

A REVOGAÇÃO DO ARTIGO 384 DA CLT

Alexandre Teixeira de Freitas Bastos Cunha¹

1 - Introdução

A Lei n. 13.467/2017, ao implantar a denominada reforma trabalhista, trouxe alterações, inovações e revogações de institutos e normas anteriormente vigentes. O artigo 384, da CLT, insere-se no rol das normas revogadas. Mencionada disposição estabelecia pausa intrajornada específica do trabalho feminino, consistente na obrigatória concessão de um período de “descanso de 15 (quinze) minutos no mínimo”, na hipótese de prorrogação da jornada ordinária da mulher, a ser observada “antes do início do período extraordinário do trabalho”.

Segundo a realidade brasileira, a consolidação do direito do trabalho operou-se com o objetivo indistinto de tutelar uma das partes na relação jurídica de que cuida, a saber, o trabalhador, que, devido ao seu estado de hipossuficiência econômica, quando contrastado com o empregador, necessita de um arcabouço de normas e princípios que protejam sua dignidade.

Se o trabalhador, em sentido amplo, necessita de proteção, o senso comum indicava que a mulher, devido a razões históricas, fisiológicas, sociais e econômicas, deveria ter seu trabalho ainda mais protegido. Para compreender a revogação do artigo 384, da CLT, faz-se mister delimitar o direito afetado, o que implica em considerar o escopo da proteção do trabalho da mulher, para, a final, tentar responder à questão relativa a um retrocesso, efetivo ou não, de conquista no âmbito do direito.

2 – Objeto de tutela da norma revogada

O artigo 384, da CLT, estava situado no Capítulo III, do Título III, da Consolidação. Seu *locus* normativo encontra-se nas disposições afetas ao trabalho da mulher, que, a seu lado, constam do rol das normas que a ordem jurídica considera como “especiais da tutela do trabalho”, como se dá, igualmente, no caso da regulação da jornada de certas categorias profissionais, da proteção do trabalhador nacional e do menor.

A leitura dos antigos manuais e obras doutrinárias, no que tange ao trabalho da mulher, revelam uma notável necessidade de afirmação feminina no campo do direito do trabalho que, para o leitor dos tempos

1 ALEXANDRE TEIXEIRA DE FREITAS BASTOS CUNHA, Desembargador Federal do Trabalho do TRT da 1ª Região.

de “sororidade”, qual os atuais, pode mostrar argumentos não raras vezes chocantes.

Com efeito, um traço comum aos autores que explicam a necessidade dessas regras especiais, residiria na existência de limitações supostamente impostas a trabalhadoras do sexo feminino, frente aos homens. O arrimo dessa base de racionalidade consistia numa suposta demonstração, por parte de biólogos e fisiologistas, de “que a mulher, em confronto com o homem, possui menor resistência a trabalhos extenuantes” o que recomendaria “especiais cautelas do ponto de vista físico e espiritual”, com restrição a trabalhos mais complexos, que deveriam ser decompostos “em atos mais simples, que não requeiram um esforço excessivo”, o que implicaria na necessidade de “multiplicar os intervalos de repouso”.²

Apesar de aludir à existência de poucas coisas a serem ditas acerca da proteção do trabalho da mulher até 1930, Segadas Vianna relata uma série de movimentos e costumes contrários à igualdade salarial por gênero, ou mesmo de condições de trabalho.³

A par de jamais haver sido demonstrada cientificamente a propalada inferioridade de gênero, os tempos atuais a refutam veementemente, inclusive no campo do trabalho humano, onde os espaços são, cada vez mais, ocupados por mulheres. Isso permite constatar o acerto da conclusão de Gomes e Gottschalk, no sentido de que a inferioridade que relegou às mulheres papel coadjuvante, durante muito tempo, era decorrente “de superestruturas ideológicas e culturais”.⁴

A realidade acabou por revelar que os discursos fundantes da diferenciação do trabalho segundo o gênero, em termos de subvalorização da força de trabalho feminina, só eram, como são possíveis em sociedades patriarcais e machistas, nada tendo a ver com aspectos essenciais ao sexo da pessoa que presta o serviço.

Historicamente, o trabalho da mulher como realidade de fato, operando a metamorfose da dona de casa típica na “operária e técnica”, tem a ver com dois fatores bem notados por Russomano. O primeiro deles, de índole privada, foi uma decorrência da “necessidade de manutenção do lar, de obtenção de recursos econômicos suficientes para enfrentar o alto custo de vida”, de modo que a força de trabalho feminina apresentou-se como imperativo da formação da renda familiar. O segundo resultou da ocupação, por mulheres, dos postos de trabalho

2 GOMES, O. e GOTTSCHALK, E., *Curso de direito do trabalho*, Rio de Janeiro, Forense ed., 1988, p. 421.

3 *Instituições de direito do trabalho*, São Paulo, LTr, 1997, pp. 955-957.

4 Op. e p. cits.

anteriormente destinados a homens convocados para as guerras.⁵ Em ambos os casos, evidencia-se o impacto provocado nas relações de trabalho e a necessidade de regulamentação, de modo especial, da novel realidade emergente. Mas, em ambas as situações anteriormente aludidas, não há dúvidas acerca da coadjuvância imposta ao labor feminino.

No pós-guerra, notadamente para acomodar o conflito gerado com o retorno dos combatentes aos seus postos de trabalho, houve uma tendência mundial de abrir-se a uma “ação internacional, principalmente da OIT”, que se fez sentir também no Brasil, corporificando-se “no capítulo alusivo ao trabalho da mulher”,⁶ devendo ser destacada essa mesma influência das normas internacionais para a consolidação, ao longo do tempo e chegando aos dias atuais, de um sistema de normas destinadas à igualdade de oportunidade e tratamento entre homens e mulheres.⁷

Portanto, o [artigo 384](#), da CLT, viceja nesse panorama. Porém, o confronto entre contexto social da época em que reunida e consolidada a legislação trabalhista, em 1943, com o da sociedade hodierna, demonstra que o comando legal em apreço revela um cenário em que as mulheres, quase que obrigatoriamente, tinham que cumprir a denominada dupla jornada de trabalho. Ou seja, admitia-se o ingresso das trabalhadoras no mercado de trabalho. Contudo, não era admitido, em hipótese alguma, que essas trabalhadoras deixassem os seus afazeres domésticos. Talvez por essas razões, que, numa análise histórica, o percentual de trabalhadoras no campo do magistério e do serviço público tenha sido maior do que em outras áreas, sendo certo que a democratização dos sexos, nos demais campos de trabalho, somente se fez sentir, ao menos mais consistentemente, nas últimas décadas.

Com a ampliação dos espaços conquistados pelas mulheres no mundo do trabalho, mas considerando aqueles que se mantiveram a elas menos acessíveis, algumas questões se colocaram em relação à necessidade de manutenção, ou não, de certas normas jurídicas de proteção especial. Nesse sentido, a subsistência de regras diferenciadoras numa realidade cada vez mais igualitária do trabalho humano, independentemente do gênero, mais que estabelecer paradoxos à luz de uma base principiológica de igualdade, poderia consubstanciar, na

5 RUSSOMANO, M. V., *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, Rio de Janeiro, ed. Forense, 1997, p. 407.

6 BARROS, A.M., *Curso de direito do trabalho*, São Paulo, LTr, 2006, p. 1041.

7 SÜSSEKIND, A., *Direito Constitucional do Trabalho*, Rio de Janeiro, ed. Renovar, 1999, p. 258.

prática, entraves de acesso e manutenção da mulher num mercado de trabalho cada vez mais competitivo.⁸

3 - Igualdade e não discriminação

Promulgada, em 1988, a Constituição Cidadã, restou assegurada a isonomia de tratamento, direitos e responsabilidades entre homens e mulheres. Diante desse cânone isonômico, passou a ser questionada a recepção, ou não, da norma em exame, pela ordem jurídica então instaurada, na medida em que um dos argumentos contrários à incompatibilidade entre o comando emergente do [artigo 384](#), da CLT e essa ordem jurídico-constitucional, consiste numa discriminação derivada da disposição legal em exame.

O princípio igualitário entre homens e mulheres, previsto no [art. 5º, inciso I](#), da Carta Magna, não estabelece uma igualdade meramente jurídica, com um conceito abstrato. O princípio da máxima efetividade dos direitos impõe sua materialização, assim como a conjugação de todos os esforços do sistema jurídico para o alcance do objetivo de paridade. Dito de outro modo, a ordem jurídica deve, ao mesmo tempo, alimentar e refletir o avanço da sociedade pátria e o próprio reconhecimento de tratamento isonômico para homens e mulheres, tanto no campo do direito, quanto na vida social e cotidiana. À luz dessa linha argumentativa, a Carta Magna, ao vedar a discriminação no trabalho em razão do sexo e proclamar o princípio da igualdade, estaria a determinar o expurgo de qualquer norma incompatível com o norte isonômico instaurado, no particular.

É possível supor, nos dias de hoje, que existam necessidades psíquicas ou mentais distintas de homens e mulheres, aptas a darem suporte para o tratamento diferenciado da jornada exercida por ambos, ao menos de maneira sincera e razoável? A doutrina irá dizer que, a partir do marco instaurado pela Constituição de 1988, o tratamento diferenciado à mulher o é na condição especialíssima de mãe, pois “a maternidade recebe normatização especial e privilegiada pela Carta de 1988, autorizando condutas e vantagens superiores ao padrão deferido ao homem”.⁹

A legislação infraconstitucional revogou, no momento pós-constitucional, diversos artigos da CLT referentes à proteção do

8 SENA, A.G., *O trabalho da mulher*, in BARROS, A.M. (coord.), *Curso de direito do trabalho. Estudos em memória de Célio Goyatá*, São Paulo, LTr, 1994, p. 575.

9 DELGADO, M.G., *Curso de direito do trabalho*, São Paulo, LTr, 2006, p. 781.

trabalho da mulher, afastando, assim, as restrições antes impostas ao trabalho feminino noturno, subterrâneo, nas minerações de subsolo, pedreiras, bem como nas atividades perigosas e insalubres.¹⁰ Parte da doutrina passou a entender que o artigo 384, da CLT, teria sido revogado tacitamente, ante a revogação expressa do artigo 376, da mesma Consolidação.¹¹

Sem embargo, este não foi esse o norte jurisprudencial adotado, segundo se verá a seguir.

4 – Jurisprudência

Poderia ser tão exato quanto simples dizer que o marco constitucional, na qualidade de norma primária sobre a produção jurídica,¹² estabelece as formas mediante as quais se desenvolve todo o ordenamento jurídico, no sentido de que o ponto de partida para análise de um sistema de fontes passa, “necessariamente”, pela centralidade da constituição como “fonte de conhecimento”, isto é, como manancial sobre as formas de revelação, definição e valor das normas jurídicas.¹³ Essa centralidade repousa sobre o fato de que o Estado contemporâneo é precisamente o Estado Constitucional, de modo que o problema da interpretação é também a questão central da teoria do Estado e, de certa maneira, o da teoria do Direito.¹⁴

Sem dúvida, na realidade jurídica brasileira, tal obviedade acaba gerando uma incomum hermenêutica, já que as primeiras referências, ou pontos de partida do marco interpretativo não se encontram, necessariamente, na Carta Magna. Ademais, não são raras as oportunidades em que o sistema é visto como uma globalidade, na qual o conteúdo da Constituição não informa o processo de interpretação com a natural e desejável prevalência que deveria ostentar. Não raro, o substrato da interpretação do sistema de fontes de direito positivo é buscado, precedentemente, na legislação ordinária e não na norma constitucional.¹⁵ Ademais, as teorias de argumentação jurídica acabaram

10 Neste sentido, vide as Leis n. 7.855/1989 e n. 10.244/2001.

11 Por todos, veja-se BARROS, A.M., *Curso...*, cit., p. 1047.

12 CANOTILHO, J.J.G., *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra, ed. Almedina, 1999, p. 643. Revela o renomado autor que, na qualidade de norma primária, a Constituição possui três clássicas e importantes funções, a saber: (1) identificar as fontes do ordenamento jurídico; (2) estabelecer os critérios de alidade e eficácia de cada uma das fontes; (3) determinar as competências das entidades que revelam normas de Direito positivo.

13 CANOTILHO, J.J.G., *op. e p. cit.*

14 RUBIO LLORENTE, F., prólogo a ALONSO GARCIA, E., *A interpretação da Constituição*, Madri, Centro de Estudos Constitucionais, 1985.

15 Em tais casos, há evidente risco de uma contaminação da Constituição por valores que não

por superar os cânones lógico-formais, fundados no raciocínio dedutivo, ao menos em termos absolutos, devendo a decisão judicial estar assentada em elementos de justificação tanto interna, quanto externa.¹⁶

O debate que se seguiu à recepção do artigo 384, da CLT, pela Constituição, no âmbito da jurisprudência, teve que se submeter a esses testes de hermenêutica constitucional. É certo que a matéria ainda pende de julgamento final no âmbito do Supremo Tribunal Federal.¹⁷ Porém, na seara trabalhista, o Pleno do c. TST decidiu que o artigo 384, da CLT, foi recepcionado pela Constituição da República,¹⁸ aos seguintes fundamentos. A uma, entendeu a c. Corte que “a igualdade jurídica e intelectual entre homens e mulheres não afasta a natural diferenciação fisiológica e psicológica dos sexos, não escapando ao senso comum a patente diferença de compleição física entre homens e mulheres”. A duas, que “o maior desgaste natural da mulher trabalhadora não foi desconsiderado pelo Constituinte de 1988, que garantiu diferentes condições para a obtenção da aposentadoria” e “diferenciação temporal da licença-maternidade e paternidade”. E, a três, a “dupla jornada de trabalho” realizada pelas mulheres, ao argumento de que “por mais que se dividam as tarefas domésticas entre o casal, o peso maior da administração da casa e da educação dos filhos acaba recaindo sobre a mulher”.

Dessa decisão, parece válido dizer que a Corte Superior partiu da diferença, sutil é verdade, entre os princípios de igualdade e da não discriminação.¹⁹ Sob o prisma hermenêutico, superou a vetusta concepção de que a Carta Magna asseguraria apenas os direitos de igualdade formal, ou seja de mera igualdade em *droits*. Neste ponto é possível estabelecer, como faz Ferrajoli, a distinção entre discriminação e desigualdade. A ineficiência da igualdade, tanto no plano formal como no substancial, é reveladora de uma discriminação. De forma que “as discriminações são as desigualdades antijurídicas, visto que consistem

lhe pertencem, criando-se, assim, algo muito diferente do que foi idealizado pelo constituinte, com potencial de “conduzir a uma derrocada interna da Constituição [...] e à formação de uma Constituição legal paralela” (CANOTILHO, J.J.G., *Direito...*, cit., p. 1155).

16 ATIENZA, M., *Curso de argumentación jurídica*, Madri, Trotta ed., 2013, p. 31.

17 O exame se processa no âmbito do Recurso Extraordinário n. 658312.

18 Processo n. TST-IIN-RR-1.540/2005-046-12-00.5, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, Tribunal Pleno, DJ 13/2/2009.

19 Assim, superou a concepção de que os distintos princípios consubstanciam faces distintas da mesma moeda, da qual faz alusão MENDES, G.F., ao dizer que “o princípio da isonomia pode ser visto tanto como exigência de tratamento igualitário (*Gleichbehandlungsgebot*), quanto como proibição de tratamento discriminatório (*Ungleichbehandlungsverbot*)” (*Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, São Paulo, Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, 2a ed., p.48).

[...] em tratamento desigual das diferenças tuteladas e valorizadas” pelo ordenamento jurídico.²⁰ Manter a igualdade e frear a discriminação, esta é a tarefa necessária para a manutenção do Estado de Direito. Como foi dito por Walzer, “em toda sociedade diferenciada, a justiça conduzirá à harmonia sozinha se conduz à separação”.²¹ Com isso, o norte jurisprudencial evidenciou a necessidade de igualar-se substancialmente sujeitos que, postos à luz da igualdade meramente retórica ou formal, mostram-se díspares.

Pois bem, assentada a harmonia do [artigo 384](#), da CLT, com a ordem constitucional posta, caberia indagar a consequência desse selo de constitucionalidade afirmado.

Historicamente, a jurisprudência cristalizara o entendimento de que a inobservância das pausas para descanso – tanto intra quanto interjornadas -resultaria em mera infração administrativa, sem maiores repercussões na esfera de interesse imediato das partes, no pacto laboral.²² Porém, tal direcionamento foi sensivelmente alterado pela entrada em vigor da Lei n. 8.923/1994, quando acrescentou o [§ 4º](#), ao [artigo 71](#), da CLT. Consoante essa disposição, a hipótese de não concessão, pelo empregador, do intervalo intrajornada, passou a dar ensejo à obrigação de “remunerar o período correspondente com um acréscimo de no mínimo 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho”. Tal alteração impôs o cancelamento do Enunciado n. 88 e a edição da [Súmula 437](#), pelo c. Tribunal Superior do Trabalho. De acordo com o entendimento vigente a partir de então, a parcela prevista no [art. 71, § 4º](#), da CLT, passou a ostentar natureza salarial, quando não observado, integral ou parcialmente, o intervalo intrajornada para repouso e alimentação, “repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais”.²³

O reconhecimento da natureza salarial do gênero intervalo intrajornada afeta a espécie tratada especificamente no [artigo 384](#), da CLT, considerando como hora extraordinária diferida a pausa especialmente aplicável à mulher, na hipótese de sobrejornada.

A [Lei n.º 13.467/2017](#) não revogou o indigitado [§ 4º](#), do [artigo 71](#)

20 FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, ANDRÉS IBAÑEZ, P. (trad.), Madri: ed. Trotta, 2004, p. 83.

21 WALZER, M., *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, tradução de RUBIO, Heriberto, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 92.

22 É o que estabelecia o norte jurisprudencial contido no Enunciado n. 88, do c. TST, quando assentava que “o desrespeito ao intervalo mínimo entre dois turnos de trabalho, sem importar em excesso na jornada efetivamente trabalhada, não dá direito a qualquer ressarcimento ao obreiro, por tratar-se apenas de infração sujeita a penalidade administrativa (art. 71 da CLT).”

23 Inciso III, da Súmula n. 437.

Consolidado. Preferiu a alterar sua redação, de modo a conferir natureza indenizatória ao pagamento correspondente ao período estritamente suprimido da pausa alimentar. Modificou o comando existente no gênero e revogou a norma inserta na espécie, colocando um fim, a partir de sua vigência, à divergência jurisprudencial acerca da (in)constitucionalidade da norma instituidora da pausa intrajornada específica da mulher.

5 - Conclusões

Mais que aceitável e compreensível, é necessário que a legislação reflita o momento em que vive a sociedade. Exacerbadamente protetivo o ambiente social para as mulheres, assim também o será a legislação, aspecto que tende a ser mitigado numa sociedade que se pretende mais igualitária, sob o prisma substancial.

O legislador, no aspecto específico em análise, houve por bem fazer uma leitura do princípio da igualdade entre homens e mulheres marcadamente distinta daquela realizada pelo Poder Judiciário. Não é possível ser ingênuo. A denominada reforma trabalhista tem um viés indisfarçadamente pro empresa. Em seu conjunto, trouxe uma série de alterações não apenas de sentido, mas até mesmo de direcionamento da ordem jurídica, que impõe a releitura de institutos clássicos do direito do trabalho pátrio.

Porém, como visto anteriormente, o caso do [artigo 384](#), da CLT, encerra uma discussão que pode transcender o debate, puro e simples, da perda efetiva de um direito realmente importante para a afirmação da igualdade de gênero assentada constitucionalmente, nas relações de trabalho.

Não precisa ser um entusiasta, ou até mesmo simpatizante da reforma para perquirir, com razoável dose de sinceridade, se a paga do intervalo intrajornada, em tal suposto, não estaria a promover justamente o que a Constituição busca impedir: a diferença de salários para o exercício de funções idênticas por motivo de gênero. De modo que a manutenção do *statu quo ante*, segundo o qual estar-se-ia conferindo tratamento aparentemente mais vantajoso às mulheres mediante a concessão do intervalo previsto no hoje revogado [artigo 384](#), da CLT, na prática, não acabava por rejeitar relevantes bandeiras do movimento feminista, que conseguiu grandes avanços na legislação nacional e no modo de vida de brasileiras e brasileiros.

O tempo, senhor da razão, dirá se essa perda aparente poderá consubstanciar, ou não, um passo à frente no sentido da igualdade substancial entre homens e mulheres.

Bibliografia

- ATIENZA, M., Curso de argumentación jurídica, Madri: Trotta ed., 2013.
- BARROS, Alice Monteiro de, Curso de direito do trabalho, São Paulo: LTr, 2006.
- CANOTILHO, J.J.G., Direito constitucional e teoria da Constituição, Coimbra: ed. Almedina, 1999.
- DELGADO, Mauricio Godinho, Curso de direito do trabalho, São Paulo: LTr, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi, Derechos y garantías. La ley del más débil, tradução de ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto, Madri: ed. Trotta, 2004.
- GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson, Curso de direito do trabalho, Rio de Janeiro: Forense ed., 1988.
- LLORENTE, Francisco Rubio, prólogo a ALONSO GARCIA, A interpretação da Constituição, Madri: Centro de Estudos Constitucionais ed., 1985.
- MENDES, Gilmar Ferreira, Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade, São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, 2ª ed.
- RUSSOMANO, Mozart Victor, Comentários à consolidação das leis do trabalho, Rio de Janeiro: ed. Forense, 1997.
- SENA, A.G., O trabalho da mulher, in BARROS, A.M. (coord.), Curso de direito do trabalho. Estudos em memória de Célio Goyatá, São Paulo, LTr: 1994.
- SÜSSEKIND, Arnaldo, Direito Constitucional do Trabalho, Rio de Janeiro: ed. Renovar, 1999.
- VIANNA, Segadas, Instituições de direito do trabalho, São Paulo: LTr, 1997.
- WALZER, Michael, Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad, tradução de RUBIO, Heriberto, México: Fondo de Cultura Económica, 1997.