vista da proibição do arbítrio, as distinções perpetradas pelos dispositivos celetistas pré-constitucionais não devem ser invalidadas.

### 3.4.2. Efetiva necessidade de compensação material

Vencido o filtro da proibição do arbítrio e como as distinções se fundam em critério já repudiado pelo ordenamento jurídico, o sexo, cumpre verificar se as desigualdades de tratamentos são justificadas por outros motivos objetivos e racionalmente relevantes neles radicados. Isto é, o fator de diferenciação deve residir no próprio elemento de discriminação. Não é racional ou lógico procurar a distinção em um elemento estranho ao sexo quando ele é o elemento de diferenciação. Se os elementos que vêm de fora da fisionomia são diferentes é possível notar que eles é que distinguem e não propriamente a diferença de sexo.

Nesse contexto, se revelam insubsistentes e deslocados os argumentos históricos – reiterada discriminação que a mulher sofreu ao longo dos tempos – e sociais – de a mulher estar submetida à chamada dupla jornada ao acumular atividades do lar e da profissão – já que os mesmos não diferenciam os sexos quanto ao restabelecimento da fadiga após o término da jornada normal de trabalho ou em relação à prejudicialidade derivada da concessão de intervalo elástico ou da não coincidência da folga semanal com o domingo a cada quinze dias.

Por outro lado, numa concepção menos restritiva, os argumentos históricos e sociais poderiam ser levados em consideração se eles efetivamente impelisses uma necessidade de compensação ou promoção da igualdade real. Mas o quê, do ponto de vista racional, essas “circunstâncias próprias” justificam a de concessão de vantagens específicas, em detrimento do homem, no tocante ao intervalo intrajornada ou à concessão do repouso semanal remunerado?

Já a compleição física, por ser diferente entre homens e mulheres, em princípio, autoriza a distinção, mas desde que haja correspondência entre o tratamento desigual e os dados diferenciais arraigados no gênero. Isto é, deve haver uma justificativa racional para, “à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada”<sup>435</sup>. Mas qual a razão biológica justifica a obrigatoriedade de intervalo de quinze minutos para a mulher e não para o homem entre o término da jornada normal e o início do período extraordinário do trabalho exclusivamente intelectual? Por que, biologicamente, não é possível dilatar o intervalo intrajornada máximo de duas horas para a mulher, considerando que nesse lapso temporal não há labor? Qual a diferença na composição

---

<sup>435</sup> Conforme, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico... cit.*, p. 38.

física do homem e da mulher que impõe a concessão da folga semanal coincidente com o domingo uma vez a cada quinze dias para ela e não para ele?

A compreensão pessoal é no sentido de que o conteúdo dos preceitos celetistas em análise viola o princípio da igualdade consagrado no art. 5º, I, da CF, de que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”, já que as distinções encontram fundamento unicamente no critério suspeito, qual seja, o sexo. Injustificáveis, portanto. Não resta demonstrado mormente, no atual contexto constitucional, outros motivos, racionalmente importantes e radicados no fator de discriminação, a justificar os tratamentos desiguais.

Com base nessa percepção, os tratamentos desiguais sucumbem ao teste de constitucionalidade.

Todavia, a fim de prosseguir com o ensaio proposto e demonstrar a redução do subjetivismo, há que considerar o critério diferenciador suspeito (sexo) rigorosamente como tal, e verificar a casuística da racionalidade e da objetividade dos motivos que teoricamente justificam a distinção.

### **3.4.3. Proibição do excesso**

Resta então, submeter a questão ao nível mais intenso do controle, isto é, ao princípio da proibição do excesso / proporcionalidade. É em torno dessa definição que se realiza o efetivo controle de constitucionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade.

A relevância da sujeição ao princípio em epígrafe decorre da racionalização e objetivação das ponderações realizadas, com a conseqüente mitigação do seu subjetivismo.

Contudo, a análise segmentada dos subprincípios ou das máximas pouco ou nada contribui em termos de controle porque é raro alguma restrição ou, no caso, tratamento desigual não ter aptidão, necessidade ou for claramente desproporcional (pura arbitrariedade), como se pode observar:

a) Adequação – a distinção é inapta quando não contribui em nada para o fim, mas pode ser mais ou menos apta quando de alguma maneira contribui para o objetivo. No caso concreto em análise, os tratamentos desiguais são aptos para o fim visado, ou seja, a proibição de dilatação do intervalo intrajornada máximo de duas horas, a obrigatoriedade de descanso de 15 minutos entre a jornada de trabalho normal e o labor extraordinário, bem como a necessária observância de o repouso semanal remunerado coincidir com o domingo uma vez a cada quinzena são aptos a proteger a mulher no contexto laboral? Se admitisse o elastecimento do intervalo intrajornada máximo em 30 minutos, ou se reduzisse o descanso

anterior ao trabalho extraordinário a 5 minutos ou, ainda, se permitisse a coincidência da folga semanal em um domingo a cada três semanas, seriam igualmente aptos? Difícil considerar, isoladamente, um tratamento desigual inconstitucional por inapto. Se ao mesmo tempo é desarrazoado exigir cem por cento do fim, é certo que, em geral, a distinção contribuirá de alguma forma para ele. Isto é, qualquer parâmetro diferente confere às mulheres proteção específica, desincumbindo o Estado de implantar políticas públicas de natureza protetora no âmbito do direito do trabalho.

b) Necessidade – para saber se há excesso são comparadas grandezas. Já não é a distinção e fim, mas, dentre as distinções possíveis qual é a desnecessária. E estas se caracterizam sempre que para atingir o fim, há outras distinções menos restritivas. Portanto, para atingir aquele fim o Estado pode recorrer a um tratamento desigual menos gravoso. É um princípio bastante objetivo e não há juízo de valor, desde que se parta de duas distinções igualmente aptas – mas dificilmente se tem essa igualdade de distinções. As hipóteses sugerem que para permitir a proteção da condição diferenciada da mulher, houvesse outros meios igualmente aptos, porém menos restritivos, que não resultassem em discriminação do sexo masculino.

c) Proporcionalidade – se revela na comparação entre o benefício e o sacrifício. Apesar de, nesse particular, haver ingresso no domínio do subjetivismo, este ocorre com menos vigor, pois não se compara bem contra bem, mas se avalia a relação entre o sacrifício e o benefício. Nessa perspectiva, o objetivo é eliminar o que for desproporcional declarando a inconstitucionalidade. Assim, isoladamente, não se verifica desproporcionalidade do tratamento ao impor um descanso para a mulher entre o fim da jornada normal e o início do labor extraordinário, por exemplo, ainda mais em se tratando de trabalho braçal.

Como se vê, o método de teste sucessivo é insuficiente para o adequado controle de constitucionalidade, visto que, na generalidade, as distinções são, de alguma forma, aptas, não desnecessárias e proporcionais.

Para um resultado mais consentâneo, o controle exige uma análise na globalidade com comparações de outras alternativas. A avaliação acontece entre o tratamento desigual concretamente implementado ou já existente – e que está sujeito ao controle de constitucionalidade ou receptividade constitucional – e a medida alternativa, que pode ser tanto a que então vigorava ou aquela que o juiz, com competência para fazer o controle constitucional, intelectualmente considere alternativa – no caso, a própria ausência de tratamento diferenciado.

A verificação do excesso, com mitigado nível de subjetivismo, resulta não do tratamento diferencial em si – em Estado de Direito, raramente, se produz medidas arbitrárias ou claramente desproporcionais –, mas da relação entre o benefício e o sacrifício que a distinção produziu em comparação com a situação alternativa.

A comparação pode ocorrer tanto do quadro jurídico em vigor quanto do novo tratamento adotado. Se a adoção de uma nova distinção implicar um benefício discreto para o fim proposto, mas envolver um acréscimo relevante de sacrifício em comparação com o quadro jurídico anterior, então o tratamento desigual será desproporcional e consequentemente inconstitucional. Igualmente se a desigualação atualmente em vigor assegurar um benefício mínimo diante do sacrifício imposto quando comparada com uma nova distinção ou com a própria ausência dela, então a medida atual pode ser considerada inconstitucional por excessiva.

Para melhor elucidação, cumpre atribuir valores ao grau de eficácia (aptidão/benefício) e de sacrifício à hipótese do art. 384, mas que também serve aos outros dispositivos em questão.

Imagina-se que a obrigatoriedade de concessão do intervalo de 15 minutos antes do início do período extraordinário do trabalho apresente um grau 6 (seis) de sacrifício da promoção da mulher no mercado de trabalho, sendo que 0 (zero) seria nenhum sacrifício e 10 (dez) o sacrifício total do direito e, em contrapartida, um grau 2 (dois) de eficácia no que tange à proteção da mulher no contrato de trabalho, considerando a mesma escala de 0 a 10. Tal mensuração leva em consideração os entraves econômicos para o empregador que prefere a mão de obra masculina, além de que a vantagem específica da mulher não guarda justificação racional com o que se pretende proteger.

Tratamento	Aptidão	Sacrifício
Art. 384 da CLT	2	6

Compara-se agora o tratamento desigual com o novo quadro constitucional, onde homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, e que alterou, por conseguinte, a postura de resguardo da legislação infraconstitucional para uma tendência de promoção da igualdade.

Suponha-se que a ausência de tratamento distinto implique numa redução do sacrifício para 1, pois nesse particular não haverá mais empecilhos à contratação da mão de obra feminina, já que os custos para a realização de eventual trabalho extraordinário será, em

termos financeiros e de tempo, igual, seja o trabalhador homem ou mulher. No tocante à aptidão, obviamente, que sem a medida distintiva o valor deve ser igual a zero.

Tratamento	Aptidão	Sacrifício
Art. 384 da CLT	2	6
Ausência de distinção	0	1

É possível depreender que a ausência de tratamento desigual é significativamente menos sacrificante do que a permanência no sistema jurídico do art. 384 da CLT, ao mesmo tempo, sua saída do cenário jurídico conferiu um discreto decréscimo em relação à proteção da mulher no mercado de trabalho. Aliás, a relação entre o sacrifício e o benefício restou muito mais equilibrada sem o tratamento desigual.

Em outras palavras, o benefício marginal produzido pela ausência de tratamento desigual em relação às perspectivas da mulher no mercado de trabalho resulta significativamente superior quando comparado com o quadro jurídico anterior, não restando recepcionada, portanto, a distinção do art. 384 da CLT.

Semelhante ilação se tem em relação ao conteúdo dos artigos 383 e 386 da CLT, atualmente desnecessários para a proteção da mulher no contrato de trabalho, constituindo-se normas restritivas de mercado, porquanto impõem dificuldades não encontradas para os trabalhadores do sexo masculino.

## CONCLUSÃO

A crescente aplicação da ideia de igualdade como democracia, liberdade, justiça e dignidade da pessoa humana tomou significativa relevância no Estado de direito, constituindo-se o princípio da igualdade um dos seus principais princípios estruturantes.

Como nem todos são iguais em recursos materiais e imateriais, o princípio da igualdade impõe às necessárias correções e compensações tendentes à efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais já que todos são iguais perante a lei e o Estado tem por todos igual consideração.

Assim, para além da fórmula “todos são iguais perante a lei”, as exigências do princípio da igualdade material estendem-se no plano da igualdade de oportunidades e da disponibilização de condições fáticas para que cada indivíduo tenha reais chances de ocupar a importância da vida de modo semelhante, de usufruir dos benefícios da existência em sociedade que, em princípio, não são ou estão venturosos para todos, ou, ainda, de desenvolver ocupações próprias das pessoas, sejam homens ou mulheres.

Essa concepção positiva do princípio torna a igualdade aplicável também ao direito às diferenças. A igualdade não repele o tratamento jurídico diferenciado em face da lei quando a distinção leva em consideração exatamente essas desigualdades para finalidades legítimas de compensação ou promoção de igualdade real.

A proibição de discriminar interage com a necessidade de distinguir situações que em si são diferentes para que se alcance a verdadeira igualdade, mas exige uma correspondência lógica entre o critério diferenciador e o tratamento desigual.

Nesse contexto, as mulheres devem ser consideradas com as peculiaridades e especificidades da sua condição, ou seja, além do direito à igualdade, é fundamental o reconhecimento do direito à diferença, sendo inegável que as discriminações positivas reforçam o princípio da igualdade.

Todavia, o equacionamento jurídico desse tratamento desigual pelo Estado e a observância pelos particulares é difícil e complexa, tendo em vista sua paradoxalidade: desigualar para produzir igualdade. Além de que exige valoração, com eleição de critérios de comparação subjetivos que repelem plena concordância.

Há consenso, contudo, que a diferença sexual que verdadeiramente justifica a edição de normas diferenciadas para a mulher em detrimento do homem no contexto laboral está relacionada com a maternidade. A mulher precisa de garantias para poder exercê-la. E a criança, nos primeiros meses de vida, necessita de cuidados maternos, dentre os quais, a amamentação. Assim, a diferença biológica e o caráter reprodutor autorizam tratamento diferenciado para a mulher, resultando, absolutamente, legítimo o direito à licença-gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias<sup>436</sup>; a proibição de dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto<sup>437</sup>; o direito a dois descansos especiais durante a jornada, de trinta minutos cada, para amamentar o próprio filho, até completar seis meses de idade, podendo este período ser dilatado quando a saúde dele exigir, a critério da autoridade competente<sup>438</sup>; além de outros cuidados gestacionais e do lactante, inclusive decorrentes de adoção.

Essas hipóteses possuem correlação racional entre o elemento considerado como critério de discriminação e a distinção legal eleita em razão dele, configurando a igualdade como justiça. Em outras palavras, existe justificativa coerente para, em função do caráter diferenciador adotado, composição biológica, atribuir o específico tratamento jurídico forjado em razão dessa desigualdade física.

Por outro lado, remanescem na legislação trabalhista algumas disposições polêmicas do ponto de vista da proteção e da própria igualdade. São os casos dos artigos. 383, 384 e 386 da CLT. Tais preceitos celetistas, anteriores à Constituição de 1988, que consagra a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres, tratam distintamente o gênero com vantagens

---

<sup>436</sup> A Lei 11.770/08 cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade em sessenta dias, mediante concessão de incentivo fiscal. Para fazer jus à extensão, o empregador deve aderir ao programa e a empregada deve requerer a respectiva concessão, que se inicia imediatamente após a fruição da licença-maternidade prevista no art. 7º, XVIII, da CF.

<sup>437</sup> No âmbito jurisprudencial as controvérsias decorrentes da aplicação do direito em questão são resolvidas pelo entendimento consubstanciado na Súmula 244 do TST.

<sup>438</sup> O precedente n. 52 do TRT/4ª Região flexibiliza o momento da concessão do descanso especial ao dispor que “o horário destinado à amamentação, ou seja, meia hora por turno de serviço, poderá ser convertido em uma hora, sendo concedido no início ou no término da jornada, à livre escolha da trabalhadora”.

específicas e injustificadas para as trabalhadoras do sexo feminino em flagrante discriminação aos trabalhadores do sexo masculino.

Ocorre que o sexo, per si, não pode ser o fundamento para imputar encargos à mulher ou ao homem no contrato de trabalho. É ignorado qualquer estudo sério e fundamentado que autoriza a ilação que, do ponto de vista biológico, o trabalho além do horário normal sem intervalo é mais prejudicial à mulher do que ao homem, ou a nocividade decorrente da concessão de intervalo excessivamente elástico e a não coincidência da folga semanal com o domingo a cada quinze dias acomete significativamente mais elas do que eles. O restabelecimento do cansaço no ambiente de trabalho e o proveito da desvinculação do contrato de trabalho é igual para o homem e para a mulher. A proteção exacerbada que os referidos dispositivos legais conferem às trabalhadoras, com fundamentos supostamente biológicos, são inibidores do desenvolvimento profissional da própria mulher.

Não se trata de invocar o princípio da isonomia para igualar homens e mulheres indiscriminadamente, pois, como visto, é assente que esse postulado admite exceções. Mas é inevitável perceber que, hodiernamente, mencionadas diferenciações se mostram descabidas e ultrapassadas, em especial pela nova ordem constitucional, refletindo arcaica tentativa de sustentar, juridicamente, a dominação masculina, além de constituírem-se verdadeiros obstáculos à mulher na seara laboral.

Mencionados tratamentos diferenciados, além de serem pseudoprotetivos, relegam a mulher ao plano do sexo frágil, submisso, inferior e culturalmente responsável pelas obrigações conjugais, familiares e domésticas.

A adoção de tratamentos desiguais injustificados resulta na oneração da própria mulher e não sua promoção, visto que, na medida em que as mulheres têm mais privilégios, não há razão para se buscar uma igualdade no cotidiano, tendo em vista a compensação de desequilíbrios culturais pela própria norma jurídica<sup>439</sup>.

A eleição do princípio da igualdade como fundamental e também como objetivo do Estado brasileiro impõe não só sua utilização como meio de atuação, como também um modelo de bem comum. Em última análise, o princípio propõe a promoção da igualdade entre homens e mulheres e não a ratificação das desigualdades por meio de medidas protecionistas, como as previstas nos dispositivos celetistas em comento, que tendem tão somente a reforçar as diferenças de gênero.

---

<sup>439</sup> Conforme Marly Antonieta Cardore *apud* ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan. *Igualdade de gênero e ações afirmativa: desafios e perspectivas para mulheres brasileiras: pós-Constituição Federal de 1988*. São Paulo: LTr, 2012, p. 170, nota 273.

É imprescindível repensar a questão de gênero, assegurando a distinção quando esta realmente for necessária e rejeitando as proteções que, distante de significar uma garantia aos sujeitos de direito, conservam as mulheres como seres inferiores, trazendo as mais diversas consequências práticas.

O direito deve ser posto nesse contexto como transformador social e responsável pelo tratamento isonômico da mulher e do homem.

Para tanto, inicialmente, é essencial ultrapassar os contornos psicológicos e alterar a compreensão de que as desigualdades de gênero são resultantes da condição natural da mulher mas sim, das formulações socioculturais arranjadas ao longo do tempo e, obviamente, passíveis de modificação. Nas palavras de Leonardo Boff, “o ser humano, homem e mulher, possui um futuro aberto ainda não ensaiado que pode ser trazido para o presente pela sua criatividade, expressado no engajamento e na decisão de agir”. Isto é, “ele não é definitivamente refém das instituições do passado, especialmente do patriarcado, que marcaram a história de sofrimento e opressão” das mulheres. “O que foi construído historicamente pode ser também historicamente desconstruído. Essa é a esperança subjacente de mulheres oprimidas e dos seus aliados. Esperança de um novo patamar de civilização não mais estigmatizado pela dominação de gênero”<sup>440</sup>.

É que muito da inferiorização do trabalho da mulher deriva da sua arraigada vinculação ao trabalho doméstico. Contudo, para além dos aspectos biológicos da reprodução, a divisão sexual do trabalho não se justifica, urgindo a redefinição dos papéis do homem e da mulher na sociedade contemporânea.

Cabe ao Estado, à luz do princípio da igualdade levar em consideração os fatores de segregação da mulher no mercado de trabalho e atuar ativamente no sentido de reduzir as desigualdades, removendo, prioritariamente, as normas restritivas do trabalho da mulher. É inadmissível a manutenção de proteções que carecem de qualquer fundamento de ordem científica como é o caso dos preceitos celetistas em questão.

As discriminações positivas no tocante à obrigatoriedade de concessão do intervalo de quinze minutos antes do início do trabalho extraordinário, relativa à proibição de elasticidade do intervalo intrajornada máximo de duas horas, e respeitante à coincidência da folga semanal aos domingos de modo quinzenal, justificadas no contexto do direito civil de outrora, que considerava a mulher relativamente incapaz, e da revolução industrial, que clamava por regras de proteção, nada obstante a mudança do cenário constitucional, tornaram-

---

<sup>440</sup> MURANO, Rose Marie e BOFF, Leonardo. *Feminino e masculino: uma nova consciência para o encontro das diferenças*. Rio de Janeiro: Sextante, 2002, p. 276.

se perenes, desnaturando o próprio sentido da discriminação positiva, que visa à solução temporária com objetivo de oferecer respostas a uma minoria historicamente discriminada. Referidas distinções ao se perpetuarem no cenário brasileiro distorcem a realidade. Embora o discurso acredita se tratar de proteção, efetivamente, nada mais fazem do que fomentar o aumento das diferenças entre gêneros e ratificar a condição feminina de somenos importância.

Na sua função de controle, cumpre ao Judiciário acompanhar a dinâmica social, mudar a cultura patriarcal, levar a Constituição a sério e, efetivamente, igualar a mulher no ambiente laboral, afastando os preceitos legais que se revelam atentatórios da igualdade de tratamento e que se caracterizam verdadeiros obstáculos à mulher no mercado de trabalho.

O controle judicial, entretanto, não pode ambicionar para si as escolhas dos melhores meios de cumprir ou não a função social da igualdade, sob pena de se imiscuir no poder de conformação do legislador. A lógica dos procedimentos de controle do tratamento desigual, além de realçar o equilíbrio entre os poderes no desenvolvimento de suas funções de implementação e proteção da igualdade, deve ser norteada em função da necessidade de racionalização, transparência e intersubjetividade.

Nesse sentido, o próprio princípio da igualdade, enquanto norma de controle, confere níveis diferentes de densidade conforme os interesses em questão, a existência de categorias suspeitas, a gravidade da diferenciação ou o grau de intensidade de afetação dos direitos fundamentais. Assim, para resolver os casos fáceis a identificação do princípio da igualdade com o princípio da proibição do arbítrio é suficiente para determinar a legitimidade ou não da medida. Já os tratamentos desiguais de grau moderado ou forte, sobretudo os fulcrados em critérios já repudiados pelo ordenamento jurídico, como é o caso do sexo, exigem um controle mais intenso. Nesses casos, deve-se perquirir se a conformação legislativa tem o condão de demonstrar que a distinção é determinada por outros motivos, racional e objetivamente relevantes, que justifiquem a necessidade de compensação, pois do contrário, sua ilegitimidade é presumida. Uma vez elidida tal presunção, o princípio da igualdade reclama, ainda, um controle de proibição de excesso, com a justificação da distinção consonante a persecução de sua idoneidade e indispensabilidade para alcançar determinada finalidade, bem com sua adequada correspondência com o valor da causa final. A eficiência desse último filtro de controle, do ponto de vista da redução do subjetivismo, será incrementada se o princípio da proporcionalidade for além da análise isolada da relação de adequação entre o meio e o fim da restrição ou tratamento distinto, isto é, quando não se limitar a investigar se o sacrifício da medida restritiva ou tratamento desigual não é desproporcional ao fim desejado com tal

iniciativa, e proceder numa verificação mais geral da proibição do excesso, comparando as vantagens e desvantagens recíprocas de todas as alternativas legítimas e disponíveis.

Especificamente, nas hipóteses dos artigos 383, 384 e 386 da CLT, a despeito dos entendimentos jurisprudenciais predominantes, a compreensão pessoal é no sentido de que as diferenças desarrazoadas de tratamento entre homens e mulheres contrariam a Lei Maior, não restando recepcionados pelo atual ordenamento jurídico.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos fundamentais – introdução geral*. Estoril: Principia, 2007.

ALMEIDA, Kellyane Laís Laburu Alencar de. A igualdade e a proporcionalidade – reflexões sobre a ponderação do legislador e a ponderação do juiz nas ações afirmativas. In: DUARTE, David; SARLET, Ingo Wolfgang; BRANDÃO, Paulo de Tarso (org.). *Ponderação e proporcionalidade no Estado Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013. p. 49-96.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2ª ed., Coimbra: Edições Almedina, 2001.

ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. O trabalho da mulher e o princípio da igualdade. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, Rio de Janeiro, v. 79, nº. 03, p. 46-62, jun./set., 2013.

ARISTÓTELES. *Ética a nicômano*. Livro II. Coleção “Os Pensadores”, São Paulo: Abril Cultura, 1979.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômano*. Livro V. Coleção “Os Pensadores”, São Paulo: Abril Cultura, 1979.

ARRUDA, Kátia Magalhaes. O princípio da igualdade no trabalho da mulher e outros estudos. *LTr: Suplemento Trabalhista*, São Paulo, nº. 122, p. 785-789, 1995.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

\_\_\_\_\_. Aids no local de trabalho: um enfoque de Direito internacional e comparado. *Revista LTr*, São Paulo, v. 65, nº. 03, p. 269-278, março de 2001.

\_\_\_\_\_. O trabalho da mulher: revisão de conceitos. In: PENIDO, Laís de Oliveira (coord.). *A igualdade dos gêneros nas relações de trabalho*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006, p. 51-81.

\_\_\_\_\_. Discriminação de emprego por motivo de sexo. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (Coord.). *Discriminação*. 2ª ed., São Paulo: LTr, 2010, p. 59-83.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a eficácia de suas normas*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARSTED, Leila Linhares e PITANGUY (org.). *O progresso das mulheres no Brasil 2003–2010*. Rio de Janeiro: CEPIA; Brasília: ONU Mulheres, 2011. Disponível em: < <http://www.unifem.org.br/sites/700/710/progresso.pdf> > Acesso em: 28.10.2015.

BERGMANN, Barbara R. *Defense of affirmative action*. New York: Basic Books, 1996. Published on H-Teachpol (October, 1998). Disponível em: < <https://www.h-net.org/reviews/showpdf.php?id=2390> > Acesso em: 29.07.2015.

BOBBIO, Norberto Bobbio. *Eguaglianza e egualitarismo*. Armando Armando Editore: Roma, 1978.

\_\_\_\_\_. *Igualdade e liberdade*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

\_\_\_\_\_. *Teoria da norma jurídica*. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *A constituição aberta*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1996.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 15ª ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2004.

CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. 4ª ed., Porto Alegre: Síntese, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

\_\_\_\_\_. A concretização da Constituição pelo legislador e pelo Tribunal Constitucional. In: MIRANDA, Jorge (org). *Nos dez anos da constituição*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1986.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. (10 reimp.) Coimbra: Almedina, [s.d].

CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. 24ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

CASTRO, Juliana. Aumenta desigualdade entre homens e mulheres no mercado formal de trabalho, aponta IBGE. *O Globo*, Rio de Janeiro, 31.10.2014. Disponível em: < <http://oglobo.globo.com/sociedade/aumenta-desigualdade-entre-homens-mulheres-no-mercado-formal-de-trabalho-aponta-ibge-14414312> > Acesso em: 15.04.2015.

CAUPERS, João. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a constituição*. Coimbra: Almedina, 1985.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito e poder: ensaio da epistemologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1992.

CORDEIRO, Antônio Menezes. *Manual de direito do trabalho*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1997.

CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 1989.

DELGADO, Maurício Goldinho. *Curso de direito do trabalho*. 10ª ed., São Paulo: LTr, 2011.

DRAY, Guilherme Machado. Autonomia privada e igualdade na formação e execução de contratos individuais de trabalho. In: MARTINEZ, Pedro Romano (coord.). *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*. Vol. I. [S.l]: Almedina, [S.d], p. 21-105.

\_\_\_\_\_. *O princípio da igualdade no direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 1999.

DUARTE, David. *A norma de legalidade procedimental administrativa - a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*. Lisboa: Almedina, 2006.

DWORKIN, Ronaldo. *O império do direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aspectos jurídicos das ações afirmativas. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília, v. 69, nº. 2, p. 72-79, jul./dez. 2003.

FREITAS, Tiago Fidalgo de. *O Princípio da proibição de retrocesso social*. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no Centenário do seu nascimento, v II. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

GOMES, Hélio. *Medicina legal*. v. 2, 5ª ed., Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., [s.d.].

GOMES, Joaquim B. Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*. Brasília. V. 38, nº. 151, p. 129-152, jul./set. 2001.

GOSDAL, Thereza Cristina. *Discriminação da mulher no emprego: relações de gênero no Direito do Trabalho*. Curitiba: Genesis, 2003.

GOSDAL, Thereza Cristina. Diferenças de gênero e discriminação do trabalho. In: PENIDO, Laís de Oliveira (coord.). *A igualdade dos gêneros nas relações de trabalho*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, p. 305-317, 2006.

GUNTHER, Luiz Eduardo; GUNTHER, Noeli Gonçalves da Silva. A igualdade de direitos entre homens e mulheres nas relações de trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*. Curitiba a. 35, nº. 65, p. 25-29, Jul./ Dez. 2010.

HIRATA, Helena e KERGOAT, Danièle. Novas configurações da divisão sexual do trabalho. Tradução: Fátima Murad. *Cadernos de Pesquisa*, v. 37, nº. 132, p. 595-609, set. / dez. 2007. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/cp/v37n132/a0537132.pdf> > Acesso em: 09.09.15.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em: < [http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh\\_thomas\\_hobbes\\_leviatan.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf) > Acesso em: 05.05.2015.

KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. 3ª ed., Tradução João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOPES, Cristiane Maria Sbaqueiro. Direito do trabalho da mulher: da proteção à promoção. São Paulo: *Revista Cadernos Pagu*, nº. 26, p. 405-430, janeiro-junho de 2006. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n26/30398.pdf> > Acesso em: 28.09.2015.

\_\_\_\_\_. A prova da discriminação no processo do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*. Curitiba, a. 33, nº. 60, p. 187-2016, jan./ jun. 2008.

LUCENA FILHO, Humberto Lima de. Relações de gênero, trabalho e não-discriminação: uma abordagem da concretização do princípio da igualdade substantiva. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região*, Recife, v. 21, nº. 38, p. 130-152, 2011.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Anúncios de empregos: discriminação e responsabilidade*. Disponível em: < <http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/125422/Rev24Art13.pdf/ad0dd360-918f-430b-abbd-e4feeffa8eea> > Acesso em: 26.08.2015.

MALLET, Estevão. Direito do trabalho, igualdade e não discriminação. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região*. Suplemento especial comemorativo. Belém, v. 41, nº. 81, p. 1-312, jul./dez., 2008.

\_\_\_\_\_. Discriminação e processo do trabalho. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (Coord.). *Discriminação*. 2ª ed., São Paulo: LTr, 2010, p. 199-208.

ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan. *Igualdade de gênero e ações afirmativa: desafios e perspectivas para mulheres brasileiras: pós-Constituição Federal de 1988*. São Paulo: LTr, 2012.

MARQUES, Rafael da Silva. Princípio da igualdade no âmbito trabalhista – análise do artigo 384 da CLT. *Cadernos da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*. Estudos de administração judiciária: reflexões de magistrados sobre a gestão do Poder Judiciário. nº. 02-2009, p. 193-199. Porto Alegre: HS Editora, 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Impacto da súmula vinculante 10 do STF*. *Jornal Gazeta Mercantil*, 14.07.2008. Disponível em: < <http://www.gandramartins.adv.br> > Acesso em: 31.07.2014.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 22ª ed., São Paulo: Atlas, 2006.

MARX, Karl. *Crítica ao programa de Gotha*. Disponível em: < <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000035.pdf> > Acesso em: 05.05.2015.

MASTRANTONIO, Simone Aparecida Barbosa. Ação afirmativa: afronta ou reforça o princípio da igualdade? *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*. Curitiba, v. 34, n.º 63, p. 353-397, jul./dez. 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 35ª ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 11ª ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1999.

\_\_\_\_\_. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed., 8ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2000.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. A igualdade e as ações afirmativas. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. n.º 01, p. 23-26, jan. / jun. 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*. Tomo I, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, t. IV. 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

\_\_\_\_\_. Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Direito constitucional II: sumários desenvolvidos*. Lisboa: AAFDL, 2004.

MOURA, Patrícia Uliano Effting Zoch de. *A finalidade do princípio da igualdade: a nivelção social - interpretação dos atos de igualar*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

MURANO, Rose Marie; BOFF, Leonardo. *Feminino e masculino: uma nova consciência para o encontro das diferenças*. Rio de Janeiro: Sextante, 2002.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 1992.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. O direito do trabalho analisado sob a perspectiva do princípio da igualdade. *Revista LTr*, São Paulo, Vol. 68, n. 07, p. 777-787, julho de 2004.

NEVES, Antônio Castanheira. *Justiça e direito*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 51, p. 205-269, 1975.

\_\_\_\_\_. *O instituto dos 'assentos' e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora. 2006.

\_\_\_\_\_. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

\_\_\_\_\_. *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*. 1ª ed. (reimp.) Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de direito democrático*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Tradução Rue Jugmann. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 1974.

PINTO, Maria da Glória Ferreira. Princípio da igualdade: fórmula vazia ou formula «carregada» de sentido? Separata do *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, nº. 358, p. 19-64, julho 1986.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos das mulheres no Brasil: desafios e perspectivas. In: PENIDO, Laís de Oliveira (coord.). *A igualdade dos gêneros nas relações de trabalho*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006, p. 205-212.

PITAS, José. Princípio da igualdade no direito. *Repertório IOB de Jurisprudência: Trabalhista e Previdenciário*. São Paulo, nº. 24, p. 718-716, dez 2003.

QUEIROGA, Vitória dos Santos Lima. Ações afirmativas e trabalho da mulher: Garantia de um direito ou estabelecimento de um privilégio? *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, nº. 84, jan 2011. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8854](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8854) > Acesso em: 10.10.2015.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais da pessoa*. Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço. Rui Manuel de Moura Ramos *et al* (org). Vol II. Coimbra: Almedina, 2002. p. 393-415.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito do trabalho – Parte I – Dogma Geral*. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2012.

RAPOSO, Vera Lúcia. Os limites da igualdade: um enigma por desvendar (a utilização da discriminação positiva de gênero no Direito do trabalho). In: PENIDO, Laís de Oliveira (coord.). *A igualdade dos gêneros nas relações de trabalho*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006, p. 165-188.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Piseta; Lenita M. R. Esteves. Martins Fontes: São Paulo: 2000.

\_\_\_\_\_. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Organizado por Erin Kelly. Tradução Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

REALE, Miguel, *Lições preliminares de direito*. 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 1991.

RITO, Gabriel Francisco Alves. *O princípio da igualdade e os direitos sociais*. Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2011.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*. Brasília. v. 33, nº. 131, p. 283-295, jul./set. 1996.

RODRIGUES, Américo Plá. *Princípios do direito do trabalho*. 3ª ed., Tradução Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 2000.

RODRIGUES, Paloma. Cotas para mulheres: política afirmativa ou restrição? *Carta Capital*. [s.l.], 18.02.2014. Disponível em: < <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/concurso-publico-6306.html> > Acesso em: junho de 2015.

ROMITA, Arion Sayão. O princípio de não-discriminação da mulher no direito do trabalho brasileiro. In: PENIDO, Laís de Oliveira (coord.). *A igualdade dos gêneros nas relações de trabalho*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006, p. 83-88.

ROSALDO, Michelle Zimbalist; LAMPHERE, Louise (coord). *A mulher, a cultura e a sociedade*. Tradução de Cila Anker e Rachel Gorenstein. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1979.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens (1754)*. Disponível em: < <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000053.pdf> > Acesso em: 11.05.2015.

SÁ, Almeno de. *Administração do Estado, administração local e princípio da igualdade no âmbito do estatuto de funcionário*. Coimbra: Almedina, 1985.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

\_\_\_\_\_. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil*. Disponível em: < [http://www.iad-df.com.br/artigos/especificacao-do-artigo.php?acao=leia-mais&publicacao\\_artigo=4](http://www.iad-df.com.br/artigos/especificacao-do-artigo.php?acao=leia-mais&publicacao_artigo=4) > Acesso em: 07.07.2015.

SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 31ª ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008.

SILVA, Nícolas Trindade da. *Da igualdade formal a igualdade material*. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, nº. 107, dez 2012.

SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de direito do trabalho*. Vol. I. 18ª ed., São Paulo: LTr, 1999.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito do Trabalho*. Vol. II. 18ª ed., São Paulo: LTr, 1999.

TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.º 211, p. 241-269 jan./mar, 1998.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *A Natureza das Coisas*. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes Silva. Coimbra Editora, 2001.

VIANA, Márcio Túlio; PIMENTA, Raquel Betty de Castro. A proteção trabalhista contra os atos discriminatórios: análise da Lei 9.029/95. *In*: RENAULT, Luiz Otávio Linhares.

VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (Coord.). *Discriminação*. 2ª ed., São Paulo: LTr, p. 135-142, 2010.