

# A ARGUMENTAÇÃO JUDICIAL PELO STF EM CASOS DE DISCRIMINAÇÕES POSITIVAS EM LEIS TRABALHISTAS

## *JUDICIAL ARGUMENTATION BY THE STF IN CASES OF POSITIVE DISCRIMINATIONS IN LABOR LAWS*

Vinícius Gabriel Silvério \*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. A integridade na jurisdição sob exame constitucional segundo a proposta de Ronald Dworkin; 2. O comportamento do STF perante casos de discriminações positivas em razão do gênero; 3. A argumentação jurídica pela Corte constitucional brasileira no caso de discriminações positivas e a integridade de Dworkin; Conclusões; Referências.

**RESUMO:** Como fito principal do presente estudo pretende-se analisar as vertentes que sustentam a argumentação jurídica da Corte maior do Poder Judiciário brasileiro, evidenciando o conflito de princípios fundamentais em matéria trabalhista, especificamente no que diz respeito à criação de discriminações positivas em razão do gênero no ordenamento jurídico trabalhista, passando sobre suas adversidades e principais motivos para continuar vigorando ou não frente o seguimento da teoria de Ronald Dworkin. Para isso, este trabalho utilizada do método dedutivo e comparativo quanto a análise de um caso em concreto.

**Palavras-chave:** Discriminação positiva. Argumentação jurídica. Trabalho. Gênero. Proteção.

**ABSTRACT:** *The main purpose of this study is to analyze the aspects that underpin the legal argument of the Brazilian Judiciary's major court, highlighting the conflict of fundamental principles in labor matters, specifically regarding the creation of positive discrimination on the grounds of gender in Brazil. Labor law, passing on its adversities and main reasons to continue or not in the face of the following of the theory of Ronald Dworkin. For this, this work uses the deductive and comparative method for the analysis of a specific case.*

**Keywords:** *Positive discrimination. Legal argumentation. Labour. Gender. Protection*

## INTRODUÇÃO

O presente estudo busca adentrar na discussão de uma possível aplicabilidade da teoria elaborada pelo filósofo do direito, Ronald Dworkin, que relaciona o direito como integridade, em questões consideradas como casos difíceis no ordenamento jurídico vigente no Brasil. (DWORKIN, 2007).

Assim, inicialmente a análise proposta, em síntese, é transcorrer os caminhos de Dworkin que o levaram a desenvolver em suas principais obras, o direito como integridade, aludindo suas principais conclusões

---

\* Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia na linha de pesquisa “Constituição e condições materiais da democracia”, pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UNIBRASIL. Especialista em Processo e Direito do Trabalho pelo Centro Universitário Curitiba. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil - UNIBRASIL. Advogado.

Artigo recebido em 15/10/2017 e aceito em 26/11/2017.

**Como citar:** SILVÉRIO, Vinícius Gabriel. A argumentação judicial pelo STF em casos de discriminações positivas em leis trabalhistas. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 22, n. 35, p. 279 jan/jun. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>>.

sobre o tema. Desta forma, importe a distinção entre regras e princípios, a análise da figura do “Juiz Hércules” e a teoria dos erros, bem como a ideia de romance em cadeia aludida por este autor. (DWORKIN, 2002).

Em um segundo momento, se apresentará a problemática envolvendo um caso concreto de discriminação positiva de gênero no direito juslaboral brasileiro, pertinente ao choque de princípios constitucionais, como no caso da vedação de retrocesso social, igualdade, integridade, dignidade da pessoa humana, dentre outros, sendo utilizado um método dedutivo e comparativo.

Desse comparativo será possível extrair as principais teses argumentativas utilizadas pelos Ministros da Corte Constitucional componentes da decisão em comento, refletindo uma eventual redução do sistema jurídico pelo uso de um poder discricionário dos julgadores, ou a utilização de padrões determinados almejando o elo mais próximo do que se entenderia por uma justiça previsível.

## **1 A INTEGRIDADE NA JURISDIÇÃO SOB EXAME CONSTITUCIONAL SEGUNDO A PROPOSTA DE RONALD DWORKIN**

Ronald Dworkin desenvolveu uma teoria jurídica completamente autônoma e capaz de fazer frente aos velhos padrões do positivismo, convencionalismo, jusnaturalismo e inclusive do pragmatismo, na busca de soluções para os chamados hard cases.

Em suas principais obras, como “Levando os direitos a sério” e “O império do direito”, que serão aqui analisadas conjuntamente, Dworkin descreve o que pretende com uma visão de conjunto ao ter o direito como integridade, rejeitando a discussão se os juízes descobrem ou inventam o direito, mas propondo o raciocínio de que eles fazem ambas as coisas e nenhuma delas. (DWORKIN, 2007).

Antes disso, traz uma série de críticas ao convencionalismo jurídico<sup>1</sup> (HART, 1994) e ao pragmatismo.<sup>2</sup> (POSNER, 2002). No caso do convencionalismo, Dworkin revela que em casos de soluções

---

<sup>1</sup> O convencionalismo pode ser fracionado ou visto em diversas formas, mas no campo jurídico, Dworkin o vê como um modelo teórico do direito onde sua força normativa estaria fundada na prática e no convívio social, estritamente ligado a decisões políticas passadas, estendendo este debate com o filósofo do direito H. L. A. Hart.

<sup>2</sup> Já o pragmatismo não está ligado aos pressupostos fundantes do direito e a sua moral, mas diretamente ao conteúdo prático e racional (razoabilidade) do que pode ser feito no futuro. Tal embate foi travado entre Dworkin e Richard A. Posner.

simples não há nenhum embaraço, pois tal teoria justifica uma coerção limitada e subordinada aos fatos previamente e universalmente conhecidos, demandando da autoridade ou do julgador aplicar a norma de forma individualizada a tal questão de fato, seja ela justa ou não. (DWORKIN, 2007).

Para Dworkin, o problema do convencionalismo surge quando os julgadores se deparam com os chamados casos difíceis, diante da ausência de normas aplicáveis aos casos concretos, ou pelo conflito de duas ou mais normas aplicáveis ao mesmo caso. É neste ponto que Hart tenta explicar seu complexo sistema que transcende a união de regras primárias, onde as regras secundárias intermetem critérios de validade às normas estabelecendo limites ao liame do direito. A chamada “zona de penumbra” é tida como um setor inatingível pelas regras de reconhecimento, ensejando assim, inevitavelmente um poder discricionário por parte do juiz. (HART, 1994, p. 158).

Assim, Dworkin afirma que o convencionalismo não é capaz de solucionar tal revés, acarretando pontos de contradição teórica sobre o que seria o direito e apontando que na discricionariedade judicial existem medidas baseadas em decisões pessoais do juiz. Este conceito já havia sido criado por Dworkin, ao explicar que essas regras secundárias de reconhecimento levariam a um genuíno teste de pedigree, onde tais regras, de forma impositiva, submeteriam outras regras a determinadas condições (formais) para validar o status de verdadeira regra jurídica ou não. (DWORKIN, 2002).

Com relação ao pragmatismo jurídico, que de certa forma rejeita as decisões políticas ultrapassadas, mas que por razões estratégicas adota disfarçadamente a decisão real, é uma teoria que segundo as críticas de Dworkin, trataria os juízes como “arquitetos de um futuro melhor, livres da exigência inibidora de que, em princípio, devem agir coerentemente uns com os outros” (DWORKIN, 2007, p. 489). Ou seja, o julgador aqui, teria autonomia para ignorar as coerências articuladas em decisões do passado (valores), em prol do melhor futuro para a comunidade. Para o autor, os pragmatistas não conseguem explicar com veemência como os juízes devem decidir o que seriam essas melhores consequências para o futuro.

Em resposta a tais teorias, Dworkin sugere que o direito seja interpretado como uma integridade de princípios que estão à disposição e são comuns a uma determinada comunidade, exigindo aos juízes que estes solucionem as demandas através dos argumentos jurídicos e

normativos mais coerentes, interpretando as práticas sociais juntamente com a moral, tornando assim, um ideal político. Aqui a ideia positivista de lacuna no direito é descartada e o direito passa a estabelecer uma relação mais próxima à moral.

Neste sentido, Dworkin não crê na criação de novos direitos quando solucionados casos difíceis, pois aos julgadores não cabem tal tarefa, mas acredita que as respostas podem ser obtidas sempre através da luz interpretativa dadas aos princípios, fundada em um direito preexistente, ao qual o juiz deve indicar. Para tanto, cria a metáfora do “Juiz Hércules” que é a figura de um julgador super humano que poderia responder qualquer questão para determinados casos jurídicos. (DWORKIN, 2002, p. 165).

O Juiz Hércules deve pautar-se em razões de equidade limitando a “força gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar tais decisões.” (DWORKIN, 2002, p. 177). Assim, Hércules deve fundamentar suas decisões de forma equânime entre os princípios justificadores e as decisões já tomadas anteriormente pelo tribunal em casos semelhantes.<sup>3</sup>

Logicamente, seguindo essa explanação, Hércules então não estaria criando direitos e muito menos inserido na discricionariedade, mas utilizando de princípios e teses basilares já existentes no direito, para solucionar de forma mais adequada os casos difíceis que cheguem ao seu gabinete.

Contudo, ao se deparar com a ideia de que os juízes antecessores ao Juiz Hércules, possam ter sido descuidados ou desatentos, diferentemente de Hércules, Dworkin desenvolve a teoria dos erros institucionais, dividindo tal em duas partes principais.

A primeira parte menciona quais seriam as consequências de se considerar um fato como um erro institucional, subdividindo-se em duas suposições diferentes. A primeira subdivisão elenca a capacidade da autoridade de produzir um determinado evento e afetar a força gravitacional desse mesmo evento sem comprometer essa autoridade. A segunda subdivisão trata dos erros enraizados e erros passíveis, onde os primeiros dizem respeito àqueles erros que não perdem a autoridade específica mesmo que percam a força gravitacional; já os segundos seriam erros em que se perdendo a força gravitacional, se perde também a autoridade específica. (DWORKIN, 2002).

---

<sup>3</sup> Ideia de “trama inconsútil”. (DWORKIN, 2002, p. 182).

A segunda parte da teoria dos erros institucionais envolve um esquema de princípios, onde o Juiz Hércules poderá utilizar de duas máximas, sendo que “a equidade vincula-se á história institucional não apenas enquanto história, mas como um programa político ao qual o governo se propõe a dar continuidade no futuro” (DWORKIN, 2002, p. 191) e que “o argumento da equidade que exige consistência não é o único argumento de equidade ao qual devem responder o governo em geral, e os juízes em particular.” (DWORKIN, 2002, p. 191).

Em outras palavras, caso Hércules entenda que a justificação dada a um princípio no passado não serve mais para novas decisões no presente, a equidade perde suas forças e se mostra inutilizada, bem como se tal justificação dessa base principiológica tiver se tornado injusta, a equidade agora se torna inválida.

Em busca do que seria considerada como a “resposta correta”, Dworkin propõe em outro texto, uma segunda metáfora, a do romance em cadeia, que diz respeito ao diálogo dos juízes com a história construtiva da decisão judicial. A noção de romance em cadeia sugere que vejamos os diversos juízes que atuam em um determinado caso (processo), como autores literários que devem dar continuidade à obra (romance), de onde o julgador (autor) anterior parou, incluindo aqui a sua autoria crítica própria, escrevendo assim, um novo capítulo.<sup>4</sup>

Mais tarde, em seu livro “Uma questão de princípio”, Dworkin complementa este ideário afirmando que:

Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance escrito até então. [...]. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturadas, convenções e práticas são a história. (DWORKIN, 2001, p. 238).

Este aporte é relevante para o conceito de direito como integridade proposto por Dworkin, que segundo a leitura de José Emílio Ommati,

---

<sup>4</sup> “Deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes.” (DWORKIN, 2007, p. 276).

podemos entender que o Juiz Hércules não necessita decidir todos os casos sozinho, ressaltando que o direito para ser enxergado como integridade requer “atenção à história e se essa história jurídica se produziu a partir de decisões passadas, decisões essas que foram produzidas em um processo, logicamente esse processo para ser válido utilizou-se dos argumentos das partes para a produção da decisão.” (OMMATI, 2004, p. 162).

Revela-se, assim, que é através do conceito de integridade que o julgador deve buscar sempre a melhor saída para o litígio, levando em consideração um panorama moral do ordenamento jurídico, que na sequência será analisado especificamente sob a perspectiva de julgamento da Corte Constitucional brasileira.

## **2 O COMPORTAMENTO DO STF PERANTE CASOS DE DISCRIMINAÇÕES POSITIVAS EM RAZÃO DO GÊNERO**

Partindo do pressuposto histórico de Aristóteles sobre a igualdade, Aldacy Rachid Coutinho descreve que “a noção de igualdade é concretizada inicialmente em uma concepção negativa, qual seja, não tratar de forma distinta os iguais”. (COUTINHO, 2000, p. 20).

O direito nasce em geral de forma a não trazer em seu bojo jurídico fatores diferenciadores, exceto que exista motivo para tanto. Apesar de a natureza humana ser única, os seres humanos não são todos iguais. Existem diferenciações de raças, gêneros, idades, posições, dentre outras, que de certa forma vinculam o direito a observá-las, onde “a afirmação da desigualdade é reconhecimento de um direito à diferença”. (COUTINHO, 2000, p. 21).

A combinação dos elementos formal e material do princípio da igualdade permite ao Estado promover ações positivas que forcem uma correção automática das desigualdades geradas na sociedade. Essas ações positivas com ímpeto positivo desigualitário, no âmbito de criação de leis, podem ser vistas como discriminações positivas.

Tais discriminações possuem fundamentos antropológicos e axiológicos, podendo ser identificados como:

- a) A compensação histórica de discriminações passadas;
- b) distintas oportunidades na concretude da vida real, por fatores econômicos, sociais ou culturais; situações essas que levam à necessidade da correção de distintas condições reais e fáticas, com a obrigação de diferenciação segundo

critérios de racionalidade e proporcionalidade para diferença material. (COUTINHO, 2000, p. 22).

Assim, diante da realidade fática da condição da mulher no mercado de trabalho, é possível identificar ambos os elementos presentes, vez que o precursor histórico (SCOTT, 2002, p. 26) está presente e a distinção de oportunidades no mercado de trabalho também, como comprovam as estatísticas mais modernas. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2016).

Sem embargo, a combinação desses elementos é capaz de justificar a ação positiva do Estado em prol de um grupo segregado ou uma minoria desprivilegiada, com intuito de diminuição dos níveis de desigualdades e promover “uma maior representatividade em todas as ocupações e posições sociais de grupos minoritários, como negros, asiáticos, mulheres, deficientes físicos [...]” (COUTINHO, 2000, p. 24) dentre outros, sempre de forma temporária, até que a aparente desigualdade desapareça por completo da sociedade.

É neste arcabouço jurídico que as discriminações positivas refletem uma tentativa social de promoção de condições aparentes para os indivíduos em perfeita sintonia como o princípio da igualdade.

De modo exemplificativo, procurando adentrar a pesquisa empírica com uma análise concreta de um caso verídico, serve ao presente estudo o exemplo criado pelo art. 384 da CLT.

Mesmo perante o futuro desuso do atual artigo 384 da CLT, diante de sua revogação pela Lei n. 13.467/2017 que ficou conhecida como Reforma Trabalhista, não existe exemplo mais específico do que este, em matéria trabalhista e a respeito de diferenciação de gênero, para a compreensão do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto. Assim, a partir desse momento, se procederá a sua análise in concreto com o fito ilustrativo.

A (in)constitucionalidade do artigo 384 da CLT<sup>5</sup> foi muito debatida pela doutrina e jurisprudência após o advento da CF/88. Instaurado o conflito quando a Carta Magna firmou em seu art. 5º, caput e inciso I, o princípio da igualdade em sua roupagem formal. (BRASIL, 1943).

O artigo celetista em comento criado juntamente com a entrada em vigor da CLT em 1943, estipulava um intervalo intrajornada de quinze

---

<sup>5</sup> Redação original do artigo 384 da CLT: “Em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso de 15 (quinze) minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário do trabalho.” (BRASIL, 1943).

minutos de duração, toda vez que a empregada mulher for adentrar em serviço extraordinário.

De início, por conceder um intervalo especial somente às mulheres, excluindo a princípio os homens desta prerrogativa, restou subentendido que o referido artigo violava os preceitos insculpidos na Constituição de 1988, sendo assim, considerado inconstitucional e revogado tacitamente pela maioria expressiva da doutrina e jurisprudência pátria.

Por outro lado, surgia timidamente outro entendimento a respeito do assunto, que nos últimos anos veio ganhando força no Judiciário, visão esta que pregava a constitucionalidade do referido dispositivo, relatando não conflitar com o princípio da isonomia.

Assim, dois entendimentos foram firmados. A primeira corrente defendia a inconstitucionalidade do artigo 384, basicamente por não encontrar guarida constitucional, alegavam ainda que não havia nenhuma base científica que sustente a proteção especial de conceder um descanso específico somente as mulheres em detrimento aos homens. Além de tudo, se observava que a referida norma, na prática, era prejudicial às mulheres, pois se sustentava que os empregadores iriam preferir a contratação de empregados homens, já que estes não precisavam ter este intervalo concedido no caso de prestação de serviços em jornada extraordinária.

Por outro lado, a corrente que defendia a constitucionalidade do artigo 384 da CLT focava em bases argumentativas no sentido de que o referido dispositivo trata de uma norma de saúde, sendo questão de ordem pública e assim não podendo ser revogado. Qualquer revogação deste artigo seria uma afronta ao princípio do não retrocesso social e ao longo processo histórico de conquistas por parte das feministas. (ANAMATRA, 2008, P.32), <sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> A questão em comento foi abordada na 1ª Jornada de Direito do Trabalho. A jornada foi realizada em novembro de 2007, sendo obra conjunta da Anamatra (Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho), do Tribunal Superior do Trabalho e da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados do Trabalho (Enamat), com apoio do Conselho Nacional das Escolas de Magistratura do Trabalho (Conematra). No meio de toda polêmica que o assunto gerava, foi aprovado naquela oportunidade, enunciado totalmente inovador: Enunciado 22. 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 (artigo 5º, I, e 7º, XXX), para os trabalhadores de ambos os sexos. ANAMATRA. *1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. p. 32.

O Pleno do Tribunal Superior do Trabalho (TST) se pronunciou em novembro de 2008, no julgamento do incidente de inconstitucionalidade em recurso de revista nº IIN-RR-1.540/2005-046-12-00.5<sup>7</sup>, decisão na qual a corte reconheceu pela primeira vez, por maioria dos votos, a constitucionalidade do intervalo de quinze minutos para uma trabalhadora que cumpria horas extras.

Vários argumentos foram utilizados pelos Ministros do TST para justificar a constitucionalidade do artigo 384 da CLT, embora o mais contundente seja ainda, o fato da diferenciação da compleição física entre homem e mulher, justificativa exemplificada nos acórdãos que seguiram para julgamento.

Não obstante, após a decisão final do TST, o processo pioneiro sobre o tema que chegou ao Supremo Tribunal Federal utilizando de supostas violações constitucionais dos artigos 5º, I e 7º, XXX da CF criou a repercussão geral nº 528 e conseqüentemente o Recurso Extraordinário nº 658.312/SC foi recebido pelo Plenário do Supremo, possuindo nítida matéria constitucional por afrontar o princípio da isonomia a fim de justificar o tratamento diferenciado entre trabalhadores homens e mulheres no cerne desta discriminação positiva. (BRASIL, 2015, p. 7).

---

<sup>7</sup> “EMENTA: MULHER - INTERVALO DE 15 MINUTOS ANTES DE LABOR EM SOBREJORNADA - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 384 DA CLT EM FACE DO ART. 5º, I, DA CF. 1. O art. 384 da CLT impõe intervalo de 15 minutos antes de se começar a prestação de horas extras pela trabalhadora mulher. Pretende-se sua não-recepção pela Constituição Federal, dada a plena igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres decantada pela Carta Política de 1988 (art. 5º, I), como conquista feminina no campo jurídico. (...) Nesse diapasão, levando-se em consideração a máxima albergada pelo princípio da isonomia, de tratar desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades, ao ônus da dupla missão, familiar e profissional, que desempenha a mulher trabalhadora corresponde o bônus da jubilação antecipada e da concessão de vantagens específicas, em função de suas circunstâncias próprias, como é o caso do intervalo de 15 minutos antes de iniciar uma jornada extraordinária, sendo de se rejeitar a pretensa inconstitucionalidade do art. 384 da CLT. Incidente de inconstitucionalidade em recurso de revista Rejeitado.” BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Mulher - intervalo de 15 minutos antes de labor em sobrejornada - constitucionalidade do art. 384 da clt em face do art. 5º, i, da cf. Incidente de inconstitucionalidade em recurso de revista nº IIN-RR-1.540/2005-046-12-00.5. Recorrente: Simone de Fátima Vaz de Jesus Junkes. Recorrido: Comércio e Indústria Breithaupt S.A. Relator: Ives Gandra Martins Filho. Brasília, 13 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTst.do?conscsjt=&numeroTst=&numeroTst=1540&anoTst=2005&varaTst=046&trtTst=12&seqTst=00&consulta=Consultar>>, Acesso em: 15 ago. 2017.. .

Na ocasião, o relator dos autos foi o Ministro Dias Toffoli, que em seu voto expôs todo o caminho trilhado pelo processo, juntamente com o histórico da evolução legislativa alcançada pelas mulheres ao longo do tempo. Do seu voto, é importante destacar algumas premissas principais que ensejaram sua conclusão pela constitucionalidade do artigo 384 da CLT.

Em primeiro lugar, o Ministro relator entendeu que os argumentos que pesam pela constitucionalidade remetem a exclusão histórica da mulher ao mercado regular de trabalho, a diferenciação biológica existe entre homens e mulheres (menor resistência física destas), e ainda, o fator de discriminação social pelo acúmulo das atividades domésticas comumente destinadas as mulheres. (BRASIL, 2015, p. 7).

Por outro lado, os argumentos que imperavam pela inconstitucionalidade do referido dispositivo, diziam respeito basicamente que tal desigualdade não mais se justificaria em razão do avanço temporal da sociedade, sob a tese de que sua vigência poderia implicar uma dificuldade maior da mulher na obtenção de um emprego, pois em termos simples, o empregador, no momento de uma contratação, poderia dar mais preferência ao candidato homem que não necessita gozar deste intervalo especial, do que a candidata mulher que obrigatoriamente precisaria. Além, disso, tal intervalo por não ser computado no período da jornada de trabalho, evidenciaria um tempo maior de permanência da mulher no trabalho, pois nas ocasiões de prestação de serviço extraordinário precisaria elastecer em quinze minutos. (BRASIL, 2015, p. 10).

Em sentido conclusivo, o Ministro Relator, documentou que:

Por sua vez, diante desses argumentos jurídicos, não há espaço para uma interpretação que amplie, sob a tese genérica da isonomia, a concessão da mesma proteção ao trabalhador do sexo masculino, pois além de os declinados raciocínios lógico e jurídico impedirem que se aplique a norma ao trabalhador homem, sob o prisma teleológico da norma, não haveria sentido em se resguardar a discriminação positiva diante das condicionantes constitucionais mencionadas. Adotar a tese ampliativa acabaria por mitigar a conquista obtida pelas mulheres. (BRASIL, 2015, p. 11).

De forma antecipada, revelo que por maioria de votos, os Ministros do Supremo negaram provimento ao recurso extraordinário interposto pelo setor patronal e entenderam pela validade do artigo 384 da CLT, apenas em

prol das mulheres. Entretanto, as discussões que levaram a tal resultado devem ser analisadas especificamente.

### **3 A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA PELA CORTE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA NO CASO DE DISCRIMINAÇÕES POSITIVAS E A INTEGRIDADE DE DWORKIN**

Deste caso em análise, nota-se que o STF não pôde se desvencilhar da carga valorativa dos princípios que são fundamentais na teoria de Dworkin. Desta forma, necessário investigar se a decisão que ensejou a constitucionalidade do artigo 384 da CLT obedeceu a critérios coerentes de maneira a atingir uma adequação do direito em sua aplicação na sociedade.

Retomando a verificação do caso concreto, em um cenário de adequação, é possível dizer que todas as posições, seja pela constitucionalidade ou não deste intervalo especial conferido às mulheres, não afrontaram a integridade apontada pela teoria dworkiana. Ou seja, a argumentação passaria no teste de pedigree.

Destarte, a decisão pairou em discussões sobre critério de justificação, que considera testes de conteúdo, cabendo a cada magistrado escolher as interpretações argumentativas que em seus conceitos caminham para a melhor solução do caso à luz do direito.

Interpretar o princípio da igualdade da forma mais coerente possível, sem que a decisão afete de modo ruim à sociedade como um todo, é o maior desafio do magistrado constitucional. O mesmo não pode se deixar levar por suspicácias exteriores e nem mesmo por uma contaminação da opinião pessoal.

Essa passagem é ainda mais importante no caso das magistradas, que como mulheres, não podem levar em consideração o simples fato de a norma estabelecer um direito específico a todas as mulheres trabalhadoras.

Neste caso, participaram da sessão a Ministra Rosa Weber e Ministra Cármen Lúcia, que na ocasião, presidiu o julgamento.

O voto da Ministra Rosa Weber merece destaque especial. Apesar de não ter sido a relatora do caso, a Ministra enfrentou o tema buscando a integridade, conciliando a sua decisão através da interpretação dada ao princípio da igualdade, de forma fundada em um direito preexistente.

De proêmio, a Ministra Rosa Weber levantou a seguinte questão sobre a argumentação de que a concessão do intervalo do artigo 384 da CLT iria prejudicar o ingresso da mulher ao mercado de trabalho no momento

da contratação, explanando que “parece-me que deixar de admitir uma mulher porque, em sendo mulher, terá quinze minutos de intervalo antes de começar a jornada de trabalho afrontará sim o direito fundamental. A não admissão irá afrontar.” (BRASIL, 2015, p. 31).

Feito isso, a Ministra pautou-se em razões de equidade quando observou a força gravitacional de decisões anteriores e similares da Corte. Citou como exemplo o julgamento da ADC 19 e da ADI 4424. (BRASIL, 2015, p. 44).

Inúmeros são os casos permissivos estejam eles previstos na Constituição, ou não, que se reconhece a possibilidade de distinções legislativas atinentes ao gênero. As discussões mais comuns são quanto à diferença de idade e tempo de contribuição para aposentadoria, o serviço militar obrigatório aos homens, maior tempo de licença maternidade, dentre outros.

Sem embargo, a tese que se seguiu e tomou conta do voto da Ministra Rosa Weber, reconhece as peculiaridades dos gêneros, enfrentando o princípio da igualdade em uma dimensão absoluta e sem precedentes.

Levando em consideração toda a carga histórica que envolveu a criação deste direito em questão, em sua esfera social, com a promoção do compêndio do que foi decidido pelo TST, em uma espécie de análise em cadeia, a Ministra Rosa Weber, que também teria participado da discussão na Corte trabalhista, respeitou o diálogo dos juízes com a história construtiva da decisão judicial.

E assim, dando continuidade ao “romance em cadeia” os Ministros que participaram da discussão, de um modo geral, escreveram de sua forma a continuação literária do que seria o processo.

Ao final, a intenção dos Ministros participantes, que votaram pela constitucionalidade do artigo 384 celetista, foi a de interpretar o princípio da igualdade de forma inversa, assim como havia sedimentado o TST, sendo que pelo próprio argumento da proibição do retrocesso social seriam os homens excluídos de um direito ao qual devem buscar equiparação e não simplesmente reduzir o que já foi conquistado ao longo do tempo pelas mulheres. (BRASIL, 2015).

Neste rumo, José Affonso Dallegrave Neto preceitua que:

Quando o constituinte assegurou em seu art. 5, I, que ‘homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição’, por óbvio que pretendeu conferir isonomia em todas as situações em que o tratamento desigual não se justifica. (DALLEGRAVE NETO, 2010, p. 293).

Em outra interpretação que foi realizada no julgamento do RE 658.312 sobre a intenção do constituinte de 1988, a Ministra Rosa Weber ressaltou que, originalmente, a ideia foi vedar desigualdades referentes à capacidade civil na qual a distinção de gênero sem justificativa seria proibida, pois à época, ainda em vigor o Código Civil de 1916, que era recheado de características patriarcais. (BRASIL, 2015).

Assim, ao final dos debates instaurados no plenário, por maioria de votos, os Ministros negaram provimento ao recurso extraordinário interposto pela empregadora, e entenderam pela recepção do artigo 384 da CLT à luz da Constituição Federal (CF), no sentido de que a criação de uma discriminação positiva em matéria trabalhista, desde que concentrada em argumentos plausíveis que justifiquem a diferenciação existente entre os gêneros, não afrontaria o princípio da igualdade insculpido no inciso I do artigo 5<sup>a</sup> da CF. (BRASIL, 2015).

Logicamente essa discussão não se encerrou ali, pois novos atos processuais ainda teriam postergado seus efeitos, contudo, o que vale destacar deste caso paradigma é a sua importância para o direito laboral como um todo, dado que é um dos únicos que trouxe um debate tão rico em questões de diferenciação de gênero.

## CONCLUSÕES

Pode-se extrair do presente estudo que a teoria da integridade ofertada por Dworkin confere ao julgador, em uma substancial alternativa às demais teorias, um caminho para a busca da melhor solução para o litígio.

Como dito alhures, não cabe ao magistrado esgotar todas as possibilidades do conhecimento, indo além de seus limites, até mesmo porque a figura do Juiz Hércules é apenas um ideal que serve de espelho aos magistrados do mundo mortal.

Revela-se, ainda, que é através do conceito de integridade que o julgador deve levar em consideração todo o panorama moral do ordenamento jurídico, tentando aplicar o direito livre de contaminações pessoais e de fatores políticos externos.

Provou-se, também, através de pesquisas modernas, que a realidade fática da condição da mulher no mercado de trabalho, ainda pressupõe uma grave distinção de oportunidades. As discriminações positivas mostraram-se, através do direito, como solução provisória, por parte do Estado, em prol de uma redução dos quadros de desigualdades.

Porém, os conflitos de interesses subjugarão a constitucionalidade e aplicabilidade desses direitos.

Apresentar e aplicar o direito da melhor maneira em uma sociedade plural e que apresenta várias formas de desigualdade continua sendo o maior desafio dos tribunais, como nos casos das decisões enfrentadas pelo TST e pelo STF.

Uma decisão colegiada que traga consequências jurídicas e práticas à sociedade, ainda mais quando diz respeito ao mercado de trabalho e suas diversas formas de inclusão e exclusão de grupos segregados, deve observar ainda mais os caminhos sugeridos por Dworkin para aplicação do direito como integridade, visto a sua relevância e preceito de afronta aos direitos e garantias fundamentais consolidados não somente na Constituição, mas também nas conquistas históricas e sociais de um povo.

## REFERÊNCIAS

ANAMATRA. **1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário**. Repercussão geral reconhecida. Direito do trabalho e constitucional. Recepção do art. 384 da consolidação das leis do trabalho pela Constituição Federal de 1988. Recurso Extraordinário n. 658.312. Recorrente: A. Angeloni e Cia Ltda. Recorrida: Rode Keila Tonete da Silva. Relator: Dias Toffoli. Brasília, 10 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1950017>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Relações de gênero no mercado de trabalho: Uma abordagem da discriminação positiva e inversa. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 34, p. 13-34, dez. 2000.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade civil no direito do trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **Uma Questão de Princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

OMMATI, José Emílio Medauar. A teoria jurídica de Ronald Dworkin: o direito como integridade. In: DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. (Coord.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Las mujeres en el trabajo: Tendencias 2016**. Genebra, 2016. Disponível em: <[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms\\_483214.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_483214.pdf)>. Acesso em: 08 ago. 2017.

POSNER, Richard A. **The problematic of moral and legal theory**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2002.

SCOTT, Joan Wallach. **A cidadã paradoxal: As feministas francesas e os direitos do homem**. Florianópolis: Mulheres, 2002.