

DIREITOS SOCIAIS NÃO EFETIVADOS: PROMESSAS CONSTITUCIONAIS OU DIREITOS FUNDAMENTAIS?

Amauri Cesar Alves¹

Ana Luísa Mendes Martins²

Roberta Castro Lana Linhares³

1. INTRODUÇÃO



presente artigo pretende discutir a efetividade dos direitos sociais constitucionais trabalhistas, ou mais especificamente a ausência de efetividade de normas fixadas no artigo 7º da Constituição da República. A ideia básica é que não basta a previsão ou promessa constitucional referente a direitos sociais. É necessário que se garanta sua efetividade nos contratos de emprego.

A pergunta inicial é a seguinte: são os direitos sociais meras promessas constitucionais ou são direitos fundamentais? Decorrem de tal questionamento dois outros: há diferença, em relação ao regime jurídico, entre direitos trabalhistas (artigos 7º, 8º e 9º) e direitos individuais consagrados no art. 5º da Constituição da República? Os direitos constitucionais trabalhistas são plena e diretamente exigíveis, nos mesmos termos em que são

¹ Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela PUC.Minas. Professor Adjunto da Universidade Federal de Ouro Preto. Coordenador do Grupo de Estudos de Direito do Trabalho da UFOP. Membro da Comissão de Educação Jurídica da OAB/MG.

² Advogada em Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Membro do Grupo de Estudos de Direito do Trabalho da UFOP.

³ Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Membro do Grupo de Estudos de Direito do Trabalho da UFOP.

os direitos fundamentais individuais?

O que se quer compreender é a concretização das normas constitucionais do artigo 7º em cada contrato de emprego. Para que seja possível apresentar críticas ao déficit de efetividade de direitos sociais no Brasil haverá, antes da análise casuística de regras do artigo 7º da Constituição da República, breve análise acerca da fundamentalidade material e formal de seus dispositivos. A pretensão é de afirmação das regras constitucionais do artigo 7º como fundamentais, e que portanto deveriam ter, em todos os seus incisos, aplicação direta e imediata, com eficácia e efetividade plenas no que concerne a cada contrato de emprego firmado no país.

Para fins do presente artigo há constatação de que os incisos I, IV, VI, VII, XI, XIII, XIV, XVI, XX, XXIII, XXVIII, XXX e XXXII não encontram na realidade dos contratos de emprego plena efetivação. Tal compreensão não afasta a possibilidade teórica de que outros tantos dispositivos constitucionais sociais do artigo 7º também sejam olvidados no cotidiano da prestação laborativa. Haverá, então, para cada dispositivo estudado a tentativa de compreensão do déficit de efetividade no plano contratual trabalhista, com vistas a comprovar que infelizmente os interesses da classe trabalhadora não são relevantes para quem detém o poder no país.

2. FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS.

A efetividade dos direitos constitucionais não se confunde com a sua eficácia. O estudo da eficácia das normas constitucionais se contenta, em síntese, com a sua aptidão para a produção de efeitos, imediatamente ou não, de modo pleno ou contido, consoante doutrina majoritária. O estudo da efetividade das normas constitucionais, por outro lado, pretende pesquisar a realização concreta do direito posto. O que se quer compreender é a concretização das normas constitucionais do artigo 7º nos

contratos de emprego.

De início vale aqui destacar a fundamentalidade dos direitos sociais trabalhistas. A pergunta elementar é a seguinte: são os direitos sociais constitucionais meras promessas ou são direitos fundamentais? Decorrem de tal questionamento dois outros: há diferença, em relação ao regime jurídico, entre os direitos trabalhistas do artigo 7º e os direitos individuais consagrados no art. 5º da Constituição da República? Os direitos constitucionais trabalhistas são plena e diretamente exigíveis, nos mesmos termos em que são os direitos fundamentais individuais? A resposta, para todas as perguntas, deve ser positiva. Os direitos constitucionais trabalhistas, fixados principalmente nos artigos 7º, 8º e 9º da Constituição da República, são direitos fundamentais. Tal afirmação pode decorrer tanto de uma análise formal, topográfica, quanto material, que destaca a relevância dos bens jurídicos tutelados.

Formalmente, em análise topográfica dos direitos constitucionais sociais trabalhistas, é simples a constatação de sua fundamentalidade. Basta verificar que as normas contidas nos artigos 7º, 8º e 9º da Constituição da República se inserem no Capítulo II (Dos Direitos Sociais) do seu Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais).

A Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 decidiu, soberanamente, gravar como fundamentais os direitos sociais trabalhistas, o que, por si só, já deve servir de argumento para seu tratamento jurídico em tais termos. Mas não é só. Materialmente, nos termos da análise de Ingo Wolfgang Sarlet, há que se reconhecer também a fundamentalidade dos direitos sociais constitucionais, dentre eles os trabalhistas, pois os direitos fundamentais “só podem ser considerados verdadeiramente fundamentais quando e na medida em que lhes é reconhecido (e assegurado) um regime jurídico privilegiado no contexto da arquitetura constitucional”⁴. Tal regime jurídico privilegiado consiste,

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. “Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais:

em síntese, em proteção especial contra revisão do legislador constitucional reformador (cláusulas pétreas) e, principalmente, aplicação direta e imediata, tema que interessa diretamente ao presente estudo. Em síntese, a fundamentalidade material decorre da aplicação aos direitos sociais das regras constitucionais dos artigos 60, § 4º, IV, e 5º, § 1º.

Com relação à aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais, a análise parece ser simples, pois a norma constitucional do art. 5º, § 1º, expressa e claramente dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, não restringindo tal comando ao disposto no Capítulo I, do Título II, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos. Não obstante tal compreensão, há quem sustente que o fato de ser parágrafo (primeiro) do art. 5º restringe a aplicação da norma às situações de seu “caput” e incisos, sem que se irradie para os demais artigos constitucionais. Ingo Wolfgang Sarlet rebate a crítica e explica:

Neste sentido, percebe-se, desde logo, que o Constituinte não pretendeu (e nem é legítimo presumir isto!) excluir, os direitos políticos, de nacionalidade do âmbito do art. 5º, parágrafo 1º, de nossa Carta, que, assim como os direitos sociais, integram o conjunto dos direitos cuja fundamentalidade foi expressamente afirmada na Constituição. (...) Parece evidente que a ausência de uma distinção expressa entre o regime dos direitos sociais e os demais direitos fundamentais, somada ao texto do parágrafo 1º do artigo 5º da CF, ainda mais em face da circunstância de que os direitos sociais (mas pelo menos os elencados no Título II da CF) são direitos fundamentais, deve prevalecer sobre uma interpretação notadamente amparada em critério meramente topográfico.⁵

contributo para um Balanço dos Vinte anos da Constituição Federal de 1988” In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel, BINENBOJM, Gustavo (Coords.), *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 488.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. “Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: Contributo para um Balanço dos Vinte anos da Constituição Federal de 1988” In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel, BINENBOJM, Gustavo (Coords.), *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.

Não há diferença, em relação ao regime jurídico, entre direitos trabalhistas (artigos 7º, 8º e 9º) e direitos individuais consagrados no art. 5º da Constituição da República. São todos fundamentais, gravados de imutabilidade, reveladores das mais importantes decisões do legislador constituinte originário. E mais, os direitos constitucionais trabalhistas são plena e diretamente exigíveis, nos mesmos termos em que são os direitos fundamentais individuais. É possível inferir, portanto, que empregadores e Estado têm o dever de observar os direitos fundamentais do cidadão trabalhador, ainda que não expressos na específica legislação trabalhista. A norma empresarial, o agir patronal ou a atuação estatal contrários ao direito constitucional fundamental social devem receber competente reprimenda, nos termos da ordem jurídica vigente.

O Brasil convive, sem constrangimento, com direitos fundamentais que não são realidade 30 anos após a promulgação da Constituição da República. Há, por aqui, um problema sério: ou a Constituição da República trouxe promessas para um futuro muito distante ou não há no Brasil Estado Democrático de Direito, pois o país permite e incentiva o descumprimento de direitos fundamentais. Tal problema será apresentado no presente estudo por meio da análise de normas contidas no artigo 7º da Constituição da República.

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NÃO EFETIVADOS.

Os direitos sociais constitucionais trabalhistas do artigo 7º, em todos os seus incisos, são direitos fundamentais, conforme visto anteriormente, devendo então receber do Estado e dos particulares (empregados e empregadores, inclusive) aplicação direta e imediata. Ocorre que tal compreensão teórica não se verifica quando se analisa o contrato de emprego. Infelizmente

o Brasil permite, para não dizer que incentiva, a não efetivação de importantes direitos fundamentais previstos no artigo 7º de sua Constituição da República. Para os fins do presente estudo houve análise de cada inciso da citada regra constitucional, sendo elencados e estudados aqueles que, na compreensão dos autores, são os principais que ainda não foram efetivados. A perspectiva da análise empreendida é de crítica e constatação, havendo estudos outros que indicam caminhos para a efetivação das regras constitucionais, alguns aqui indicados, tema que deve ser cada vez mais enfrentado não só no plano acadêmico como também pela Advocacia Trabalhista.

3.1. EMPREGO PROTEGIDO: CR, ARTIGO 7º, INCISO I.

De início aquele que resume em si o maior déficit de implementação de direitos fundamentais na ordem jurídica brasileira: a não efetivação do disposto no inciso I do artigo 7º da Constituição da República. A jurisprudência insiste, ainda, na exigência de lei complementar para a eficácia plena da norma contida no citado dispositivo constitucional, embora tal regra infraconstitucional seja dispensável, visto o disposto no parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição da República. É simples: as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. A norma do artigo 7º inciso I é definidora de direito fundamental e, assim sendo, tem aplicação imediata, independentemente da regulamentação por lei complementar. Ademais, a Convenção 158 da OIT foi devidamente ratificada pelo Brasil em 10/04/1996, por meio do Decreto n. 1855 daquele ano, não obstante tenha sido, posteriormente e de modo inconstitucional (vício formal), denunciada pelo Poder Executivo.

Desde o final da década de 1960, com o fim da estabilidade decenal decretado pelo regime militar, o Direito do Trabalho no Brasil foi substancialmente enfraquecido. Além da instabilidade no emprego, relevante individualmente para cada

trabalhador empregado, também a organização coletiva sindical foi prejudicada, com reflexos perceptíveis até hoje. A deslegitimação do Direito do Trabalho se tornou cada vez mais frequente. O poder do empregador, na prática cotidiana, é incontestável e incontrastável. A Justiça do Trabalho se tornou a justiça dos desempregados, com todos os efeitos nocivos daí decorrentes.

O emprego protegido contra dispensa sem justa causa certamente possibilitaria ao sindicato uma atuação muito mais efetiva do que tem hoje no Brasil, pois o individualismo decorrente do temor do desemprego seria atenuado. A deslegitimação do Direito do Trabalho por meio de sua flexibilização a sangue-frio⁶ sob os auspícios do Poder Judiciário seria arrefecida, pois o trabalhador poderia, sem riscos, demandar judicialmente em desfavor de seu empregador no curso do contrato de emprego. Até mesmo o repudiável assédio, moral e sexual, poderia ser reduzido, pois a vítima (e esse deve ser o termo) teria a opção de se insurgir contra a prática perversa sem o risco de perder seu emprego. Infelizmente, entretanto, nada disso é factível, pois o Poder Judiciário insiste em não reconhecer o alcance do referido direito fundamental. Nem mesmo a importância topográfica do *primeiro* direito constitucional direcionado especificamente aos trabalhadores sensibiliza o Estado. Fato é, entretanto, que todos os demais dispositivos constitucionais sociais trabalhistas do artigo 7º foram inicialmente construídos na Assembleia Nacional Constituinte tendo por premissa a estabilidade como regra. Assim, ao negar efetividade ao disposto no inciso I do artigo 7º da Constituição da República o Estado brasileiro acaba por prejudicar a fruição de inúmeros outros direitos trabalhistas, em claro privilégio ao empregador e em detrimento não só dos trabalhadores, mas também da ordem jurídica vigente.

⁶ Sobre o tema ver ALVES, Amauri Cesar. Neoliberalismo, “Flexibilização a Sangue-Frio” e o Direito do Trabalho no Brasil. *Revista LTr.*, ano 74 – out – 2010, págs. 1245 a 1255.

3.2. SALÁRIO: CR, ARTIGO 7º, INCISOS IV, VI E VII.

A Constituição da República, em seu artigo 7º, faz previsão de pagamento de um salário nunca inferior ao mínimo legal a todos os empregados. Além disso, também garantiu a irredutibilidade de salário, salvo quando ajustada a redução por ACT ou CCT. Também relevante a obrigação de pagamento de pelo menos um salário mínimo mesmo para aqueles trabalhadores que recebem remuneração variável.

Antes da reforma na legislação trabalhista (Lei 13.467/2017) os incisos dispostos no artigo 7º da Constituição da República sobre a proteção ao salário já eram desrespeitados. A CLT desde o final da década de 1990 já permitia, na prática, o salário proporcional ao tempo trabalhado, ou seja, salário parcial menor que o salário mínimo nacional mensal.

A “Reforma Trabalhista” aumentou o número de horas de trabalho previstas inicialmente para o trabalho em tempo parcial e ainda permitiu a ocorrência de horas extras na disponibilidade semanal reduzida. Além de permitir a ocorrência “habitual” de horas “extraordinárias”, o legislador da reforma ainda permitiu a compensação das horas extras. Isso significa que o empregado irá trabalhar com excesso de horas e não irá receber a contraprestação devida pelo labor extraordinário.

Após o advento da Lei 13.467/2017 há no Brasil a nova figura jurídica do trabalho intermitente, que talvez seja o maior absurdo da “Reforma Trabalhista” e o meio mais aviltante de se tratar o trabalhador empregado no que concerne ao seu salário.⁷ O maior problema do trabalho intermitente é que mesmo havendo relação de emprego e inclusive a assinatura da CTPS do empregado, o empregador pode nada pagar, *salário zero* legalmente previsto. O trabalho intermitente é claramente

⁷ Sobre o tema trabalho intermitente: ALVES, Amauri Cesar. Trabalho Intermitente e os Desafios da Conceituação Jurídica. *Revista Magister de Direito do Trabalho*. nº 82. Jan-Fev/2018, p. 78-107

inconstitucional ao desrespeitar o disposto no artigo 7^a, incisos IV, VI e VII da Constituição da República.

O trabalho em regime de tempo parcial permite o pagamento de contraprestações diminutas, insuficientes, aviltantes, desde que a disponibilidade semanal de trabalho seja pequena. O trabalho intermitente permite salário nenhum, desde que o empregador não convoque o empregado para o trabalho no curso de um mês. As duas modalidades são claramente inconstitucionais ao agredirem frontalmente a regra constitucional que prevê a todos os empregados o pagamento de um salário mínimo mensal.

A regra do pagamento de um salário mínimo existe para garantir dignidade do trabalhador no que concerne às suas necessidades vitais básicas, como alimentação, moradia e higiene. Para que a dignidade seja mantida e o trabalho execute sua função social, os dispositivos constitucionais devem ser materialmente tangíveis. Também é necessário que a reforma na legislação do trabalho seja declarada inconstitucional e que os direitos sociais fundamentais do trabalho sejam colocados em prática.

3.3. PARTICIPAÇÃO NA GESTÃO DA EMPRESA: CR, ARTIGO 7º, INCISO XI.

O artigo 7º, inciso XI, da Constituição da República estabelece a “participação nos lucros, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei”. De início algo *sui generis* e que desafiará novos e específicos estudos: a criação brasileira de um *direito fundamental excepcional*. A participação na gestão da empresa, chamada também de cogestão, não teve definição em lei até os dias atuais, contrariamente ao que se deu com a participação nos lucros e resultados prevista no mesmo inciso XI do artigo 7º da Constituição da República. O direito fundamental constitucional aqui analisado é visto por Antônio Alvares da Silva como participação efetiva na empresa por meio das

vontades do empregador e de seus empregados:

O prefixo *co*, que entra na formação da palavra “*co-gestão*”, designa exatamente que se trata de decisão que não se toma isoladamente, mas com a participação de outra vontade. Não se trata mais de decisão que o empregador ou o empregado isoladamente tomariam.⁸

A não efetivação do direito fundamental decorre da resistência patronal em dividir o poder com seus empregados. O pressuposto da *cogestão* é exatamente dividir poder decisório entre quem trabalha e quem emprega capital.

Pode-se entender a *cogestão* como um meio de representação da classe trabalhadora no que concerne às decisões centrais do empreendimento. É instrumento democrático utilizados em países de capitalismo central, como a Alemanha, e não ideia socialista como podem, hoje, temer vários empregadores desavisados.

Para o Professor Antônio Álvares⁹ a *cogestão* é estratégia inovadora na relação de emprego por gerar uma maior integração entre empregado e empregador. Também destaca o diálogo que poderia existir caso a participação na gestão da empresa fosse regulamentada conforme orienta a Constituição da República. O modelo de *cogestão* promoveria a democratização da relação de emprego e esse é precisa e infelizmente um dos maiores temores do empregador brasileiro.

Enquanto o Congresso Nacional não se digna a cumprir seu papel, deve o Estado Juiz promover a efetivação do direito fundamental à *cogestão*, dizendo seus contornos e sua aplicação, nos termos da norma geral contida no artigo 8º da CLT. Compete também ao sindicalismo brasileiro impor pela via negocial coletiva a implementação da *cogestão* no país.

⁸ SILVA, Antônio Álvares da. *Co-gestão no estabelecimento e na empresa*. São Paulo: LTr., 1991, p. 27.

⁹ SILVA, Antônio Álvares da. *Co-gestão no estabelecimento e na empresa*. São Paulo: LTr., 1991.

3.4. DURAÇÃO DO TRABALHO: CR, ARTIGO 7º, INCISOS XIII, XIV, XVI.

Limitação de jornada é regra básica, essencial, historicamente fundante do Direito do Trabalho em todo o mundo. No Brasil, entretanto, não passa de referência, vez que verdadeiramente, no plano contratual empregatício, não há limite de jornada. Por aqui existe a figura paradoxal das “horas extras habitualmente prestadas”¹⁰, algo que não causa constrangimento ou reflexão de seus termos por parte do TST. Como é possível algo ser ao mesmo tempo *habitual e extraordinário*? Como pode ser razoável a ideia, sem se discutir inicialmente legalidade ou constitucionalidade, de horas extraordinárias habituais? Quando os Tribunais Trabalhistas tratam de horas extras somente se discute seu pagamento ou compensação, mas não sobre a circunstância extraordinária ensejadora do excesso de jornada. Assim, exigir ou não trabalho em sobrejornada, “habitual ou extraordinariamente”, tende a ser mera decisão do empregador, sem respeito ao comando constitucional do artigo 7º, incisos XIII, XIV e XVI.

Além da paradoxal figura das “horas extras habitualmente prestadas”, convive a ordem jurídica brasileira com a possibilidade de trabalho extraordinário sem o correspondente pagamento da contraprestação básica (salário) e do adicional sobre horas extras previsto no inciso XVI do artigo 7º da Constituição da República. Trata-se do “Banco de Horas”, estabelecido por Medida Provisória do legislador presidencial da década de 90. Não bastasse a inconstitucionalidade original, o Banco de Horas é agora ampliado no sentido da precarização (não sendo bastante a flexibilização), pois pode ser estabelecido até mesmo por “negociação individual”, conforme pretendem os prepostos do capital autores da Reforma Trabalhista.

¹⁰ SUM-172 REPOUSO REMUNERADO. HORAS EXTRAS. CÁLCULO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 Computam-se no cálculo do repouso remunerado as horas extras habitualmente prestadas.

O Banco de Horas previsto na década de 1990 já era inconstitucional. O atual sistema além de inconstitucional é um escárnio. Uma regra que avilta sem constrangimentos a Constituição da República. Há trabalho sem contraprestação! Há trabalho entregue, no interesse do empregador, quando e como ele quer exigir, em sobrejornada e sem pagamento da hora simples! É mais, instituído o sistema por simples “negociação individual”. A regra desconhece e afronta a ideia de limite de jornada (artigo 7º, incisos XIII e XIV, CR), que somente pode ser ultrapassado extraordinariamente (artigo 7º, inciso XVI, CR). O que o Banco de Horas faz é permitir a inobservância aos limites constitucionais de modo ordinário, bastando vontade patronal. Além disso, ao pactuar o banco de horas não estão os empregadores obrigados à observância do adicional de horas extras constitucionalmente previsto, pois a interpretação, gramatical e formalista, é de sua incidência apenas quando há o *pagamento* da hora extraordinária, não sendo devido quando há *compensação*.

Mas a Reforma Trabalhista não se contentou apenas com o Banco de Horas no que se refere ao descumprimento das regras constitucionais de limitação de jornada. Agora o “sistema 12 x 36”, conforme previsão do artigo 59-A da CLT, pode ser “negociado individualmente”. E nem será necessária a concessão do intervalo intrajornada, que agora poderá ser “observado ou indenizado”. E o limite constitucional de 8 horas? Se há limite, como pode haver uma jornada ordinária de 12 horas? A inconstitucionalidade é grosseira.

Há ainda no âmbito da Reforma Trabalhista a possibilidade de o *teletrabalhador* empregado trabalhar sem qualquer limite de jornada, 24 horas por dia, 6 dias por semana, conforme a nova regra do inciso III do artigo 62 da CLT.

É urgente que o Poder Judiciário compreenda que os limites de 8 horas diárias e 44 semanais não devem ser inobservados ordinariamente, pois as regras constitucionais dos incisos XIII, XIV e XVI do artigo 7º devem ser efetivadas como

garantias fundamentais dos cidadãos trabalhadores. O que há hoje no Brasil, visto todo o exposto, é barbárie com relação à duração do trabalho, fruto da não efetivação de direito fundamental básico.

3.5. PROTEÇÃO AO MERCADO DE TRABALHO DA MULHER: CR, ARTIGO 7º, INCISO XX.

A regra geral sobre exploração no sistema capitalista brasileiro é a de plena igualdade entre os trabalhadores homens e mulheres, pelo menos do ponto de vista teórico-normativo. A regra estabelecida no inciso XX do artigo 7º da Constituição da República estabelece “proteção ao mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”. Ocorre que para além da norma, no plano dos fatos, a situação não é tão simples. Sobre o trabalho da mulher, Maurício Godinho Delgado destaca:

Ao lado desse firme comando antidiscriminatório, estipulou a Constituição, em seu art. 7º, XX, a “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante *incentivos específicos*, nos termos da lei” (grifos acrescidos). Observe-se que aqui a Constituição permite uma prática diferenciada *desde que efetivamente dirigida a proteger (ou ampliar) o mercado de trabalho da mulher*. Nesse quadro, em vista de mais um fundamento constitucional, tornam-se inválidas normas jurídicas (ou medidas administrativas ou particulares) que importem em direto ou indireto desestímulo à garantia ou abertura do mercado de trabalho para a mulher.¹¹

A proteção ao trabalho da mulher na forma da lei existe, porém na prática ocorre uma constante discriminação, principalmente em perspectiva salarial e de acesso às oportunidades de ascensão profissional no âmbito da empresa. A Lei 9.029/1995 proíbe a exigência de apresentação de atestados de gravidez, com destaque para o momento da admissão da trabalhadora.

¹¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr., 2017, p. 909-910.

Apesar da existência da lei, as mulheres grávidas não são contratadas como empregadas. Apesar de proibido, é comum a indagação da gravidez em exames admissionais e durante a prestação laborativa. Já a Lei 9.799/1999 inseriu na CLT regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho, como a proibição de revistas íntimas e proibição da discriminação em relação ao sexo, idade e situação familiar. Mas é cediço que tal discriminação ainda ocorre.

Fato é que mulheres recebem salário menor do que homens mesmo exercendo a mesma função laboral. Na mesma situação, a mulher negra recebe salário menor do que uma mulher branca, que também não possui igualdade salarial com os homens. Ainda hoje as mulheres exercem menos cargos de liderança do que homens. E muitas vezes sofrem mais assédio moral em comparação com homens.

Outra questão que acentua a diferença entre o trabalho feminino e masculino é a maternidade. Historicamente os efeitos da maternidade recaem totalmente sobre a mulher. Por isso, normalmente o empregador prefere contratar um empregado homem do que uma mulher. Uma situação comum no contrato de emprego é a dispensa da empregada após o retorno da licença maternidade. Os empregadores imaginam que as empregadas mães terão mais faltas ao trabalho em decorrência do nascimento do filho.

A situação fática que já não era ideal se agrava com a Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista). A CLT, em seu artigo 394-A, passou a permitir que mulheres grávidas exerçam suas tarefas em ambientes insalubres, ao contrário do que estabelecem as recomendações médicas e o que estabelecia a consolidação anteriormente. A Reforma Trabalhista estabelece que a lactante ajuste com seu empregador a definição de horários de amamentação, sendo também permitido seu trabalho em ambiente insalubre.

É urgente que o Estado brasileiro cuide de dar efetividade ampla ao disposto no inciso XX do artigo 7º da

Constituição da República, sob pena de se perpetuar injusta discriminação contra as mulheres no mercado de trabalho.

3.6. ADICIONAL DE PENOSIDADE E CUMULAÇÃO DE ADICIONAIS: CR, ARTIGO 7º, INCISO XXIII.

Não há ainda regulamentação infraconstitucional referente ao pagamento de adicional para o trabalho em atividades penosas. É evidente a necessidade da regulamentação do direito constitucional ao adicional de penosidade, que é direito fundamental em sua substância.

Marcella Pagani e Luiz Otávio Linhares Renault compreendem o trabalho penoso como aquele que “compromete o pleno desenvolvimento da capacidade de trabalho e de vida do prestador de serviços, ou seja, que restringe e/ou até mesmo impede o crescimento pessoal, social e profissional do trabalhador.”¹² Aí está, em síntese, a circunstância gravosa gerada pelo empregador em desfavor do empregado.

Raimundo Simão de Melo entende que “mesmo sem lei, Judiciário pode reconhecer o adicional de penosidade”¹³, dado ao que estabelece o artigo 8º da CLT. Ademais, conforme o anteriormente exposto, a Constituição da República é dotada de supremacia e os direitos fundamentais são dotados de eficácia imediata (§1º, art. 5º, CR), sendo inegável, com isso, que a omissão legislativa infraconstitucional não deveria ser empecilho de efetivação de direito fundamental.

Conforme entendem Marcella Pagani e Luis Otávio Linhares Renault deve-se aplicar a regra constitucional e fixar o

¹² RENAULT, Luis Otávio Linhares, PAGANI, Marcella. Adicional de Remuneração para Atividades Perigosas. In VIANA, Márcio Túlio, ROCHA, Cláudio Jannottida. *Como aplicar a CLT à luz da Constituição*: alternativas para os que militam no foro trabalhista. São Paulo: LTr., 2016.

¹³ MELO, Raimundo Simão de. Mesmo sem lei, Judiciário pode reconhecer direito ao adicional de penosidade. *Consultor Jurídico*. 15 de abril de 2016, 8h05. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-abr-15/reflexoes-trabalhistas-possivel-cobrar-adicional-penosidade-mandado-injuncao>>. Acesso em 27 de junho de 2016.

adicional em 30% do salário do empregado, nos termos definidos pela CLT para o adicional de periculosidade, enquanto não há norma infraconstitucional específica para o adicional de penosidade.¹⁴

Outro tema em que há déficit de efetivação em relação ao dispositivo analisado é o que concerne à cumulação de adicionais. Cada um dos adicionais previstos no inciso XXIII do artigo 7º da Constituição da República remunera situações fáticas diferentes, com suas especificidades decorrentes da impossibilidade de se cumprir outro comando constitucional, fixado no inciso XXII do mesmo artigo 7º constitucional. Assim, se o trabalhador concomitantemente se vê exposto a condições insalubres, perigosas e penosas, significa que o seu empregador não quis ou não pôde cuidar de concretizar direito fundamental mais amplo, que é o da proteção à sua saúde, higiene e segurança, o que decorreria da redução dos riscos inerentes ao trabalho. Decorre de tal compreensão a necessidade de o empregador pagar adicional decorrente de cada situação diferente (insalubridade, periculosidade, penosidade), sem que se possa falar em *bis in idem*. Não foi recepcionado o disposto no § 2º do artigo 193 da CLT, visto não se compatibilizar com o disposto no inciso XXIII do artigo 7º da Constituição da República.

3.7. PROTEÇÃO EM FACE DA AUTOMAÇÃO: CR, ARTIGO 7º, INCISO XXVII.

A Constituição da República reconhece em seu artigo 7º, inciso XXVII, a proteção em face da automação, na forma da lei, mas até hoje, trinta anos após a sua promulgação, essa lei não foi claramente implementada.

Inicialmente o conceito de automação. Do latim

¹⁴ RENAULT, Luis Otávio Linhares, PAGANI, Marcella. Adicional de Remuneração para Atividades Perigosas. In VIANA, Márcio Túlio, ROCHA, Cláudio Jannotida. *Como aplicar a CLT à luz da Constituição: alternativas para os que militam no foro trabalhista*. São Paulo: LTr., 2016.

automatus, que significa mover-se por si, deve ser entendido como um sistema automático de controle pelo qual os mecanismos verificam seu próprio funcionamento, sem a necessidade da interferência do homem.¹⁵

A automação vai se desenvolver continuamente, no Brasil e no mundo, e é importante que a tecnologia melhore a vida das pessoas. O progresso tecnológico é irrefreável e a cada dia surgem novidades concernentes ao modo do trabalho. De todo modo, os avanços tecnológicos devem ser garantidos paralelamente à proteção trabalhista, para que a tecnologia não signifique sacrifícios à dignidade do trabalhador.¹⁶

Ao invés de promover a simples substituição do homem pela máquina e conseqüentemente desemprego e problemas sociais, o avanço tecnológico deve partir do pressuposto que o trabalhador é o elemento central a ser considerado no ambiente de trabalho, conforme entende Sebastião Geraldo de Oliveira.¹⁷

Aspecto também relevante com relação à aplicação do inciso XXVII do artigo 7º da Constituição da República diz respeito à esterilização, por inconstitucionalidade, das regras infraconstitucionais trabalhistas que se mostrem contrárias à citada regra. Exemplo singelo da inércia do legislador também neste sentido é a regulamentação celetista do teletrabalho, que permite exploração laborativa durante 24 horas por dia, 6 dias por semana, como visto no presente estudo. De qualquer modo há aqui um mandamento que deve ser cumprido pelo Congresso Nacional, seja para a criação da norma específica ou como filtro de constitucionalidade para a elaboração de qualquer regra trabalhista no país.

¹⁵ Dicionário Online de Português. Disponível em <https://www.dicio.com.br/automa-cao/>. Acesso 31 de maio de 2018.

¹⁶ A dignidade do trabalhador é aqui entendida como melhoria da condição social do trabalhador e o respeito à sua integridade física e moral. Sobre o tema: DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. São Paulo: LTr, 2. ed. 2015.

¹⁷ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. *Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 93.

3.8. DISCRIMINAÇÃO SALARIAL: CR, ARTIGO 7º, INCISOS XXX, XXXII.

Os incisos XXX e XXXII do artigo 7º da Constituição da República consagram direitos fundamentais sociais referentes à igualdade, isonomia ou não discriminação. Pretendeu o legislador constituinte proibir tratamento diferenciado em relação a sexo, idade, cor, estado civil e entre trabalho manual, técnico e intelectual. Infelizmente tais dispositivos constitucionais não passam de promessa não cumprida, inobstante sua fundamentabilidade.

Trabalhadores homens recebem remuneração maior do que aquela que é paga às mulheres no Brasil. Negros recebem menos do que seus colegas trabalhadores não negros. A mulher negra recebe menos que todos os demais trabalhadores empregados no país.¹⁸ A desigualdade social, sempre presente no Brasil, se revela também no plano da relação de emprego e é perceptível no que diz respeito à remuneração.

Inobstante a aplicabilidade direta e imediata da Constituição da República, no âmbito do contrato de emprego a doutrina e a jurisprudência majoritárias no Brasil tendem a restringir a isonomia remuneratória prevista constitucionalmente aos estreitos e restritos contornos do artigo 461 da CLT, que trata de equiparação salarial. A citada regra celetista já trazia inconstitucionalidades (por não recepção) desde 1988, sendo que a Reforma Trabalhista cuidou de elevar tal vício à máxima potencialidade solicitada pelos detentores do poder econômico.

Outra regra imposta pelo legislador constituinte foi a de “proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos”, nos termos da regra do inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição da República. Não

¹⁸ Sobre o tema veja ALVES, Amauri Cesar. *SALÁRIO IGUAL: argumentos para combater as discriminações de gênero e cor*. 1. ed. Belo Horizonte: RTM, 2017.

era prática legislativa brasileira a criação de regra legal expressamente distintiva entre trabalho manual, técnico e intelectual. Havia, pelo menos no plano do direito individual do trabalho, certo constrangimento do legislador em relação ao tratamento diferenciado entre empregados celetistas. Ocorre que agora o legislador da Reforma Trabalhista inovou mais uma vez, estabelecendo expressa, clara, inequívoca e inconstitucional discriminação em desfavor do trabalho intelectual. Trata-se da regra do novo parágrafo único do artigo 444 da CLT. Pressupõe o legislador reformador que o empregado celetista que tem curso superior e recebe salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social não precisa de tratamento normativo justrabalhista no mesmo patamar que os demais. Para os prepostos do capital responsáveis pela Reforma Trabalhista não se aplica o princípio constitucional de igualdade neste caso, o que é um óbvio absurdo técnico-jurídico.

4. CONCLUSÃO.

Os direitos sociais previstos no artigo 7º da Constituição da República devem ser compreendidos como direitos fundamentais, de eficácia imediata, de aplicação direta nos contratos de emprego. A não efetivação de qualquer das normas fundamentais sociais do artigo 7º significa grave ofensa não só à Constituição da República mas à ideia de Estado Democrático de Direito e ao valor dignidade da pessoa humana. Inobstante tal compreensão teórica há déficit de efetividade em relação às normas contidas em diversos incisos do artigo 7º da Constituição da República, com destaque para o disposto nos incisos I, IV, VI, VII, XI, XIII, XIV, XVI, XX, XXIII, XXVIII, XXX e XXXII. É necessária a compreensão de tal ausência de efetividade mas, também, a construção de teorias e estratégias jurídicas para a sua efetivação. Cumpre a todos, empregados, empregadores,

Advogados, Magistrados e membros do Ministério Público do Trabalho a plena efetivação dos direitos fundamentais sociais do artigo 7º da Constituição da República, seja na ausência de lei ou mesmo contra a expressa previsão legal infraconstitucional.



REFERÊNCIAS.

- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr., 2017, p. 909-910.
- Dicionário Online de Português. Disponível em <https://www.dicio.com.br/automacao/>. Acesso 31 de maio de 2018.
- MELO, Raimundo Simão de. Mesmo sem lei, Judiciário pode reconhecer direito ao adicional de penosidade. *Consultor Jurídico*. 15 de abril de 2016, 8h05. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-15/reflexoes-trabalhistas-possivel-cobrar-adicional-penosidade-mandado-injuncao>>. Acesso em 27 de junho de 2016.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. *Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 93.
- RENAULT, Luis Otávio Linhares, PAGANI, Marcella. Adicional de Remuneração para Atividades Perigosas. In VIANA, Márcio Túlio, ROCHA, Cláudio Jannottida. *Como aplicar a CLT à luz da Constituição: alternativas para os que militam no foro trabalhista*. São Paulo: LTr., 2016.
- SARLET, Ingo Wolfgang. “Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: Contributo para um Balanço dos Vinte anos da Constituição Federal de 1988” In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel, BINENBOJM, Gustavo (Coords.), *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 489.

SILVA, Antônio Alvares da. *Co-gestão no estabelecimento e na empresa*. São Paulo: LTr., 1991, p. 27.