

PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO ÂMBITO TRABALHISTA – ANÁLISE DO ARTIGO 384 DA CLT

Rafael da Silva Marques

Juiz do Trabalho Substituto – RS

SUMÁRIO: Introdução; Análise Constitucional do disposto no artigo 384 da CLT; Conclusão; Fontes de Pesquisa.

INTRODUÇÃO

O que se propõe com este breve ensaio é chamar a atenção para um tema que vem sendo tratado de forma equivocada pela doutrina e jurisprudência nacionais. É a questão de constitucionalidade do artigo 384 da CLT e sua extensão aos homens trabalhadores.

A era dos direitos exige a concretização de direitos. Exige que homens e mulheres sejam tratados pela norma jurídica de forma igual, salvo em casos perfeitamente justificados. Suprimir um direito laboral da mulher (quinze minutos de intervalo antes do início do trabalho extraordinário) por não-recepção ou revogação de norma legal em razão do que dispõe o artigo 5º, I, da CF/88 não parece ser o melhor caminho, quando a norma constitucional trabalhista é expressa em aduzir que os direitos constantes do artigo 7º são mínimos.

De outro lado, não estender o benefício ao trabalhador homem acaba por discriminar a mulher no mercado de trabalho e termina por trazer desigualdade em um campo que não se justifica. Ora, o trabalho extra é penoso para todo e qualquer trabalhador. Não é mais penoso para a mulher que para o homem. Se os dois devem laborar oito horas, todo trabalho excedente a este limite, extraordinário, deve ter trato semelhante.

É por esta razão que se busca tecer algumas razões sobre o tema. Há citações de decisões jurisprudenciais de tribunais brasileiros e do Tribunal Constitucional espanhol, bem como de alguma doutrina constitucional. O tema é polêmico. Seguem as razões.

ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO DISPOSTO NO ARTIGO 384 DA CLT

O artigo 384 da CLT¹, preceitua que antes de iniciar a jornada extraordinária, terá a mulher direito a um intervalo de quinze minutos para descanso.

¹ “Art. 384 - 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”.

Em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm - Acesso em 10 dez. 2008 às 12h01min.

Para parte da jurisprudência este dispositivo não foi recepcionado pela Constituição brasileira de 1988, isso porque o artigo 5º, I, da CF/88, veda de forma expressa a discriminação entre homens e mulheres.

Segue decisão no sentido lançado no parágrafo supra.

O art. 5º, inc. I, da Carta Magna vigente, que veda a discriminação em razão do sexo, não recepcionou o artigo 384 da CLT. Outrossim, o artigo 401 da CLT, inserido no mesmo capítulo do art. 384, determina a aplicação de multa administrativa em caso de descumprimento dos dispositivos do capítulo III. Nesse sentido o Acórdão 00781-2004-371-04-00-4, publicado em 31/03/06, desta **3ª Turma**, cuja relatora foi a Juíza Eurídice Bazo Tôres.²

Há decisões, contudo, que reconhecem o direito do intervalo de quinze minutos previsto no artigo 384 da CLT para mulher, mas não permite se conclua devidas horas extraordinárias em razão da sua não-concessão, permitindo a aplicação, tão-somente da multa administrativa prevista no artigo 401 da CLT.

Neste sentido

DO INTERVALO PREVISTO NO ARTIGO 384 DA CLT. O descumprimento do preceito contido no artigo 384 da CLT no tocante à proteção do trabalho da mulher acarreta somente infração administrativa, nos termos do artigo 401 da CLT. Recurso da reclamante a que se nega provimento, no particular.³

O próprio Tribunal Superior do Trabalho já decidiu a matéria entendendo pela revogação do artigo 384 da CLT pelo artigo 5º, I, da CF/88. Para o relator, não foi o artigo 384 da CLT recepcionado pelo artigo 5º, I, da CF/88, pois que cria norma que desiguale homens e mulheres o que não é permitido pela nova ordem constitucional.

Para melhor aclarar, cita-se a ementa da decisão

TRABALHO DA MULHER. INTERVALO DE QUINZE MINUTOS PARA DESCANSO ANTES DA JORNADA EXTRAORDINÁRIA. ART. 384 DA CLT. DERROGADO PELO ART. 5º, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE HOMENS E MULHERES. O art. 384 da CLT está inserido no capítulo que se destina à proteção do trabalho da mulher e contempla a concessão de quinze minutos de intervalo à mulher, no caso de prorrogação da jornada, antes de iniciar o trabalho extraordinário. O tratamento especial, previsto na legislação infra constitucional não foi recepcionado pela Constituição Federal ao consagrar no inciso I do art. 5º, que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. A história da humanidade, e mesmo a do Brasil, é suficiente para reconhecer que a mulher foi expropriada de garantias que apenas eram dirigidas aos homens e é

² Acórdão do processo 00490-2007-372-04-00-5 (RO) - Redator: RICARDO CARVALHO FRAGA - Data: 14.05.2008 - Em www.trt4.jus.br - Acesso em 10 dez. 2008 às 12h10min.

³ Acórdão do processo 00225-2007-014-04-00-1 (RO) - Redator: FLÁVIA LORENA PACHECO - Data: 20.08.2008 - Em www.trt4.jus.br - Acesso em 10 dez. 2008 às 12h17min.

esse o contexto constitucional em que é inserida a regra. Os direitos e obrigações a que se igualam homens e mulheres apenas viabilizam a estipulação de jornada diferenciada quando houver necessidade da distinção, não podendo ser admitida a diferenciação apenas em razão do sexo, sob pena de se estimular discriminação no trabalho entre iguais, que apenas se viabiliza em razão de ordem biológica. As únicas normas que possibilitam dar tratamento diferenciado à mulher diz respeito àquelas traduzidas na proteção à maternidade, dando à mulher garantias desde a concepção, o que não é o caso, quando se examina apenas o intervalo previsto no art. 384 da CLT, para ser aplicado apenas à jornada de trabalho da mulher intervalo este em prorrogação de jornada, que não encontra distinção entre homem e mulher. (Precedente nº ERR-3886/2000-071-09-00 da SBDI-1). Dessa forma, o Regional ao indeferir o pedido de horas, não violou o art. 384 da CLT, eis que deixou de aplicá-lo por entendê-lo derogado pelo Texto Constitucional.⁴

A matéria, contudo, não foi bem analisada pelos julgadores nos processo antes citados.

É que preceitua o artigo 5º, cabeça e I, da CF/88⁵ que *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*. Esta norma deve ser lida em conjunto com a do artigo 7º, cabeça, da CF/88⁶ que estabelece que os direitos dos trabalhadores visam à melhoria de sua condição social.

Ora, se aos direitos previstos no artigo 7º da CF/88 se adicionam outros que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores, não se pode permitir a 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 Constituição⁷. Como não se pode tolerar a supressão deste intervalo para a mulher 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.

Registro que a Constituição brasileira consagra o *princípio do não-retrocesso social*. As conquistas no campo social não podem ser suprimidas, sob pena de inconstitucionalidade. Neste sentido versa Gomes Canotilho, consoante segue:

A proibição de retrocesso social nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (*reversibilidade fática*), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos *direitos adquiridos* (ex: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do *princípio da proteção*

⁴ RR - 5910/2002-015-09-00 - DJ - 03.10.2008 Em www.tst.jus.br - Acesso em 10 dez. 2008, às 13h58min.

⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. - Em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm - Acesso em 10 dez. 2008, às 12h24min.

⁶ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social. - Em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm - Acesso em 10 dez. 2008, às 12h28min.

⁷ XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal. - Em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm - Acesso em 10 dez. 2008, às 12h30min.

*da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. [...] será inconstitucional uma lei que extinga o direito a subsídio de desemprego ou pretenda alargar desproporcionadamente o tempo de serviço necessário para a aquisição do direito à reforma (cfm. Ac TC 39/84 – Caso do Serviço Nacional de Saúde – e Ac 148/94, DR, I, 13/5/94 – Caso das propinas e, por último, Ac TC 509/2002, DR, I, 12/2 – Caso do rendimento mínimo garantido). A liberdade de conformação do legislador nas leis sociais nunca pode afirmar-se sem reservas, pois está sempre sujeita ao princípio da igualdade, princípio da proibição de discriminações sociais e de políticas antisociais. As eventuais modificações destas leis devem observar os princípios do Estado de direito vinculativos da actividade legislativa e o núcleo essencial dos direitos sociais. O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas (“lei da segurança social”, “lei do subsídio de desemprego”, “lei do serviço de saúde”) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzem, na prática, numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial. [...] A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado, sobretudo quando o núcleo essencial se reconduz à garantia do mínimo de existência condigna inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.*⁸

Mais: a norma constitucional, que preceitua a igualdade visa a igualar homens e mulheres⁹. O faz, e isso é evidente, para que ambos tenham os mesmos direitos, ressalvados casos específicos em matéria de segurança do trabalho ou maternidade. Serve, também, para a estabilização das contratações. Ou seja, ambos concorrerão, **em igualdade de condições**, às vagas disponíveis no mercado. Isso, contudo, *não quer dizer que um direito concedido à mulher e que seja compatível ao homem e mais, que vise à melhoria da sua condição social e proteção de sua saúde, não possa ser estendido ao sexo masculino*. Pelo contrário. Não há como defender a **não-recepção do artigo 384 da CLT pela Constituição** e, em razão do disposto no artigo 5º, cabeça e I, da CF/88, não se pode entender, sem *ferir o princípio da isonomia*, que não seja extensivo aos homens.

A Carta Magna consagra direitos fundamentais. Não se pode utilizar-se dela para suprimir direitos sociais, ou seja, retroceder no campo social.

De outro lado, neste mesmo sentido decidiu o *Tribunal Constitucional espanhol*¹⁰, em processo que envolvia aplicação das normas coletivas também para homens quando elas se destinavam apenas às mulheres. A mais alta corte espanhola entendeu que *há discriminação quando dois casos substancialmente iguais são tratados de maneira*

⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., Lisboa: Almedina, 2003, p. 339/0.

⁹ Artigo 5º, cabeça e I, da CF/88.

¹⁰ http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1987-0207 – Acesso em 08 jul. 2008, às 18h03min.

sem razão que justifique esta discriminação. O sexo, por si, não pode ser justificativa para diferença de trato, pois que a Constituição daquele país, em seu artigo 14, preceitua a igualdade.

Segue parte do acórdão, lá chamado de “sentencia”:

*Este Tribunal ha declarado en forma reiterada que existe una discriminación cuando dos casos sustancialmente iguales son ratados de manera diferente sin razón bastante que justifique esa diferencia de trato. **El sexo en si mismo no puede ser motivo de trato desigual, ya que la igualdad entre ambos sexos está reconocida presamente por el art. 14 de la Constitución.** La Sentencia impugnada no niega este principio, pero afirma que en este supuesto concurre una causa que justifica la diferencia de trato «ya que se entiende que la mujer, por sus condiciones físicas, aconseja y hasta impone, en el ejercicio de las funciones de Auxiliar de Vuelo, una presencia atractiva que normalmente demanda el personal receptor de estos servicios y, por tanto, unas peculiaridades que no son exigibles al hombre y que, estando en función de la edad, aconsejan posibilitar la anticipación del cese de la mujer en tal servicio». Este argumento, que es el único que contiene la Sentencia del T.C.T. para revocar la dictada por la Magistratura de Trabajo, es con toda evidencia inaceptable. Pueden existir, sin duda, actividades laborales en que la presencia física tenga una importancia decisiva, pero no es este el caso de los Auxiliares de Vuelo, cuya función consiste en prestar determinados servicios que competen por igual a los Auxiliares masculinos y femeninos. Basta con recordar sobre este punto, que, como se ha dicho, una vez entrada en vigor la Constitución, el V Convenio de Empresa suprimió para el futuro la distinción aquí examinada. Y siendo éste, como también se ha señalado, el único razonamiento que contiene la Sentencia del T.C.T. para fundamentar su fallo, debe concluirse que dicha Sentencia vulnera el art. 14 de la Constitución, por lo cual procede declarar su nulidad. A lo dicho no cabe oponer, como hace «Iberia» en sus alegaciones, que se trata de una aplicación retroactiva de la Constitución, pues lo que realmente se invoca no es el Convenio V, de 1976, sino el Convenio VII posterior, a la entrada en vigor de la Norma suprema, que en su anexo 2, apartado D, núm. 2, reconoció la subsistencia del derecho al retiro anticipado de las Auxiliares de Vuelo femeninos y no de los Auxiliares de Vuelo masculinos ingresados en el grupo con anterioridad al 31 de diciembre de 1979. 3. La demanda solicita, además de esa declaración de nulidad, el reconocimiento del derecho de los recurrentes a optar por el retiro anticipado en iguales condiciones que el ostentado por las Auxiliares de Vuelo femeninas. (destaquei).*

Registro, apenas para acrescentar, que também o direito comparado é fonte integrativa em processos perante a justiça do trabalho, consoante art. 8º, cabeça, da CLT¹¹.

¹¹ Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. Em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm - Acesso em 10 dez. 2008, às 12h31min.

Por fim, o **Supremo Tribunal Federal**, em processo envolvendo trabalhador brasileiro e a empresa *Air France*, entendeu, em voto da lavra do Eminentíssimo **Ministro Carlos Velloso**, reformando decisão do Tribunal Superior do Trabalho, que a norma da empresa não pode aplicar-se a trabalhador francês que exerce suas atividades no Brasil e não ser estendida aos brasileiros. No voto o relator aduz que “*porque não ocorrentes os fatores que justificariam o tratamento diferenciado, tem-se que foram tratados desigualmente, o que é ofensivo ao princípio isonômico que a Constituição consagra e que é inerente ao regime democrático e à república*”. Antes ele havia dito que não “*há conexão lógica e racional que justifique o tratamento diferenciado e, ademais, não me parece ocorrer, no tratamento diferenciado, afinidade com o sistema normativo vigente*”. Para ele, por fim, a discriminação fundamentou-se em “*atributo, qualidade, nota intrínseca do Recorrente, qual seja, sua nacionalidade*”, o que torna ilegítima a prática sob o ponto de vista constitucional.¹²

É interessante ressaltar recente decisão do Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, datada de 19 de novembro de 2008. O órgão, por maioria, decidiu rejeitar o incidente de inconstitucionalidade do artigo 384 da CLT e determinou o retorno do processo à Sétima Turma para prosseguimento do feito.¹³

O Tribunal “*entendeu que a concessão de condições especiais à mulher não fere o princípio da igualdade entre homens e mulheres contido no artigo 5º da Constituição Federal*”. A tese vencedora “*não considera discriminatória a concessão do intervalo apenas para as mulheres. De outro, os ministros que consideram que a norma, além de discriminatória, prejudica a inserção da mulher no mercado de trabalho*”.¹⁴

O que se pretende com esta interpretação nada mais é do que concretizar os preceitos constitucionais relacionados aos direitos fundamentais de primeira e segunda dimensão. Busca-se uma dogmática constitucional emancipatória, voltada à dignidade humana e direitos fundamentais, em detrimento a uma dogmática da razão do estado, já superada, que se pautava pela prevalência da lei em detrimento aos princípios e valores constitucionais.

Segundo Clève, há duas formas de se interpretar os preceitos constitucionais. O primeiro, indiferente e insensível aos instrumentos que vieram para transformar a nova ordem constitucional chama-se *dogmática da razão do Estado*. O segundo, que tem como norte principalmente estudar o direito constitucional à luz da dignidade da pessoa humana é conhecido como *dogmática constitucional Emancipatória*.¹⁵

¹² RE 161.243-6 DF – Rel. Ministro Carlos Velloso. Em www.stf.jus.br

¹³ Processo: HIN-RR - 1540/2005-046-12-00.5 Decisão: por maioria, rejeitar o incidente de inconstitucionalidade do art. 384 da CLT, devendo os presentes autos retornar à 7ª Turma desta Corte para prosseguir no julgamento do recurso de revista. Ficaram vencidos os Exmos. Srs. Ministros Aloysio Corrêa da Veiga, Maria Cristina Peduzzi, Simpliciano Fernandes, Renato de Lacerda Paiva, Dora Maria da Costa, Pedro Paulo Manus, Caputo Bastos, Maurício Godinho Delgado, Vantuil Abdala, Milton de Moura França, Carlos Alberto Reis de Paula e Rider de Brito. Justificarão voto vencido os Exmos. Srs. Ministros Aloysio Corrêa da Veiga e Caputo Bastos. Em www.tst.jus.br - Acesso em 10 dez. 2008, às 14h04min.

¹⁴ Acórdão não disponível. Informações de

http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=8788&p_cod_area_noticia=ASCS - Acesso em 10 dez. 2008, às 14h08min.

¹⁵ CLÈVE, Clémerson Merlin. *A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais*. In. Revista de Direito Constitucional

A que se propõe, portanto, é esta última, igualando em direitos, homens e mulheres, a fim de que, antes de prestar trabalho extraordinário, tenham eles direito ao descanso de pelo menos quinze minutos, sob pena de pagamento, em caso de supressão, destes minutos como extras, analogia ao disposto no artigo 71, parágrafo quarto, da CLT¹⁶.

CONCLUSÃO

Conclui-se este breve esboço aduzindo que a norma do artigo 384 da CLT não é inconstitucional. Mais: que ela se estende, em razão do que dispõe o artigo 5º, I, aos homens, quando da prestação de trabalho extraordinário.

Esta interpretação é a que se coaduna com a nova ordem constitucional datada de 1988. Como aduz Jean Paul Sartre em “*A náusea*”¹⁷, está na hora de olhar-se o novo com os olhos do novo. Ou seja, interpretar-se a CLT tendo por norte a Constituição Federal e seus princípios e valores e não a Constituição pela CLT, considerando aquela revogada quando se confronta com esta.

FONTES DE PESQUISA

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., Lisboa: Almedina, 2003.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais*. In. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Cadernos de direito constitucional e ciência política. Ano 14, janeiro a março de 2006, número 54, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

SARTRE, Jean-Paul. *A Náusea*. Tradução de Rita Braga, 12. ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005.

www.stf.jus.br

www.tribunalconstitucional.es

www.tst.jus.br

www.trt4.jus.br

e Internacional. Cadernos de direito constitucional e ciência política. Ano 14, janeiro a março de 2006, número 54, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 28/9.

¹⁶ Art. 71 - Em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de 6 (seis) horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo, de 1 (uma) hora e, salvo acordo escrito ou contrato coletivo em contrário, não poderá exceder de 2 (duas) horas. [...] § 4º - Quando o intervalo para repouso e alimentação, previsto neste artigo, não for concedido pelo empregador, este ficará obrigado a remunerar o período correspondente com um acréscimo de no mínimo 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho. (Incluído pela Lei nº 8.923, de 27.07.1994)

¹⁷ SARTRE, Jean-Paul. *A Náusea*. Tradução de Rita Braga. 12. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005.