

A IGUALDADE DE DIREITOS ENTRE HOMENS E MULHERES NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

*Luiz Eduardo Gunther¹
Noeli Gonçalves da Silva Gunther²*

Sumário: 1 *Introdução*; 2 *O princípio da igualdade*; 3 *A igualdade entre homens e mulheres*; 4 *O caso emblemático do intervalo antes do início das horas extras (art. 384 da CLT)*; 5 *A proibição das revistas íntimas (art. 373-A, inciso VI, da CLT)*; 6 *Considerações finais*; 7 *Referências*.

Resumo: O texto volta-se ao exame do princípio da igualdade, seus fundamentos e alcance, sob o prisma não só de que “todos são iguais perante a lei”, mas também no sentido de que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações” (CF/88, art. 5º, caput e inciso I). O objetivo é verificar se uma regra da CLT de 1943, que garante um intervalo à mulher antes do início das horas extras, foi recepcionada pela nova ordem (art. 384) e, em caso positivo, se pode aplicar-se também ao homem. Da mesma forma, se uma norma introduzida na CLT após 1988, que proíbe a revista íntima somente às mulheres, também pode aplicar-se aos homens (art. 373-A, VI).

¹ Desembargador Federal do Trabalho junto ao TRT da 9ª Região. Professor do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Membro do Instituto Histórico e Geográfico do Paraná e da Academia Nacional de Direito do Trabalho.

² Advogada. Associada do Instituto Brasileiro de Direito de Família-IBDFAM.

Palavras-chave: princípio da igualdade – homens e mulheres – relações de trabalho – intervalos – revista íntima.

Abstract: This paper turns to an examination of the principle of equality, its foundations and scope, not only from the perspective that "all are equal before the law" but also in the sense that "men and women have equal rights and obligations "(CF/88, art. 5, heading and paragraph I). The objective is to verify that a rule of CLT 1943, which guarantees a woman the interval before the start of overtime, was approved by the new order (art. 384) and, if so, you can also apply to man. Likewise, if a rule introduced in the CLT after 1988, which prohibits the body cavity search only to women, can also apply to men (art. 373-A, VI).

Keywords: principle of equality - men and women - working relationships - intervals - cavity search.

Riassunto: Questo lavoro si rivolge a un esame del principio di uguaglianza, le sue fondamenta e la portata, non solo dal punto di vista che "tutti sono uguali davanti alla legge", ma anche nel senso che "gli uomini e donne hanno uguali diritti e obblighi" (CF/88, art. 5, titolo e il paragrafo I). L'obiettivo è di verificare che una norma di CLT 1943, che garantisce una donna l'intervallo prima dell'inizio del lavoro straordinario, è stato approvato con il nuovo ordinamento (art. 384) e, se sì, si può anche applicare agli uomini. Allo stesso modo, se una regola introdotta nel CLT dopo il 1988, che vieta la ricerca di cavità del corpo solo alle donne, può valere anche per gli uomini (art. 373-A, VI).

Parole chiave: principio di uguaglianza - uomini e donne - le relazioni di lavoro - intervalli - ricerca cavità.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05.10.1988, inaugurou entre nós um Estado Democrático de Direito. Por essa Carta Magna pautam-se todas as interpretações do direito em nosso País.

Passados mais de vinte anos de sua vigência, entretanto, existem, ainda, muitas interpretações divergentes no campo do direito do trabalho, especialmente quando se precisa saber quais as normas infraconstitucionais que foram recepcionadas pelo novo texto constitucional.

Existem muitas incertezas, pois, sobre quais textos de lei continuam em vigor a partir da Constituição, em razão da possibilidade de com esta contrastar, e também sobre aqueles que não foram elaborados aplicando a principiologia da Nova Carta.

O Colendo Tribunal Superior do Trabalho teve que decidir, recentemente, se, à luz do princípio da igualdade entre homens e mulheres previsto na CF/88 (art. 5º, I), uma regra da CLT (art. 384, cuja redação originária é de 1943 - que concede um intervalo especial à mulher) teria sido recepcionada pela nova ordem.

Outro tema ainda não inteiramente pacificado é o relativo à proibição da revista íntima dirigida às mulheres, também prevista na CLT (art. 373-A, VI, redação da Lei

9.799/99). O questionamento aqui é se a regra também se aplica aos homens, por força do mesmo dispositivo constitucional (art. 5º, I).

Vê-se, pois, que o princípio da igualdade continua sendo tema jurídico importante, e que deve ser analisado, em profundidade, seja por sua expressão “*todos são iguais perante a lei*”, seja pela garantia de que “*homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações*”.

2 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Quando enunciamos a expressão “*todos são iguais perante a lei*” estamos tratando de uma técnica da igualdade. O princípio é imperativo para os legisladores e para os executores administrativos ou judiciais³.

Duas funções podem ser atribuídas ao conteúdo do princípio. A primeira delas dirige-se a regular a feitura das leis, submetendo-o à exigência de ser igual para todos. A segunda função direciona-se ao direito já feito, podendo, nessa hipótese, servir: a) de regra de interpretação em caso de dúvida; b) de fonte de direito, preenchendo as lacunas; c) de preceito de direito intertemporal; d) de regra de exegese da própria Constituição; e) como fundamento de outros princípios⁴.

Sendo um dos princípios estruturantes do regime geral dos direitos fundamentais, o princípio da igualdade condensa conteúdos importantes, que podem ser assim ser

³ MIRANDA, Pontes de. **Democracia, liberdade, igualdade**: os três caminhos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 485 e 486.

⁴ MIRANDA, Pontes de. *Op. cit.*, p. 486.

resumidos: a) igualdade na aplicação do direito; e b) igualdade quanto à criação do direito.

A fórmula “*todos os cidadãos são iguais perante a lei*” significa, essencialmente, a “*exigência de igualdade na aplicação do direito*”⁵.

Por outro prisma, a igualdade perante a lei não significa apenas aplicação igual da lei. A própria lei deve tratar igualmente todos os cidadãos. Assim, o princípio da igualdade “*dirige-se ao próprio legislador, vinculando-o à criação de um direito igual para todos os cidadãos*”⁶.

Segundo Marciano Seabra de Godoi, é muito mais apropriado definir a igualdade como “*tratar os indivíduos como iguais*”, do que tratar os indivíduos igualmente⁷. A igualdade não estaria no conteúdo da norma, mas, sim, nos pressupostos que se verificam no próprio discurso que produz a norma.

Isso quer dizer que os cidadãos não deveriam, obrigatoriamente, ser iguais “*na forma em que são tratados pelas normas*”, mas, fundamentalmente, “*devem ser iguais nos direitos e na forma efetiva em que participam do processo de elaboração da norma*”⁸.

⁵ CANOTILHO. J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 399.

⁶ CANOTILHO. J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 399.

⁷ GODOI, Marciano Seabra de. **Justiça, igualdade e direito tributário**. São Paulo: Dialética, 1999. p. 106.

⁸ GODOI, Marciano Seabra de. *Op. cit.*, p. 106.

Relativamente ao conceito de igualdade, três posições importantes podem ser encontradas, relacionando-se-as como nominalistas, idealistas e realistas⁹.

Para os nominalistas, o que se encontra no universo é a desigualdade. São diferenças naturais e sociais, oriundas da diversidade de ordem física ou de ordem social. Como consequência, aceitam-se os privilégios existentes no mundo ou a justificação de pretensas superioridades biológicas ou sociais.

Para a corrente idealista do conceito de igualdade, considerando-se a unidade da espécie humana, deve reinar entre os homens uma igualdade absoluta.

O conceito realista de igualdade situa-se a meio-tempo dos extremos nominalistas e idealistas. A ideia de igualdade, nessa teoria, deve ser fundada não no conceito de igualdade natural entre os homens, mas no reconhecimento da universalidade do homem. Reconhece, portanto, no universo, a igualdade e as desigualdades: a unidade da espécie humana e as variações de condições inúmeras entre os homens¹⁰.

Lembrando-se Carlos Maximiliano, a igualdade consistiria em *“tratar igualmente as coisas iguais e desigualmente as desiguais; pois a igualdade absoluta, matemática, é de fato o paradoxo da igualdade”*¹¹.

⁹ FARIA, Anacleto de Oliveira. **Do princípio da igualdade jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 37.

¹⁰ FARIA, Anacleto de Oliveira. *Op. cit.*, p. 37-46.

¹¹ MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição de 1946**. 5. ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1954. v. III. p. 36.

Ou, para lembrar-se Rui Barbosa, em sua “Oração aos Moços”, quando demonstrou a relevância de entender-se bem o sentido da igualdade:

A regra de igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nessa desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não, igualdade real¹².

O Supremo Tribunal Federal, em acórdão da lavra do Ministro Celso de Mello, indicou três objetivos do princípio da igualdade: limitar o legislador, o intérprete (autoridade pública) e o particular¹³.

Quanto ao legislador, não poderá criar normas veiculadoras de desigualdades abusivas, “*ilícitas, arbitrárias, contrárias à manifestação constituinte de primeiro grau*”¹⁴.

A autoridade pública, assim como o particular, sujeitam-se ao ditame da isonomia. Este último, por exemplo, não poderá direcionar a sua conduta no sentido de discriminar os seus semelhantes, através de preconceitos, racismos ou maledicências diversas, “*sob pena de ser*

¹² BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. São Paulo: Edição da Revista Arcadia, 1944. p. 38-39.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Celso de Mello. Pleno. MI 58/DF, julgado em 14.12.1990, DJ1, de 19-4-1991, p. 4.580.

¹⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. 8. ed. rev. atual. até EC 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 118.

*responsabilizado civil e penalmente, com base na Constituição e nas leis em vigor*¹⁵.

Duas expressões consagraram-se no direito, sobre o tema: “*igualdade na lei*” e “*igualdade perante a lei*”.

Segundo George Marmelstein, a igualdade na lei é dirigida ao legislador, que, “*ao editar normas abstratas, deve tratar todos com isonomia*”. A igualdade perante a lei, porém, incide no momento de concretização, “*de modo que os operadores do direito, na aplicação da lei, não adotem comportamentos preconceituosos*”¹⁶.

Por força da isonomia, existe um dever de não discriminar e um dever de igualizar. Trata-se de um conceito dinâmico e multifuncional de igualdade, adotado pela Constituição brasileira¹⁷.

O dever de não discriminar (discriminação negativa) proíbe tratamento diferenciado a um grupo ou categoria de pessoas, com o intuito de prejudicá-las. Dessa forma, todos os benefícios jurídicos concedidos a uma pessoa não podem ser negados a outra “*sem uma justificativa plausível*”. Já o dever de igualizar (discriminação positiva) consiste na obrigação constitucional de adotar medidas concretas em favor de pessoas que estejam em situação de desvantagem (econômica, social ou cultural), permitindo que possam usufruir das vantagens sociais, de forma igualitária, concorrendo “*em igualdade de condições com os demais*”

¹⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. *Op. cit.*, p. 118.

¹⁶ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 79.

¹⁷ MARMELSTEIN, George. *Op. cit.*, p. 80.

membros da sociedade, sobretudo nas áreas profissionais e educacionais”¹⁸.

Encara-se, portanto, o princípio da igualdade em vertente negativa e positiva. Sob o aspecto negativo, consagra o princípio da não-discriminação¹⁹. Por outro vértice, a necessidade de consagrar diferenças de tratamento, cria as chamadas “*discriminações positivas com vistas a alcançar a igualdade substancial*”²⁰.

Mas essa igualdade existe quando se visualiza a relação entre homens e mulheres? E quando se examinam as relações de trabalho, como se considera esse princípio da igualdade?

3 A IGUALDADE ENTRE HOMENS E MULHERES

A Carta Magna de 1988, no artigo 5º, inciso I, garantiu que “*homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição*”.

Igualou, sem dúvida, o constituinte, homens e mulheres, acatando solicitação há muito reclamada em longas lutas travadas contra a discriminação. Ao fazê-lo, segundo Uadi Lammêgo Bulos, “*garantiu muito mais do que a igualdade perante a lei. Assegurou a igualdade em direitos e obrigações*”²¹.

¹⁸ MARMELSTEIN, George. *Op. cit.*, p. 80.

¹⁹ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005. p. 181.

²⁰ CAUPERS, João. **Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição**. Coimbra: Almedina, 1985. p. 59.

²¹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Op. cit.*, p. 123.

Dessa forma, homens e mulheres, que estiverem em situação idêntica, não poderão, seja qual for o argumento, “sofrer qualquer cerceamento em suas prerrogativas e nos seus deveres, sob pena de infringir-se a manifestação constituinte originária”²².

No Brasil, historicamente, as Constituições não deram realce ao tema. A Constituição do Império, de 1824, silenciou sobre a igualdade entre os sexos e o trabalho da mulher. Do mesmo modo, a Constituição de 1891 não mencionou expressamente a igualdade entre homens e mulheres²³.

A Constituição de 1934 inscreveu, de forma expressa, o princípio da igualdade em razão do sexo, afirmando não haver privilégios, nem distinções, por motivo de sexo. Curiosamente, a Constituição de 1937, embora mantivesse o princípio da igualdade, não mais fez menção ao critério do sexo. A Constituição de 1946, por seu turno, manteve a redação do princípio da igualdade nos mesmo termos²⁴.

Em 1967, a Constituição, apesar de editada em ambiente autoritário, ao enunciar o princípio da isonomia, retoma a menção expressa ao critério do sexo, que não pode ser empregado como distintivo. Essa preocupação foi mantida com a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 (que, para alguns doutrinadores, é uma nova Constituição)²⁵.

²² BULOS, Uadi Lammêgo. *Op. cit.*, p. 123.

²³ GOSDAL, Thereza Cristina. **Discriminação da mulher no emprego**: relações de gênero no direito do trabalho. Curitiba: Genesis, 2003. p. 141-142.

²⁴ GOSDAL, Thereza Cristina. *Op. cit.*, p. 143-146.

²⁵ GOSDAL, Thereza Cristina. *Op. cit.*, p. 146.

Existem, também, diversas normas internacionais tratando do tema, podendo citar-se a *Convenção sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher*, adotada pela Resolução 34/180 da Assembleia Geral das Nações Unidas em 18 de dezembro de 1979 e ratificada pelo Brasil em 1º de fevereiro de 1984 (promulgada pelo Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002)²⁶.

O artigo 1º dessa Convenção define discriminação como sendo:

*toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente do seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo*²⁷.

Estabelece o artigo 11 desse diploma internacional que os Estados-partes (portanto, o Brasil também), “*adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera do emprego e assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, os mesmos direitos*”²⁸.

²⁶ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005. p. 301.

²⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Teoria geral do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998. p. 306.

²⁸ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005. p. 301.

Essa Convenção exerceu forte influência na elaboração da Carta Magna brasileira de 1988, segundo Alice Monteiro de Barros²⁹.

A Constituição brasileira de 1988, em seu artigo 7º, relaciona medidas antidiscriminatórias e protetivas, objetivando “*favorecer o mercado de trabalho para categorias especialmente prejudicadas*”³⁰. O inciso XX, por exemplo, estabelece a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei.

A nossa Carta Magna vigente muda todo o tratamento jurídico dispensado às mulheres. Como assevera Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes³¹, trata-se da superação de um paradigma jurídico que legitimava declaradamente a organização patriarcal e a conseqüente preferência do homem ante a mulher, especialmente no âmbito da família. Em seu lugar, delinea-se uma ideologia de igualdade de direitos e deveres. A ruptura paradigmática, segundo a autora, implicará a construção de um novo conjunto de valores, de uma nova estrutura que dê coerência ao ordenamento jurídico.

Em 18 de junho de 1998, na 86ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, realizada em

²⁹ BARROS, Alice Monteiro de. Discriminação no emprego por motivo de sexo. In VIANA, Márcio Tulio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coords.). **Discriminação**. São Paulo: LTr, 2000. p. 36-76.

³⁰ PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **Curso de direito constitucional do trabalho**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009. p. 103.

³¹ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. Direito do trabalho da mulher: da proteção à promoção. **Cadernos Pagu** nº 26, janeiro-junho de 2006, p. 405-430.

Genebra, adotou-se a Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho e seu seguimento³².

No item 2º, a Declaração afirma:

*todos os Membros, ainda que não tenham ratificado as convenções internacionais reconhecidas como fundamentais, têm um compromisso derivado do fato de pertencer à Organização de respeitar, promover e tornar realidade, de boa-fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas convenções, isto é: a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; c) a abolição efetiva do trabalho infantil; d) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação*³³.

A eliminação da discriminação é tratada nas Convenções nºs 100, de 1951 e 111, de 1958.

A Convenção nº 100 da OIT, que trata do “*Salário igual para trabalho de igual valor entre o homem e a mulher*”, foi aprovada na 34ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra-1951), e entrou em vigor no plano internacional em 23.05.53. No Brasil, foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 24, de 29.05.56, do Congresso Nacional, ratificada em 25 de abril de 1957 e promulgada pelo Decreto nº 41.721, de 25.06.57, com vigência nacional a partir de 25 de abril de 1958. Essa

³² SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT e outros tratados**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 379-383.

³³ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Op. cit.*, p. 380.

Convenção estabelece que a expressão “*igualdade de remuneração entre a mão-de-obra masculina e a mão-de-obra feminina por trabalho de igual valor*” designa os níveis de remuneração fixados sem discriminação, baseada, direta ou indiretamente, em razão do sexo. Ao ratificar a Convenção, o Estado-Membro deve garantir a aplicação do princípio da igualdade de remuneração entre a mão-de-obra masculina e a mão-de-obra feminina por trabalho de igual valor, na medida em que o permitam os métodos vigentes de fixação dos níveis de remuneração³⁴.

A Convenção nº 111 refere-se à “*Discriminação em matéria de emprego ou ocupação*”. Foi aprovada na 42ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra – 1958), e entrou em vigor no plano internacional em 15.06.60. No Brasil foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 104, de 24.11.64, ratificada em 26.11.1965, promulgada pelo Decreto nº 62.150, de 19.01.68, tendo vigência nacional a partir de 26.11.1966. A discriminação é definida como qualquer distinção, exclusão ou preferência baseada em motivos de raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional, origem social ou qualquer outro motivo especificado por um Estado, que tenha por fim anular ou alterar a igualdade de oportunidades ou de disciplina jurídica no emprego ou na ocupação. Ratificando a Convenção, obriga-se o Estado a formular e aplicar uma política nacional que promova a igualdade de oportunidades e de tratamento com o fim de eliminar qualquer discriminação nos seguintes planos: acesso à formação

³⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT e outros tratados**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 126-127; SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 360-361; ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005. p. 211-212.

profissional; admissão no emprego e nas diversas ocupações; condições de trabalho³⁵.

Referindo-se a um estudo importante sobre o mercado de trabalho e a mulher na América Latina, publicado pela Organização Internacional do Trabalho no dia oito de março de 2005 (dia internacional da mulher), Carlos Alberto Gomes Chiarelli ressalta haver um longo caminho a percorrer para findar as desigualdades, pois:

As mulheres, em média, ganham trinta por cento (30%) menos do que os homens, mesmo ocupando empregos iguais. Elas detêm apenas um por cento (1%) da riqueza mundial, e ganham dez por cento (10%) das receitas mundiais, apesar de constituírem quarenta e nove por cento (49%) da população³⁶.

Registra, contudo, Erika Paula de Campos, não bastar que a igualdade entre homens e mulheres, prevista no inciso I, do art. 5º, da Constituição Federal seja considerada preceito maior, garantia individual e fundamental, sendo necessário, sobretudo, haver “*efetividade da redução das desigualdades*”³⁷.

³⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT e outros tratados**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 143-144; SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 359-360; ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005. p. 212; ZANGRANDO, Carlos. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2008. v. III. p. 1.253.

³⁶ CHIARELLI, Carlos Alberto. **Temas contemporâneos na sociedade do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007. p. 305-306.

³⁷ CAMPOS, Erika Paula de. Igualdade entre homens e mulheres – art. 5º, inc. I, da Constituição Federal de 1988. In VILLATORE, Marco Antônio; HASSON, Roland (Coord.) e ALMEIDA, Ronald Silka de (Org.). **Direito constitucional do trabalho vinte anos depois**.

Embora a força de trabalho feminina no Brasil apresente uma das maiores taxas de crescimento da América Latina, “*as mulheres encontram-se ainda em desvantagem em relação aos homens em termos de salários, cargos e condições de trabalho*”³⁸.

Necessário, portanto, no plano prático, como assinala Christiana D’Arc Damasceno Oliveira, “*conferir efetividade às normas de não-discriminação já existentes*”³⁹.

Segundo essa mesma autora, deve-se reconhecer as mulheres como seres igualmente dotados de racionalidade e autoridade, permitindo-lhes condições de igualdade substancial e viabilizando-lhes o acesso equitativo: a) à representatividade política; b) às decisões institucionais; c) e ao exercício dos direitos fundamentais, em especial no trabalho⁴⁰.

Os últimos anos têm registrado um árduo debate sobre dois temas, especialmente ligados à incidência do princípio da igualdade entre homens e mulheres nas relações de trabalho.

Constituição Federal de 1988. Curitiba: Juruá, 2008. p. 67.

³⁸ PAULA, Carlos Alberto Reis de. Discriminação nas relações de trabalho. In PAIXÃO, Cristiano; RODRIGUES, Douglas Alencar; CALDAS, Roberto de Figueiredo (Coord.). **Os novos horizontes do direito do trabalho**: homenagem ao Ministro José Luciano de Castilho Pereira. São Paulo: LTr, 2005. p. 184.

³⁹ OLIVEIRA, Christiana D’Arc Damasceno. **(O) direito do trabalho contemporâneo**: efetividade dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana no mundo do trabalho. São Paulo: LTr, 2010. p. 109

⁴⁰ OLIVEIRA, Christiana D’Arc Damasceno. *Op. cit.*, p. 109.

O primeiro aspecto relaciona-se à recepção do artigo 384 da CLT pela nova ordem constitucional. Esse dispositivo legal determina um descanso obrigatório, em caso de prorrogação do horário normal, para as mulheres, de quinze minutos, no mínimo, antes do início do período extraordinário de trabalho.

O segundo assunto refere-se ao art. 373-A, VI, da CLT (acrescentado pela Lei nº 9.799, de 26.05.99), que veda ao empregador ou preposto proceder a revista íntimas nas empregadas ou funcionárias. A indagação aqui é se, ante o princípio da igualdade, a regra também não abrangeria os trabalhadores masculinos.

4 O CASO EMBLEMÁTICO DO INTERVALO ANTES DO INÍCIO DAS HORAS EXTRAS (ART. 384 DA CLT)

Parte-se, sempre, da premissa que a igualdade jurídica é um dos elementos básicos no conceito de justiça. Mas, “*para que ela se concretize, faz-se mister considerar existirem pessoas em situação econômica, social ou cultural diferentes*”⁴¹.

Da noção intuitiva de justiça, a ideia de igualdade transfere-se para o direito teórico, daí para o direito positivo, “*com reflexos acentuados na estrutura dos contratos, principalmente na espécie individual de trabalho*”⁴².

⁴¹ DAMASCENO, Fernando Américo Veiga. **Equiparação salarial**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: LTr, 1995. p. 25.

⁴² CATHARINO, José Martins. **Tratado jurídico do salário**. São Paulo: Editora Freitas Bastos, 1951. p. 348.

A aplicação da igualdade de tratamento no direito individual do trabalho é consequência direta do princípio geral da igualdade entre os cidadãos de um Estado, refletido no direito privado. Vale dizer, o princípio da igualdade de tratamento constitui-se em “*uma das formas de limite da autonomia da vontade atualmente consagrado no direito contratual*”⁴³.

Na redação originária da Consolidação das Leis do Trabalho, pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, o artigo 384 possui a seguinte redação: “*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*”⁴⁴. Assinale-se que essa regra encontra-se contida no Título III da CLT, que trata das normas especiais de tutela do trabalho, bem como no capítulo III, dizendo respeito à proteção do trabalho da mulher, e na seção III, relativa aos períodos de descanso.

A questão que surgiu, após a promulgação da nova Carta Magna, no Brasil, em 1988, é se esse dispositivo conflitava com o princípio da igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres.

As diferenças, em matéria de trabalho, devem resultar da diversidade de aptidão de cada um, ou razões objetivas relevantes e justificáveis, como assinala Estêvão Mallet, mas não de diferenças arbitrárias “*fundadas no*

⁴³ DAMASCENO, Fernando Américo Veiga. *Op. cit.*, p. 26.

⁴⁴ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. (compilação de) Armando Casimiro Costa, Irany Ferrari, Melchiades Rodrigues Martins. 37. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 71.

*sexo, na raça, na nacionalidade ou em outros aspectos não determinantes para o exercício da atividade*⁴⁵.

Ressaltou Erika Paula de Campos que, com o advento da Constituição Federal de 1988, muitos artigos da CLT tornaram-se tacitamente revogados, pois resultaram incompatíveis com o novo ordenamento⁴⁶. Para essa autora, embora criados para a proteção da mulher, alguns dispositivos podem ser considerados discriminatórios, como se verifica “*no caso do art. 384 da CLT, que estipulava um descanso mínimo de quinze minutos antes do início da jornada extraordinária*”⁴⁷.

Em análise a essa regra, Sergio Pinto Martins considera que o preceito conflita com o inciso I do artigo 5º da Constituição, em que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Para o doutrinador, não existe tal descanso para o homem. E quanto à mulher, mostra-se discriminatório, pois o empregador pode preferir a contratação de homens em vez de mulheres, “*para o caso de prorrogação do horário normal, pois não precisará conceder o intervalo de 15 minutos para prorrogar a jornada de trabalho da mulher*”⁴⁸.

Explicita, ainda, esse autor, que a mulher, por sua concepção física, tem menores condições físicas de executar trabalhos extenuantes, como, por exemplo, “*em relação a*

⁴⁵ MALLET, Estêvão. O princípio constitucional da igualdade e o trabalho da mulher. In FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa (Coord.). **Trabalho da mulher: homenagem a Alice Monteiro de Barros**. São Paulo: LTr, 2009. p. 160.

⁴⁶ CAMPOS, Erika Paula de. *Op. cit.*, p. 68.

⁴⁷ CAMPOS, Erika Paula de. *Op. cit.*, p. 68.

⁴⁸ MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários à CLT**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 315.

trabalho com pesos, mas não no que diz respeito a horas extras”. Considera, também, que, não havendo excesso de jornada, há mera infração administrativa⁴⁹.

Menciona, em abono ao seu ponto de vista, um aresto do Tribunal do Trabalho do Paraná, que tem a seguinte ementa:

*MULHER – ART. 384 DA CLT – INCONSTITUCIONALIDADE. O art. 384 da CLT não foi recepcionado pela nova ordem constitucional que assegurou a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres (art. 5º, inciso I, da Constituição Federal).*⁵⁰

Para Alice Monteiro de Barros, em consequência da revogação expressa do art. 376 da CLT, pela Lei nº 10.244, de 27 de junho de 2001, está, também, revogado, tacitamente, o art. 384 da CLT. Na dicção dessa professora, “ambos os dispositivos conflitavam, sem dúvida, com o art. 5º, I, da Constituição da República” (homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações nos termos da Constituição)⁵¹.

O trabalho da doutrinadora mencionada sinaliza, expressamente, no sentido de não ter sido recepcionado o art. 384 da CLT pelo preceito constitucional. Justifica sua afirmação dizendo que a diferença, entre homens e

⁴⁹ MARTINS, Sergio Pinto. *Op. cit.*, p. 315.

⁵⁰ PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Ac. 4ª T., RO 15.798/1998, Rel. Juiz Dirceu Pinto Júnior, j. 26.5.99, DJPR 23.7.99, p. 64.

⁵¹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: LTr, 2010. p. 1090.

mulheres, não traduz fundamentos para tratamento diferenciado, salvo em condições especiais como a maternidade. Assim, o intervalo previsto no art. 384, só seria possível à mulher se houvesse idêntica disposição para os trabalhadores do sexo masculino. Ressalta, ainda, que a pretensão almejada, por essa regra, poderia caracterizar um obstáculo à contratação de mulheres, na medida em que o empregador deveria certamente admitir homens, *“pois não teria a obrigação de conceder aquele descanso. Logo, o que seria uma norma protetiva acabaria por se tornar um motivo para preterição”*⁵².

Nessa linha de entendimento, dois acórdãos do Tribunal Superior do Trabalho podem ser lembrados. O primeiro deles, da lavra do Ministro Vantuil Abdala, assevera que o art. 384 da CLT está revogado pela Constituição Federal por causa da afronta ao princípio da isonomia e redução de direitos do trabalhador do sexo masculino⁵³. O segundo, da lavra do Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, também considera não ter havido recepção do art. 384 da CLT com o princípio da igualdade entre homens e mulheres. Segundo esse julgado, as únicas normas, que possibilitam dar tratamento diferenciado à mulher, dizem respeito àquelas traduzidas na proteção à maternidade, dando à mulher garantias desde a concepção, o que não ocorre quando se examina o intervalo em debate⁵⁴.

⁵² BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.*, p. 1090-1091.

⁵³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Proc. RR 957/2005-114-15-00.8, data de julgamento 28.05.08, Rel. Min. Vantuil Abdala, 2ª T., DJ 13.06.08.

⁵⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Proc. E-RR-3886/2000-071-09-00.0, julgado em 31.03.08, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DJ 25.04.08.

Com essa mesma orientação, preleciona Vólia Bomfim Cassar, dizendo que, em face da igualdade preconizada nos arts. 5º, I e 7º, XX, da CRFB, não foi recepcionado o art. 384 da CLT, bem como qualquer outra norma discriminatória concernente à jornada, hora extra, compensação, trabalho noturno, descanso diferenciado ou intervalo especial⁵⁵. Desse modo, aplicar-se-iam à mulher as mesmas restrições e normas dirigidas aos homens, salvo quando relacionadas “com a sua parte biológica (maternidade, amamentação, aborto, etc.), pois, nesse caso, não se a estará discriminando e sim protegendo-a”⁵⁶. Nesse sentido seria a IN 1/88 do Ministério do Trabalho.

O professor Estêvão Mallet, ao estudar o assunto, esclarece que entre os dois extremos há regras de diferença de tratamento cuja justificativa é mais tênue e pode ser questionada. Explicita que, de um lado, existem as diferenças de tratamento cuja necessidade é manifestamente evidente, decorrentes da diversa constituição biomórfica da mulher, e, de outro lado, encontram-se as diferenças descabidas e ultrapassadas⁵⁷. Exemplifica com a exigência de pausa de 15 minutos antes da prestação de horas extras (art. 384). E questiona se seria pertinente a diferença de tratamento trazida pelo dispositivo legal ou, ao contrário, haveria indevida discriminação contra a mulher⁵⁸.

O doutrinador citado considerou a existência de zonas cinzentas, em que as soluções se mostram mais

⁵⁵ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 3. ed. rev. atual. Niterói-RJ: Editora Impetus, 2009. p. 438.

⁵⁶ CASSAR, Vólia Bomfim. *Op. cit.*, p. 438.

⁵⁷ MALLET, Estêvão. *Op. cit.*, p. 154.

⁵⁸ MALLET, Estêvão. *Op. cit.*, p. 154.

difíceis, tal como o caso do regime rígido, para a mulher, do intervalo de 15 minutos para a prestação de horas extras. Mas, ainda assim, posiciona-se junto com a doutrina (que chama de majoritária) pela suplantação do art. 384 da CLT, ante a regra constitucional da igualdade (embora reconhecendo a decisão inversa do Plenário do TST, da lavra do Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho, de 17.11.2008, no INN-RR nº 1540/2005-046-12-00.5)⁵⁹

Nesse sentido parecem, também, encaminhar-se João de Lima Teixeira Filho⁶⁰ e Mauricio Godinho Delgado⁶¹, ao sustentarem que o mencionado artigo não teria sido recepcionado pela Constituição, registrando que a duração e prorrogação da jornada de trabalho passou a ser igual à do trabalhador do sexo masculino, permanecendo eficazes, apenas, as seguintes tutelas especiais: a) a proibição de trabalhos que exijam força muscular com a remoção de pesos superiores a 20 quilos, se o trabalho for contínuo ou 25 quilos se o esforço for ocasional (art. 390 da CLT); b) e os dispositivos de proteção relativos à gravidez, maternidade e parto (arts. 391 a 400 da CLT)⁶².

⁵⁹ MALLETT, Estêvão. *Op. cit.*, p. 156-157. Autores alinhados à tese da não recepção: BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 1090; SAAD, Eduardo Gabriel. **CLT comentada**. São Paulo: LTr, 2001. p. 241; GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Método, 2008. p. 876; OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **CLT comentada**. São Paulo: RT, 2000. p. 257.

⁶⁰ TEIXEIRA FILHO, João de Lima *et al.* **Instituições de direito do trabalho**. 20. ed. São Paulo: LTr, 2002. v. 2. p. 969-970.

⁶¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 831-837.

⁶² MONTEIRO JÚNIOR, Francisco José. Trabalho da mulher: o art. 384 da CLT e a Lei Maria da Penha e seus aspectos trabalhistas. In FRANCO FILHO, Georgeton de Souza (Coord.). **Trabalho da mulher**: homenagem a Alice Monteiro de Barros. São Paulo: LTr, 2009. p. 162.

Partindo-se dessa corrente, a ser nominada de negativista, ao considerar que o art. 384 da CLT desapareceu da ordem jurídica a partir de 05.10.1988, por antagonismo ao princípio da igualdade entre homem e mulher previsto no art. 5º, inciso I, da Constituição, pode-se registrar a existência de outra corrente, que se pode chamar de positivista.

Amauri Mascaro Nascimento é um dos professores que se posiciona pela recepção do dispositivo legal debatido. Por isso, diz esse doutrinador que, se da mulher forem exigidas horas extraordinárias, para compensação ou em se tratando de força maior, “*será obrigatório intervalo de 15 minutos entre o fim da jornada normal e o início das horas suplementares (CLT, art. 384)*”⁶³.

Em acórdão relatado pelo Ministro Barros Levenhagen, uma Turma do Colendo TST já entendeu que as mulheres distinguem-se dos homens, no trabalho, “*pela sua peculiar identidade biossocial*”. Por causa disso, o legislador teria concedido a elas um intervalo de quinze minutos antes do início do período de sobretrabalho, cujo sentido protetivo afasta, a um só tempo, suposta agressão ao princípio da isonomia e a ideia de *capitis diminutio*⁶⁴.

Mas a orientação, hoje prevalente no C. TST, veio pelo julgado que rejeitou incidente de inconstitucionalidade em Recurso de Revista, concluindo pela recepção do art. 384 da CLT à Constituição de 1988 (embora por placar

⁶³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 758.

⁶⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 4ª T. Rel. Min. Barros Levenhagen, RR-12600/2003-008-09-00, DJU 27.04.02.

apertado, 14 votos a 12). Assim, a maioria dos Ministros do Tribunal Superior do Trabalho entendeu que a concessão de condições especiais à mulher não fere o princípio da igualdade entre os sexos. A corrente vencedora não considerou discriminatória a concessão do intervalo de quinze minutos em caso de prorrogação da jornada apenas às mulheres. Nas palavras do Ministro Relator, a igualdade jurídica entre homens e mulheres “*não afasta a natural diferenciação fisiológica e psicológica dos sexos e que não escapa ao senso comum a patente diferença de compleição física de homens e mulheres*”⁶⁵.

No acórdão, ainda, está especificado que o art. 384 da CLT se insere no capítulo que trata da proteção do trabalho da mulher, possuindo, assim, “*natureza de norma afeta à medicina e segurança do trabalho, infensa à negociação coletiva, dada a sua indisponibilidade*”⁶⁶.

Um outro princípio a respaldar essa teoria denominada positivista, da recepção do art. 384 da CLT, é o do não-retrocesso social.

Ao se entender que a Constituição brasileira consagra o princípio do não-retrocesso social, vale dizer, que as conquistas no campo social não podem ser suprimidas, sob pena de inconstitucionalidade, o art. 384 da CLT, por mais este motivo, pode ser considerado como tendo vigência em nosso ordenamento jurídico⁶⁷.

⁶⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Plenário INN-RR-1540/2005-046-12-00-5, Relator para o acórdão Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho, decisão de 17.11.2008. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em: 26. ago. 2010.

⁶⁶ *Op. cit.*

Aos direitos previstos no artigo 7º da CF/88, parece não haver dúvida sobre isso, adicionam-se outros, que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores, concluindo-se pela impossibilidade de supressão do intervalo de quinze minutos para a mulher, “*por se tratar de norma mais benéfica que a do inciso XVI do artigo 7º da Constituição*” (remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal)⁶⁸.

Examinadas as correntes negativista e positivista, pode-se referir uma terceira, que entende pela extensão do art. 384 da CLT também aos trabalhadores masculinos.

Essa orientação, desde logo, recebe apoio da doutrina de Rafael da Silva Marques pela lógica do seguinte argumento: como não se pode tolerar a supressão deste intervalo para a mulher (pelo princípio do não-retrocesso social) “*e como homens e mulheres são iguais perante a lei (artigo 5º, I, da CF/88), é evidente que ao homem se aplica este intervalo de quinze minutos*”⁶⁹.

Nesse mesmo pensamento direciona-se acórdão do C. TST, isto é, pela possibilidade de aplicar a regra do art. 384 da CLT para mulheres e homens. Extrai-se do acórdão relatado pelo Ministro Barros Levenhagen (já mencionado neste trabalho): levando-se em conta o inciso I do art. 5º, a

⁶⁷ MARQUES, Rafael da Silva. Princípio da igualdade no âmbito trabalhista – análise do artigo 384 da CLT. **Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4ª Região**. Estudos de administração judiciária: reflexões de magistrados sobre a gestão do Poder Judiciário. nº 02-2009. Porto Alegre: HS Editora, 2009. p. 195.

⁶⁸ MARQUES, Rafael da Silva. *Op. cit.*, p. 195.

⁶⁹ MARQUES, Rafael da Silva. *Op. cit.*, p. 195.

conclusão deve ser no sentido de estender aos homens o mesmo direito reconhecido às mulheres. Isso pela consideração que a penosidade, inerente ao sobretabalho, é comum a ambos os sexos, e não pode, assim, prestar-se o princípio da isonomia como fundamento para extinguir o direito consagrado no art. 384 da CLT⁷⁰.

Nessa linha de raciocínio encontram-se os *Comentários à CLT* de Mozart Victor Russomano, vindos à lume logo após a Constituição Federal de 1988. Nessa obra, explicita o autor mencionado que, pela análise dos arts. 59 e 61 da CLT, entre o fim da jornada normal e o início do trabalho extraordinário, não se marca, expressamente, nenhum intervalo para descanso. O serviço extraordinário, claro, pressupõe a prorrogação de um turno de trabalho. Desse modo, o turno de trabalho prorrogado, por efeito das horas extras, normalmente, ultrapassará o limite de quatro horas de serviço contínuo, e, assim, por força do art. 71, § 1º, será assegurado ao trabalhador um descanso de quinze minutos, no mínimo⁷¹.

Relativamente ao trabalho da mulher, a solução independe de interpretação sistemática, pois considerada incontroversa. O art. 384 da CLT, expressamente, diz que, em caso de prorrogação de horário normal da empregada, será obrigatório o descanso mínimo de quinze minutos antes do início do trabalho suplementar. Com esse raciocínio, seria também possível aproveitar, segundo Russomano, a regra do art. 384 para confrontá-la,

⁷⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 4ª T. Rel. Min. Barros Levenhagen, RR-12600/2003-008-09-00, DJU 27.04.2002.

⁷¹ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**: atualizada de acordo com a Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 1990. v. I. p. 344.

sucessivamente, com os arts. 59, 61 e 71, §1º, da CLT, a fim de reforçar a interpretação no seguinte sentido: esse intervalo para descanso pode ser devido em qualquer caso de prorrogação do serviço de qualquer trabalhador, sempre que tal prorrogação determinar sua permanência em atividade por mais de quatro horas consecutivas⁷².

Serviria, portanto, o art. 384, de subsídio para a interpretação exata dos outros dispositivos citados, caso sejam considerados expressos; ou para sua aplicação por analogia, aos casos gerais, caso sejam os primeiros encarados como omissos a propósito⁷³.

Também Jorge Luiz Souto Maior encaminha-se nesse sentido, pois, pela aplicação do princípio isonômico, “*não se deve pensar na inaplicabilidade dessa norma e sim na sua aplicação também para os homens*”⁷⁴.

O Tribunal do Trabalho do Paraná, por um dos seus Juízes mais brilhantes, ao qual se rende homenagem *in memoriam*, lavrou acórdão expresso a esse respeito:

TRABALHO DA MULHER. O art. 384 da CLT, dispondo ser obrigatório um descanso de 15 minutos antes do período extraordinário do trabalho da mulher, foi recepcionado pela Nova Carta Constitucional, expandindo seus efeitos também sobre o trabalho do homem. É que o artigo em comento deve ser resolvido em favor do trabalhador, pois o objetivo da norma

⁷² RUSSOMANO, Mozart Victor. *Op. cit.*, p. 344.

⁷³ RUSSOMANO, Mozart Victor. *Op. cit.*, p. 344.

⁷⁴ MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2008. v II. p. 362.

*constitucional, longe de mitigar direitos, visa a ampliação dos mínimos existentes, sendo válida a ilação de que, ante o ditado do art. 5º, I, da Carta Política de 1988, homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.*⁷⁵

Reunidos em Brasília, em novembro de 2007, juslaboralistas de todo País aprovaram 79 (setenta e nove) enunciados sobre diferentes temas na 1ª jornada de direito material e processual na justiça do trabalho. Dentre eles encontra-se o enunciado nº 22, que versa sobre o assunto que tratamos e tem o seguinte teor:

*ART. 384 DA CLT. NORMA DE ORDEM PÚBLICA. RECEPÇÃO PELA CF DE 1988. Constitui norma de ordem pública que prestigia a prevenção de acidentes de trabalho (CF, 7º, XXII) e foi recepcionada pela Constituição Federal, em interpretação conforme (art. 5º, I, e 7º, XXX), para os trabalhadores de ambos os sexos.*⁷⁶

Trazidas a exame as três correntes (negativista, positivista e ampliativa), sobre a interpretação cabível ao art. 384 da CLT, fica evidente que a polêmica aberta com a Constituição de 1988 está longe de ser resolvida.

Parece, no entanto, apesar de a votação ter sido apertada, que o C. TST, através do seu órgão plenário,

⁷⁵ PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. RO 2.659/01, Rel. Juiz Roberto Dala Barba. Ac. 29.654/01, DJ/PR 19.10.01.

⁷⁶ **Primeira Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho.** Coordenadores Cláudio José Montesso, Maria de Fátima Coêlho Borges Stern, Leonardo Ely. São Paulo: LTr, 2008. p. 39.

sinalizou, claramente, no sentido de acolher a corrente positivista, entendendo que a norma do art. 384 da CLT foi recepcionada pela nova Carta Magna. Falta, naturalmente, a palavra final do Supremo Tribunal Federal, que poderia resolver, em definitivo, esse conflituoso entendimento, sobre a aplicabilidade de uma norma da CLT, tendo em vista a ótica constitucional.

5 A PROIBIÇÃO DAS REVISTAS ÍNTIMAS (ART. 373-A, INCISO VI, DA CLT)

Conforme o texto do art. 1º da Lei nº 9.029/95, está proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à 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.

Poder-se-ia pensar, em um primeiro momento, que a norma estaria sendo taxativa quando enumerou os atos discriminatórios. Mas isso não ocorreu, definitivamente. A lei foi meramente exemplificativa, uma vez que entendimento diverso conduziria à inconstitucionalidade da norma, “*pois estaria a **contrario sensu**, permitindo a discriminação em razão de religião, por exemplo, porque não mencionada na lei*”⁷⁷.

O legislador brasileiro, posteriormente à Carta Magna de 1988, iniciou um processo de renovação das normas de proteção ao trabalho da mulher, dos quais são exemplos a lei citada e também a Lei nº 9.799/99, que alterou a CLT

⁷⁷ CASSAR, Vólia Bomfim. *Op. cit.*, p. 933.

para acrescentar o art. 373-A-VI. Esse dispositivo veda a prática de promoção de revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias, pelo empregador ou pelo preposto. Segundo Erika Paula de Campos, o fundamento para essa proteção seria o direito à intimidade, pois a revista pressupõe ingerência na esfera íntima da pessoa *“e a mulher, por questões culturais, fica mais exposta à prática desse ato, muitas vezes com intenção além de simples revista”*⁷⁸.

Examinando o inciso VI do art. 373-A da CLT, que veda ao empregador ou preposto proceder revistas íntimas nas empregadas, Sergio Pinto Martins assevera ser possível o procedimento de tais revistas nos empregados, *“pois não há proibição nesse sentido na lei”*. Ressalta a necessidade de observância do inciso X do artigo 5º da Constituição que prevê *“ser inviolável a intimidade da pessoa, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”*⁷⁹.

Ao tratar desse tema, Thereza Cristina Gosdal explicita que, no tocante à revista, grande parte da jurisprudência de nossos tribunais tem-na admitido, entendendo-a como inserida no poder disciplinar do empregador e no exercício da defesa de seu patrimônio, *“desde que fundada em critérios objetivos que não atentem contra a dignidade do trabalhador e realizada em caráter geral”*⁸⁰.

A mesma autora menciona que a lei veda apenas a revista íntima, embora não esclareça quando ela é íntima. Do mesmo modo, a norma alude apenas à empregada ou

⁷⁸ CAMPOS, Erika Paula de. *Op. cit.*, p. 71.

⁷⁹ MARTINS, Sergio Pinto. *Op. cit.*, p. 312.

⁸⁰ GOSDAL, Thereza Cristina. *Op. cit.*, p. 109.

funcionária do sexo feminino, “quando a revista íntima ofende a dignidade e a intimidade do empregado, seja ele homem ou mulher”⁸¹.

Tendo em vista que o fundamento da proibição reside na dignidade do ser humano, em geral, segundo Alice Monteiro de Barros, teria sido melhor “*inserir o preceito na mesma seção que trata da higiene e segurança do trabalho, como procedem algumas legislações estrangeiras*”⁸².

Ao analisar os limites do poder de controle do empregador, Mauricio Godinho Delgado afirma que, apenas mais recentemente, a ordem jurídica, heterônoma estatal, insculpiu preceito vedatório expresso de revistas íntimas em trabalhadoras no contexto empresarial (art. 373-A, VI, da CLT, redação da Lei nº 9.799, de 26.05.1999). Ressalta, contudo, que tal vedação já era implicitamente resultante dos preceitos constitucionais, e, no fundo, “*dirige-se a pessoas físicas, independentemente de seu sexo*”⁸³.

Aplica-se, então, a regra do art. 373-A, inciso VI, da CLT, igualmente aos empregados homens? Alice Monteiro de Barros responde que sim. Com fulcro no art. 5º, I, da CF de 88, que considera homens e mulheres iguais em direitos e deveres, aqueles poderão invocar, por analogia, o citado inciso VI do art. 373-A para se insurgirem também contra as revistas íntimas, “*pois se a razão jurídica da norma é a*

⁸¹ GOSDAL, Thereza Cristina. *Op. cit.*, p. 109.

⁸² BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: LTr, 2010. p. 1124.

⁸³ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 596.

*mesma, ou seja, proteger a dignidade da pessoa humana, igual deverá ser a solução*⁸⁴.

No mesmo sentido Vólia Bomfim Cassar, para quem as práticas proibidas no art. 373-A da CLT, apesar de direcionadas às mulheres, *“também devem ser estendidas aos homens, sob pena de estar eivadas de grosseira inconstitucionalidade*⁸⁵.

A 1ª jornada de direito material e processual na justiça do trabalho, realizada em Brasília, em novembro de 2007, em seu enunciado 15, item I, concluiu pela ilicitude de qualquer tipo de revista:

*15. REVISTA DE EMPREGADO. I – REVISTA – ILICITUDE. Toda e qualquer revista, íntima ou não, promovida pelo empregador ou seus prepostos em seus empregados e/ou em seus pertences, é ilegal, por ofensa aos direitos fundamentais da dignidade e intimidade do trabalhador.*⁸⁶

Na mesma jornada, e no mesmo enunciado, o item II refere-se ao art. 373-A, VI, da CLT:

*II – REVISTA ÍNTIMA - VEDAÇÃO A AMBOS OS SEXOS. A norma do art. 373-A, inc. VI, da CLT, que veda revistas íntimas nas empregadas, também se aplica aos homens em face da igualdade entre os sexos inscrita no art. 5º, inc. I, da Constituição da República.*⁸⁷

⁸⁴ BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.*, p. 1.124.

⁸⁵ CASSAR, Vólia Bomfim. *Op. cit.*, p. 934.

⁸⁶ *Op. cit.*, p. 37.

⁸⁷ *Op. cit.*, p. 37.

Como consequência da revista íntima, aponta Alice Monteiro de Barros a necessidade de pagamento pelo empregador da “*compensação por dano moral, sem prejuízo da rescisão indireta (art. 483 da CLT).*”⁸⁸.

Embora existam opiniões jurídicas respeitáveis em sentido contrário, parece razoável dizer que a revista íntima (pelo menos essa, pois a revista que não seja íntima vem sendo admitida) é proibida não só em relação às mulheres mas também no que diz respeito aos homens, aplicando-se o princípio da igualdade estabelecido no inciso I do artigo 5º da Constituição brasileira de 1988.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

6.1 A expressão “*todos são iguais perante a lei*” trata de uma técnica da igualdade, sendo imperativo para legisladores e executores administrativos ou judiciais.

Constituem-se objetivos do princípio da igualdade limitar o legislador, o intérprete (autoridade pública) e o particular.

Por força da isonomia, existe um dever de não discriminar (discriminação negativa) e um dever de igualizar (discriminação positiva).

6.2 Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, conforme artigo 5º, inciso I, da CF/88.

⁸⁸ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2010. p. 1124.

A Convenção sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 4.377, de 13.09.2002, obriga os Estados-partes a adotar medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera do emprego e assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, os mesmos direitos (art. 11).

A Declaração da OIT de 1988 garante que eliminar a discriminação em matéria de emprego e ocupação, conforme estabelecido nas Convenções nºs 100 e 111, constitui direito fundamental. Pela primeira, o Estado-Membro deve garantir a aplicação do princípio da igualdade de remuneração entre a mão-de-obra masculina e a mão-de-obra feminina por trabalho de igual valor. Pela segunda, obriga-se o Estado-Membro a formular e aplicar uma política nacional que promova a igualdade de oportunidades e de tratamento com o fim de eliminar qualquer discriminação.

No Brasil, as mulheres encontram-se em desvantagem em relação aos homens em termos de salários, cargos e condições de trabalho, sendo necessário conferir efetividade às normas de não-discriminação já existentes.

6.3 Garantia-se às mulheres, pela CLT, de 1943, em sua redação originária, em caso de prorrogação do horário normal, um descanso de quinze minutos antes do início do período extraordinário do trabalho (art. 384).

Com a Carta Magna de 1988 surgiram questionamentos sobre possível conflito desse dispositivo legal com o princípio da igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres.

Formaram-se, a respeito do tema, três correntes doutrinárias, com apoio jurisprudencial. A primeira delas, denominada negativista, pela qual a regra do art. 384 da CLT não teria sido recepcionada pela nova ordem constitucional, pois esta assegurou a igualdade de direitos entre homens e mulheres (art. 5º, inciso I). A diferença entre homens e mulheres, por essa teoria, não traduziria fundamentos para tratamento diferenciado, salvo em condições especiais relacionadas à parte biológica (maternidade, amamentação, aborto...). Por essa ordem de ideias, o art. 384 da CLT desapareceu da ordem jurídica brasileira a partir de 05.10.88, por antagonismo à Constituição (art. 5º, I). A segunda corrente, que se pode chamar de positivista, posiciona-se no sentido de não considerar discriminatória a concessão de intervalo de quinze minutos, em caso de prorrogação da jornada, apenas às mulheres. Entende que a concessão de condições especiais à mulher não fere o princípio da igualdade entre os sexos. O princípio do não-retrocesso social, garantidor de que as conquistas no campo social não podem ser suprimidas, sob pena de inconstitucionalidade, estaria, também, a dar plena aplicabilidade ao art. 384 da CLT, relativamente às mulheres, mesmo depois de 05.10.88. A terceira corrente, que se pode reconhecer como ampliativa, considera aplicável o art. 384 da CLT não só às mulheres, mas também aos homens a partir de 05.10.88. Uma das argumentações a esse respeito ressalta que a penosidade inerente ao sobretrabalho é comum a ambos os sexos, não podendo prestar-se o princípio da isonomia como fundamento para extinguir esse direito. Esse artigo deveria, também, ser aplicado em favor do trabalhador pois o objetivo da norma constitucional, longe de mitigar direitos, visa a ampliação dos mínimos existentes. Também válida

essa teoria a explicação que considera o art. 384 da CLT norma de ordem pública, que prestigia a prevenção de acidentes de trabalho (CF, 7º, XXII), tendo sido recepcionada pela CF/88, em interpretação conforme (art. 5º, I, e 7º, XXX), para os trabalhadores de ambos os sexos.

Na dicção do C. TST, por seu órgão plenário (embora por maioria apertada, 14 votos a 12, no INN-RR-1540/2005-046-12-00-5, Rel. Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho, em 17.11.2008), não se considera discriminatória a concessão do intervalo de quinze minutos em caso de prorrogação de jornada apenas às mulheres (vale dizer, o art. 384 da CLT teria sido recepcionado pela CF/88). Enquanto não houver manifestação do Supremo Tribunal Federal, parece ser essa a teoria que deve prevalecer nas Cortes Trabalhistas por disciplina judiciária.

6.4 A Consolidação das Leis do Trabalho veda ao empregador ou preposto proceder revistas íntimas nas empregadas (art. 373-A, VI). A redação desse dispositivo é da Lei nº 9.799 de 26.05.99 (D.O.U. de 27.05.99).

A norma veda a revista íntima mas não a conceitua. Dirige-se o legislador, contudo, apenas à mulher. Essa é a questão a ser examinada: aplica-se a proibição indistintamente a mulheres e homens ou só a mulheres como expresso no texto legal?

Existem doutrinadores e julgados compreendendo que só se aplicaria à mulher que, por questões culturais, estaria mais exposta à prática desse ato, que muitas vezes teria intenção de ir além da simples revista. Ou, então, que a lei deve ser interpretada restritivamente, pois não menciona os trabalhadores homens.

Entretanto, parece amplamente majoritário o entendimento no sentido de que a norma do art. 373-A, inciso VI, da CLT, que veda revistas íntimas nas empregadas, também seria aplicada aos homens por força do princípio da igualdade entre os sexos inscrito no art. 5º, inciso I, da Constituição da República.

7 REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. São Paulo: Edição da Revista Arcadia, 1944.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: LTr, 2010.

_____. Discriminação no emprego por motivo de sexo. *In* VIANA, Márcio Tulio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coords.). **Discriminação**. São Paulo: LTr, 2000. p. 36-76.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. (compilação de) Armando Casimiro Costa, Irary Ferrari, Melchiádes Rodrigues Martins. 37. ed. São Paulo: LTr, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rel. Ministro Celso de Mello. Pleno. MI 58/DF, julgado em 14.12.1990, DJ1, de 19-4-1991, p. 4.580.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Proc. RR 957/2005-114-15-00.8, data de julgamento 28.05.08, Rel. Min. Vantuil Abdala, 2ª T., DJ 13.06.08.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Proc. E-RR-3886/2000-071-09-00.0, julgado em 31.03.08, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DJ 25.04.08.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 4ª T. Rel. Min. Barros Levenhagen, RR-12600/2003-008-09-00, DJU 27.04.02

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Plenário INN-RR-1540/2005-046-12-00-5, Relator para o acórdão Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho, decisão de 17.11.2008. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em: 26. ago. 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. 8. ed. rev. atual. até EC 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAMPOS, Erika Paula de. Igualdade entre homens e mulheres – art. 5º, inc. I, da Constituição Federal de 1988. *In* VILLATORE, Marco Antônio; HASSON, Roland (Coord.) e ALMEIDA, Ronald Silka de (Org.). **Direito constitucional do trabalho vinte anos depois**. Constituição Federal de 1988. Curitiba: Juruá, 2008. p. 65-74.

CANOTILHO. J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 3. ed. rev. atual. Niterói-RJ: Editora Impetus, 2009.

CAUPERS, João. **Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição**. Coimbra: Almedina, 1985.

CATHARINO, José Martins. **Tratado jurídico do salário**. São Paulo: Editora Freitas Bastos, 1951.

CHIARELLI, Carlos Alberto. **Temas contemporâneos na sociedade do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

DAMASCENO, Fernando Américo Veiga. **Equiparação salarial**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: LTr, 1995.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

FARIA, Anacleto de Oliveira. **Do princípio da igualdade jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Método, 2008.

GODOI, Marciano Seabra de. **Justiça, igualdade e direito tributário**. São Paulo: Dialética, 1999.

GOSDAL, Thereza Cristina. **Discriminação da mulher no emprego: relações de gênero no direito do trabalho**. Curitiba: Genesis, 2003.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. Direito do trabalho da mulher: da proteção à promoção. **Cadernos Pagu** n^o 26, janeiro-junho de 2006. p. 405-430.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2008. v II.

MALLET, Estêvão. O princípio constitucional da igualdade e o trabalho da mulher. *In* FRANCO FILHO, Georgenor de

Sousa (Coord.). **Trabalho da mulher**: homenagem a Alice Monteiro de Barros. São Paulo: LTr, 2009. p. 145-160.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MARQUES, Rafael da Silva. Princípio da igualdade no âmbito trabalhista – análise do artigo 384 da CLT. **Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4ª Região**. Estudos de administração judiciária: reflexões de magistrados sobre a gestão do Poder Judiciário. nº 02-2009. Porto Alegre: HS Editora, 2009. p. 193-199.

MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários à CLT**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição de 1946**. 5. ed. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1954. v. III.

MIRANDA, Pontes de. **Democracia, liberdade, igualdade**: os três caminhos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

MONTEIRO JÚNIOR, Francisco José. Trabalho da mulher: o art. 384 da CLT e a Lei Maria da Penha e seus aspectos trabalhistas. In FRANCO FILHO, Georgenor de Souza (Coord.). **Trabalho da mulher**: homenagem a Alice Monteiro de Barros. São Paulo: LTr, 2009. p. 161-176.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Teoria geral do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

OLIVEIRA, Christiana D'Arc Damasceno. **(O) direito do trabalho contemporâneo**: efetividade dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana no mundo do trabalho. São Paulo: LTr, 2010.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **CLT comentada**. São Paulo: RT, 2000.

PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Ac. 4ª T., RO 15.798/1998, Rel. Juiz Dirceu Pinto Júnior, j. 26.5.99, DJPR 23.7.99, p. 64.

PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. RO 2.659/01, Rel. Juiz Roberto Dala Barba. Ac. 29.654/01, DJ/PR 19.10.01.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. Discriminação nas relações de trabalho. In PAIXÃO, Cristiano; RODRIGUES, Douglas Alencar; CALDAS, Roberto de Figueiredo (Coord.). **Os novos horizontes do direito do trabalho**: homenagem ao Ministro José Luciano de Castilho Pereira. São Paulo: LTr, 2005. p. 176-199.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **Curso de direito constitucional do trabalho**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.

Primeira Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho. Coordenadores Cláudio José Monteiro, Maria de Fátima Coêlho Borges Stern, Leonardo Ely. São Paulo: LTr, 2008. p. 39.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**: atualizada de acordo com a Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 1990. v. I.

SAAD, Eduardo Gabriel. **CLT comentada**. São Paulo: LTr, 2001.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT e outros tratados**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007.

_____. **Direito internacional do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

TEIXEIRA FILHO, João de Lima *et al.* *Instituições de direito do trabalho*. 20. ed. São Paulo: LTr, 2002. v. 2.

ZANGRANDO, Carlos. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2008. v. III.