

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

FLÁVIO MORAES JÚNIOR

**FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS
E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO
SOCIAL**

POUSO ALEGRE – MG
2015

FLÁVIO MORAES JÚNIOR

**FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS
E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO
SOCIAL**

Dissertação apresentada como exigência parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Eduardo Vieira de Oliveira.

FLÁVIO MORAES JÚNIOR

FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO
DO RETROCESSO SOCIAL

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Data da Aprovação ____/____/____

Banca Examinadora

Prof.(a) Dr. Paulo Eduardo Vieira de Oliveira

Prof.(a)

Prof.(a)

Pouso Alegre - MG

2015

AGRADECIMENTOS

Certamente tenho muito a agradecer, muitas pessoas que participaram da minha vida neste período tão conturbado e enriquecedor.

Agradeço minha esposa, Letuza, por ter sido paciente, compreensiva, e ter se desdobrado na criação de nossos filhos, Gustavo e Matheus, já que estive ausente em muitos dias, noites, finais de semana, etc.

Agradeço meu pai e sócio, Flávio Moraes, por entender o momento especial que estava vivenciando e ter suportado todo o peso do trabalho de nosso escritório de advocacia.

Também merece meus agradecimentos toda a equipe do meu escritório, em especial ao amigo Carlos Alberto Firmino, grande incentivador do trabalho realizado.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito da FDSM, na pessoa de seu Coordenador, Prof. Dr. Elias Kallás Filho, pessoa a quem tenho profunda admiração e respeito.

Em especial, ao meu orientador, Prof. Dr. Paulo Eduardo Vieira de Oliveira, pelos conhecimentos compartilhados e pela confiança e incentivo. Tem minha gratidão.

As meninas da secretaria do Programa de Pós-Graduação em Direito da FDSM, por sempre serem tão prestativas e atenciosas

A todos os colegas de turma, indistintamente, que certamente tornaram nossas aulas mais suaves. Levarei boas amizades.

RESUMO

MORAES JÚNIOR, Flávio. Flexibilização dos direitos trabalhistas e o princípio da proibição do retrocesso social. 2014. 45f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, 2015.

A presente dissertação traz à discussão a temática da flexibilização dos direitos trabalhistas, recorrentemente retomada e ventilada em épocas de crises econômicas, estagnação e globalização da economia, ou mesmo por conta da prevalência momentânea de ideais políticos. A discussão ora proposta tem como pano de fundo as reflexões acerca do reconhecimento do trabalho como um direito fundamental social de segunda dimensão fruto da consolidação do constitucionalismo social e da constitucionalização dos direitos trabalhistas, que, alçados ao *status* de normas constitucionais, adquiriram força normativa da qual decorrem inúmeras implicações, entre elas a implícita proibição material de retrocesso social. Com efeito, os direitos trabalhistas foram acumulados no curso da história da humanidade e, não raras vezes, a duras penas conquistados por meio de lutas sociais, notadamente, após a Revolução Industrial, ocorrida no bojo do Estado Liberal. Do estatuto mínimo de direito declarados e reconhecidos no plano legislativo infraconstitucional, os direitos trabalhistas foram ampliados e alçados ao *status* constitucional à época do Estado do Bem-estar Social, passando a integrar a disciplina jurídico-constitucional da ordem social, o que pôde ser primeiramente observado na Constituição do México, de 1917 e a de Weimar, na Alemanha, em 1919, que inauguraram o constitucionalismo social. Todavia, com a decadência do Estado do Bem-estar Social e os influxos da ideologia Neoliberal, a redução do rol dos direitos trabalhistas e a flexibilização das leis trabalhistas passaram a ser vindicadas como condições de possibilidade de retomada do crescimento econômico e desenvolvimento do Estado. Nessa quadra, face à evolução da teoria constitucionalista bem assim a compreensão da fundamentalidade e indisponibilidade dos direitos trabalhistas, e o reconhecimento da força normativa do texto constitucional com a consequente compreensão do caráter normativo nas normas constitucionais que veiculam os direitos trabalhistas, não raras vezes densificadas pela carga principiológica dos direitos fundamentais, mister se averiguar a possibilidade ou não da flexibilização (e em que limites, e se possível) da legislação trabalhista, consequentemente, dos direitos trabalhistas, observada a garantia do núcleo essencial e da proibição do retrocesso social dos direitos fundamentais.

Palavras-chaves: Flexibilização dos direitos trabalhistas – Princípio da proibição do retrocesso social dos direitos fundamentais – Constitucionalismo – Direitos fundamentais – Garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

ABSTRACT

MORAES JÚNIOR, Flávio. Easing of labor rights and the principle of prohibition of social regression. 2014. 45f. Dissertation (Masters in Law) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Graduate Program in Law, Pouso Alegre, 2015.

This dissertation moots the issue of the easing of labor rights, repeatedly taken up and ventilated in times of economic crises, stagnation and economic globalization, or even due to the momentary prevalence of political ideas. The discussion proposed here has as background the reflections about the recognition of labor as a fundamental social right of second dimension, a result of the consolidation of social constitutionalism and of the constitutionalization of labor rights, which, elevated to the status of constitutional norms, acquired legal force from which countless implications arise, among them the implicit material prohibition of social regression. In effect, labor rights have been accumulated over the course of human history and, not rarely, hard-earned through social struggles, notable after the Industrial Revolution, which occurred in the midst of the Liberal State. From the minimum statute of rights declared and recognized in the infra-constitutional legislative plan, labor rights have been expanded and elevated to the constitutional status at the time of the State of Social Well-Being, coming to integrate the legal and constitutional discipline of social order, which can be primarily seen in the Mexican Constitution of 1917 and in that of Weimar Germany of 1919, which inaugurated social constitutionalism. However, with the decadence of the State of Social Well-Being and the influx of the Neoliberal ideology, the reduction of the role of labor rights and the easing of labor laws have come to be vindicated as conditions for the possibility of recovering the economic growth and development of the State. In this framework, faced with the evolution of constitutionalist theory as well as the understanding of the fundamentality and unavailability of labor rights, and the recognition of the legal force of the constitutional text with the resulting understanding of the legal character of the constitutional norms that convey labor rights, not infrequently densified by the principled role of fundamental rights, it is sought to ascertain the possibility of easing (and to what extent, if possible) labor legislation, consequently, labor rights, observing the guarantee of the essential core and of the prohibition of social regression of fundamental rights.

Keywords: *Easing of labor rights – Principle of prohibition of social regression of fundamental rights – Constitutionalism – Fundamental rights – Guarantee of the vital core of fundamental rights.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1. ORIGENS E TRANSFORMAÇÕES HISTÓRICAS DO TRABALHO E DO DIREITO DO TRABALHO.....	11
1.1. Fases Históricas do Direito do Trabalho: Primeiros Direitos e Garantias Legais conferidos aos Trabalhadores	21
1.2. Direito do Trabalho no Brasil: Direito do Trabalho nas Constituições Brasileiras e 4Primeiras Garantias Legais.....	24
2. DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA DIMENSÃO E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL	32
2.1. Do Estado Liberal ao Estado do Bem-Estar Social e os Direitos Fundamentais Sociais, Econômicos e Culturais	32
2.2. O Princípio da Proibição do Retrocesso Social dos Direitos Fundamentais	40
2.3. O Constitucionalismo Moderno, a Liberdade de Conformação do Legislador e o Princípio da Proibição do Retrocesso Social dos Direitos Fundamentais.....	52
2.4. A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais, O Princípio da Proibição do Retrocesso Social dos Direitos Fundamentais e a Negociação Coletiva de Trabalho.....	62
3. FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS.....	70
3.1. Nota Introdutória	70
3.2. Os Anos de Bonança e a Posterior Crise do Estado do Bem-Estar Social	70
3.3. Neoliberalismo	74
3.4. Flexibilização dos Direitos Trabalhistas	82
3.5. O Projeto Brasileiro de Flexibilização dos Direitos Trabalhistas.....	101
4. FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS E A GARANTIA DO NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	116
4.1. Atividade Legislativa, Suporte Fático e Restrições dos Direitos Fundamentais.....	116
4.2. Limites e Limites dos Limites e o Núcleo Essencial dos Direitos Fundamentais.....	130
CONCLUSÃO.....	140
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	154

INTRODUÇÃO

O trabalho sempre se fez presente na vida humana, posto que ligado à necessidade de se garantir a manutenção do homem e de sua família, ou mesmo do grupo de pessoas organizadas em sociedade ou comunidade.

Produzindo o que lhe era necessário para a sua subsistência ou a do grupo o homem primitivo não via no trabalho uma conotação mercantilista.

No curso da história da humanidade a atividade laboral passou a ter outra conotação, notadamente a partir da era da troca ou do escambo, mais precisamente a partir do momento em que o valor financeiro do trabalho passou a integrar o valor atribuído aos produtos trocados e, posteriormente, a representar ganho empresarial, vale dizer, lucro, decorrente do menor custo de produção e maior rentabilidade da negociação.

Por outro lado, a prestação de trabalho em prol de outrem, nem sempre esteve sob o pálio da relação jurídica de trabalho.

Por muito tempo se permitiu, de forma legítima, a prestação de trabalho sob a forma do regime de escravidão e de servidão, sendo aquela, inclusive considerada legítima¹.

A prestação de trabalho subordinada, identificadora da relação jurídica de emprego, exsurgiu no curso da Revolução Industrial, quando os trabalhadores oriundos dos burgos passaram a prestar trabalho nas fábricas instaladas na Inglaterra e na França, no início do Século XVIII.

Naquele contexto histórico, o trabalho deixou ser considerado um elemento material, tal qual compreendido à época do regime escravocrata e servil, passando a ser compreendido como emprego, sendo a prestação de trabalho dirigida pelo empregador.

Desta forma, pelo contrato de trabalho, o empregado transferia ao empregador, quem dirigia a prestação de trabalho, a propriedade do resultado do seu labor².

À época da Revolução Industrial observou-se uma extrema exploração da mão-de-obra dos operários, possibilitada e legitimada pelo ideal liberal e individualista aflorado no seio do Estado Liberal, com e após a Revolução Francesa 1789.

¹ Vide TOSI, Giuseppe. *Aristóteles e a escravidão natural*. Disponível em: < <http://venus.ifch.unicamp.br/cpa/sbp/11-giuseppe.pdf> >. Acesso em: 10 mar 2014.

² CAIRO JÚNIOR, José. *Curso de Direito do Trabalho direito individual e coletivo do trabalho*. 8ª. ed. rev. ampl. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 282.

Por conta do liberalismo econômico e da liberdade contratual, bem assim da liberdade de ofício, profissão e arte alcançadas com a Revolução Francesa, possibilitou-se a livre pactuação das condições de trabalho entre empregados e empregadores. Estes, obstinados à obtenção de lucro, impunham, por conta da sua posição econômica privilegiada, precárias condições de trabalho aos trabalhadores, tendo força de lei o contrato de trabalho celebrado entre os pactuantes.

Os trabalhadores eram submetidos a extenuantes jornadas laborais, bem como era preferencialmente arregimentada a mão-de-obra feminina e de menores, posto que mais baratas. Também a mão-de-obra do homem jovem era preferida, por conta da maior produtividade do trabalhador.

Os trabalhadores desempenham suas atividades laborais em condições e em locais de trabalho insalubres, o que ocasionava o seu adoecimento precoce.

À época, por inexistência de condições mínimas de segurança no trabalho, os trabalhadores foram vítimas de acidentes de trabalho que lhes causavam mutilações ou lhes ceifavam a vida, quer seja por conta da fadiga laboral, quer seja por conta da inexistência de adoção de medidas mínimas que garantissem segurança na prestação de trabalho.

Com o passar do tempo, verificou-se que a liberdade conquistada com a Revolução Francesa em vez de propiciar a almejada igualdade dos cidadãos acabou por acarretar o desnível social, tendo a burguesia acumulado a riqueza em suas mãos, enquanto a classe trabalhadora operária se encontrava subjugada laboral e socialmente.

Essa questão social reclamou a intervenção Estatal, tanto no âmbito das relações jurídicas havidas entre empregados e empregadores, quanto nas relações sociais, políticas e econômicas da sociedade como um todo.

Assim, dada à imprescindibilidade da atividade laboral, seja considerada individual (relação empregado/empregador) ou coletivamente (relação trabalho/social), se fez necessária a regulamentação e intervenção estatal na prestação de trabalho, no intuito de se garantir um rol de direitos mínimos destinados à proteção do trabalhador e à regulação da vida social e econômica, agindo o Estado como um órgão de equilíbrio, na consecução do bem-estar e da igualdade material dos cidadãos, por conseguinte, do interesse coletivo, que interessava ao próprio Estado.

Desta feita, num primeiro momento histórico (no Estado Liberal), a declaração de direitos dos trabalhadores se deu por meio de necessária atividade legislativa intervencionista do Estado, que cuidou de declarar e garantir direitos mínimos aos trabalhadores.

Já num segundo momento, no Estado do Bem-estar Social, a atividade legiferante do Estado se destinou a ampliar o leque de direitos garantidos aos trabalhadores, lhes garantido direitos sociais externos à relação havida entre empregado e empregador, como ocorrido, por exemplo, na Alemanha, em 1883, por Otto Von Bismark, que efetuou a ampliação da característica social do Direito do Trabalho por meio da implantação do seguro social³.

E no âmbito do constitucionalismo social inaugurado pelas Constituições do México, em 1917, e a de Weimar, em 1919, os direitos trabalhistas foram ampliados e passaram, inclusive, a integrar o texto constitucional, transitando do plano infraconstitucional para o constitucional, quando passaram a integrar a disciplina jurídico-constitucional da ordem social, sendo a partir de então reconhecidos e declarados como direitos fundamentais.

Tal fato reclamou uma nova postura compreensiva, interpretativa, aplicativa e regulamentadora dos direitos dos trabalhadores, notadamente no que atine ao dever de garantia e efetividade material dos direitos fundamentais dos trabalhadores, tendo em vista o estágio no qual se encontrava, e atualmente se encontra, o movimento constitucionalista, que na atualidade reconhece a força normativa da Constituição, o caráter normativo dos princípios jurídicos, entre outros.

Por meio de uma análise da Constituição brasileira de 1988 nota-se que não só o trabalho – atividade humana –, mas, também, as normas estabelecedoras de direitos e garantias aos trabalhadores são recorrentes, estando aquelas inseridas no capítulo destinado à declaração dos direitos fundamentais.

Contudo, as crises econômicas fizeram com que o Estado perdesse a sua capacidade de fomentar o crescimento econômico e propiciar o bem-estar social, franqueado por meio da prestação de serviços públicos de qualidade. Também impossibilitou a ampliação dos postos de trabalho, motivos pelos quais objetivou-se a “diminuição” do Estado, notadamente de sua carga social, ou seja, a sua desoneração na prestação de bens e serviços públicos e a regulamentação mínima da economia e das relações de trabalho, no intuito de possibilitar à iniciativa privada e ao mercado o pretendido crescimento econômico.

Nessa quadra, veio à lume a teoria da flexibilização dos direitos trabalhistas juntamente com o ideal neoliberal vanguardado após a falência do Estado do Bem-Estar Social e as crises econômicas vividas pelos Estados – o Brasil, em especial, das ocorridas na década de 80 e 90 – e as profundas alterações sociais e econômicas introduzidas pela globalização do capital e da economia.

³ BOSCHETTI, Ivanete. Seguridade social no Brasil: conquistas e limites à sua efetivação. In: *Serviço Social: Direitos Sociais e Competências Profissionais*. Brasília: CFESS/ABEPSS, 2009.

Deste modo, a relação jurídica de trabalho foi colocada na mira reformista, visto que, por meio da flexibilização dos direitos trabalhistas, pretendeu-se a relativização e a diminuição do rol de direitos dos trabalhadores, pois, pretendida a diminuição do custo da produção de modo a possibilitar a competição empresarial na economia já globalizada, e consequentemente impulsionar o desenvolvimento e crescimento econômico do Estado.

Na sanha de flexibilização dos direitos trabalhistas chegou inclusive a ser proposta a completa desregulamentação da relação jurídica trabalhista, pelo o que passaria a se permitir a livre pactuação das condições de trabalho entre empregado e empregador.

Destarte, as garantias de emprego e os direitos trabalhistas foram colocados na alça de mira da flexibilização, pois, para as concepções neoliberais o “excesso” de garantias e de direitos trabalhistas seriam óbices ao crescimento econômico e à geração de emprego, portanto seria necessário, para inclusive reduzir os custos da produção, reduzir ou flexibilizar os direitos trabalhistas.

Portanto, intuitiva a conclusão de que a questão da flexibilização dos direitos trabalhistas coloca-se em confronto com os fundamentais direitos trabalhistas historicamente conquistados, revelando a referida confrontação o ponto de tensão entre a pretendida flexibilização e a implícita proibição material de retrocesso social dos direitos fundamentais sociais, a normatividade das normas constitucionais e a inderrogabilidade dos direitos fundamentais.

Nesse passo, o discurso da flexibilização dos direitos trabalhistas seria arrimado na tentativa de se estabelecer mecanismos destinados à compatibilização entre as mudanças de ordem econômica, tecnológicas, política e social e os direitos e garantias constitucionais e legalmente e historicamente conquistadas pelos trabalhadores, visto que os direitos trabalhistas, enquanto direitos fundamentais, são inderrogáveis, irrenunciáveis, indisponíveis e insuscetíveis de retrocesso social.

Por estas exposições, tem-se que a análise sobre a possibilidade ou não da flexibilização das leis e relativização dos direitos trabalhistas passa pela compreensão das diretrizes que informam as conquistas sociais e históricas de direitos pelos trabalhadores, a sua garantia e proteção pelo Estado e pela Constituição e a intrincável relação capital x trabalho que orienta as relações empregatícia-econômico-sociais.

E no intuito de se analisar este ponto conflitivo buscar-se-á, subsidiado na legislação e na doutrina, refletir sobre a possibilidade ou não da flexibilização dos direitos trabalhistas, adotando-se como pano de fundo à referida reflexão um enfoque constitucionalista subsidiado na compreensão e no caráter normativo do texto constitucional e dos direitos fundamentais de

segunda dimensão, da garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais e da garantia implícita material de proibição do retrocesso social dos direitos fundamentais.

Portanto, num primeiro momento, construir-se-á uma narrativa histórica sobre o tema proposto de modo a demonstrar a origem do trabalho e a prestação de trabalho no regime escravocrata e servil, para então se abordar e analisar a prestação de trabalho subordinada identificadora e qualificadora da relação empregatícia, iniciada no curso da Revolução Industrial.

Tais questões serão conjuntamente analisadas e contextualizadas com a histórica conquista dos direitos trabalhistas e o surgimento do Direito do Trabalho na segunda metade do Século XIX, com o posterior reconhecimento e declaração do trabalho como um direito fundamental e as imbricações decorrentes do referido reconhecimento.

Já num segundo momento será abordado o surgimento e as transformações sofridas pelo Direito do Trabalho no Brasil, bem assim as primeiras garantias legislativas, mormente a Consolidação das Leis Trabalhistas e as Constituições brasileiras.

Assim, para a coerente abordagem da questão proposta acerca da flexibilização dos direitos trabalhistas, seus fundamentos e pretensões, se faz necessário, primeiramente, analisar a base normativa e o fundamento da limitação implícita material do retrocesso social, para então se fazer uma abordagem sobre a garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais no intuito de instigar uma reflexão sobre a possibilidade jurídica de se efetuar a flexibilização dos direitos trabalhistas, investigando, em arremate, se a Constituição de 1988 da República Federativa do Brasil permite, e em quais limites, referida flexibilização.

1. ORIGEM E TRANSFORMAÇÕES HISTÓRICAS DO TRABALHO E DO DIREITO DO TRABALHO

O trabalho tem o traço cultural como uma de suas características, pois seria ele uma:

[...] ação dirigida por finalidades conscientes, a resposta aos desafios da natureza, na luta pela sobrevivência. Ao reproduzir técnicas que outros homens já usaram e ao

inventar outras novas, a ação humana se torna fonte de ideias e ao mesmo tempo uma experiência propriamente dita⁴.

Por estar atrelo à própria ideia de sobrevivência do homem o trabalho se relaciona com a história da própria humanidade. “O homem sempre trabalhou; primeiro para obter seus alimentos, já que não tinha outras necessidades em face do primitivismo de sua vida⁵”.

Com efeito:

[...] o homem só produzia para atender às suas próprias necessidades e às de sua família, interagindo com a natureza e com outros homens que agiam à sua semelhança. Era um tempo, portanto, de mediações de primeira ordem, ou mediações primárias, e de comportamento instintivo⁶.

Entretanto, não somente com a questão da sobrevivência o trabalho se relaciona com a história e a cultura humana, posto que entre as atividades de grupos socialmente organizados, notadamente os indígenas, as práticas trabalhistas estavam também ligadas às atividades do sentido.

A colheita, a caça, a pesca coletiva, o preparo do solo, a festa para o plantio e para a colheita, com cerimônias ritualistas, fortaleciam os laços de comunhão e solidariedade entre os indivíduos do grupo, a natureza e a terra⁷.

O trabalho, antes de tudo, é “uma atividade humana por meio da qual há o desprendimento da energia de uma pessoa dirigida a um determinado fim⁸”.

Consta que o termo trabalho tem sua origem derivada do latim vulgar *tripaliare*, que significaria martizar com *tripalium*⁹, que era um instrumento composto por três estacas fincadas no chão, utilizado para torturar escravos nas sociedades primitivas.

Portanto, trabalhar (*tripaliare*) estaria ligado à ideia de sofrimento, pois significava torturar alguém com *tripalium*¹⁰.

⁴ ARANHA, Maria Lúcia Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando: introdução à filosofia*. São Paulo: Moderna, 1992, p. 4.

⁵ MARANHÃO, Délio; et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. 20. ed. v. 01. São Paulo: LTr, 2002, p. 29.

⁶ CARVALHO, Augusto César Leite de. *Direito do Trabalho*. Aracajú: Evocati, 2011, p. 11.

⁷ BONZATO, Eduardo Antônio. *Tripalium: O trabalho como maldição, como crime e como punição*. Disponível em: <

http://unifia.edu.br/revista_eletronica/revistas/direito_foco/artigos/ano2011/Direito_em_foco_Tripalium.pdf>.

Acesso em: 27 abr 2014.

⁸ CAIRO JÚNIOR, José. *Curso de Direito do Trabalho direito individual e coletivo do trabalho*. 8ª. ed. rev. ampl. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 42.

⁹ CUNHA, Antônio Geraldo. *Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 779.

¹⁰ CAIRO JÚNIOR, José. Op. cit., 2013, p. 41-42.

De outro norte, segundo um enfoque bíblico, o trabalho remonta e relaciona-se com a atividade da criação, porquanto teria o criador trabalhado por sete dias para criar o mundo¹¹, e após a criação, num primeiro momento, conferiu ao homem – criado à sua imagem e semelhança –, o gozo do paraíso, devendo aquele trabalhar para mantê-lo e guardá-lo, desfrutando a plenitude da vida¹².

Neste particular, o trabalho não tinha qualquer conotação de sofrimento¹³, e por meio dele o homem teria a possibilidade de continuar a obra da criação divina mediante o seu próprio esforço laboral.

Num segundo momento, após o pecado original, o trabalho passou a ter conotação de castigo¹⁴ e sofrimento¹⁵, pois teria sido o homem condenado a, por meio do suor do seu rosto, retirar da terra o seu sustento¹⁶.

O homem estava condenado a trabalhar para remir seus pecados, passando então o trabalho a ter um caráter reconstrutivo e valorativo em relação à atividade humana¹⁷.

A primeira forma de prestação de trabalho reconhecida ocorreu por meio do regime da escravidão.

Esclarece BARROS (2011, p. 44) que “a condição de escravo derivava do fato de nascer de mãe escrava, de ser prisioneiro de guerra, de condenação penal, de descumprimento de obrigações tributárias, de deserção do exército, entre outras coisas¹⁸”.

Salienta MARTINS (2012, p. 04) que “o escravo era considerado apenas uma coisa, não tendo qualquer direito, muito menos trabalhista. O escravo, portanto, não era considerado sujeito de direito, pois era propriedade do *dominus*”.

¹¹ “Gênesis 2, 2. No sétimo dia, Deus terminou todo o seu trabalho; e no sétimo dia, ele descansou de todo o seu trabalho”. BÍBLIA SAGRADA, 52. ed. trad. Ivo Storniolo, Euclides Martins Balancin. São Paulo: Paulus, 2004, p. 15.

¹² BARROS. Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 7ª. ed. São Paulo: Ltr, 2011, p. 43.

¹³ “Gênesis 2, 15. Javé Deus tomou o homem e o colocou no jardim do Éden, para que o cultivasse e guardasse”. BÍBLIA SAGRADA. Op. cit. 2004, p.15.

¹⁴ “Adão teve que trabalhar por comer para comer em razão de ter comido o fruto proibido”. MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 03.

¹⁵ “Gênesis, 3, 17-19. Javé disse para o homem: ‘Já que você deu ouvidos à sua mulher e comeu da árvore cujo fruto eu lhe tinha proibido comer, maldita seja a terra por sua causa. Enquanto você viver, você dela se alimentará com fadiga. A terra produzirá para você espinhos e ervas daninhas, e você comerá a erva do campo. Você comerá seu pão com o suor do seu rosto, até que volte para terra, pois dela foi tirado. Você é pó, e ao pó voltará’”. BÍBLIA SAGRADA. Op. cit. 2004, p.15.

¹⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 03.

¹⁷ BARROS. Alice Monteiro de. Op. cit., 2011, p. 43.

¹⁸ Em complemento (MARANHÃO, *et al.*, 2002, p. 29.) “Nos combates que travava com seus semelhantes, pertencentes a outras tribos e grupos, terminada a refrega, acabava de matar os adversários que tinham ficado feridos, ou para devorá-los ou para se libertar dos incômodos que ainda podiam provocar. Depois compenetrava-se de que, em vez de liquidar os prisioneiros, era mais útil escravizá-los para gozar de seu trabalho. Os mais valentes e os chefes, que faziam maior número de prisioneiros, não podendo utilizar a todos em seu serviço pessoal, passaram a vendê-los, trocá-los ou alugá-los”.

Por muito tempo a prestação de trabalho em regime de escravidão foi tida por legítima, porquanto os escravos não eram considerados pessoas de direito, mas sim, objetos de direito.

A história da própria humanidade revela que o trabalho, sobretudo o manual, nem sempre foi tido como algo nobre, mormente quanto observado que as atividades laborais eram relegadas aos escravos.

Àqueles “eram dados os serviços manuais exaustivos não só por essa causa como, também, porque tal gênero de trabalho era considerado impróprio e até desonroso para os homens válidos e livres¹⁹”.

Razão pela qual na Grécia Antiga, Aristóteles e Platão compreendiam o trabalho em um sentido pejorativo, pois ele compreenderia somente a força física, o que se afastaria da ideia de dignidade do homem por oprimir o desenvolvimento de sua inteligência e pensamento e participação ativa na *polis*, relegada aos nobres²⁰, vaticinando ainda que, para conseguir cultura, era necessário ser rico e ocioso, motivo pelo qual a escravidão seria justa e necessária²¹.

A escravidão se manteve nos tempos medievais, época em que os prisioneiros de guerras e de terras conquistadas eram vendidos em mercados e enviados ao Oriente, sendo que mesmo após a queda da Constantinopla, em 1453, o regime de escravidão persistiu e teve significativo incremento com o descobrimento da América e a colonização e escravização dos povos ameríndios, bem assim pela conquista da costa Africana e conquista e transferência de escravos daquele continente para a América²².

O trabalho escravo decaiu no período medieval. Não só no período feudal, ou seja, entre os Séculos V e XI, mas também no período urbano verificado entre os Séculos XI e XV.

Destarte, no corte histórico da Idade Média, surge a figura do servo²³ e da servidão como forma de prestação de trabalho.

Os servos não eram escravos propriamente ditos, vez que lhes eram conferidos alguns direitos, posto que lhes eram assegurado o direito de herança de animais, objetos pessoais e, em alguns lugares, de uso dos pastos, sendo eles reconhecidos como pessoas, e não objeto de direito.

Todavia:

¹⁹ MARANHÃO, Délio; *et al*, Op. cit., 2002, p. 29.

²⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. Op. cit., 2012, p. 04.

²¹ MARANHÃO, Délio; *et al*, Op. cit., 2002, p. 30.

²² *Ibidem*.

²³ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social*. São Paulo: Ltr, 2000, p. 42.

Não obstante, a situação de servo, pelo menos no Baixo Império Romano, era muito próxima à dos escravos. Eles eram escravos alforriados ou homens livres que, diante da invasão de suas terras pelo Estado e, posteriormente, pelos bárbaros, tiveram que recorrer aos senhores feudais em busca de proteção. Em contrapartida, os servos estavam obrigados a pesadas cargas de trabalho e podiam ser maltratados ou encarcerados pelo senhor, que desfrutava até mesmo do chamado *jus primaenocis*, ou seja, direito à noite de núpcias com a serva da gleba que se casasse²⁴.

Adite-se que os servos não tinham a plenitude de sua liberdade, notadamente a de deslocamento entre aldeias²⁵.

Nessa quadra histórica:

[...] o homem se libertou do trabalho escravo, mas não completamente, pois se seguiu a Era Medieval e, nela, uma sociedade dividida em rígidos estamentos: os senhores feudais e os servos. A servidão era imposta a quase todos os camponeses e se diferenciava do trabalho escravo porque o servo se ligava à terra e pelo seu uso pagava diversos tributos, passando a ter novo amo quando a terra era vendida. Vinculava-se o servo à gleba como antes se vinculava o escravo ao seu senhor²⁶.

Após o declínio do período feudal, exsurgiram as corporações de ofício, aliadas aos ideais Renascentistas que atribuíram novo paradigma atinente ao trabalho, louvando-se a atuação livre e racional do homem. O trabalho passou então a ser visto como verdadeira essência humana²⁷.

As corporações de ofício tinham como traço característico a organização hierárquica em seu âmbito, a disciplina da capacidade produtiva, a regulamentação da técnica de produção, normas estas estabelecidas à revelia dos trabalhadores, motivos pelos quais no âmbito das referidas corporações as relações jurídicas de trabalho eram disciplinadas por regras heterônomas²⁸:

O homem, que, até então, trabalhava em benefício exclusivo do senhor da terra, tirando como proveito próprio a alimentação, o vestuário e a habitação, passara a

²⁴ BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit., 2011, p. 47.

²⁵ MARANHÃO, Délio; et al. Op. cit., 2002, p. 31.

²⁶ CARVALHO, Augusto César Leite de. Op. cit., 2011, p. 12.

²⁷ “Encarado sob o prisma da concepção humana, o trabalho tem um caráter pessoal, constituindo um ato de vontade livre do homem; tem um caráter singular, na medida em que traduz uma expressão do valor e da personalidade de quem o executa. O trabalho atua como meio de subsistência, de acesso à propriedade, e cumpre um conjunto de funções sociais. Em consequência, ele representaria um ponto de reflexão singularmente característico pela sua transcendência social. E exatamente por isso tem um caráter multidisciplinar e interessa, entre outras áreas de conhecimento, à Teologia, à Filosofia, à Economia, à Sociologia e ao Direito. O trabalho é uma atividade humana que pressupõe esforço físico ou mental”. BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit., 2011, p. 52.

²⁸ BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit., 2011, p. 58.

exercer sua atividade, sua profissão, em forma organizada, não só profissional, mas também pessoal do trabalhador [...]²⁹.

As aludidas corporações eram organizadas em estratos. Os mestres ocupavam posição hierárquica de destaque, estando os companheiros e os aprendizes abaixo daqueles.

Os mestres eram os proprietários das oficinas, e eram assim considerados por já terem passado pela prova da obra-mestra.

Por sua vez, os companheiros ou operários eram trabalhadores que auferiam salários dos mestres, todavia, ainda não tinham passado pela prova da obra-mestra.

Já os aprendizes eram menores que recebiam do mestre o ensino metódico do ofício ou profissão³⁰.

Ocorre que também no âmbito das corporações de ofício observou-se a exploração da prestação de trabalho pelos mestres de ofício. A novel forma de prestação de trabalho não passava de uma forma mais branda de escravização do trabalhador, razão pela qual:

Os abusos praticados pelos mestres nas corporações de ofício, geradores de greves e revolta dos companheiros, principalmente em face da tendência oligárquica de transformar o ofício em um bem de família, associada à incapacidade de adaptação do trabalho ali desenvolvido às novas exigências econômicas, dada a tendência monopolizadora e o apego às formas separadas de produção, foram [...] motivos mais do que suficientes para incrementar a transição da sociedade artesanal para o capitalista mercantil³¹.

As corporações de ofício tiveram seu apogeu no Século XII, e a partir do Século XIV começaram a decair, sendo definitivamente suprimidas com a Revolução Francesa de 1789, vez que incompatíveis com o ideal de liberdade do homem, conquistada por meio da revolução³².

Nesse diapasão, o Decreto D'Allarde, de 17 de março de 1791, declarou que a partir de 1º de abril do referido ano “seria livre a qualquer pessoa a realização de qualquer negócio ou o exercício de qualquer profissão, arte ou ofício que lhe aprouvesse³³”.

Contudo, era necessário pagar as taxas para o livre exercício de profissão, arte ou ofício, bem assim previamente munir-se de patente e se sujeitar às normas regulamentares

²⁹ MARANHÃO, Délio; *et al.* Op. cit., 2002, p. 33.

³⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. Op. cit., 2012, p. 04

³¹ BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit., 2011, p. 49.

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*.

vigentes, tendo o art. 7º do referido Decreto extinguindo peremptoriamente as corporações de ofício ao permitir a liberdade de trabalho³⁴.

Com a Revolução Industrial ocorrida primeiramente na Inglaterra (em meados do Século XVIII) e posteriormente na França e com a consequente invenção da máquina a vapor e sua inclusão no processo produtivo das indústrias³⁵ ocorreu uma revolução nos métodos e forma de prestação de trabalho, bem como na relação havida entre empregados e empregadores.

De igual modo, o surgimento da *flying-shuttle* (lançadeira volante) (1733), da máquina de fiar (1738) e do tear mecânico (1784) provocou uma reconfiguração dos métodos de produção da indústria têxtil, pois a mecanização da produção possibilitou a produção em maior escala, com menor tempo e custo³⁶:

A Revolução Industrial, “acabou transformando o trabalho em emprego. Os trabalhadores, de maneira geral, passaram a trabalhar por salários. Com a mudança, houve uma nova cultura a ser aprendida e uma antiga a ser desconsiderada³⁷”.

A mão-de-obra campesina deixando os burgos passou a se concentrar nos grandes centros, acelerando “o processo de migração para as cidades, contribuindo para a formação de uma nova classe populacional, a classe operária³⁸⁻³⁹”.

E tendo em vista a liberdade de exercício de profissão, arte ou ofício conquistadas com a Revolução Francesa e a liberdade contratual garantidas pelo Decreto D’Allarde, de 1791, as indústrias passaram a arregimentar livremente a mão-de-obra dos trabalhadores, pactuando livremente as condições de trabalho.

À época o contrato de trabalho era disciplinado pela legislação civil vigente, ou seja, o Código Civil Francês de 1804, que disciplinou o contrato de trabalho como uma forma de locação⁴⁰.

³⁴ Ibidem.

³⁵ “Entre as conquistas da Revolução Industrial do século XVIII, a utilização das forças motrizes distintas da força muscular do homem e dos animais foi um dos acontecimentos de maior destaque, porque permitiu a evolução do maquinismo”. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 34.

³⁶ “Antes da *flying-shuttle* os tecelões não podiam fabricar determinadas peças sem o concurso de dois ou mais colegas; a máquina de fiar permitiu que uma operação, feita antes por um homem com um torno, passasse a ser executada mais depressa e por uma série de fusos; a *mule-jenny* precipitou a decadência do *domestic system* — trabalho doméstico —, e o tear mecânico, não obstante a resistência dos teares manuais, também atraiu o homem para a fábrica”. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit., 2011, p. 34.

³⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. Op. cit., 2012, p. 05.

³⁸ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Op. cit., 2000, p. 57.

³⁹ “Na Inglaterra, desde o século XVI, havia desemprego rural, e a mobilidade do trabalhador, do campo para a cidade, foi estimulada pelos aparentes atrativos da indústria que se desenvolvia”. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit., 2011, p. 37.

Também naquela época, por conta do individualismo e da liberdade contratual, “a autonomia da vontade foi elevada à categoria de dogma, como aconteceu também com a máxima latina do *pacta sunt servanda*, ou seja, a força obrigatória dos contratos⁴¹”.

E por conta da liberdade de contratação e da força obrigacional do contrato de trabalho era corrente a livre pactuação das condições de trabalho sem qualquer ingerência do Estado, o que ocasionou a precarização das condições de trabalho, visto que os trabalhadores economicamente hipossuficientes não tinham condições de por si sós pactuarem melhores condições de trabalho.

Os contratos de trabalho estabeleciam e obrigavam os trabalhadores a trabalhar por longas jornadas nas fábricas. Os trabalhadores que laboravam na minas de carvão além de trabalhar em condições insalubres estavam:

Sujeitos a incêndios, explosões, intoxicação por gases, inundações, desmoronamentos, prestando serviços por baixos salários [...]. Ocorriam muitos acidentes de trabalho, além de várias doenças decorrentes dos gases, da poeira, do trabalho em local encharcado, principalmente a tuberculose, a asma e a pneumonia. Trabalhavam direta e indiretamente nas minas praticamente toda a família, o pai, a mulher, os filhos dos filhos etc. Eram feitos contratos verbais vitalícios ou então enquanto o trabalhador pudesse prestar serviços, implicando verdadeira servidão. Certos trabalhadores eram comprados e vendidos com seus filhos. Os trabalhadores ficavam sujeitos a multas, que absorviam seu salário⁴².

Por sua vez, os trabalhadores que se ativavam nas fábricas, além de serem responsabilizados por eventuais danos causados ao maquinário do empregador e recorrentemente serem vítimas de acidentes de trabalho, se submetiam as longas e extenuantes jornadas de trabalho, recebiam baixo salário. Isto porque, por conta do seu poderio econômico e de sua destacada posição sócio-econômica, a burguesia, classe social dominante à época, detentora do capital e dos meios de produção, obstinadamente objetivava auferir lucro

⁴⁰ “Princípio liberal e postulados individualistas atuaram como as grandes bases sobre as quais se desenvolveu todo o mecanismo das relações jurídico-laborais existentes até o aparecimento do fenômeno intervencionista [...] Os indivíduos adquiriam com sua vontade o poder supremo para realizara toda a classe de atos jurídicos, os quais passavam a ter força de lei entre as partes, porque aceitos voluntariamente. O Código de Napoleão, de 1804, revela a vontade contratual como norma suprema das relações jurídicas. E assim é o que o art. 1.134 do aludido diploma legal dispõe: ‘As convenções têm força de lei para os que as celebram’. Por outro lado, o art. 1.115 do mesmo diploma legal condiciona a revogação das convenções ao consentimento mútuo das partes ou às causas que a lei autorize. Nesse Código, de cunho puramente individualista, encontram-se as diretrizes da organização do trabalho nos quadros do Direito Civil. O Código Francês de 1804 regulou o contrato de trabalho como uma das modalidades da locação, no Capítulo II, Título VIII, do Terceiro Livro, consagrando apenas dois artigos a esse importante ajuste.” BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit., 2011, p. 50.

⁴¹ CAIRO JÚNIOR, José. Op. cit., 2013, p. 57.

⁴² MARTINS, Sérgio Pinto. Op. cit., 2012, p. 06.

submetendo os trabalhadores a extenuantes jornadas laborais nas linhas de produção das fábricas, inexistindo condições mínimas de trabalho⁴³.

Os trabalhadores eram considerados fatores de produção. Logo, inexistia qualquer distinção entre a prestação de trabalho por crianças e por mulheres, que eram preferencialmente arregimentadas para a prestação de trabalho por conta da mão-de-obra mais barata, o que ia ao encontro dos anseios especulativos da classe burguesa⁴⁴.

Naquela época, se observou demasiada exploração da mão-de-obra humana tendo em vista o liberalismo econômico, a liberdade contratual e a não intervenção estatal, frutos da conquistada liberdade individual ocorrida no bojo da Revolução Francesa de 1789:

Os efeitos do capitalismo e das condições da infraestrutura social se fizeram sentir com muita intensidade com a Revolução Industrial. Destaque-se o empobrecimento dos trabalhadores, inclusive dos artesãos, a insuficiência competitiva da indústria que florescia, os impactos sobre a agricultura, os novos métodos de produção em diversos países e as oscilações de preço. A família viu-se atingida pela mobilização da mão de obra feminina e dos menores pelas fábricas. Os desníveis entre classes sociais fizeram-se sentir de tal modo que o pensamento humano não relutou em afirmar a existência de uma séria perturbação ou problema social⁴⁵.

A ausência de valoração social do trabalho reclamou efetivas mudanças, frutos da eclosão social exurgidas a partir da criação de associações e, ulteriormente, de sindicatos de trabalhadores que passaram a defender melhores condições de trabalho e remuneração digna ao trabalhador.

Os órgãos de classe também reclamavam a intervenção estatal de modo a estabelecer normas que limitassem a jornada de trabalho, proibissem o trabalho de crianças e mulheres em locais insalubres, fixassem uma remuneração mínima e digna ao trabalhador no intuito de se extirpar a precarização da prestação de trabalho.

Dessa forma, o Estado passava a ser visto como um órgão de equilíbrio, pois passaria:

[...] a limitar, a defrontar, a destruir a diferença entre classes e grupos, a fazer sobressair o interesse coletivo, tornando relativo o direito individual, limitando o seu exercício quando ele contrariasse o interesse da sociedade. [...] Passa o Estado a exercer sua verdadeira missão, como órgão de equilíbrio, como orientador da ação individual, em benefício do interesse coletivo, que era, em suma, o próprio interesse estatal⁴⁶.

⁴³ CAIRO JÚNIOR, José. Op. cit., 2013, p. 58.

⁴⁴ CAIRO JÚNIOR, José. Op. cit., 2013, p. 58.

⁴⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit., 2011, p. 33.

⁴⁶ MARANHÃO, Délio; *et al.* Op. cit., 2002, p. 31.

Assim, passa a “haver um intervencionismo do Estado, principalmente para realizar o bem-estar social e melhorar as condições de trabalho⁴⁷”.

Nesse esteio, por conta das incipientes atividades intervencionistas legislativas do Estado criou-se um estatuto jurídico mínimo que declarou e passou a garantir direitos mínimos aos trabalhadores, exurgindo o Direito do Trabalho, caracterizado por normas imperativas, cogentes e irrenunciáveis, que limitavam a autonomia da vontade, assim como reconheciam os valores sociais do trabalho⁴⁸.

E com o surgimento do Direito do Trabalho na segunda metade do Século XIX:

[...] alterou-se, de maneira substancial e decisiva, essa lógica jurídica e institucional inicialmente dominante. As recém-criadas normas jurídicas trabalhistas – quer dizer, as regras, princípios e institutos consubstanciadores do Direito do Trabalho – começaram a intervir imperativamente nos contratos empregatícios. Desse modo, passaram a atenuar a influência dos ditames do mercado econômico nesse tipo de relação sociojurídica, produzindo a chamada *desmercantilização do trabalho*, fenômeno incluyente e democratizante acentuado na obra clássica de Karl Polanyi, *A Grande Transformação*⁴⁹.

Nesse passo, poder-se-ia dizer que, naquela época, iniciou-se o processo de reconhecimento, declaração e afirmação do Direito do Trabalho com um direito elementar (fundamental) ao trabalhador, por meio da garantia de um mínimo existencial ao trabalhador, no plano legislativo infraconstitucional, o que posteriormente foi reforçado e ampliado, notadamente, no curso histórico do constitucionalismo social inaugurado pela Constituição do México de 1917 e pela Constituição de Weimar, de 1919, que primeiramente disciplinaram a ordem social⁵⁰.

Nesse diapasão, pode-se afirmar com MASCARO⁵¹ que:

O direito do trabalho surge como consequência da questão social que foi precedida da Revolução Industrial do século XVIII e da reação humanista que se propôs a garantir e a preservar a dignidade do ser humano ocupado no trabalho das indústrias,

⁴⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. Op. cit., 2012, p. 07.

⁴⁸ BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit., 2011, p. 65. “Historicamente, o Direito do Trabalho surgiu como consequência de que a liberdade de contrato entre com poder e capacidade econômica desiguais conduzia a diferentes formas de exploração. Inclusive, mais abusivas e iníquas. O legislador não pôde mais manter a ficção de igualmente existente entre as partes do contrato de trabalho e inclinou-se para a compensação dessa desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador com uma proteção jurídica a ele favorável”. PLÁ RODRIGUES, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. Trad. Wagner D. Giglio. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 85.

⁴⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. Relação de Emprego e Relações de Trabalho: A Retomada do Expansionismo do Direito do Trabalho. In: *Dignidade e Inclusão Social: Caminhos para a Efetividade do Direito do Trabalho no Brasil*. São Paulo: Ltr, 2010, p. 22.

⁵⁰ CAIRO JÚNIOR, José. Op. cit., 2013, p. 58.

⁵¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit., 2011, p. 4.

que, com o desenvolvimento da ciência, deram nova fisionomia ao processo de produção de bens na Europa e em outros continentes.

Esclarece DELGADO que “o Direito do Trabalho surge da combinação de um conjunto de fatores, os quais poder ser classificados em três grupos específicos: fatores econômicos, fatores sociais, fatores políticos⁵²”.

Destarte, pode-se dizer que:

O aparecimento do direito do trabalho tem relação com um modo específico de produção capitalista que emergiu com a realidade social sobrevinda após os movimentos de ruptura sócio-política e econômica que caracterizaram o fim da era moderna, no tumultuado século XVIII. As condições adversas do trabalho humano que se percebiam no âmbito do emprego industrial exigiam um sistema de compensação jurídica que por zelo ou hipocrisia as legitimasse, atenuando o seu caráter espoliativo, além de demandarem uma construção teórico-filosófica que fizesse face à ideia, desde antes difundida entre os colbertistas, deque o industrial deveria assegurar aos seus trabalhadores apenas a remuneração que lhes garantisse a sobrevivência, pois do contrário não ocorreria a acumulação de riqueza tão cara ao mercantilismo⁵³.

Logo, nota-se que o trabalho e, especificamente, o Direito do Trabalho passou por constantes mudanças no curso da história da humanidade, tendo ambos imbricações individuais e coletivas, aquelas no esteio da relação jurídica empregado e empregador, e aquelas na relação econômica, social e política.

1.1. Fases Históricas do Direito do Trabalho: Primeiros Direitos e Garantias Legais Conferidos aos Trabalhadores

Após o surgimento do Direito do Trabalho, na Europa Ocidental, na segunda metade do Século XIX, teve aquele ramo do direito significativa expansão, muito por conta da atividade intervencionista legislante do Estado, que sobremaneira, ao tempo do

⁵² DELGADO, Mauricio Godinho. Op. cit., 2010, p. 83. “Pode ser referido como *fator econômico* o advento do trabalho humano, alheio, produtivo e livre, mas subordinado que caracterizou o emprego industrial; o *fator social* mais relevante terá sido a concentração urbana que propiciou a organização das profissões e viabilizou assim os movimentos obreiros reivindicatórios; os *fatores políticos* a serem ressaltados são decerto a liberdade de exercer qualquer profissão sem as amarras da sociedade estamental ou mesmo do sistema corporativo, bem assim as ações coletivas que se desencadearam a partir do ambiente de empresa e geraram não apenas a normatização das condições de trabalho sem a colaboração do Estado, mas também o modelo de democracia social que se contraporia à solução de força preconizada por Marx para a conquista de uma sociedade menos desigual”. CARVALHO, Augusto César Leite de. Op. cit., 2011, p. 12-13.

⁵³ CARVALHO, Augusto César Leite de. Op. cit., 2011, p. 12.

constitucionalismo social, declarou e ampliou o rol de direitos conferidos aos trabalhadores, elevando-o, inclusive ao *status* constitucional, fenômeno que se denominou *constitucionalização do Direito do Trabalho*.

Todavia, no processo de formação e consolidação do Direito do Trabalho é possível se observar 04 (quatro) fases ou períodos distintos, assim compreendidos o período de formação, intensificação, consolidação e autonomia⁵⁴.

O período da formação do direito do trabalho se estendeu de 1802 a 1848, tendo como momento inicial o *Peel's Act* (Lei de Peel), na Inglaterra, no início do Século XIX. A referida lei pretendeu amparar os trabalhadores, notadamente, os aprendizes paroquianos que laboravam em moinhos⁵⁵.

Ainda na Inglaterra, surgiu a primeira lei destinada a verdadeiramente tutelar o empregado. Por meio da *Moral and Health Act* proibiu-se o trabalho, à noite, de menores, bem assim a prestação de trabalho por jornada superior a 12 (doze) horas diárias⁵⁶.

Ainda naquela época, no ano de 1806, na França, Napoleão instituiu o *Conseils de Prud'hommes*, órgão que tinha por incumbência dirimir os conflitos entre operários e fabricantes, sendo este, por alguns autores, considerado o órgão precursor da Justiça do Trabalho⁵⁷.

Em 1813, também na França, foi proibido o trabalho de menores nas minas de carvão. Já em 1814 foi proibido o trabalho em domingo e feriados⁵⁸. Já em 1839, na França, foi proibido o trabalho de menores de 09 anos, sendo ainda proibida a jornada de trabalho superior a 10 horas aos trabalhadores menores de 16 anos⁵⁹.

Na Alemanha, em 1839, incipientemente, passou-se a disciplinar o trabalho da mulher⁶⁰ e dos menores⁶¹.

Os marcos legislativos continuaram a se expandir na Europa engendrando a segunda fase histórica do Direito do Trabalho, qual seja: a da intensificação, que se estendeu de 1848 a 1890, e tem como marco inicial o *Manifesto Comunista* de 1848.

⁵⁴ Conforme esclarece Alice Monteiro de Barros os autos espanhóis Granzio e Rothvoss foram quem teorizaram e identificaram essas 04 (quatro) fases pelas quais passou o Direito do Trabalho. BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit., 2011, p. 65.

⁵⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. Op. cit., 2012, p. 07.

⁵⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. Op. cit., 2010, p. 88.

⁵⁷ BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit., 2011, p. 66.

⁵⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. Op. cit., 2012, p. 07.

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ Na França a proteção e o trabalho da mulher e da criança foram disciplinados pelas Leis de 19 de março e 02 de novembro de 1874.

⁶¹ BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit., 2011, p. 66.

Na Espanha, as Leis de 24/04/1873, de 26/07/1878, de 13/03/1900 e de 20/02/1912 estabeleceram a limitação da jornada de trabalho dos menores e da mulher. Por sua vez, a Lei 24/07/1873 e a Lei de 03/03/1904 estabeleceram o direito à folga semanal, vindo posteriormente as Leis de 27/04/1908 (Lei de Huelgas) e de 19/07/1908 criarem, respectivamente, o direito de associação e de greve e os Conselhos de Conciliação e Arbitragem Industrial⁶².

Na França, em 1893, a Lei de 12 de julho do referido ano inaugurou o regime jurídico-disciplinar atinente à segurança e higiene do ambiente de trabalho.

Na Alemanha em 1883, por Otto Von Bismark, a característica social do Direito do Trabalho foi ampliada por meio da implantação do seguro social⁶³.

O período da consolidação do Direito do Trabalho perdurou de 1890 a 1919. O referido período tem como marcos a Conferência de Berlim (1890), que reconheceu uma série de direitos trabalhistas, bem assim a Encíclica Católica *Rerum Novarum* (1891) (coisas novas), instituída por Leão XIII, “que fez referência à necessidade de uma nova postura das classes dirigentes perante a chamada questão social⁶⁴”.

A última fase ou período da história do Direito do Trabalho e de instituições de direitos e garantias legais aos trabalhadores teve início em 1917 e se estende até os dias atuais, e refere-se à fase de autonomia daquele ramo do direito.

Ela tem como característica marcante o constitucionalismo social inaugurado pela Constituição do México de 1917 e a Weimar de 1919 que primeiramente trataram da ordem social⁶⁵, surgido após o término da Primeira Guerra Mundial, que tratou de incluir nas constituições “preceitos relativos à defesa social da pessoa, de normas de interesse social e de garantia de certos direitos fundamentais, incluindo o Direito do Trabalho⁶⁶”.

No ano de 1919 também foi criada a OIT – Organização Internacional do Trabalho, por meio da criação e assinatura do Tratado de Versailles⁶⁷, organização que seria incumbida

⁶² MARTINS, Sérgio Pinto. Op. cit., 2012, p. 07.

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. Op. cit., 2010, p. 89. “A Encíclica *Rerum Novarum* (coisas novas), de 1891, do Papa Leão XIII, pontifica uma fase de transição para a justiça social, trançando regras para intervenção estatal na relação entre trabalhador e patrão. Dizia o referido Papa que “não pode haver capital sem trabalho, nem trabalho sem capital” (Encíclica *Rerum Novarum*, Capítulo 28). Leão XIII defendia a propriedade particular por ser um princípio do Direito Natural. Quem não tinha a propriedade, supria-a com o trabalho. Este é o meio universal de prover as necessidades da vida. As greves deveriam ser proibidas com a autoridade da lei. A encíclica tinha muito mais cunho filosófico e sociológico”. MARTINS, Sérgio Pinto. Op. cit., 2012, p. 08-09.

⁶⁵ CAIRO JÚNIOR, José. Op. cit., 2013, p. 58.

⁶⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. Op. cit., 2012, p. 09.

⁶⁷ “O Tratado de Versailles, assinado pela Alemanha e pelos países aliados em 1919, logo após o final da I Guerra Mundial, foi um dos primeiros documentos históricos a assegurar direitos ao trabalhador, consagrando o princípio de que o trabalho não deve ser considerado apenas como mercadoria (art. 467, 1). Além disso, o

de proteger, no plano internacional, a relação jurídica havida entre empregado e empregador, por meio da expedição e edição de convenções e recomendações naquele sentido⁶⁸.

Esclarece BARROS⁶⁹ que:

A ação internacional desenvolveu um excelente trabalho de universalização do Direito do Trabalho. O Tratado de Versailles (de 1919) desempenha papel importante: em seu art. 427, não admite que o trabalho seja mercadoria, assegura jornada de 8 horas, igualdade de salário para trabalho de igual valor, repouso semanal, inspeção do trabalho, salário mínimo, dispensa tratamento especial ao trabalho da mulher e do menor, além de dispor sobre direito sindical.

Tais direitos e garantias trabalhistas podem ser observadas na legislação trabalhista pátria e nas Constituições brasileiras, como se passa a demonstrar.

1.2. Direito Do Trabalho No Brasil: Direito Do Trabalho Nas Constituições Brasileiras e Primeiras Garantias Legais

O Direito do Trabalho, no Brasil, não surgiu, propriamente, da questão social tal qual ocorrido da Europa, no Século XVIII. Isto porque, o surgimento daquele direito ocorreu por antecipação legislativa estatal, a partir do Século XIX, e não propriamente por pressões das classes e grupos de trabalhadores civil e organizadamente agrupados⁷⁰, vez que, no caso brasileiro:

É característica desse período a presença de um movimento operário ainda sem profunda e constante capacidade de organização e pressão, quer pela incipiência de seu surgimento e dimensão do quadro econômico-social, quer pela forte influência anarquista hegemônica no segmento mais mobilizado de suas próprias lideranças. (DELGADO, 2010, p. 101).

Esclarece CAIRO JÚNIOR⁷¹ que:

referido tratado foi responsável pela formalização da criação da Organização Internacional do Trabalho – OIT. CAIRO JÚNIOR, José. Op. cit., p. 58.

⁶⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. Op. cit., 2012, p. 09.

⁶⁹ BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit., 2011, p. 66.

⁷⁰ Os trabalhadores coletiva e grupalmente organizados constituíram típicos grupos de pressão que seria aquele “grupo social, permanente ou transitório, que, para satisfazer seus interesses próprios, procure (a) obter determinadas medidas dos poderes do Estado e influenciar a opinião pública”. AZAMBUJA, Darcy. *Introdução à Ciência Política*. 17. ed. São Paulo: Globo, 2005, p. 315.

⁷¹ CAIRO JÚNIOR, José. Op. cit., p. 59.

Na década de trinta do século XX, o então presidente Getúlio Vargas antecipou-se aos movimentos sociais dos trabalhadores e editou uma série de medidas legislativas, de caráter nitidamente populista, que contribuíram para a autonomia do Direito do Trabalho no Brasil.

Nota-se que a questão social no Brasil, não ocorreu concomitantemente com a ocorrida na Europa, isto porque, não poderia ter ocorrido no plano interno em momento anterior, por conta da utilização da mão-de-obra escrava⁷², abolida por meio da Lei Áurea (Lei nº 3.353), em 1888.

Destaca DELGADO (2010, p. 99) que, embora não tenha a referida legislação tematizado qualquer instituto referente ao Direito do Trabalho, ela constituiu verdadeiro marco teórico e condição de possibilidade para o estabelecimento da relação jurídica de trabalho, pois, ao extirpar o regime escravocrata, possibilitou o trabalho livre, extinguindo aquela relação sócio-jurídica, incompatível com a relação de emprego.

A par de fato sociológico, no âmbito do plano jurídico, por conta do estágio de desenvolvimento do movimento constitucionalista à época, as primeiras constituições somente regulavam a forma do Estado e estabeleciam a forma de governo, pelo o que não cuidavam de reconhecer, declarar e garantir direitos aos trabalhadores.

Seguindo essa linha, a primeira Constituição brasileira, a de 1824, não fez qualquer menção em seus dispositivos quanto aos direitos dos trabalhadores, todavia, em seu art. 179 cuidou de extinguir as corporações de ofício (inciso XXV⁷³), pois deveria haver plena liberdade de exercício que qualquer ofício ou profissão⁷⁴, desde que lícitos e que não contrariasse os costumes ou opusesse à saúde ou segurança dos cidadãos⁷⁵.

⁷² Analisando o caso brasileiro do trabalho, SOUTO MAIOR registra que: “a primeira constatação séria que se tem, quando se estuda a sociedade brasileira, é a de que, em quatro séculos e meio de história do Brasil, três séculos e meio foram marcados pela existência da escravidão. Essa situação, evidentemente, exerce grande influência na cultura nacional, conforme observa *Roberto Pompeu de Toledo*, já que o Brasil “teve três séculos e meio de regime escravocrata, contra apenas um de trabalho livre”, gerando a concepção “de que o trabalho é algo que se obriga o outro a fazer e pessoas humanas são mercadorias”, mas não uma mercadoria qualquer, um mercadoria especial, porque, tão logo comete algum ilícito, torna-se gente. No dizer de *Jacob Gorender*, “o primeiro ato humano do escravo é o crime”. Pelo ato criminoso o escravo ser torna gente, de pleno direito”. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, Op. cit., 2000, p. 61.

⁷³ Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824). Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. [...] XXV. Ficam abolidas as Corporações de Offícios, seus Juizes, Escrivães, e Mestres. (observada a grafia ortográfica vigente à época). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 29 abr. 2014.

⁷⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. Op. cit., 2012, p. 10.

⁷⁵ Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824). Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. XXIV. Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commerciópode ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes

Nessa quadra histórica observa-se o crescimento assistemático das legislações que estabeleciam e asseguravam direitos aos trabalhadores.

Em 1890, por meio do Decreto nº 439, de 31 de maio, estabeleceu-se as bases para a organização da assistência à infância desvalida. O Decreto nº 843, de 11 de outubro de 1890 estabeleceu vantagens ao Banco dos Operários. O Decreto nº 1.162, de 12 de dezembro de 1890 revogou do Código Penal do delito de greve. Já o Decreto nº 221, de 26 de fevereiro de 1890 estabeleceu o direito dos trabalhadores ferroviários da Estrada de Ferro Central do Brasil de gozarem 15 dias de férias⁷⁶, direito aquele que ampliado aos demais trabalhadores ferroviários por meio do Decreto nº 565, de 12 de setembro de 1890⁷⁷.

No ano de 1891, em 24 de fevereiro de 1891, foi promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, que, na linha silente da Constituição de 1824, não cuidou de reconhecer, declarar e garantir direitos trabalhistas, limitando o texto constitucional a, no §8º, do art. 72, assegurar a livre associação e reunião pacífica, sem armas, não podendo a polícia nela intervir, salvo para manutenção da ordem pública⁷⁸.

No campo legislativo o Decreto nº 1.313, de 17 de janeiro de 1891 disciplinou o trabalho do menor. O Decreto Legislativo nº 1.150, de 05 de janeiro de 1904 criou facilidades para o pagamento de dívidas dos trabalhadores rurais⁷⁹, o que posteriormente foi ampliado para os trabalhadores urbanos, por meio do Decreto Legislativo nº 1.607, de 29/12/1906. Em 1903 possibilitou a sindicalização dos profissionais da agricultura, o que foi posteriormente estendido aos trabalhadores urbanos por meio do Decreto nº 1.637 possibilitou a criação de sindicatos profissionais e sociedades cooperativas⁸⁰.

O Código Civil de 1916 disciplinou o contrato de locação de serviços, regulamentado a prestação de trabalho pelos trabalhadores. Por meio da Lei nº 3.724 de 1919 criou-se a legislação do acidente de trabalho.

publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos. (observada a grafia ortográfica vigente à época) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 29 abr. 2014.

⁷⁶ MARANHÃO, Délio; *et al.* Op. cit., 2002, p. 54.

⁷⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. Op. cit., 2010, p. 101.

⁷⁸ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: [...] § 8º A todos é licito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas, não podendo intervir a policia senão para manter a ordem publica. (observada a grafia ortográfica vigente à época). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 29 abr. 2014.

⁷⁹ MARANHÃO, Délio; *et al.* Op. cit., 2002, p. 54.

⁸⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. Op. cit., 2010, p. 102.

Em 1923 foi criada a Lei Elói Chaves, que disciplinou a estabilidade de empregado ao trabalhador ferroviário que tivesse 10 ou mais anos de serviço prestados junto ao mesmo empregador, garantia aquela que posteriormente foi estendida a outros trabalhadores⁸¹.

Também no ano de 1923 foi criado o Conselho Nacional do Trabalho por meio do Decreto nº 16.027. Em 1925 a Lei nº 4.982 estabeleceu o direito de os trabalhadores de estabelecimento comerciais, bancários e indústria a gozarem 15 dias de férias.

No ano de 1927 foi promulgado o Código de Menores que proibiu o trabalho do menor de 12 anos, bem assim o trabalho noturno dos menores⁸². Em 1930 criou-se o Ministério do Trabalho e Emprego.

A Constituição de 1934 foi a primeira Constituição brasileira a, expressamente, tratar de forma específica o Direito do Trabalho, por reconhecer, declarar e garantir direitos trabalhistas.

Tal fato se justifica, pois a referida Constituição foi inspirada nas Constituições Sociais do México, de 1917, e na de Weimar, de 1919, inaugurando o constitucionalismo social no Brasil⁸³, rompendo com o modelo constitucional liberal até então vigente⁸⁴.

Consta no texto constitucional no art. 121 que:

Art. 121. A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País. § 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: a) proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; b) salário mínimo, capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, às necessidades normais do trabalhador; c) trabalho diário não excedente de oito horas, reduzíveis, mas só prorrogáveis nos casos previstos em lei; d) proibição de trabalho a menores de 14 anos; de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres; e) repouso hebdomadário, de preferência aos domingos; f) férias anuais remuneradas; g) indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa; h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a este descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte; i) regulamentação do exercício de todas as profissões; j) reconhecimento das convenções coletivas, de trabalho. § 2º - Para o efeito deste artigo, não há distinção entre o trabalho manual e o trabalho intelectual

⁸¹ BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit., 2011, p. 67.

⁸² DELGADO, Mauricio Godinho. Op. cit., 2010, p. 102.

⁸³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 262.

⁸⁴ Segundo Daniel Sarmiento, a Constituição de 1934 “incorporou uma série de temas que não eram objeto das constituições pretéritas, voltando-se à disciplina da ordem econômica, das relações de trabalho, da família, da educação e da cultura. A partir dela, pelo menos sob o ângulo jurídico, a questão social não poderia mais ser tratada no Brasil como caso de política, como se dizia na República Velha, mas como caso de direito, aliás, de Direito Constitucional”. SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo*. São Paulo: Lumen Juris, 2010, p. 31.

ou técnico, nem entre os profissionais respectivos. §3º - Os serviços de amparo à maternidade e à infância, os referentes ao lar e ao trabalho feminino, assim como a fiscalização e a orientação respectivas, serão incumbidos de preferência a mulheres habilitadas. § 4º - O trabalho agrícola será objeto de regulamentação especial, em que se atenderá, quanto possível, ao disposto neste artigo. Procurar-se-á fixar o homem no campo, cuidar da sua educação rural, e assegurar ao trabalhador nacional a preferência na colonização e aproveitamento das terras públicas. § 5º - A União promoverá, em cooperação com os Estados, a organização de colônias agrícolas, para onde serão encaminhados os habitantes de zonas empobrecidas, que o desejarem, e os sem trabalho. § 6º - A entrada de imigrantes no território nacional sofrerá as restrições necessárias à garantia da integração étnica e capacidade física e civil do imigrante, não podendo, porém, a corrente imigratória de cada país exceder, anualmente, o limite de dois por cento sobre o número total dos respectivos nacionais fixados no Brasil durante os últimos cinquenta anos. § 7º - É vedada a concentração de imigrantes em qualquer ponto do território da União, devendo a lei regular a seleção, localização e assimilação do alienígena. § 8º - Nos acidentes do trabalho em obras públicas da União, dos Estados e dos Municípios, a indenização será feita pela folha de pagamento, dentro de quinze dias depois da sentença, da qual não se admitirá recurso ex - officio⁸⁵.

Também a Constituição de 1934 criou a Justiça do Trabalho (art. 122) e equiparou aos trabalhadores, para todos os efeitos das garantias e dos benefícios da legislação social, àqueles que exerciam profissões liberais (art. 123).

Por sua vez a Constituição de 1937 teve como marca distintiva a fase intervencionista do Estado, tendo um cunho eminentemente corporativista⁸⁶, inspirada na *Carta del Lavoro*, de 1927 e na Constituição Polonesa.

Em linhas gerais, a Constituição de 1937 trilhou o caminho inaugurado pelo constitucionalismo social veiculado na Constituição de 1934, reconhecendo, declarando e garantindo inúmeros direitos ao trabalhador.

Em seu art. 126, a Constituição de 1937 estabeleceu que o trabalho seria um dever social, tendo o Estado o dever de garantir o direito de todos subsistirem mediante o seu trabalho honesto e este, como meio de subsistência do indivíduo, constituiria um bem a ser protegido pelo Estado, que deveria assegurar condições favoráveis e meios de defesa.

⁸⁵ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 19 abr. 2014.

⁸⁶ “O corporativismo visava organizar a economia em torno do Estado, promovendo o interesse nacional, além de impor regras a todas as pessoas. Havia a centralização do Poder no Estado. Surge o corporativismo na metade do século XIX com o fim de organizar os interesses divergentes da Revolução Industrial. O Estado interferiria nas relações entre as pessoas com o objetivo de poder moderador e organizador da sociedade. Nada escapava à vigilância do Estado, nem a seu poder. O Estado regulava, praticamente, tudo, determinando o que seria melhor para cada um, organizando a produção nacional. O interesse nacional colocava-se acima dos interesses dos particulares. Mussolini dizia, na época: ‘Tudo no Estado, nada contra o Estado, nada fora do Estado’ (*Tutto nello Stato, niente contro Stato, nulla al di fuori dello Stato*). As diretrizes básicas do corporativismo eram: (a) nacionalismo; (b) necessidade de organização; (c) pacificação social; (d) harmonia entre o capital e o trabalho. a estrutura do sistema era: sindicato único, reconhecido pelo Estado, que era uma *longa manus* do Estado; *contributo sindacale*, de forma a custear as atividades sindicais; proibição de greve; em razão da proibição da greve, havia poder normativo da Justiça do Trabalho, para impor condições de trabalho nos conflitos coletivos”. MARTINS, Sérgio Pinto. Op. cit., 2012, p. 09-10.

À época havia inúmeras legislações esparsas que contemplavam direitos trabalhistas, chegando, inclusive, a disciplinar de forma diferente institutos idênticos, razão pela qual Getúlio Vargas, presidente à época, cuidou de sistematizar todo o arcabouço legislativo vigente, compilando-o em um documento único.

Desta feita, por meio do Decreto-lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943 foi instituída a Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, cuja vigência iniciou a partir de 01 de novembro do referido ano⁸⁷.

Pondera MARTINS⁸⁸ que:

“O objetivo da CLT foi apenas o de reunir as leis esparsas existentes à época, consolidando-as. Não se trata de código, pois este pressupõe um Direito novo. Ao contrário, a CLT apenas reuniu a legislação existente na época, consolidando-a. A CLT tomou por fundamento várias normas, como a Encíclica *Rerum Novarum* e as Convenções da OIT, segundo Arnaldo Süssekind”.

Por sua vez, a Constituição de 1946 rompeu com o corporativismo anteriormente estabelecido pela Constituição de 1937, retomando as bases democráticas da Constituição de 1934.

Nessa toada, em seu art. 145 preconizou que a ordem econômica deveria ser organizada de acordo com os princípios da justiça social “conciliando a liberdade de iniciativa privada com a valorização do trabalho humano, o que é obrigação social, devendo ser assegurado a todos e possibilitando-lhes existência digna⁸⁹”.

Além de retomar as bases democráticas da Constituição de 1934 e garantir um amplo rol de direitos trabalhistas (art. 157), a Constituição de 1946 inovou ao possibilitar a participação dos empregados no lucro dos empregadores, o repouso semanal remunerado, a estabilidade de emprego, restabeleceu o direito de greve, a livre associação profissional e sindical⁹⁰, entre outros.

⁸⁷ CAIRO JÚNIOR, José. Op. cit., 2013, p. 59.

⁸⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. Op. cit., 2012, p. 12.

⁸⁹ BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit., 2011, p. 72.

⁹⁰ Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Art 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores: I - salário mínimo capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, as necessidades normais do trabalhador e de sua família; II - proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; III - salário do trabalho noturno superior ao do diurno; IV - participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa, nos termos e pela forma que a lei determinar; V - duração diária do trabalho não excedente a oito horas, exceto nos casos e condições previstos em lei; VI - repouso semanal remunerado, preferentemente aos domingos e, no limite das exigências técnicas das empresas, nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local; VII - férias anuais remuneradas; VIII - higiene e segurança do trabalho; IX - proibição de trabalho a menores de quatorze anos; em indústrias insalubres, a mulheres e a menores, de dezoito anos; e de trabalho noturno a menores de dezoito anos, respeitadas, em qualquer caso, as condições estabelecidas em lei e as exceções admitidas pelo Juiz competente; X - direito da

Com base na nova ordem constitucional instituída o Poder Legislativo passou a instituir leis que passaram a declarar e garantir novos direitos aos trabalhadores.

A título exemplificativo cita-se a Lei nº 3.207/57, que passou a disciplinar a prestação de trabalho dos empregados vendedores, viajantes e praticistas, bem como a Lei nº 4.090/62 que instituiu o 13º salário e a Lei nº 4.266/63, que criou o salário-família⁹¹.

A Constituição de 1967 manteve os direitos trabalhistas até então reconhecidos, declarados e garantidos pelas Constituições anteriores.

Por outro lado, no plano normativo infraconstitucional, observou-se a ampliação dos direitos dos trabalhadores, notadamente pela edição das Leis nº 5.859/72, 5.889/73, 6.019/74 e 1.535/77, que respectivamente dispuseram: sobre o trabalho dos empregados domésticos; sobre o trabalho dos empregados rurais; sobre o trabalho do empregado temporário; e sobre as férias dos trabalhadores, dando nova disciplina jurídica ao instituto jurídico em questão, ao promover alterações da Consolidação das Leis do Trabalho.

Finalmente, e por fim, com a Constituição de 1988 amplia-se significativamente o rol dos direitos dos trabalhadores.

Trilhando os caminhos iniciados no constitucionalismo social, inaugurado pela Constituição de 1934, a Constituição de 1988 compilou os anseios e ideais democráticos vividos nos anos que antecederam a instalação da Assembléia Nacional Constituinte, e sua posterior promulgação, em 05 de outubro de 1988, instituindo a ordem jurídica democrática, inaugurando o Estado Democrático de Direito.

A Constituição de 1988 inseriu o trabalho e os direitos dos trabalhadores no título destinado à declaração e disciplina dos direitos e garantias fundamentais, especificadamente no capítulo destinado à disciplina dos direitos sociais (direitos fundamentais de segunda dimensão) (caput do art. 6º e art. 7º):

gestante a descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego nem do salário; XI - fixação das percentagens de empregados brasileiros nos serviços públicos dados em concessão e nos estabelecimentos de determinados ramos do comércio e da indústria; XII - estabilidade, na empresa ou na exploração rural, e indenização ao trabalhador despedido, nos casos e nas condições que a lei estatuir; XIII - reconhecimento das convenções coletivas de trabalho; XIV - assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva, ao trabalhador e à gestante; XV - assistência aos desempregados; XVI - previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as consequências da doença, da velhice, da invalidez e da morte; XVII - obrigatoriedade da instituição do seguro pelo empregador contra os acidentes do trabalho. § 1º Não se admitirá distinção entre o trabalho manual ou técnico e o trabalho intelectual, nem entre os profissionais respectivos, no que concerne a direitos, garantias e benefícios. § 2º Nenhuma prestação de serviço de caráter assistencial ou de benefício compreendido na previdência social poderá ser criada, majorada ou estendida sem a correspondente fonte de custeio total. Art 158 - É reconhecido o direito de greve, cujo exercício a lei regulará. Art 159 - É livre a associação profissional ou sindical, sendo reguladas por lei a forma de sua constituição, a sua representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas pelo Poder Público. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 29 abr. 2014.

⁹¹ MARTINS, Sérgio Pinto. Op. cit., 2012, p. 12.

A relevância assumida, no conteúdo das Constituições, pelas normas trabalhistas pode ser bem apreciada na Carta Federal brasileira de 1988. Ali se estabelece que determinadas normas da própria Constituição não podem ser alteradas por mera emenda posterior, o que significa dizer que sua alterabilidade depende de discussão e aprovação, em Assembléia Nacional Constituinte, do novo e integral texto básico. São as chamadas “cláusulas pétreas”, entre as quais figuram os preceitos que asseguram garantias e direitos individuais (art. 60, §4º, inciso IV)⁹².

Tal fato demanda uma novel compreensão teórico-normativa acerca da característica fundamental daqueles direitos e as imbricações jurídico-normativas dela decorrentes, porquanto, segundo DOBROWOLSKI⁹³, nas contemporâneas democráticas sociedades pluralistas:

a Constituição pode ser visualizada como o consenso compartilhado entre as diferentes forças e segmentos sociais, quanto ao sistema de bens e valores considerado essencial para cimentar a convivência da comunidade. Ao formular o texto constitucional, o povo decide conscientemente sobre o modo de vida que deseja assumir e sobre as tradições que pretende continuar ou romper (HABERMAS, J. 1997, 131). Nele se registram as bases éticas de uma conduta de vida auto-responsável, projetada conscientemente, tanto de indivíduos como de coletividades (HABERMAS, J. 1997, 133). Entre tais princípios, sobrelevam os direitos fundamentais, como elementos indispensáveis para a autonomia moral dos seres humanos e sua participação política. Constituem-se em limites para os diversos poderes existentes no meio social, estabelecendo vedações à atuação deles, inclusive do Estado. Traçam os contornos dos espaços pertencentes aos indivíduos, imunes à intervenção do poder e dos demais cidadãos. Por outro lado, indicam iniciativas e ações a serem desenvolvidas pela entidade estatal e pelos grupos e forças sociais, com a finalidade de criar um ambiente propício à fruição dos bens neles atribuídos e para atender às necessidades concretas das pessoas, permitindo a estas condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente.

Com a Constituição de 1988 o direito dos trabalhadores foram consideravelmente ampliados⁹⁴, e aliado ao fato de serem tidos como direitos fundamentais, bem assim aliado ao fato da maturação da teoria constitucionalista, passou-se a buscar, por meio da filtragem constitucional, a efetividade material dos direitos trabalhistas, no intuito de realizá-los, efetivamente, no plano social, de modo a se promover o bem-estar social e extirpar as diferenças sociais.

No plano infraconstitucional, a ampliação do rol de direitos trabalhistas continuou após a promulgação da Constituição de 1988, podendo-se citar, a título exemplificativo: a Lei

⁹² RUSSOMANO, Mozart Victor. *Direito do Trabalho Pronunciamentos Inéditos*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 29-30.

⁹³ DOBROWOLSKI, Sílvio. Direitos fundamentais – a cláusula de expansão do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição de 1988. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao013/dobrowolski.htm>>. Acesso em: 29 abr. 2014.

⁹⁴ CAIRO JÚNIOR, José. Op. cit., 2013, p. 60.

nº 12.506/2011 que regulamentou o inciso XXI, do art. 7º da Constituição de 1988, disciplinando a concessão do aviso prévio proporcional. A Lei nº 8.212/91 e a Lei nº 8.213/91 regulamentaram amplamente a seguridade social, bem assim asseguram direitos outros aos trabalhadores, como a estabilidade de emprego do trabalhador vítima de acidente de trabalho.

Por sua vez, a Emenda Constitucional nº 72 ampliou os direitos trabalhistas dos trabalhadores domésticos; entre outras legislações.

2– OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA DIMENSÃO E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

2.1. Do Estado Liberal ao Estado do Bem-Estar Social e os Direitos Fundamentais Sociais, Econômicos e Culturais

O ente político Estado, tal qual atualmente considerado, não teve no curso da história idêntica conformação.

A depender do desenvolvimento político-ideológico e das forças políticas dominantes à época, havia maior ou menor ingerência do Estado sobre a vida dos cidadãos e o reconhecimento de direitos àqueles, seja entre si ou em face do próprio Estado. Tal fato que com que a organização do Estado passa por inúmeras formas no curso da história.

Portanto, poder-se-ia dizer que passou por várias conformações, isto é, paradigmas, entre os quais se insere o modelo Absolutista, o Liberal, o do Bem-Estar Social, o Democrático de Direito e o Constitucional de Direito, tendo cada um deles características específicas de sua época.

Nessa vereda, cumpre também esclarecer que os paradigmas de Estado, por conta das lutas sociais e das transformações histórico-sociais por elas produzidas aliadas às forças políticas, científicas e ideológicas fizeram com que os modelos de Estado fossem

identificados ou colmatados em consonância com os vários movimentos ou marcos do constitucionalismo⁹⁵.

Com a queda da Monarquia (do Estado Absolutista) e com o advento da Revolução Francesa de 1789 e a Americana veio a lume o Estado Liberal⁹⁶, fundado pela influência, de um lado, do individualismo filosófico e político vivido à época⁹⁷, e por outro, do liberalismo econômico, no qual se afirmava a livre concorrência e a não intervenção estatal (*laissez-faire*)⁹⁸.

Razão pela qual as declarações de direitos ocorridas no início do Século XVIII traduziam-se em postulados de abstenção dos governantes, sendo direitos manejáveis contra o Estado, refletindo típicas obrigações de não fazer, de não intervenção, notadamente quando aos aspectos da vida pessoal de cada indivíduo, estando imanente à ideia de liberdades individuais, como a de consciência, de culto, à inviolabilidade de domicílio, à propriedade, à

⁹⁵A origem do constitucionalismo remonta à Antiguidade Clássica, ao povo hebreu, onde seria o nascedouro das primeiras manifestações do referido movimento, que objetiva, naquele tempo, limitar o poder absoluto, por meio de uma organização política da comunidade, mais precisamente, por meio do Estado Teocrático assegurar aos profetas o poder de fiscalizar os atos governamentais que extrapolassem os limites do texto bíblico, vez que governantes e governados estariam submetidos à lei do Senhor (Loewenstein, Karl. *Teoria de la Constitución*. 2. ed. trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Ediciones Ariel, 1970, p. 154 *apud* CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 33). Ainda na Antiguidade Clássica o constitucionalismo iniciou o seu desenvolvimento, tendo presença marcante nas Cidades-Estado Gregas (Séculos V a II a.C.), onde estabeleceu um regime político-democrático de democracia direta, no qual o poder político estava igualmente distribuído entre governantes e governados, estes os cidadãos gregos ativos, sendo, ainda na República Romana (Séculos V a II a.C.), as ideias constitucionalistas amadurecidas ante a instituição de um modelo que objetivava dividir e liminar o poder político (CUNHA JÚNIOR, Dirley. Op. cit., 2009, p. 34). Entrementes, na Idade Média – do Século V ao XV d.C. – é que o constitucionalismo ganha novos contornos, mormente a partir da elaboração de importantes documentos constitucionais tais como o *Petition of Rights*, de 1628; *Habeas Corpus Act*, de 1679; e *Bill of Rights*, de 1689 (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 217). Desses novos horizontes alcançados pelo constitucionalismo é feita a clássica distinção entre constitucionalismo antigo e constitucionalismo moderno (CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 48), aquele último vinculado à ideia de Constituição escrita, tendo esta como suas características marcantes a busca de uma organização política do Estado e a limitação do poder estatal, efetuada por meio de uma declaração de direitos e garantias fundamentais, sendo, pois, a Constituição a norma fundante da ordem político-jurídico-social (CUNHA JÚNIOR, Dirley. Op. cit., p. 36). Da análise dos movimentos (marcos) do constitucionalismo, que suplantando a acepção do Estado Absolutista ensejou a limitação do poder do Estado a partir da e pela Constituição, pode-se falar no “surgimento” do Estado de Direito fundando na dupla finalidade de submeter o poder à lei e criar/possibilitar um controle jurídico do poder (SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos Direitos Fundamentais. Do Sistema Geracional ao Sistema Unitário: uma proposta de compreensão*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 32), que veio a refletir na conformação do Estado, podendo-se então se falar em Estado Liberal, em Estado do Bem-Estar Social, em Estado Democrático de Direito e em Estado Constitucional.

⁹⁶ Consubstancia o primeiro marco do constitucionalismo. Tem como fulcro as revoluções liberais dos Estados Unidos da América e da França, ocorridas na segunda metade do século XVIII, com seus respectivos documentos constitucionais. Tais documentos são, essencialmente, a Constituição dos Estados Unidos da América de 1787 (dez emendas constitucionais foram logo a seguir aprovadas, em setembro de 1789, com ratificação em dezembro de 1791), e a Constituição da França, de 1791. DELGADO, Gabriela Neves; DELGADO, Mauricio Godinho. *Constituição da República e Direitos Fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. São Paulo: Ltr, 2012. p. 36.

⁹⁷ Conquista das liberdades individuais.

⁹⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley. Op. cit., p. 583-584.

segurança, à igualdade de todos perante a lei⁹⁹, e posteriormente complementados pelos direitos de expressão coletiva, como o de greve, de reunião, de voto e de manifestação¹⁰⁰.

Do Estado Absolutista, totalitário, passou à pretensão de um Estado mínimo, com função estritamente política, devendo, portanto, aquele estar alheio à ordem econômica e social¹⁰¹.

Com o surgimento do Estado Liberal foi efetuada a declaração dos direitos fundamentais de primeira dimensão¹⁰², denominados de liberdades individuais¹⁰³, arrimadas na institucionalização do direito de liberdade, de igualdade e de fraternidade.

Contudo, os ideais postos pelo Estado Liberal não foram alcançados no plano fático por toda a coletividade, isto porque os direitos políticos e as liberdades civis não foram extensíveis a todos, sendo a declarada e pretendida igualdade meramente formal.

Nessa toada, as liberdades individuais¹⁰⁴ pretendiam estabelecer uma esfera de autonomia pessoal, considerando o homem em sua individualidade¹⁰⁵.

Com efeito, conquanto as declarações de direito ocorridas à época proclamassem o direito de igualdade “não havia um interesse verdadeiramente honesto de se garantir a isonomia para todos os seres humanos¹⁰⁶”.

A referida igualdade formal e todas as consequências dela decorrente puderam ser facilmente percebidas no âmbito da relação de trabalho e da vida social do trabalhador e de seus familiares ou dependentes.

⁹⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 265.

¹⁰⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley. Op. cit., p. 582.

¹⁰¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley. Op. cit., p. 583.

¹⁰² Adota-se a denominação de “dimensões” em razão da característica acumulativa dos direitos fundamentais, de modo que a utilização da expressão “gerações” incorretamente incute a ideia de superação ou sucessão histórico-geracional dos referidos direitos. “[...] Em verdade, o fenômeno que se percebe é o da acumulação dos direitos fundamentais. Os direitos de segunda geração, ao invés de substituírem, agregam-se aos já existentes direitos fundamentais de primeira geração, e assim sucessivamente, sendo possível afirmar-se que os diversos modos de conceber os direitos não se excluem, mas se completam. [...]”SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos Direitos Fundamentais. Do Sistema Geracional ao Sistema Unitário: uma proposta de compreensão*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 61.

¹⁰³ Os direitos de primeira dimensão consubstanciam as liberdades ou direitos civis e políticos. Os primeiros assegurariam uma esfera mínima de autonomia pessoa do indivíduo no desenvolvimento de sua personalidade, estando neles inseridas as liberdades gerais e as específicas. Seriam, pois, direitos oponíveis contra o Estado, a quem era confiado o dever de não intervenção e garantia dos referidos direitos. Por outro lado, os direitos políticos seriam referentes à participação democrática na tomada de decisão política acerca dos rumos do Estado, tendo o seu núcleo o direito de votar e ser votado. (SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos Fundamentais*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010, p. 242).

¹⁰⁴ A revolução francesa “expressiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 516.

¹⁰⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley. Op. cit., p. 582-583.

¹⁰⁶ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 42.

Com a Revolução Industrial, iniciada em meados do Século XVIII, iniciou-se a concentração de riqueza nas mãos da Burguesia – classe social dominante à época –, visto que detentora dos meios de produção e do capital¹⁰⁷.

Os referidos fatores aliados à liberdade contratual, fruto da autonomia e do individualismo vivido à época, fizeram com que surgisse grande desigualdade social, notadamente, por conta da precarização das condições de trabalho, fruto da livre pactuação das condições de trabalho e pela ausência de amparo social dos trabalhadores e seus familiares¹⁰⁸.

Nessa vereda:

[...] As implicações cada vez mais intensas das descobertas científicas e de suas aplicações, que se processaram com maior celeridade, a partir da Revolução Industrial, o aparecimento dos grandes aglomerados urbanos, representam mudanças profundas na vida social e política dos países, acarretando alterações acentuadas nas relações sociais, o que exigirá que o Estado, gradativamente, vá abarcando maior número de atribuições, intervindo mais assiduamente na vida econômica e social, para compor os conflitos de interesses de grupos e de indivíduos, e sobretudo, para satisfazer as necessidades destes¹⁰⁹.

Assim a partir da segunda metade do Século XX as Constituições passaram a se desassociarem do fracassado liberalismo vivenciado ao tempo do Estado Liberal, passando a então atribuir ao Estado o dever de intervir na ordem econômica¹¹⁰ e social.

Nessa vereda passou-se à regulamentação da vida social, no intuito de se concretizar, faticamente, a “igualdade” anteriormente conquistada, e, desta forma, equalizar e dirimir a grande desigualdade social surgida no antigo regime, bem como organizar a ordem econômica e promover o desenvolvimento do Estado¹¹¹.

¹⁰⁷ O projeto liberal teve como consequências: o progresso econômico; a valorização do indivíduo, como centro e ator fundamental do jogo político e econômico; técnicas de poder como poder legal, baseado no direito estatal [...]. Todavia, estas circunstâncias geraram, por outro lado, uma postura ultra-individualista, assentada em um comportamento egoísta; uma concepção individualista e formal da liberdade onde há direito, e não o poder de ser livre; e a formação do proletariado em consequência da Revolução Industrial e seus consectários, tais como a urbanização, condições de trabalho, segurança pública, etc. MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 69-70.

¹⁰⁸ BARROS, Alice Monteiro de. Op. cit., 2011, p. 50.

¹⁰⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley. Op. cit., p. 584.

¹¹⁰ A regulamentação, envolvendo os temas mediata e imediatamente relacionados ao processo produtivo (relações de trabalho, previdência, saneamento, saúde, educação, etc) delineiam os traços característicos do Estado do Bem-Estar, ou seja, seu papel interventivo e promocional. MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 78.

¹¹¹ “Os direitos sociais constituem-se no segundo grupo integrador do conceito de Direitos Fundamentais, que, por mais que adicionem ao catálogo anterior (direitos individuais), são responsáveis por empreender uma releitura completa e radical, inclusive produzindo alterações de significado destes (direitos individuais). Ou seja, os direitos sociais não só alargam a tábua de direitos fundamentais, mas também redefinem os próprios direitos individuais”. (FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p.577).

Vale-se ressaltar que essa mudança de paradigma empreendida culminou com a inserção de direitos de cunho econômicos, sociais e culturais no texto constitucional e se deu por conta das crescentes pressões empreendidas pelas classes sociais organizadas, pelos sindicatos e partidos políticos¹¹².

Deste modo, ante o fracasso do individualismo filosófico, político e econômico vanguardado e empreendido pelo Estado Liberal (*laissez faire et laissez passer*) nos séculos XVIII e XIX, o novo regime reclamou do Estado necessária participação/intervenção na estrutura política, econômica e social justificando a conformação da ordem social-política-jurídico-econômica pelo Estado, dando ensejo ao surgimento do Estado de Direito do Bem-estar Social¹¹³, que longe da função passiva e não intervencionista, passou o ser prestacional¹¹⁴ e efetivador das necessidades coletivas essenciais tais como a saúde, educação, trabalho, assistência social, transportes, entre outros.

Assim, fazendo-se um corte histórico tem-se que no bojo do Estado do Bem-estar Social sugeriram os direitos fundamentais de segunda dimensão, os denominados direitos econômicos, sociais e culturais, que vieram à baila com a pretensão de concretizar materialmente as conquistas formais e abstratas da liberdade e, sobretudo, a igualdade, conquistada no bojo do Estado Liberal de Direito, outorgando aos indivíduos direitos a prestações sociais estatais¹¹⁵.

Deste modo, enquanto no Estado de Direito Liberal os direitos de liberdade eram exercidos e oponíveis contra o Estado, no Estado de Direito do Bem-estar Social os direitos de liberdade e igualdade materiais seriam usufruídos perante e por meio do Estado, por conta da assunção, por aquele, do dever de satisfação das necessidades sociais¹¹⁶.

Não por outro motivo, os direitos fundamentais sociais foram denominados de direitos de igualdade, porque tinham por fim reduzir materialmente as desigualdades sociais e econômicas existentes à época, e segundo BONAVIDES (2000, p. 518) os direitos fundamentais de segunda dimensão surgiram “abraçados ao princípio da igualdade, do qual

¹¹² Na mesma direção, realiza-se a conquista das chamadas liberdades públicas – liberdade de reunião e de organização, de propagação de informações e opiniões, de manifestação coletiva de opinião, por exemplo – pelos demais segmentos sociais, mesmo quando subordinados na estrutura socioeconômica do respectivo país. DELGADO, Gabriela Neves; DELGADO, Mauricio Godinho. Op. cit., p. 39.

¹¹³ CUNHA JÚNIOR, Dirley. Op. cit., p. 593.

¹¹⁴ [...]o adensamento da articulação do Estado com a comunidade está bem patente na legislação social, no aumento da participação do Estado na gestão do espaço e nas formas de consumo *coletivo*, na saúde e na educação, nos transportes e na habitação, enfim na criação do Estado-Providência. SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2010, p. 85.

¹¹⁵ SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos Direitos Fundamentais. Do Sistema Geracional ao Sistema Unitário: uma proposta de compreensão*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 48-49.

¹¹⁶ SCHÄFER, Jairo. Op. cit., 2013, p. 51-52.

não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula”.

Em complemento, adite-se que os direitos fundamentais de segunda dimensão são assim denominados, não por serem direitos de coletividades, mas sim por estarem umbilicalmente ligados à reivindicação de justiça social¹¹⁷ a ser empreendida por meio do Estado.

Adverte BONAVIDES¹¹⁸ que:

Da mesma maneira que os da primeira geração, esses direitos foram inicialmente objeto de uma formulação especulativa em esferas filosóficas e políticas de acentuado cunho ideológico; uma vez proclamados nas Declarações solenes das Constituições marxistas e também de maneira clássica no constitucionalismo da socialdemocracia (a de Weimar, sobretudo), dominaram por inteiro as Constituições do segundo pós-guerra.

Mas passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos.

De juridicidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade. Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

Sendo inseridos na esfera programática das Constituições, os direitos fundamentais de segunda dimensão revelaram-se carentes de efetivação, a ser realizada ulteriormente por meio do Estado no plano da normatização e materialização dos aludidos direitos¹¹⁹.

Isto porque, a Constituição Dirigente¹²⁰, na forma como primeiramente concebida por Canotilho, não seria mero instrumento organizatório ou mero instrumento de

¹¹⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 268.

¹¹⁸ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., 2000, p. 564.

¹¹⁹ Essa atividade legiferante suplementar ulterior se justifica pela aplicabilidade indireta, mediata e reduzida das normas constitucionais ante a ausência de normatividade suficiente para sua imediata incidência. Nesse esteio é esclarecedora a definição, por José Afonso da Silva, das normas constitucionais de princípio programática, que seriam “normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativo, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programa das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado”. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 138. Deste modo as normas de eficácia limitada veiculam políticas públicas ou programas de governo, como o resultado do compromisso assumido pelas constituições dos Estados Sociais, razão pela qual as referidas normas têm por objeto matéria de natureza essencialmente ético-social, representando os aspectos relativos à justiça social plasmada nas constituições modernas que, entre outras, objetivam materialmente efetiva os fins do Estado do Bem-estar Social.

¹²⁰ Canotilho define a constituição programática como aquela que contém “normas-tarefa” e “normas-fim”, com o propósito de orientar o Estado quanto às linhas que devem nortear suas ações. E esclarece que a ideia de “programa” era associada ao caráter dirigente da constituição, no sentido de comandar a atuação estatal, impondo metas aos órgãos governamentais. Segundo ele, em razão da transformação do papel do Estado, hoje o

governabilidade definidor de competências e regulador de processos, mas sim um aberto plano normativo-material do Estado e da sociedade, que determinaria tarefas, estabelecendo programas e definindo fins, voltados à concussão do bem-estar social, estando, portanto, o poder público jurídico-constitucionalmente subordinado à Constituição e vinculado à realização, no plano fático, dos direitos econômicos, sociais e culturais¹²¹.

Nessa senda a Constituição Dirigente conduz à ideia de vinculação da política e dos órgãos públicos de direção da política, por incorporar em seu texto normativo objetivos e diretrizes políticas do Estado, conferindo-lhes judicialidade e, conseqüentemente judicializando os fenômenos políticos, de modo que a programaticidade da Constituição combine e reflita no plano material a sua efetividade¹²².

Os primeiros textos constitucionais que contemplaram a declaração e positivação dos direitos fundamentais de segunda dimensão foram os das Constituições do México, de 1917 e na da Alemanha, de 1916.

No Brasil, os ideais jurídicos-políticos do Estado do Bem-Estar Social foram refletidos nas Constituições de 1934, 1946 e 1988, e nesta última os direitos fundamentais de segunda dimensão encontram-se positivados e declarados no Capítulo II do Título II do texto constitucional.

No art. 7º do referido Capítulo, foram declarados e positivados os direitos fundamentais dos trabalhadores urbanos e rurais, alçados ao *status* de normas constitucionais, sendo eles inseridos no rol dos declarados direitos fundamentais sociais. Isto porque, consoante esclarece (FERNANDES, 2013, p. 80) os direitos fundamentais seriam aqueles direitos sem os quais as sociedades fatalmente acabariam perecendo por um irreversível processo de desagregação.

Destaca SARLET¹²³ que os direitos fundamentais:

São todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento da Constituição formal (aqui considerada a abertura formal do catálogo).

programa constitucional é mais no sentido de “legitimador da socialidade estatal”. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Op. cit., p. 217.

¹²¹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 12.

¹²² CUNHA JÚNIOR, Dirley. Op. cit., p. 130-131.

¹²³ Op. cit., p. 82.

Nesse giro, restringindo a questão aos fundamentais direitos trabalhistas tem-se que eles são assim considerados, pois sem eles o trabalhador e seus familiares e/ou dependentes não se realiza, não convive e, às vezes, não sobrevive¹²⁴.

Há que se ter mira que “o homem não pode ser empregado como um meio para a realização de um fim em si mesmo, haja vista que, apesar do caráter profano de cada indivíduo ele é sagrado, porquanto sua pessoa pulsa a humanidade¹²⁵”.

Não por outro motivo os direitos fundamentais, têm sido identificados como os direitos mais caros à promoção da dignidade da pessoa humana¹²⁶.

[...] ao mesmo tempo em que a dignidade da pessoa humana, na sua condição de ‘premissa antropológica’ do Estado Constitucional e do Direito estatal, implica o dever do Estado de impedir que as pessoas sejam reduzidas à condição de mero objeto no âmbito social, econômico e cultural, o princípio democrático-pluralista, como consequência organizatória da própria dignidade da pessoa humana, assim como os direitos político-participativos que lhe são inerentes, exige um mínimo de direitos sociais, que viabilizem a efetiva participação do cidadão no processo democrático-deliberativo de uma autêntica sociedade aberta¹²⁷.

Com a Constituição de 1988 os direitos trabalhistas foram consideravelmente ampliados¹²⁸, de modo a se buscar o amparo social do trabalhador e seus familiares e dependentes, promovendo, desta forma, a redução das desigualdades sociais.

E neste particular a compreensão dos direitos trabalhistas como direitos fundamentais implica no reconhecimento de sua normatividade e vinculação jurídica¹²⁹,

¹²⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 182.

¹²⁵ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 58-59.

¹²⁶ E nessa via, sem pretensão de reducionismo, simplificação ou conceituação definitiva, a proposição do conceito de dignidade da pessoa humana proposta por SARLET dá a noção da dimensão normativa daquela sendo a ela “[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, em complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da sua vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida”. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.73.

¹²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano*. Revista do TST, Brasília, vol. 75, nº 3, jul/set 2009, p. 118.

¹²⁸ CAIRO JÚNIOR, José. Op. cit., 2013, p. 60.

¹²⁹ “[...] todos os direitos e garantias fundamentais, isto é, todas as disposições que definem direitos e garantias individuais, sociais e políticos, independentemente do capítulo ou título da Constituição que os proclama, são direta e imediatamente vinculantes (efeito imediato dos direitos fundamentais). Essa norma prescreve, em primeiro lugar, que os direitos fundamentais vinculam todas as autoridades do Estado, incluindo o Poder Legislativo. Este último não pode restringir um direito fundamental de forma não permitida pela própria Constituição, sob o pretexto de que detém a competência e a legitimação democrática de criar normas gerais e geralmente vinculantes. Em segundo lugar, a referida norma determina que os titulares dos direitos não precisam aguardar autorização, concretização ou outra determinação estatal para poder exercer seus direitos fundamentais.

porquanto os direitos fundamentais, mormente os sociais, buscam resguardar o homem em suas necessidades¹³⁰.

Assim, o constituinte originário, ao efetuar a declaração e positivação dos direitos fundamentais trabalhistas, objetivou garantir condições mínimas e essenciais que sejam capazes de garantir, por um lado, o valor social do trabalho previamente estabelecendo limites materiais da pactuação das condições de trabalho, e por outro, a dignidade humana do trabalhador assegurando-lhe um rol mínimo e indeclinável de direitos.

Deste modo, pode-se compreender que o rol irrevogável dos fundamentais direitos trabalhistas tem por escopo garantir ao trabalhador condições de existência digna relacionada a um mínimo existencial¹³¹.

A compreensão dos direitos trabalhistas como direitos fundamentais sociais é de suma importância, porquanto os direitos fundamentais têm como características inerentes: a historicidade, a universalidade, a inalienabilidade, a imprescindibilidade, a irrenunciabilidade, a limitabilidade, a concorrência, a constitucionalização e a proibição de retrocesso¹³².

2.2. O Princípio da Proibição do Retrocesso Social dos Direitos Fundamentais

A teoria acerca do princípio da proibição do retrocesso social dos direitos fundamentais não encontra reconhecimento unânime na doutrina¹³³.

Se o legislador for omissos em regulamentar e/ou limitar um direito, este poderá ser exercido imediatamente em toda a extensão que a Constituição Federal define, sendo o Poder Judiciário competente para apreciar casos de sua violação. Em outras palavras, o §1º do art. 5º deixa claro que os direitos fundamentais não são simples declarações políticas ou programas de ação do poder público tampouco podem ser vistos como normas de eficácia “limitada” ou “deferida”. *Todas as normas da Constituição que são relacionadas a direitos e garantias fundamentais são preceitos normativos que vinculam o poder do Estado de forma direta e imediata*. DIMOULIS, Dimitri; Martins, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 95-96.

¹³⁰ ARAÚJO, Luiz Alberto Davi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. Saraiva: São Paulo, 2001, p. 82.

¹³¹ [...] corresponde à garantia das condições materiais básicas de vida. Ele ostenta tanto uma dimensão negativa como uma positiva. Na sua dimensão negativa, opera como um limite, impedindo a prática de atos pelo Estado ou por particulares que subtraíam do indivíduo as referidas condições materiais indispensáveis para uma vida digna. Já na sua dimensão positiva, ele envolve um conjunto essencial de direitos prestacionais. Não há, todavia, consenso sobre as prestações que compõem este conjunto. SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.576.

¹³² CUNHA JÚNIOR, Dirley. Op. Cit., 2009, p. 601-606).

¹³³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 280.

ANDRADE, embora reconheça a existência de uma garantia de estabilidade de um conteúdo mínimo dos direitos adquiridos, defende que o legislador goza de liberdade conformativa sobre os direitos fundamentais, podendo inclusive revê-los.

Esclarece o referido autor que:

Em nossa opinião, é difícil aceitar um princípio geral do “acquis social” ou da “proibição do retrocesso”, sob pena de se sacrificar a “liberdade constitutiva” do legislador, sobretudo numa época em que ficou demonstrado que não existe uma via única e progressiva para atingir a sociedade justa. Todavia, pode-se admitir que existe uma certa garantia de estabilidade:

- uma garantia mínima, no que se refere à proibição feita ao legislador de pura e simplesmente destruir o nível mínimo adquirido;

- uma garantia média, quando se exige às leis “retrocedentes” o respeito pelo princípio da igualdade (como proibição do arbítrio) e do princípio da protecção da confiança;

- uma garantia máxima, apenas nos casos em que se deve concluir que o nível de concretização legislativa beneficia de uma tal “sedimentação” na consciência da comunidade que deve ser tido como “materialmente constitucional”.

[...] Contudo, isso não implica a aceitação de um princípio geral de proibição de retrocesso, nem uma “eficácia irradiante” dos preceitos relativos aos direitos sociais, encarados como um “bloco constitucional dirigente”. A proibição de retrocesso não poder constituir um princípio jurídico geral nesta matéria, sob pena de se destruir a autonomia da função legislativa, degradando-a a mera função de executiva da Constituição. A liberdade constitutiva e a auto-reversibilidade, ainda que limitadas, constituem características típicas da função legislativa e elas seriam praticamente eliminadas se, em matérias tão vastas como as abrangidas pelos direitos sociais, o legislador fosse obrigado a manter integralmente o nível de realização e a respeitar os direitos por ele criados¹³⁴.

Todavia, parcela considerável da doutrina reconhece a impossibilidade de retrocesso dos direitos fundamentais¹³⁵. Adverte STRECK¹³⁶ que:

Embora (o princípio da proibição de retrocesso social) ainda não esteja suficientemente difundido entre nós, tem encontrado crescente acolhida no âmbito da doutrina mais afinada com a concepção do Estado democrático de Direito consagrado pela nossa ordem constitucional.

A teoria sobre o princípio da proibição do retrocesso social dos direitos fundamentais foi inicialmente desenvolvida na doutrina e jurisprudência estrangeira, notadamente na Alemanha e em Portugal¹³⁷, onde se desenvolveu de formas distintas, tendo em vista a diversidade dos problemas jurídicos que desencadearam o seu estudo e desenvolvimento¹³⁸.

¹³⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. Cit., p. 391-392.

¹³⁵ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Op. Cit., p. 589-591; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. Cit., p. 605. CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. Cit., p. 468-469, entre outros.

¹³⁶ STRECK, Lênio Luis. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p.31.

¹³⁷ Esclarece SARLET que: “No âmbito da doutrina constitucional portuguesa, que tem exercido significativa influência sobre o nosso próprio pensamento jurídico, o que se percebe é que, de modo geral, os defensores de

Vale esclarecer que o princípio em questão também é teorizado na França, onde é reconhecido como *effet cliquet* (efeito *cliquet*)¹³⁹ e é admitido até mesmo contra o retrocesso dos direitos de liberdades (ligados à primeira geração dos direitos fundamentais), de modo que “não é possível a revogação total de uma lei que protege as liberdades fundamentais sem a substituir por outra que ofereça garantias com eficácia equivalente”¹⁴⁰.

Na doutrina estrangeira, quanto ao princípio da proibição do retrocesso social, colhe-se das lições de CANOTILHO que:

[...] A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de contra-revolução social ou da evolução reaccionária. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. Desta forma, e

uma proibição de retrocesso, dentre os quais merece destaque Gomes Canotilho, sustentam que após sua concretização em nível infraconstitucional, os direitos fundamentais sociais assumem, simultaneamente, a condição de direitos subjetivos a determinadas prestações estatais e de uma garantia institucional, de tal sorte que não se encontram mais na (plena) esfera de disponibilidade do legislador, no sentido de que os direitos adquiridos não mais podem ser reduzidos ou suprimidos, sob pena de flagrante infração do princípio da proteção da confiança (por sua vez, diretamente deduzido do princípio do Estado de Direito), que de sua parte, implica a inconstitucionalidade de todas as medidas que inequivocamente venham a ameaçar o padrão de prestações já alcançados. Esta proibição de retrocesso, segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira, pode ser considerada uma das consequências da perspectiva jurídico-subjetiva dos direitos fundamentais sociais na sua dimensão prestacional, que, neste contexto, assumem a condição de verdadeiros direitos de defesa contra medidas de cunho retrocessivo, que tenham por objeto a sua destruição ou redução. Esta mesma concepção encontrou acolhida também na jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal, que, já há muito tempo (Acórdão nº 39m, de 1984), declarou a inconstitucionalidade de uma lei que havia revogado boa parte da Lei do Serviço Nacional de Saúde, sob o argumento de que com esta revogação estava o legislador atentando contra o direito fundamental à saúde (art. 64 da CRP), ainda mais em se levando em conta que este deveria ser realizado justamente mediante a criação de um serviço nacional, geral e gratuito de saúde [...]. Adita o referido autor que “a discussão a respeito da proibição do retrocesso social na Alemanha, vale destacar que lá, a despeito de ausência de uma proteção expressa até mesmo dos direitos adquiridos no plano constitucional, tanto a doutrina, quanto o Tribunal Constitucional Federal, sempre cancelaram a proteção (ainda que não ilimitada) tanto do direito adquirido como das próprias expectativas de direitos (em que pese com menor intensidade), dimensões que, como já demonstrado, integram uma compreensão ampla da proibição de retrocesso”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 458-459.

¹³⁸ MIOZZO, Pablo Castro. *A Dupla Face do Princípio da Proibição do Retrocesso Social e os Direitos Fundamentais no Brasil: uma visão hermenêutica*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 88.

¹³⁹ “[...] o Conselho Constitucional francês denominou de *effet cliquet* a impossibilidade de um retrocesso jusfundamental (direitos de liberdade, DC 83-165, 20.01.1984 e direitos sociais DC 90-287, 16.01.1991)”. RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. *Princípio da proibição de retrocesso jusfundamental aplicabilidade*. Curitiba: Editora Juruá, 2009, p. 23. Segundo MARMELESTEIN, o termo “efeito *cliquet*” é uma “alusão a uma técnica de engenharia mecânica que impede a reversão de um processo, uma vez ultrapassado determinado estágio, simbolizado por um som de ‘clic’”. MARMELESTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 279. Mas também há na doutrina alusão de que o “efeito *cliquet*” seria referente à expressão “[...] é utilizada pelos alpinistas e define um movimento que só permite ao alpinista ir para cima, ou seja, subir. A origem da nomenclatura, em âmbito jurídico, é francesa, onde a jurisprudência do Conselho Constitucional reconhece que o princípio da vedação de retrocesso (chamado de ‘*effet cliquet*’) se aplica inclusive em relação aos direitos de liberdade, no sentido de que não é possível a revogação de uma lei que protege as liberdades fundamentais sem a substituir por outra que ofereça garantias com eficácia equivalente”. LEITE, Ravênia Márcia de Oliveira. *Do efeito cliquet ou princípio da vedação de retrocesso*. Revista Jus Vigilantibus, 13 de maio de 2009, [s.p.].

¹⁴⁰ MARMELESTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 279.

independentemente do problema fáctico da irreversibilidade das conquistas sociais (existem crises, situações económicas difíceis, recessões económicas), o princípio em análise justifica, pelo menos, a subtracção à livre e oportunística disposição do legislador, da diminuição de direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural (cfr. infra, Parte IV, Padrão II). O reconhecimento desta protecção de direitos prestacionais de propriedade, subjectivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e expectativas subjectivamente alicerçadas. Esta proibição justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada justiça social (assim, por ex., será inconstitucional uma lei que reduza o âmbito dos cidadãos com direito a subsídio de desemprego e pretenda alargar o tempo de trabalho necessário para a aquisição do direito à reforma) (cfr. infra, Parte IV, Padrão II, e Ac TC 39/84). De qualquer modo, mesmo que se afirme sem reservas a liberdade de conformação do legislador nas leis sociais, as eventuais modificações destas leis devem observar inquebrantavelmente os princípios do Estado de direito vinculativos da actividade legislativa¹⁴¹.

No âmbito da jurisprudência internacional, caso paradigmático, foi a declaração de inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional Português (acórdão 39/84), de parte da lei que revogou o Serviço Nacional de Saúde por entender que a reforma legislativa implicava em retrocesso social do direito à saúde, oportunidade em que restou prevalecente o entendimento de que:

“a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de constituir (ou deixa de constituir apenas) numa obrigação positiva para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social relato¹⁴²”.

Alinhada à doutrina e à jurisprudência estrangeira, as nacionais também referendam e reconhecem o princípio da proibição do retrocesso social.

Na doutrina, colhe-se das lições de SARLET¹⁴³ que o princípio da proibição do retrocesso social decorre:

a- do princípio do estado democrático e social de Direito, que impõe um patamar mínimo de segurança jurídica, o qual necessariamente abrange a protecção da confiança e a manutenção de um nível mínimo de continuidade da ordem jurídica, além de uma segurança contra medidas retroativas e, pelo menos em certa medida, atos de cunho retrocessivo de um modo geral;

¹⁴¹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 468-469.

¹⁴² CANOTILHO, J. J. Op. Cit., p. 475-476.

¹⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 449.

- b- do princípio da dignidade da pessoa humana que, exigindo a satisfação – por meio de prestações positivas (e, portanto, de direitos fundamentais sociais) – de uma existência condigna para todos, tem como efeito, na sua perspectiva negativa, a inviabilidade de medidas que fiquem aquém deste patamar;
- c – do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, contido no artigo 5º, parágrafo 1º, e que necessariamente abrande também a maximização da proteção dos direitos fundamentais.

Em complemento, BARROSO¹⁴⁴ acrescenta que o mencionado princípio

[...] é uma derivação da eficácia negativa, particularmente ligada aos princípios que envolvem os direitos fundamentais. Ela pressupõe que esses princípios sejam concretizados através de normas infraconstitucionais (isto é: frequentemente, os efeitos que pretendem produzir são especificados por meio da legislação ordinária) e que, com base no direito constitucional em vigor, um dos efeitos gerais pretendidos por tais princípios é a progressiva ampliação dos direitos fundamentais. Partindo desses pressupostos, o que a vedação do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente. Isto é: a invalidade, por inconstitucionalidade, ocorre quando se revoga uma norma infraconstitucional concessiva de um direito, deixando um vazio em seu lugar.

No âmbito jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal, reconhecendo e aplicando o princípio da proibição de retrocesso social, ressaltou a impossibilidade de retrocesso na prestação do direito à educação e da obrigatoriedade, imposto ao Estado, de atendimento em creche municipal de criança com até cinco anos de idade¹⁴⁵.

Cumpra pontuar que embora escólio doutrinário entenda que o princípio da proibição do retrocesso social guarde correlação com aos princípios do Estado Social e de Direito, do princípio democrático e da dignidade da pessoa, bem como o da segurança jurídica, ele goza de autonomia jurídica, que, contudo, segundo SARLET, sempre será parcial ou relativa, tendo em vista a conexão entre o liame dos aludidos princípios, mormente quando de sua aplicação¹⁴⁶.

¹⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 379.

¹⁴⁵ ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 01 out 2014.

¹⁴⁶ “[...]é preciso enfatizar que mesmo em se reconhecendo uma função autônoma para a proibição de retrocesso, especialmente na seara dos direitos sociais, tal autonomia sempre será parcial e relativa. Com efeito, se é verdade que a noção de proibição de retrocesso não se confunde com a noção de segurança jurídica e suas respectivas manifestações (com destaque para os direitos adquiridos e a proteção à confiança), o que sempre fizemos questão de sublinhar, também resulta evidente que se registra, conforme já lembrado, uma inquestionável conexão entre ambas as figuras (proibição de retrocesso e segurança jurídica), assim como se revela como sendo incontornável o liame entre a proibição de retrocesso e outros princípios e institutos jurídico-constitucionais, com destaque para o da proporcionalidade e razoabilidade, assim como com a própria dignidade da pessoa humana. Desenvolvendo um pouco mais o ponto, é preciso reconhecer que embora a proibição de retrocesso, segurança jurídica (incluindo a proteção da confiança, os direitos adquiridos e as expectativas de direitos) e dignidade da pessoa humana não se confundem, de tal sorte que o princípio da proibição de retrocesso poderá assumir algum

Com efeito, o princípio em comento constitui uma cláusula geral de proteção dos direitos fundamentais¹⁴⁷, mormente, os sociais, que condiciona e limita materialmente a atividade legiferante originária e reformadora do legislador, possibilitando a invalidação, por sanção de inconstitucionalidade, bem como a defesa do titular do direito contra a atividade legislativa que, disciplinando/concretizando ou revisando no plano infraconstitucional os direitos fundamentais sociais já concretizados¹⁴⁸ em certa medida, impliquem em revogação dos mencionados direitos, ante a ausência de adoção de medidas substitutivas ou compensatórias equivalentes¹⁴⁹.

Nessa perspectiva, a doutrina pátria afirma que o princípio em epígrafe, embora não tenha expressa previsão constitucional, constitui-se em um limite material implícito¹⁵⁰ à atividade legislativa, esclarecendo SARLET¹⁵¹ que

[...] a proibição de retrocesso social assume feições de verdadeiro princípio constitucional implícito, que pode ser reconduzido tanto ao princípio do Estado de Direito (no âmbito da proteção da confiança e da estabilidade das relações jurídicas inerentes à segurança jurídica), quanto ao Princípio do Estado Social, na condição de garantia da manutenção dos graus mínimos de segurança social alcançados, sendo, de resto, corolário da máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais sociais e do direito à segurança jurídica, assim como da própria dignidade da pessoa humana¹⁵².

Vale ainda ressaltar que a Constituição Federal de 1988 no §2º, do art. 5º declara que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte¹⁵³”, esclarecendo no §3º do retrocitado artigo que “os tratados

contorno autônomo, não se poderá afirmar que tal autonomia implica uma aplicação isolada e sem qualquer relação com outros institutos, como, de resto, demonstram absolutamente todos os exemplos encontrados na doutrina e jurisprudência”. SARLET, Ingo Wolfgang. *Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano*. Revista do TST, Brasília, vol. 75, nº 3, jul/set 2009, p. 125-126.

¹⁴⁷ CUNHA, Rafaela Benetti. Da proibição de retrocesso como forma de concretização dos direitos fundamentais. In: Gunther, Luiz Eduardo. (Coord.). *Tutela dos Direitos da personalidade na atividade empresarial*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 239.

¹⁴⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 468-469.

¹⁴⁹ BARCELOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 69.

¹⁵⁰ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Op. Cit., p. 590.

¹⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 453.

¹⁵² Adite-se que “[...] Esse mandamento está implícito na Constituição brasileira e decorre, dentre outros, do art. 3º da Constituição de 88, que inclui a redução das desigualdades sociais e a construção de uma sociedade mais justa e solidária entre os objetivos da República Federativa do Brasil, sendo inconstitucional qualquer comportamento estatal que vá em direção contrária a esses objetivos”. MARMELSTEIN, George. Op. cit., p. 279-280.

¹⁵³ Nessa toada a regra que rege essa matéria é a da *complementariedade condicionada*, valendo esclarecer que a violação das normas de direitos humanos contempladas em tratados internacionais não enseja a responsabilização internacional do Estado brasileiro, mas, sim, não exclui a possibilidade de exigência de

*e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais*¹⁵⁴”.

Nesse giro, cumpre registrar que a República Federativa do Brasil é signatária de tratados internacionais que contemplam o princípio da proibição do retrocesso social, pelo o que aqueles militam em favor da proteção dos titulares dos direitos neles contemplados, assim como condicionam a liberdade de conformação do legislador ordinário.

Cite-se, por exemplo, a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica – promulgada por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992) que em seu art. 26 fixa o *desenvolvimento progressivo*, por meio do qual “os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir *progressivamente* a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados”¹⁵⁵.

Complementando CADH o Pacto de São Salvador, promulgando por meio do Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999, estabelece em seu art. 5º que ‘os Estados Partes só poderão estabelecer restrições e limitações ao gozo e exercício dos direitos estabelecidos neste Protocolo mediante leis promulgadas com o objetivo de preservar o bem-estar geral dentro de uma sociedade democrática, *na medida em que não contrariem o propósito e razão dos mesmos*”.

Também, à guisa de exemplo, cite-se o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), promulgado no plano normativo interno por meio do Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992, que no item 1 do artigo 5º estabelece que “nenhuma

abstenção ou prestação, posto que uma vez atendidas as condicionantes da *origem contratual da norma de direitos humanos*, a *conformidade constitucional dos tratados internacionais* e sua *validade de acordo com a forma de ratificação*, passam as normas em questão a integrar o bloco de constitucionalidade. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 31-35.

¹⁵⁴ A norma constante no §3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 trata-se de uma “cláusula aberta” ou “norma de *fattispecie* aberta” dos direitos fundamentais, pois reconhece, com base no conteúdo material daqueles, direitos fundamentais para além do rol previsto no texto constitucional, sendo aqueles compatíveis com os princípios adotados pela Constituição (CUNHA JÚNIOR, Dirley. Op. Cit., p. 632-633.), servindo, portanto, de abertura material da Constituição a outros direitos, igualmente constitucionais, que ainda não foram constitucionalizados, ou seja, que ainda não foram formalmente declarados fundamentais. CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 355.

¹⁵⁵ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 01 out 2014.

das disposições do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou de praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhe limitações mais amplas do que aquelas nele previstas¹⁵⁶”.

Deste modo, é intuito deduzir que a ideia do princípio da proibição do retrocesso¹⁵⁷ dos direitos fundamentais encontra fundamento na compreensão de que aqueles direitos são decorrentes de um processo evolutivo e acumulativo, marcado por lutas e conquistas em prol da afirmação de posições jurídicas concretizadoras da dignidade da pessoa humana¹⁵⁸, não podendo assim, após, reconhecidos e concretizados material ou normativamente, serem suprimidos, abolidos ou enfraquecidos, sem medidas compensatórias.

Uma vez reconhecidos e concretizados em certa medida impossível a reversão normativa ao *status quo*, ou seja, impossível dar um passo atrás na questão atinente à concretização e consolidação normativa dos direitos fundamentais, notadamente os sociais, pois “não é possível eliminar, pura e simplesmente, as normas legais e concretizadoras, suprimindo os direitos derivados a prestações, porque eliminá-las significaria retirar a eficácia jurídica às correspondentes normas constitucionais¹⁵⁹”.

Nessa toada, esclarece BARCELLOS que o princípio da proibição do retrocesso implica na “impossibilidade da revogação de normas que [...] concedam ou ampliem direitos

¹⁵⁶ SARLET, ancorando em Victor Abramovich e Christian Courtis, esclarece que “[...] o sistema de proteção internacional impõe a progressiva concretização da proteção social por parte dos Estados, encontra-se implicitamente vedado o retrocesso em relação aos direitos sociais já concretizados. Neste plano, aliás, percebe-se que a proibição de retrocesso (regressividade) atua como relevante ponto de encontro entre o Direito Constitucional dos estados e o Direito Internacional dos direitos humanos, operando, além disso, como elemento que impulsiona precisamente não apenas a formação, neste particular, de um Direito Constitucional interno (estatal) comum na esfera regional (no caso que nos interessa de perto, da América Latina), mas também de um Direito Constitucional internacional. Como já referido, a adesão por parte dos estados latino-americanos ao Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais e ao Protocolo de San Salvador por si só já implica um comprometimento jurídico-constitucional com o dever de progressiva realização de tais direitos e, por via de consequência, com a correlata proibição de regressividade”. SARLET, Ingo Wolfgang. *Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano*. Revista do TST, Brasília, vol. 75, nº 3, jul/set 2009, p. 135.

¹⁵⁷ O princípio da proibição de retrocesso social também é compreendido como princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais. QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

¹⁵⁸ Segundo Flávia Piovesan “A dignidade da pessoa humana, vê-se assim, está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro””. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 54-55.

¹⁵⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed, 2001, t. 6. p.397.

fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva equivalente¹⁶⁰.”

De valia destacar que a impossibilidade de retrocesso social em matéria de direito fundamental pode ser extraída da norma do inciso II, do parágrafo 4º, do artigo 60, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, que deva a deliberação de emenda constitucional tendente à abolição dos direitos e garantias individuais¹⁶¹.

Com acerto, leciona CANOTILHO que:

A constituição garante a sua estabilidade e conservação contra alterações subversivas do seu núcleo essencial através de cláusulas de irrevogabilidade e de um processo “agravado” das leis de revisão. Não se trata de defender, através destes mecanismos, o sentido e características fundamentais da constituição contra adaptações e mudanças necessárias, mas contra a aniquilação, ruptura e eliminação do próprio ordenamento constitucional, substancialmente caracterizado. A ideia de garantia da constituição contra os próprios órgãos do Estado justifica a constitucionalização quer do *procedimento e limites de revisão* (cfr. infra, Cap. 31) quer das situações *de necessidade constitucional* (cfr. infra, Cap. 32)¹⁶².

Insta esclarecer que, conquanto o texto constitucional faça previsão quanto à limitação material da reforma constitucional que tenha pretensão ou por objeto a abolição dos *direitos e garantias individuais*, o que remete à ideia das garantias e direitos fundamentais de primeira geração, tem-se que a limitação do poder constituinte reformador se estende aos direitos sociais, e demais dimensões dos direitos fundamentais¹⁶³, por também serem aqueles cláusulas pétreas.

¹⁶⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: *o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 69.

¹⁶¹ “A elevada hierarquia dos preceitos constitucionais e – como se disse com acerto para os obstáculos opostos a eventuais e açodadas reformas dos textos vigentes emprestam aos direitos dos trabalhadores escudo protetor mais resistente do que aquele que lhes oferecem as leis ordinárias, por natureza vulneráveis nos ajustamentos indispensáveis das normas legais às crescentes, diversificadas e muitas vezes rápidas mutações das realidades ou circunstâncias político-sociais”. RUSSOMANO, Mozart Victor. *Direito do Trabalho Pronunciamentos Inéditos*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 31.

¹⁶² CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. Cit., p. 955.

¹⁶³ “considerando-se que as matérias protegidas por esta cláusula implícita de intangibilidade dizem respeito àquele núcleo inalterável da Constituição que – muito embora não tenha constato expressamente no artigo 60, §4º, inciso IV – não pode ser objeto de restrição ou supressão (em seus aspectos essenciais) pelo Poder Constituinte Reformador, sob pena de esvaziamento da própria identidade constitucional, para insofismavelmente concluir – ainda que por atecnia do constituinte – que os ‘direitos e garantias individuais’ são considerados cláusulas pétreas, isto é, limites materiais expressos, porque constaram expressamente sob esta qualificação (cf. artigo 60, § 4º, inciso IV), ao mesmo passo em que os demais direitos fundamentais – cuja menção ficou apenas implícita – configuram-se, por óbvio, em limites materiais implícitos”. BEDÊ, Fyaga Silveira. Sísifo no limite do imponderável ou direitos sociais como limites ao poder reformador. In: BONAVIDES, Paulo; MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson; BEDÊ, Fyaga Silveira. (Orgs.). *Constituição da Democracia – Estudos em Homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 105-106.

Uma interpretação meramente gramatical do art. 60, §4º, inc. IV, da Constituição Federal de 88, poderia levar à conclusão de que tais dispositivos não se aplicariam a todos os direitos fundamentais, mas apenas aos direitos e garantias individuais, pois o dispositivo menciona textualmente, como objeto de proteção, apenas esses direitos, não englobando expressamente outras espécies, como os direitos econômicos, sociais e culturais. Deste modo, com base na análise meramente gramatical e estrita do texto constitucional, somente seriam cláusulas pétreas os direitos e garantias previstos no art. 5º da Constituição, já que ali estariam os únicos direitos e garantias individuais escolhidos pelo constituinte para comporem o núcleo imutável do ordenamento jurídico. Trata-se, porém, de uma análise equivocada, pois é possível afirmar que todos os direitos fundamentais – e não apenas os previstos no art. 5º – estão acobertados pela proibição de abolição pelo poder reformador, até porque são direitos potencialmente hábeis a gerar para os seus titulares pretensões subjetivas, sendo, portanto, capazes de se transformar em direitos individuais¹⁶⁴.

Deste modo, face à carga normativa própria dos princípios jurídicos, o princípio da proibição do retrocesso é composto por conteúdos negativo e positivo vinculantes, mormente, da liberdade de conformação do legislador¹⁶⁵.

O conteúdo negativo se traduz em uma imposição ao legislador, notadamente no exercício de sua liberdade conformadora da ordem jurídica, no sentido de obrigatoriamente respeitar o dever de não supressão ou redução do grau de densidade normativa constitucional ou infraconstitucional já alcançada pelos direitos fundamentais, sem a adoção de medidas compensadoras¹⁶⁶.

Por sua vez, o conteúdo positivo impõe vinculação e dever ao Poder Público de concretização dos direitos sociais, no escopo de extinguir ou reduzir ao máximo as desigualdades sociais, vedando, desta forma, a manutenção do *status quo*, em prol da necessidade de avanço social¹⁶⁷.

Cumpra ainda acrescentar que, independente de sua dimensão, os direitos fundamentais possuem como características um *status negativus* o que implica na função de defesa contra violação do direito¹⁶⁸.

Nesse particular, os direitos sociais refletem uma eficácia negativa das normas constitucionais que implicam na proibição do retrocesso.

Neste sentido, o reconhecimento de uma proibição de retrocesso situa-se na esfera daquilo que se pode chamar, abrangendo todas as situações referidas, de uma eficácia negativa das normas constitucionais. Assim, independentemente da

¹⁶⁴ MARMELSTEIN, George. Op. cit., p. 275.

¹⁶⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996, p. 172.

¹⁶⁶ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Op. cit., p. 590.

¹⁶⁷ Ibidem.

¹⁶⁸ SAMPAIO, Marcos. *O conteúdo essencial dos direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 48-50. “[...] uma vez dada satisfação ao direito, este se transforma, nessa medida, em direito negativo, ou direito de defesa, isto é, num direito a que o Estado se abstenha de atentar contra ele”. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 131.

exigibilidade dos direitos sociais na condição de direitos subjetivos a prestações sociais, no âmbito da assim designada eficácia negativa, o que está em causa é a possibilidade de, com base nas normas de direitos sociais, reconhecer posições subjetivas de caráter defensivo (negativo), no sentido de proibições de intervenção ou mesmo proibições de eliminação de determinadas posições jurídicas¹⁶⁹.

Assim o processo legislativo de reforma ou ampliação dos direitos trabalhistas, notadamente os discriminados no artigo 7º da Constituição Federal de 1988, deve sempre ser norteado pela ideia de que

Esses direitos possuem uma função diferente da função dos demais direitos fundamentais, pois tem como principal destinatário as empresas privadas e não o Estado. São, portanto, normas que limitam o poder de direção do empregador com vistas a propiciar condições dignas de trabalho. Para isso, o constituinte estabeleceu uma série de garantias mínimas a serem observadas na relação trabalhista, sem prejuízo de outras estabelecidas em lei, tratados internacionais ou até mesmo acordos entre patrões e empregados¹⁷⁰.

Deste modo, considerando-se que os direitos trabalhistas são, em essência, direitos fundamentais sociais do trabalhador, tem-se que em prol daqueles milita o princípio da proibição de retrocesso social, constituindo a guarda de flanco¹⁷¹ daqueles, que no plano normativo impede a revogação ou a substituição por normas menos generosas dos referidos direitos, ao passo que no plano material/prestacional veda a implementação de políticas públicas que, mesmo indiretamente, visem o enfraquecimento daqueles¹⁷²:

o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura e simples desse núcleo essencial¹⁷³.

Atento à supracitada diretriz, e considerando o fato de que o princípio da proibição do retrocesso social “atua como baliza para a impugnação de medidas que impliquem supressão ou restrição de direitos sociais e que possam ser compreendidas como efetiva violação de tais direitos¹⁷⁴”, aplicando o aludido princípio, embora não declarado

¹⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano*. Revista do TST, Brasília, vol. 75, nº 3, jul/set 2009, p. 122.

¹⁷⁰ MARMELSTEIN, George. Op. cit., p. 193.

¹⁷¹ CANOTILHO, J. J. Op. Cit., p. 542.

¹⁷² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit., p. 605.

¹⁷³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1995, p. 321.

¹⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano*. Revista do TST, Brasília, vol. 75, nº 3, jul/set 2009, p. 126.

explicitamente no corpo do acórdão da ADIn 1946/DF, o Supremo Tribunal Federal, entendeu ser o salário-maternidade cláusula pétrea, sendo vedada a sua revogação¹⁷⁵.

Deste modo, evidencia-se que, face ao que se denominou chamar de *duplo aspecto do princípio da proibição do retrocesso social*, o princípio em questão confere proteção contra a supressão dos fundamentais direitos sociais já concretizados bem assim impõe o dever de permanente concretização dos referidos direitos¹⁷⁶, motivo pelo qual

Negar reconhecimento do princípio da proibição de retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar

¹⁷⁵ DIREITO CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. LICENÇA-GESTANTE. SALÁRIO. LIMITAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14 DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 3º, IV, 5º, I, 7º, XVIII, E 60, § 4º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O legislador brasileiro, a partir de 1932 e mais claramente desde 1974, vem tratando o problema da proteção à gestante, cada vez menos como um encargo trabalhista (do empregador) e cada vez mais como de natureza previdenciária. Essa orientação foi mantida mesmo após a Constituição de 05/10/1988, cujo art. 6º determina: a proteção à maternidade deve ser realizada "na forma desta Constituição", ou seja, nos termos previstos em seu art. 7º, XVIII: "licença à gestante, sem prejuízo do empregado e do salário, com a duração de cento e vinte dias". 2. Diante desse quadro histórico, não é de se presumir que o legislador constituinte derivado, na Emenda 20/98, mais precisamente em seu art. 14, haja pretendido a revogação, ainda que implícita, do art. 7º, XVIII, da Constituição Federal originária. Se esse tivesse sido o objetivo da norma constitucional derivada, por certo a E.C. nº 20/98 conteria referência expressa a respeito. E, à falta de norma constitucional derivada, revogadora do art. 7º, XVIII, a pura e simples aplicação do art. 14 da E.C. 20/98, de modo a torná-la insubsistente, implicará um retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado. 3. Na verdade, se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira, facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal. Estará, ainda, conclamado o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R\$1.200,00, para não ter de responder pela diferença. Não é crível que o constituinte derivado, de 1998, tenha chegado a esse ponto, na chamada Reforma da Previdência Social, desatento a tais consequências. Ao menos não é de se presumir que o tenha feito, sem o dizer expressamente, assumindo a grave responsabilidade. 4. A convicção firmada, por ocasião do deferimento da Medida Cautelar, com adesão de todos os demais Ministros, ficou agora, ao ensejo deste julgamento de mérito, reforçada substancialmente no parecer da Procuradoria Geral da República. 5. Reiteradas as considerações feitas nos votos, então proferidos, e nessa manifestação do Ministério Público federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade é julgada procedente, em parte, para se dar, ao art. 14 da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, interpretação conforme à Constituição, excluindo-se sua aplicação ao salário da licença gestante, a que se refere o art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal. 6. Plenário. Decisão unânime. (STF - ADI: 1946 DF, Relator: SYDNEY SANCHES, Data de Julgamento: 03/04/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 16-05-2003 PP-00090 EMENT VOL-02110-01 PP-00123). Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/771281/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1946-df>. Acesso em: 01 out 2014.

¹⁷⁶ "O duplo aspecto do Princípio da proibição do retrocesso social pode ser designado pelas expressões "imposição de progresso" ou "dever de progressividade", que marcam seu âmbito positivo (de imposição atuação por parte do Estado), bem como pela "proibição de retrocesso" ou "dever de não regressividade", que caracterizam seu âmbito negativo (de dever de abstenção estatal). Trata-se de duas faces da mesma moeda". MIOZZO, Pablo Castro. A Dupla Face do Princípio da Proibição do Retrocesso Social e os Direitos Fundamentais no Brasil: *uma visão hermenêutica*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 110.

livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte¹⁷⁷.

Entrementes, vale ressaltar que o princípio da proibição do retrocesso não pode ser tomado como um impedimento de modificação legislativa no que concerne à conformação legislativa dos direitos fundamentais, sob pena de engessamento e esvaziamento da função legislativa¹⁷⁸.

No âmbito da conformação legislativa deve o legislador adotar medidas compensatórias quando da revogação ou restrição dos direitos fundamentais, observada a garantia do seu núcleo essencial constitucionalmente assegurado, além de buscar concretizar a realização dos referidos direitos¹⁷⁹, notadamente, dos direitos fundamentais de segunda dimensão, em especiais os que amparem individual e socialmente o trabalhador, porquanto aqueles, em regra, “não dispõem de uma autonomia absoluta no sistema constitucional, sendo, em boa parte e em níveis diferenciados, concretizações da própria dignidade da pessoa humana¹⁸⁰”.

2.3. O Constitucionalismo Moderno, a Liberdade de Conformação do Legislador e o Princípio da Proibição do Retrocesso Social dos Direitos Fundamentais

Compulsando-se as transformações pelas quais a conformação e organização político-jurídica que Estado passou desde a antiguidade clássica até aos dias atuais, verifica-se que os paradigmas do Estado guardam relação com os marcos históricos do movimento constitucionalista ou constitucionalismo, o que invariavelmente fez refletir na vinculação ou não e na maior ou menor liberdade de conformação da ordem jurídica.

Esclarece CUNHA JÚNIOR que o constitucionalismo surgiu vinculado à noção e importância da Constituição, posto que por meio dela se buscou e se pretende realizar o ideal de liberdade humana, mormente pela criação de meios e instituições destinados à limitar e

¹⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: *algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, n. 2, p. 121-168, 2004, p. 162.

¹⁷⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. Cit., p. 391-392.

¹⁷⁹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Op. cit., p. 591.

¹⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano*. Revista do TST, Brasília, vol. 75, nº 3, jul/set 2009, p. 126.

controlar o poder político, em verdadeira oposição, desde sua origem, independentemente da época e do lugar, a governos arbitrários¹⁸¹.

Ao tempo do Estado Absolutista os Poderes do Estado encontravam-se todos concentrados nas mãos do monarca, estando, pois, o Estado personificado na figura do rei, estando o seu poder alicerçado na ideia de que aquele possuía origem divina, sendo o monarca o representante de Deus na terra. Deste modo, o rei tinha império absoluto sobre o Estado, logo poderia dispor plena e ilimitadamente, ao seu alvedrio, sobre a conformação político-jurídica¹⁸².

Entrementes, na Idade Média – do Século V ao XV d.C. – o constitucionalismo ganhou novos contornos, que levaram à limitação e diminuição dos poderes do monarca, tendo como marco histórico a *Magna Charta Libertatum*, assinada em 15 de junho de 1215, pelo Rei João Sem Terra¹⁸³.

À referida *Magna Charta* sucederam a elaboração de importantes documentos que contribuíram para a consolidação da limitação do poder absoluto do monarca e a futura extinção do Estado Absolutista, notadamente a *Petition of Rights*, de 1628; *Habeas corpus act*, de 1679; e *Bill of Rights*, de 1689.

Respectivamente, os mencionados documentos possibilitaram: aos membros do Parlamento solicitarem perante o rei o reconhecimento de diversos direitos e liberdades aos súditos, o que foi aceito em troca de obtenção de recursos financeiros pelo monarca, pois dependiam de autorização do parlamento; a garantia do direito de liberdade individual possibilitando ao lorde-chanceler ou ao juiz dos tribunais superiores conceder o benefício do *habeas corpus* ao preso recluso de forma arbitrária, o que implicou na supressão do uso da prisão arbitrária pelos déspotas; a supremacia do Parlamento frente à figura do monarca eliminando o regime monárquico absolutista, no qual todo o poder emanava do rei e sem seu nome era exercido, dando decisivo passo para a futura e vindoura tripartição dos Poderes¹⁸⁴.

Com a Revolução Francesa de 1789 o Estado Absolutista chegou ao seu fim, cedendo lugar ao Estado de Direito – limitado pela lei – triunfando o paradigma de Estado Liberal, cujas funções essenciais encontram-se atribuídas e distribuídas entre os Poderes

¹⁸¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 33.

¹⁸² BOLZAN DE MORIAS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, 45.

¹⁸³ CUNHA JÚNIOR, Dirley. Op. Cit., p. 599-562.

¹⁸⁴ Ibidem.

Legislativo, Executivo e Judiciário autônomos e independentes, todavia com recíprocas limitações no intuito de evitar o abuso de poder por um ou por outro¹⁸⁵.

Nessa quadra história, observou-se a predominância de textos constitucionais escritos, época em que veio a lume o constitucionalismo moderno surgido vinculado à ideia de Constituição escrita, tendo aquela como suas características marcantes a busca de uma organização política do Estado e a limitação do poder estatal¹⁸⁶, efetuada por meio de uma declaração de direitos e garantias fundamentais¹⁸⁷.

“Neste sentido, o constitucionalismo moderno representa uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos¹⁸⁸”.

Portanto a liberdade de conformação jurídica do Poder Legislativo somente era permitida no limite em que permitido pelas leis¹⁸⁹, tendo primazia a atividade legislativa quanto à regulamentação dos direitos e liberdades individuais e a garantia de não intervenção naqueles pelo Estado.

Nesse giro, pontua CANOTILHO¹⁹⁰ que

[...] fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona o plano político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais do domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político. Este constitucionalismo como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado constitucionalismo antigo, isto é, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder. Estes princípios ter-se-iam sedimentado num tempo longo, desde os fins da Idade Média até o século XVIII.

Embora fosse a Constituição reconhecida como a norma fundamente da ordem jurídica, prevalecia a ideia de que aquela não possuía força vinculativa, e tão-somente seria o instrumento jurídico-político. Isto porque ao tempo do Estado Liberal o ente político em questão era visto tão-somente como uma entidade destinada a defesa das liberdades individuais, de modo que deveria abster de intervir na forma de seu exercício.

Entretanto, com a falência do Estado Liberal e a metamorfose para o Estado do Bem-estar Social, o Estado passou a ser o principal provedor dos serviços e bens públicos,

¹⁸⁵ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

¹⁸⁶ Como exemplo marcante a Constituição de 1787, dos Estados Unidos da América e a Constituição de 1791, da França.

¹⁸⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley. Op. cit., p. 36.

¹⁸⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 7ª edição, 1997, p. 51.

¹⁸⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley. Op. cit., p. 516.

¹⁹⁰ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Op. cit., p. 48.

passando os direitos a serem exercícios por meio do Estado, pelo o que os Poderes constituídos encontravam-se vinculados e obrigados a concretizar o programa constitucional¹⁹¹, uma vez que a Constituição, no intuito de promover a igualdade material e regulamentar as relações socioeconômicas, *dirigia e determinava* a atividade dos órgãos e Poderes do Estado de modo a concretizar o programa constitucional¹⁹². Reconhece-se, pois, a força normativa da Constituição¹⁹³.

Assim, ao tendo do Estado Social a atividade e liberdade legiferante do legislador foi de certa forma ampliada e potencializada, uma vez que caberia ao Poder Legislativo, mediante intervenção/integração legislativa, tornar possível a aplicabilidade das normas constitucionais e o exercício dos fundamentais direitos veiculados pelas normas programáticas, sob pena de omissão inconstitucional¹⁹⁴, visto que:

[...] a positividade jurídico-constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente: (1) vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (*imposição constitucional*); (2) vinculação *positiva* de todos os órgãos concretizadores, devendo estes torná-las em consideração como *directivas materiais permanentes*, em qualquer dos momentos da actividade concretizadoras (legislação, execução, jurisdição); (3) vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, me relação aos actos que as contrariam¹⁹⁵.

Doutro turno, o constitucionalismo moderno iniciado no início do Século XVIII permaneceu inquestionável até meados do Século XX, quando do surgimento do Estado Constitucional, na Europa surgiu um novo pensamento constitucional, denominado neoconstitucionalismo¹⁹⁶⁻¹⁹⁷, que segundo BARROSO

¹⁹¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley. Op. cit., p. 128.

¹⁹² PIOVESAN, Flávia. Proteção jurisdicional contra omissões legislativas: *Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 55.

¹⁹³ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

¹⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: *limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, 106.

¹⁹⁵ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Op. cit., p. 1102-1103.

¹⁹⁶ “Com certeza, essa expressão demonstra que a existência de um (novo) constitucionalismo de cunho contemporâneo, não é da tradição alemã e nem mesmo da tradição norte-americana, e chegou ao Brasil nos últimos anos, sobretudo, por derivação da doutrina constitucional espanhola e italiana”. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 58.

¹⁹⁷ “Porém, uma advertência importante e inicial para a reflexão é que as perspectivas tida como neoconstitucionalistas não são uníssonas, aliás, muito pelo contrário, há uma **profunda divergência sobre as teorias neoconstitucionalistas** e o modo de aplicação de seus cânones. Sendo assim, existiriam **neoconstitucionalismos** não apenas ‘**um constitucionalismo**’, conforme inclusive apregoa a famosa coletânea do professor mexicano **Miguel Carbonell** publicada em 2003 na Espanha” (grifos no original). FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 58.

[...] identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser analisados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito¹⁹⁸.

Nessa virada de paradigma, consolidou-se a passagem da lei e do princípio da legalidade para a periferia da ordem jurídica e o trânsito da Constituição para o centro do ordenamento jurídico, reconhecendo-a como (1) a fonte normativa¹⁹⁹, fundante e validadora da ordem jurídica, (2) *vinculante e de observância obrigatória pelos Poderes e órgãos públicos*, (3) *limitadora do livre e ilimitado poder-dever de conformação dos órgãos legiferantes* até então vigente, com (4) aplicabilidade direta, (5) dotada de supremacia material por conta das normas-princípios e normas-regras presentes explicita e/ou implicitamente no texto constitucional²⁰⁰, caracterizando o paradigma de Estado Constitucional²⁰¹.

E no que toca à vinculação dos Poderes:

O fato de os direitos fundamentais estarem previstos na Constituição torna-os parâmetros de organização e de limitação dos poderes constituídos. A constitucionalização dos direitos fundamentais impede que sejam considerados meras autolimitações dos poderes constituídos – dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário –, passíveis de serem alteradas ou suprimidas ao talante destes. Nenhum desses Poderes se confunde com o poder que consagra o direito fundamental, que lhes é superior. Os atos dos poderes constituídos devem conformidade aos direitos fundamentais e se expõem à invalidade se os desprezarem²⁰².

Nessa toada, a partir da compreensão da Constituição como norma jurídica fundamental, dotada de supremacia material, com força normativa e vinculante se tornou

¹⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o trunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: *Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*. Ano 23, n. 82, 4º trimestre, 2005, pp. 109-157, p. 123.

¹⁹⁹ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

²⁰⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 39.

²⁰¹ “Estado constitucional, assim denominado porque em seu âmbito a Constituição, outrora um documento meramente simbólico e desprovido de força normativa, veio a se *materializar* e tornar-se *operativa*, passando inclusive a controlar a própria validade das leis e, nos *casos difíceis*, servir como fórmula de busca de soluções circunstancialmente adequadas”. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 180.

²⁰² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 279.

indeclinável o dever de efetivação e a realização/concretização dos programas constitucionais indeclináveis e necessários à garantia das condições de existência digna das pessoas.

Deste modo, foi delegado e imposto ao Poder Legislativo o poder-dever de conformar a ordem jurídica à luz da normatividade dos direitos fundamentais sociais, garantida a não violação e a vedação da omissão na concretização dos referidos direitos fundamentais, sob pena de sanção de inconstitucionalidade por ação ou omissão²⁰³.

Desta feita, mostra-se “necessária uma intervenção normativa do legislador ordinário, tanto para definir os contornos do âmbito do contorno de proteção e a forma de exercício dos²⁰⁴ direitos fundamentais [...]”.

Nessa vereda, o reconhecimento da normatividade dos direitos fundamentais sociais vincula e condiciona a atividade conformadora e reformadora da ordem jurídica e impõe restrições constitucionais à atividade legiferante, pelo o que na atualidade não goza o legislador de ilimitada liberdade legislativa:

[...] isso porque essa delação ao legislador não significa que ele pode, na tarefa de realização dos direitos fundamentais, de implementação e de estabelecimento dos marcos de sua concreção, agir livremente, desconsiderando a necessidade de obediência a quem lhe outorgou o dever-poder, quem seja, a própria Constituição²⁰⁵.

Destarte, de grande valia a lição de SARLET²⁰⁶ ao esclarecer que:

De pronto, verifica-se que a vinculação aos direitos fundamentais significa para o legislador uma limitação material de sua liberdade de conformação no âmbito de sua atividade reguladora e concretizadora. Para além disso, a norma contida no art. 5º, §, 1º, da CF gera, a toda evidência, uma limitação das possibilidades de intervenção restritiva do legislador no âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Se, por um lado, apenas o legislador se encontra autorizado a estabelecer restrições aos direitos fundamentais, por outro, ele próprio encontra-se vinculados a eles, podendo mesmo afirmar-se que o art. 5º, § 1º, da CF traz em seu bojo uma inequívoca proibição de leis contrárias aos direitos fundamentais, gerando a sindicabilidade não apenas do ato de edição normativa, mas também de seu resultado atividade, por sua vez, a atribuída à Jurisdição Constitucional. Isto significa, e, última *ratio*, que a lei não pode mais definir autonomamente (isto é, de forma independente da Constituição) o conteúdo dos direitos fundamentais, o qual, pelo contrário, deverá ser extraído exclusivamente das próprias normas constitucionais que os consagram.

²⁰³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Op. cit., p. 339.

²⁰⁴ BIAGI, Cláudia Perotto. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2005, p.56.

²⁰⁵ “Isso porque essa função delação ao legislador não significa que ele pode, na tarefa de realização dos direitos fundamentais, de implementação e de estabelecimento dos marcos de sua concreção, agir livremente, desconsiderando a necessidade de obediência a quem lhe outorgou o dever-poder, quem seja, a própria Constituição”. Sampaio, Marcos. Op. cit., p. 147.

²⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 385.

Portanto, os direitos fundamentais sociais impõem de forma vinculativa ao Poder Legislativo um dever positivo de regulamentar e concretizar no plano infraconstitucional o seu exercício por seus titulares, bem assim um dever negativo de não restringir ou mesmo revogar ilegítimamente o exercício e a consolidação daqueles direitos já realizados, posto que justifica-se “a necessidade de se impor limites à atividade legislativa no âmbito dos direitos fundamentais para salvaguardar uma série de reivindicações e conquistas contra uma eventual ação erosiva do legislador ordinário”²⁰⁷.

Deste modo, no âmbito da atividade legislativa no que se refere à disciplinada dos direitos fundamentais a atividade legiferante, sob a obrigatória observância do princípio da proporcionalidade²⁰⁸, cinge-se a duas tarefas, quais sejam a função de limitação do direito fundamental relegados à reserva da lei vez que não limitados diretamente pelo constituinte originário²⁰⁹ e a de conformação dos direitos fundamentais²¹⁰, sendo somente legítimas as restrições, privações ou exceções constitucionalmente previstas, o que necessariamente reclama prévia delimitação do conteúdo essencial do direito, bem assim conformação destituída de excesso legislativo ou de deficiente proteção do direito²¹¹.

Nesse giro, é intuito concluir aliado ao princípio da proporcionalidade o princípio da proibição do retrocesso afeta diretamente as atividades típicas e atípicas dos Poderes

²⁰⁷ BIAGI, Cláudia Perotto. Op. cit., 2005, p. 74.

²⁰⁸ “O princípio da proporcionalidade, que constitui um dos pilares do Estado democrático de direito brasileiro, desponta como instrumento metódico de controle dos atos – tanto comissivos quanto omissivos – dos poderes públicos, sem prejuízo de sua eventual aplicação a atos de sujeitos privados. Neste contexto, assume relevância, por sua vez, a conhecida e já referida distinção entre as dimensões negativa e positiva dos direitos fundamentais, com destaque para a atuação dos direitos fundamentais como *deveres de proteção* ou *imperativos de tutela*, implicando uma atuação positiva do Estado, obrigando-o a intervir, tanto preventiva, quanto repressivamente, inclusive quando se trata de agressões oriundas de particulares”. SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 414-415.

²⁰⁹ BIAGI, Cláudia Perotto. Op. cit., 2005, 69.

²¹⁰ SAMPAIO, Marcos. Op. cit., p. 100.

²¹¹ “A doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação ao princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso (*Verhältnismäßigkeitsprinzip; Übermassverbot*), que se revela mediante contraditoriedade, incongruência, e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins. No direito constitucional alemão, outorga-se ao princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeit*) ou ao princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*), qualidade de norma constitucional não escrita, derivada do Estado de Direito. A utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no Direito constitucional envolve, como observado, a apreciação da necessidade (*Erforderlichkeit*) e adequação (*Geeignetheit*) da providência legislativa. Quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado), já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, naqueles casos em que o Estado não pode deixar de proteger de forma adequada esses direitos. Dessa forma, para além da costumeira compreensão do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (já fartamente explorada pela doutrina e jurisprudência pátrias), há outra faceta desse princípio, a qual abrange uma série de situações, dentre as quais é possível destacar a da proibição de proteção insuficiente de determinada garantia fundamental”. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1065.

constituídos, em especial, do Poder Legislativo, mormente quando sua atividade legiferante encontra-se voltada à regulamentação ou revisão dos direitos fundamentais sociais, porquanto:

[...]Aqui, o núcleo essencial dos direitos sociais já realizados e efetivados pela legislação dever ser considerado como constitucionalmente garantido, de modo que qualquer medida que busca aniquilar ou revogar tal núcleo será reputada inconstitucional, se não prever um plano alternativo. Mas não só o legislador (ordinário) que se sujeita aos direitos fundamentais, pois o próprio Poder Constituinte de reforma, por força do art. 60, § 4º impede que sejam propostas emendas a finda de abolir direitos e garantias individuais fundamentais²¹².

E a incidência da normatividade do princípio da proibição do retrocesso social sobre a atividade legislativa se justifica porque aquela se encontra limitada pelo dever de garantia ou salvaguarda do núcleo essencial do direito fundamental, vez que a referida garantia aponta para a parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua eficácia, deixando deste modo de ser reconhecido como fundamental²¹³.

Ademais, vale ressaltar que a aludida proteção não se refere a um conteúdo mínimo do direito, mas, sim, à imune interventiva oposta ao poder público²¹⁴.

Com efeito, a atividade legiferante, alinhada ao princípio da proibição do retrocesso social, deve observar a preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais²¹⁵ já concretizados em certa medida, visto que aqueles se destinam a realização e a garantia do mínimo social-existencial e da existência digna (saúdável) da pessoa, pelo o que inconcebível a revisão dos direitos sociais, em especial, dos direitos trabalhistas sem a adoção de medidas compensatórias de modo a se impedir o processo de retrocesso²¹⁶.

Isto porque, os direitos fundamentais, destacadamente, os sociais:

[...] são princípios jurídicos que concretizam o respeito à dignidade da pessoa humana, seja numa dimensão subjetiva, provendo as pessoas de bens e posições jurídicas favoráveis e invocáveis perante o Estado e terceiros, seja numa dimensão objetiva, servindo de parâmetro conformador do modelo de Estado. Constituem, em

²¹² FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Op. cit., p. 339-340.

²¹³ HUMBERTO, Ávila. Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis, in: *Revista de Direito Administrativo* vol. 236, 2004, p. 374.

²¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 422.

²¹⁵ A teoria jurídica acerca do núcleo essencial dos direitos fundamentais será com maior profundidade aborda no Capítulo 4 do presente trabalho científico, quando será analisada juntamente com a teoria da flexibilização dos direitos trabalhistas.

²¹⁶ A garantia dever de preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais “impõe ao legislador uma barreira não suportável no que tange com sua atividade restritiva de direitos fundamentais, evitando que ocorra um processo de dessubstancialização da Constituição”. SCHIER, Paulo Ricardo. Preservação do núcleo essencial na Constituição de 1988. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130420150105.pdf>. Acesso em: 01 out 2014.

face dessa última dimensão, limitações impostas pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado, fixando-lhes o modo de organização e atuação racional²¹⁷.

Deste forma, parece crível consentir que a atividade legislativa conformadora e revisional, ordinária ou extraordinária²¹⁸, encontra-se condicionada à observância do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, ao princípio da proporcionalidade que em sua dupla face proíbe o excesso legislativo e a proteção deficiente do direito²¹⁹, e à normatividade do princípio da proibição do retrocesso social, que opera como espécie guarda de flanco²²⁰, de limites dos limites dos direitos fundamentais sociais²²¹.

Esta compreensão também demonstra que o aludido princípio da proibição do retrocesso social não esvazia a essência do poder-dever legiferante, pois o princípio em questão, conjuntamente com os princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana, da garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais e do mínimo existencial servem de parâmetro para a aferição da constitucionalidade da intervenção normativa efetuada pelo Poder Legislativo²²². Portanto, em última medida, acaba por conferir validade à atividade legislativa.

Com efeito, a noção de dignidade da pessoa humana e das condições mínimas essenciais para a garantia de uma vida digna, embora não se confundam com a noção de que seja o núcleo essencial dos direitos fundamentais, com ele guardam estreita relação, pois transmite a ideia de:

[...] uma vida que corresponda a padrões qualitativos mínimos, nos revela que a dignidade da pessoa atua como diretriz jurídico-material tanto para a definição do núcleo essencial (embora não necessariamente em todos os casos e da mesma forma) quanto para a definição do que constitui a garantia do mínimo existencial²²³.

Portanto, é certo que as prestações mínimas sociais já concretizadas encontram-se sob o pálio protetivo da proibição do retrocesso social e, deste modo, vinculada e condicionada a validade da atividade legiferante, pois, neste caso, o referido princípio limita a

²¹⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 539.

²¹⁸ A cargo o Poder Constituinte reformador.

²¹⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1065.

²²⁰ CANOTILHO, J. J. Op. Cit., p. 542.

²²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano*. Revista do TST, Brasília, vol. 75, nº 3, jul/set 2009, p. 138.

²²² Ibidem.

²²³ Ibidem.

atividade legislativa no intuito de salvaguardar o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, garantindo a preservação do mínimo existencial²²⁴.

Desta forma, a salvaguarda das indispensáveis prestações jurídico-materiais mínimas destinadas à garantia de uma vida digna, fruto da proibição do retrocesso social, serve como uma diretriz jurídico-material de definição do conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais, obstando a reversão daqueles a um *status quo*.

Motivos por que somente as intervenções legislativas proporcionais que atuam na revisão acompanhada da medida compensadora ou na concretização dos direitos fundamentais sociais se justificam, pois indeclinavelmente precisam ser adequadas (o meio deve ser apto ao fim almejado), necessárias (não haver outro meio menos gravoso para se atingir o fim visado) e proporcionais em sentido estrito (o ônus da medida interventiva deve ser menor que o bônus dela decorrente)²²⁵.

Assim, intuitivo concluir que o princípio da proibição do retrocesso social é um “comando dirigido ao legislador, que impõe à sua atuação as fronteiras dos direitos adquiridos garantidores do mínimo necessário à existência com dignidade²²⁶”, no intuito de salvaguardar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, mormente os sociais.

Portanto, “[...] é facilmente perceptível que os direitos fundamentais (sociais) constituem primordialmente uma reserva de direitos que não pode ser atingida pelo Estado [Poder Público] ou pelos próprios particulares²²⁷” isto porque:

O movimento de esfacelamento de direitos sociais simboliza uma flagrante violação à ordem constitucional, que inclui dentre suas cláusulas pétreas os direitos e garantias individuais. Na qualidade de direitos constitucionais fundamentais, os direitos sociais são direitos intangíveis e irredutíveis, sendo providos da garantia da suprema rigidez, o que torna inconstitucional qualquer ato que tenda a restringi-los ou aboli-los²²⁸.

Deste modo, no que toca à liberdade conformadora e vinculação do Poder Legislativo à normatividade irradiante dos direitos fundamentais, tem-se que não há mais se falar em direitos fundamentais na medida das leis, mas em leis na medida dos direitos

²²⁴ Que em seu plano negativo operam como proibição de prática de atos Estatais ou particulares destinados à subtração do indivíduo as condições ideais para uma vida digna. E que em seu plano positivo estabelece um conjunto mínimo de direitos prestacionais a ser implementados e concretizados para possibilitar ao indivíduo uma vida digna. SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010, p. 204-205.

²²⁵ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Op. cit., p. 344.

²²⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 320-321.

²²⁷ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbelline; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 231.

²²⁸ PIOVESAN, Flávia. *Não à desconstitucionalização dos direitos sociais*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2000-jun-02/conquistas_trabalhistas_preservadas>. Acesso em: 01 out 2014.

fundamentais, conforme apontado por Krüger referido por SARLET²²⁹, deixando aquele Poder de “corresponder à ideia de um soberano que se autolimita, devedor apenas de uma veneração moral ou política da Constituição distante e juridicamente débil²³⁰”.

2.4. A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais, O Princípio da Proibição do Retrocesso Social dos Direitos Fundamentais e a Negociação Coletiva de Trabalho

Com efeito, os direitos fundamentais, a par da discussão fundamentológica quanto à sua natureza jusnatural ou juspositivista²³¹, devido ao seu conteúdo, constituem-se em “posições jurídicas que investem o ser humano de um conjunto de prerrogativas, faculdades e instituições imprescindíveis a assegurar uma existência digna, livre, igual e fraterna de todas as pessoas²³²”.

Nessa toada, reconhecidas as dimensões objetivas e subjetivas dos referidos direitos, logrou-se teorizar que aqueles “outorgam aos seus titulares possibilidades jurídicas de impor interesses pessoais em face dos órgãos estatais obrigados”, assim “importa na faculdade de impor uma atuação negativa ou positiva dos titulares do Poder Público” (dimensão subjetiva), bem como “formam a base do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito”, sendo, deste modo, “um verdadeiro norte de eficácia irradiante que fundamenta todo o ordenamento jurídico²³³”.

Os direitos fundamentais, mormente os conhecidos como direitos de defesa, foram inicialmente concebidos como poderes jurídicos outorgados aos indivíduos para se protegerem contra a opressão do Estado. Nesse sentido, a doutrina sempre se posicionou pela aplicação dos direitos fundamentais nas relações indivíduo e Estado. No entanto, com a complexidade das relações sociais, agravada pela crescente e lamentável desigualdade entre os homens, a doutrina dos direitos humanos começou a perceber que a opressão das liberdades não decorria apenas do Estado, mas também do próprio homem em sua relação com o seu semelhante. Daí a necessidade de se estender a eficácia dos direitos fundamentais às relações havidas entre os

²²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 385.

²³⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 264.

²³¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit., p. 594-596.

²³² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit., p. 538.

²³³ FERNANDES, Bernard Gonçalves. Op. cit., 2013, p. 312.

homens, com o fim de proteger o homem da prepotência do próprio homem, em especial de pessoas, grupos e organizações poderosas²³⁴.

Conquanto os direitos fundamentais outorguem posições jurídicas aos seus titulares que podem ser opostas (posição negativa) contra o Estado e dele serem exigidas (posição positiva), naquilo que se determinou chamar de eficácia vertical dos direitos fundamentais²³⁵, o curso da história demonstrou que não só o Estado estava apto a praticar violações ou a guardar dever de observância àqueles direitos, mas, também, os indivíduos e as entidades privadas, o que ensejou a teorização da horizontalização da eficácia normativa irradiante dos direitos fundamentais, entendida como a “incidência ou aplicação dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas (relações entre indivíduo e indivíduo)”²³⁶.

Vale ressaltar que a Constituição brasileira não traz qualquer dispositivo referente à vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais, conforme expresso no art. 18/1 da Constituição portuguesa, contudo, a doutrina estrangeira²³⁷ e pátria²³⁸ reconhecem a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, cumprindo investigar o alcance e a forma da referida vinculação²³⁹.

Delimitando o âmbito de incidência da eficácia horizontal dos direitos fundamentais SARLET aponta que se excluem todos os direitos fundamentais no que diz respeito à eficácia direta, ou seja, os direitos que, dada a sua ínsita natureza, têm por destinatários de forma única e exclusiva os órgãos estatais, estando, por outro lado, os particulares vinculados aos direitos fundamentais cuja formulação também a eles se dirigem diretamente, como ocorre, por exemplo, com diversos direitos sociais, de modo especial no que diz respeito aos direitos dos trabalhadores que tem como destinatários os empregadores, em regra, particulares²⁴⁰.

Na mesma linha de SARLET, esclarece MARMELSTEIN que as normas fundamentais definidoras dos direitos trabalhistas individuais e coletivos elencados do art. 7º ao 11 da Constituição brasileira visam basicamente estabelecer a base normativa de proteção do trabalhador e a regulamentar os sindicatos, tendo, portanto, os mencionados direitos uma função própria e diferenciada dos demais direitos fundamentais, tendo eles como principal

²³⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit., p. 612.

²³⁵ DIMOULIS, Dimitri; Martins, Leonardo. Op. cit. 2014, p. 103.

²³⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit., 2009, 612.

²³⁷ ANDRADE, José Carlos Viera de. Op. cit., 1987, p. 281.

²³⁸ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2003.

²³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., 2015, p. 393.

²⁴⁰ Ibidem.

destinatário as empresas privadas e não o Estado²⁴¹, aquelas, em regra, empregadoras, e aquele excepcionalmente empregador.

E no âmbito da inderrogável e sempre tensionada relação capital/trabalho a compreensão das entidades privadas, estritamente, os empregadores como destinatários das normas fundamentais dos direitos trabalhistas traz à baila a aplicabilidade da eficácia horizontal irradiante dos direitos fundamentais sociais nas relações empregado/empregador ou nas relações mantidas entre os sindicatos representativos daqueles, sejam elas mantidas entre si ou entre uns e outros, ou seja, entre os sindicatos ou entre sindicato e empresa, visto que àquelas relações imanentes estão ligadas as relações de poder decorrente do poderio socioeconômico, isto é, da ambição dos detentores do poder social e econômico em, não raras vezes, subjugar a classe trabalhadora à suas vontades individuais, em detrimento dos direitos reconhecidos àquela classe, razão pela qual os direitos trabalhistas têm características protetivas²⁴².

Desta forma, a eficácia vinculante e horizontal dos direitos fundamentais no âmbito das relações trabalhistas e das negociações coletivas é voltada à maximização da proteção²⁴³ e concretização do valor social do trabalho, frente à concentração e maximização do capital.

Nessa senda, importa destacar que a doutrina logrou teorizar que a aludida vinculação poderia ocorrer de forma direta/imediata ou indireta/mediata aos direitos fundamentais²⁴⁴.

Com efeito, a função precípua delegada ao Legislativo é a de conformação e regulamentação da ordem jurídica, cumprindo-lhe através da atividade legislativa definir o conteúdo dos direitos fundamentais, de modo a garantir a máxima eficácia daqueles²⁴⁵, estando no exercício desse poder-dever por aqueles direitos vinculado e limitado, bem assim

²⁴¹ MARMELESTEIN, George. Op. cit., 2014, p. 193.

²⁴² “[...] o Direito do Trabalho tem como espoco estabelecer mecanismos de compensação na relação contratual estabelecida entre empregado e empregador, com vistas a igualá-los no plano jurídico, por partir da premissa que são sujeitos economicamente desiguais e que, portanto, estão inicialmente em posições igualmente desiguais para contratação e execução do contrato”. SANTOS JÚNIOR, Rubens Fernando Clamer dos. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2010, p. 121.

²⁴³ Segundo Godinho “informa este princípio [da proteção] que o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia – o obreiro –, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho”. GODINHO, Mauricio Delgado. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 197-198.

²⁴⁴ Os defensores da vinculação *indireta ou mediata* a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas estaria previamente condicionada à atuação do legislador infraconstitucional, que teria o dever de conformar as relações privadas à luz das normas constitucionais definidoras de direitos. Por sua vez, os da vinculação *direta ou imediata* dispensam a atuação mediadora do legislador, sustentando que os direitos fundamentais tem aplicabilidade direta e imediata sobre as relações privadas, independentemente de prévia atuação legislativa. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit., 2009, 613.

²⁴⁵ PINTO E NETTO, Luísa Cristina. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 193.

sobre o dever de obrigatória observância do princípio da proporcionalidade e da proibição do retrocesso²⁴⁶.

Vale-se ressaltar que a Constituição brasileira estabelece no inciso I, do art. 21, que compete privativamente à União legislar sobre trabalho, tendo, pois, o Poder Legislativo típico dever e competência para disciplinar sobre as normas constitucionais que estabelecem ou veiculam direitos fundamentais do trabalhador.

Contudo, o Direito do Trabalho é um ramo especializado da ciência jurídica e dotado de institutos jurídicos que lhe são próprios e distintivos, que possibilitam, inclusive, a conformação jurídica dos direitos dos trabalhadores por meio da negociação coletiva de trabalho, o que se poderia chamar de poder-dever de conformação e regulamentação “atípica” dos direitos trabalhistas²⁴⁷.

Nesse giro, o constituinte originário, ao declarar como direitos fundamentais dos trabalhadores reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho (art. 7º. XXVI, da CF/88) e determinar ser obrigatória a intervenção sindical na negociação coletiva de trabalho²⁴⁸ (art. 8º, VI, CF/88), delegou aos sindicatos legitimidade e competência “legislativa” para também, porém de forma atípica, supletiva e complementar, disciplinar juridicamente direitos trabalhistas, podendo, inclusive, restringi-los²⁴⁹.

A negociação coletiva de trabalho é gênero do quais são espécie o Acordo Coletivo de Trabalho e a Negociação Coletiva de Trabalho²⁵⁰, que são o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais (convenção coletiva) ou Sindicatos representativos de categorias profissionais e uma ou mais

²⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 385.

²⁴⁷ “As normas de Direito do Trabalho originam-se da atuação do Estado, onde se verifica a autonomia estatal; nos contratos coletivos, quando se constata a autonomia coletiva; e no poder normativo, que são as sentenças normativas. É um exemplo do pluralismo jurídico, quando se verifica ser regido por diversas ordens”. SANTOS JÚNIOR, Rubens Fernando Clamer dos. Op. cit., 2010, p. 121.

²⁴⁸ “Na dependência do emprego como meio de sobrevivência, o trabalhador estava vulnerável em relação ao detentor dos meios de produção e, sozinho, não reivindicava a melhora das condições de trabalho com receio de vir a perder esse emprego. Com o tempo, os trabalhadores percebem que somente conseguiriam soluções melhores de trabalho quando agrupados, de forma coletiva, pois sozinhos e isolados não tinham força suficiente para alcançarem as suas reivindicações. Esse processo dá origem à chamada autonomia coletiva, que mais adiante veremos ser o processo de criação da própria lei. A partir dessa constatação, os trabalhadores se rebelaram, negando-se a trabalhar enquanto não melhoradas as respectivas condições de trabalho. Os patrões viram-se obrigados a negociar a fim de terem o processo produtivo reativado. Agrupados, os trabalhadores passaram a conseguir soluções nunca antes alcançadas, surgindo os contratos coletivos de trabalho”. SANTOS JÚNIOR, Rubens Fernando Clamer dos. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2010, p. 119.

²⁴⁹ Constituição 1988. Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo.

²⁵⁰ SANTOS JÚNIOR, Rubens Fernando Clamer dos. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2010, p. 123.

empresas da correspondente categoria econômica estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho²⁵¹.

Esclarece GODINHO que:

As convenções coletivas, embora de origem privada (*normas autônomas*), criam regras jurídicas, isto é, preceitos gerais, abstratos, impessoais dirigidos a normatizar situações *ad futurum*. Correspondem, conseqüentemente, à noção de lei em sentido material, traduzindo ato-regra ou comento abstrato. São, desse modo, do ponto de vista substantivo (seu conteúdo), diplomas desveladores de normas típicas, tal como a sentença normativa. De ponto de vista formal, porém, despontam as convenções coletivas de trabalho como acordo de vontade, contratos – na linha dos atos jurídicos (negócios jurídicos) privados bilaterais ou plurilaterais. [...] Os acordos coletivos constroem-se por empresa ou empresas, em âmbito mais limitado do que o das convenções, com efeitos somente aplicáveis à(s) empresa(s) e trabalhadores envolvidos. Do ponto de vista formal, traduzem acordo de vontades (contrato *latu sensu*) – à semelhança das convenções – embora com especificidade no tocante as sujeitos pactuantes e âmbito de abrangência. Do ponto de vista substantivo (seu conteúdo), também consubstanciam diplomas desveladores de normas jurídicas típicas, qualificadas por serem gerais (em seu âmbito mais delimitado, é verdade), abstratas, impessoais e dirigidas à regulação *ad futurum* de relações trabalhistas²⁵².

Segundo BARROS, as convenções e os acordos coletivos de trabalho são espécies de fontes formais e autônomas do Direito do Trabalho²⁵³.

Nessa vertente, tem-se que por se tratarem de acordos normativos com características próprias de atos normativos primários elaborados no âmbito das relações jurídicas privadas havidas entre sindicatos representativos da categoria econômica ou profissional ou entre empresa(s) privada(s) e sindicato(s) da categoria profissional, e por disciplinarem condições de trabalho e os direitos fundamentais dos trabalhadores os agentes legitimados²⁵⁴ à celebração das convenções ou acordos coletivos de trabalhos encontram-se vinculados à eficácia normativa irradiante dos direitos fundamentais²⁵⁵, bem assim à normatividade do princípio da proporcionalidade e da proibição de retrocesso social que limitam a liberdade de

²⁵¹ Caput e §1º do art. 611 da CLT.

²⁵² DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 149-150.

²⁵³ No Direito do Trabalho, além das fontes formais que advém da vontade do Estado, existem as que tem origem profissional ou autônoma, isto é, emanam da vontade das partes, manifestada em assembléia promovida pela entidade sindical. Tanto uma como a outra são fontes formais. As principais fontes autônomas são as convenções coletivas e os acordos coletivos. Elas são fontes peculiares do Direito do Trabalho. BARROS, Alice de Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTe, 2011, p. 96.

²⁵⁴ “Os sindicatos de categoria profissionais são os sujeitos legitimados, pela ordem jurídica, a celebrar a negociação coletiva trabalhista no Brasil, sob o ponto de vista dos empregados. Sob o ponto de vista dos empregadores, como estudado, a legitimação pode ser própria, direito, *ao menos no caso de acordo coletivo de trabalho*. É o que dimana da Carta Constitucional vigente (art. 8º, VI). No caso de *categorias inorganizadas* em sindicatos, a federação assume a correspondente legitimidade para discutir e celebrar *convenções coletivas de trabalho*. Inexistindo também federação, assume a legitimidade a correspondente confederação (art. 612, §2º, CLT)”. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 1287.

²⁵⁵ SOUZA, Vanessa Roberta do Rocio. *Flexibilização dos Direitos Trabalhistas e O Princípio da Proibição do Retrocesso Social*. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 225-226.

conformação e regulamentação dos direitos fundamentais trabalhistas, notadamente condicionam materialmente a autonomia privada da negociação coletiva de trabalho²⁵⁶.

Nesse diapasão, estabelece os artigos 9º e 44 da CLT que “*serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação*” bem como “*as relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes*”.

Com efeito, os direitos fundamentais trabalhistas são fruto de conquistas sociais decorrentes da luta social por garantia de melhores condições de trabalho e garantias de emprego, tendo aqueles direitos, como características, a irrenunciabilidade e proibição de retrocesso²⁵⁷ pelo o que não se encontram à disposição da autonomia privada na livre negociação coletiva²⁵⁸ por parte dos sindicatos profissionais e econômicos e empregadores, o que leva “à conclusão de que não há espaço para a autonomia de vontade das partes com respeito à restrição, limitação ou supressão dos direitos mínimos dispostos em lei, na medida em que tais direitos são indisponíveis e irrenunciáveis pelo trabalhador²⁵⁹”.

Destarte, deduz-se que “não se revela possível a negociação, seja ela individual ou coletiva, que resulte na eliminação ou restrição dos direitos sociais dos trabalhadores, sob pena de acarretar direta violação do princípio em tela [...]”²⁶⁰.

Na pactuação das condições de trabalho ou na conformação e regulamentação dos direitos fundamentais dos trabalhadores os sindicatos e/ou aqueles e o empregador não podem pactuar normas que violem o princípio da proporcionalidade e o da proibição do retrocesso social, tampouco que violem o núcleo essencial dos direitos fundamentais sob pena de sanção de inconstitucionalidade²⁶¹ e ou ilegalidade da cláusula pactuada no instrumento normativo-coletivo.

²⁵⁶ SOUZA, Vanessa Roberta do Rocio. Op. cit., 2011, p. 227.

²⁵⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit., 2009, p. 604-606.

²⁵⁸ Canotilho referindo-se à Constituição portuguesa, podendo a referência ser estendida à Constituição brasileira, esclarece que “os direitos fundamentais dos trabalhadores e das suas organizações são, na ordem constitucional portuguesa, irrenunciáveis, sobretudo quando se trata de direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores”, CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 464-465.

²⁵⁹ SANTOS JÚNIOR, Rubens Fernando Clamer dos. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2010, p. 126.

²⁶⁰ Ibidem.

²⁶¹ HORAS EXTRAS - TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO - JORNADA SUPERIOR A 6 HORAS FIXADA EM ACORDO COLETIVO SEM CONTRAPRESTAÇÃO REMUNERATÓRIA - INCONSTITUCIONALIDADE DA CLÁUSULA. Segundo o artigo 444 da CLT, “as relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às

disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes". Vale dizer, de acordo com o dispositivo em questão, o princípio da autonomia da vontade, em se tratando de Direito do Trabalho, sofre severas limitações, mediante a fixação, pela lei, de condições mínimas de trabalho, cuja derogabilidade, em prejuízo do empregado, não é possível, ante o caráter de ordem pública de que se reveste. Com o advento da Constituição Federal de 1988, entretanto, verifica-se ter o legislador pátrio adotado, parcialmente, o princípio da flexibilização nas relações de trabalho. Realmente, analisando-se o texto constitucional em vigor, constata-se que o legislador permitiu aos sindicatos e empregadores, mediante negociação coletiva, flexibilizar a rigidez inerente a alguns dos direitos sociais assegurados aos trabalhadores urbanos e rurais, como, por exemplo, a irredutibilidade salarial, compensação de horários na semana e jornada de trabalho prestado em turnos ininterruptos de revezamento. Os instrumentos convencionais (acordos e/ou convenções coletivas) objetivam suplementar as normas legais disciplinadoras de direitos e obrigações entre empregado e empregador, permitindo que entidades sindicais, por seu intermédio, obtenham melhores condições de trabalho e de salário para a categoria profissional ou grupo de empregados. Inaceitável que, por seu intermédio, se chegue a uma interpretação que leve ao afastamento da incidência da norma constitucional, que preconiza jornada diária de 6 horas e 36 semanais. E isso porque o princípio da liberdade contratual não pode ter o alcance de derrogar todo um sistema legal imperativo de proteção ao empregado, mormente quando se procura preservar sua higidez físico-mental. O conteúdo protecionista da norma constitucional em exame, fruto que foi de justa preocupação do constituinte em amenizar os incontáveis reflexos prejudiciais do serviço em turnos ininterruptos, não pode simplesmente ser implodido pela negociação coletiva e, ainda mais, ser ratificado pelo Poder Judiciário. O artigo 7º, XIV, que cuida do trabalho em turnos ininterruptos de revezamento, dispondo que a jornada é de 6 horas, permite a ampliação do trabalho, desde que precedida de negociação coletiva. Evidentemente, é preciso estar atento, pois esse direito não é ilimitado, mas deve, igualmente, ater-se a regras de proteção à higidez física e financeira dos empregados. O acordo coletivo em exame, conforme retrata o acórdão recorrido, prevê jornada superior a 6 horas, no importe de 44 horas semanais. Ineficaz o referido reajuste, na medida em que prorroga o trabalho em turno ininterrupto de 6 horas, sem contraprestação remuneratória das demais horas, circunstância que compromete não apenas a saúde do trabalhador, como também seu ganho. Ao contemplar a jornada de trabalho em turnos ininterruptos de revezamento como sendo de 6 horas diárias, é certo que o constituinte ressaltou a possibilidade de sua alteração, mas, frise-se, sempre observada a compensação ou a concessão de vantagens outra aos empregados, nunca, porém, a eliminação simples e pura de seu direito à jornada reduzida, como se constata na hipótese em exame. O Regional deixa explícito que: -Não se diga que a jornada de oito horas para o trabalho em turnos ininterruptos de revezamento teria sido compensada por outras vantagens negociadas no instrumento normativo. Os referidos instrumentos não trazem qualquer vantagem especial aos empregados que laboram em turnos ininterruptos de revezamento. Todas as garantias e condições de trabalho pactuadas nestes instrumentos normativos são aplicáveis indistintamente a todos os empregados da Reclamada, tanto aos que laboravam em turnos ininterruptos de revezamento, como àqueles que trabalham em turnos fixos.-INTERVALO INTERJORNADA - FRUIÇÃO DE PERÍODO INFERIOR AO MÍNIMO LEGAL - HORAS EXTRAS.A não-concessão do intervalo mínimo de onze horas entre jornadas implica o pagamento das horas suprimidas como extras, em face do entendimento atual desta Corte. Com a edição da Lei nº 8.923/94, publicada em 28/7/94, que acrescentou o § 4º ao art. 71 da CLT, obrigando o empregador a remunerar, com acréscimo de, no mínimo, 50%, o período relativo ao intervalo para repouso e alimentação concedido, o Órgão Especial resolveu cancelar o Enunciado nº 88, por dispor de forma contrária à norma legal (Resolução nº 42/95). Com efeito, dispunha o referido enunciado que o desrespeito ao intervalo mínimo entre dois turnos, sem que acarretasse excesso da jornada trabalhada, importaria apenas infração administrativa, entendimento que, como dito, não subsiste mais. Tal conclusão é traduzida até mesmo no Enunciado nº 110/TST: "No regime de revezamento, as horas trabalhadas em seguida ao repouso semanal de 24 horas, com prejuízo do intervalo mínimo de 11 horas consecutivas para descanso entre jornadas, devem ser remuneradas como extraordinárias, inclusive com o respectivo adicional". Não é razoável que ao empregador, que desrespeita os intervalos exigidos pelos arts. 66 e 67 da CLT, não se lhe imponha nenhuma penalidade, enquanto o empregado sofre duplo prejuízo, tanto pelo trabalho em jornada superior à devida, quanto por não gozar o descanso mínimo necessário à recomposição de suas energias. Nesse contexto, e considerando que o e. Regional reconhece que o reclamante não teve assegurado seu direito de usufruir integralmente o período destinado a descanso, o deferimento das horas extras encontra respaldo no fato de a reclamada ter desrespeitado o art. 66 da CLT. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido. (TST - RR: 167300-62.2000.5.09.0017, Relator: Milton de Moura França, Data de Julgamento: 12/05/2004, 4ª Turma., Data de Publicação: DJ 28/05/2004). Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1266203/recurso-de-revista-rr-1673006220005090017-167300-6220005090017>>. Acesso em: 11 nov 2014.

Devem as normas coletivamente pactuadas se adequarem às normas constitucionais e infraconstitucionais, à normatividade dos princípios jurídicos e à irradiante dos direitos fundamentais, de modo a gozarem de validade jurídica e serem setorialmente adequadas²⁶².

Portanto, tal qual a atividade legiferante delegada ao Poder Legislativo que lhe impõe o poder-dever de conformar a ordem jurídica definindo o conteúdo essencial dos direitos fundamentais e dar maior eficácia às normas constitucionais definidores de direitos fundamentais, mormente os sociais dos trabalhadores, aos sindicatos compete igual dever na celebração da negociação coletiva do trabalho, uma vez que:

A negociação coletiva deve ser praticada como um *plus*, nunca como um instrumento precarizador, de retrocesso, até porque tem aplicação em nosso país a proteção do princípio de proibição do retrocesso social, constata o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que os Estados-partes (dentre eles o Brasil), no livre e pleno exercício de sua soberania, decidiram ratificar, observando o princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais²⁶³.

Vale ressaltar que as normas jurídicas pactuadas e decorrentes da negociação coletiva do trabalho aderem ao contrato de trabalho. Desta forma, por integrarem o contrato de trabalho, criam posições jurídicas subjetivas aos seus titulares que podem ser impostas tanto positiva ou negativamente contra os empregadores seja para exigir o seu cumprimento ou para exibir a abstenção de ilegítima intervenção contratual lesiva, assemelhando-se à eficácia subjetiva dos direitos fundamentais, bem como à eficácia objetiva visto que as aludidas normas servem de base jurídico-normativa cumulativa do contrato de trabalho.

Por fim, em última análise, cabe esclarecer que a aderência contratual das aludidas normas, conquanto limitadas a vigência de 02 anos dos instrumentos coletivos (§3º, art. 614, CLT), segundo prevalência doutrinária é caracterizada pela aderência limitada por revogação²⁶⁴, vale dizer, as normas aderidas ao contrato de trabalho vigoram até que novo

²⁶² DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 1302.

²⁶³ SALVADOR, Luiz; MORO, Luis Carlos. Reforma trabalhista e sindical: o afastamento do estado das relações trabalhistas como fator impeditivo a que o trabalhador conquiste a própria dignidade. In: MACAHADO, Sidney; GUNTHER, Luiz Eduardo. Reforma trabalhista e sindical: **o direito do trabalho em perspectivas**. São Paulo: LTr, 2005, p. 139-140.

²⁶⁴ A Lei n. 8.542/92 no §1º do art. 1º dispunha que Art. 1º “As cláusulas dos acordos, convenções ou contratos coletivos de trabalho integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser reduzidas ou suprimidas por posterior acordo, convenção ou contrato coletivo de trabalho”. O referido dispositivo legal estabelecia a aderência limitada por revogação das cláusulas aderidas ao contrato de trabalho. Contudo, por meio da Lei n. 10.190/01 o dispositivo em questão foi revogado, não se encontrando dispositivo legal àquele assemelhado. Rechaçando a aderência irrestrita suscitada com base no art. 468 da CLT, bem como a aderência limitada pelo tempo, arrimada no §3º do art. 614 da CLT, firmou-se a majoritária posição doutrinária intermediária relativa à aderência limitada por revogação, sendo que “para esta posição intermediária, os dispositivos dos diplomas negociados vigoram até que novo diploma negocial os revogue” DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 1302.

instrumento coletivo as revoguem, ainda que expirado o aludido prazo bienal, o que de certa forma impede o retrocesso prejudicial ao trabalhador ao *status quo* consistente na extinção de direitos que ocorreria após a extinção da vigência da convenção ou acordo coletiva sem que tenha um novo instrumento coletivo sido celebrado.

3 – FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS

3.1. Nota Introdutória

A compreensão do fenômeno e da base sobre a qual os fundamentos da flexibilização dos direitos trabalhistas se assenta passa, inexoravelmente, pela análise de questões outras que conduzem à base ideológica do ideal neoliberal²⁶⁵ exsurgido após a falência do Estado do Bem-Estar Social e fruto da pós-modernidade, por meio do qual se repristinou a pretensão de redução do aparato estatal, por meio da privatização dos serviços públicos, da não intervenção no mercado econômico, bem como da terceirização da prestação de serviço e a redução dos direitos trabalhistas, no intuito de promover a redução do custo de produção e consequentemente possibilitar a competição do mercado de economia globalizada²⁶⁶, no intuito de se reconfigurar a relação capital/trabalho e ensejar o crescimento econômico.

3.2. Os Anos de Bonança e a Posterior Crise do Estado do Bem-Estar Social

Com já exposto em linhas gerais no subtítulo 2.1, o Estado Liberal vaticinou os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade.

Ao Estado caberia o dever de garantir o exercício do direito de liberdade, proteger a propriedade privada, ficando a prestação dos bens e serviços a cargo dos particulares pela livre competição no mercado, este que seria regulamentado por suas próprias leis. Deveria o

²⁶⁵ SOUZA, Vanessa Roberto do Roccio. Op. cit., 2012, p. 174.

²⁶⁶ GOLDSCHMIDT, Rodrigo. Op. cit., 2009, p. 116-117.

Estado se abster de intervir nas relações privadas e sociais, e somente ser o guardião das liberdades²⁶⁷.

Desta feita, o Estado Liberal surgiu alheio às questões sociais e econômicas, cabendo-lhe somente garantir o cumprimento da lei, estando o mercado aberto à livre competição.

Com a livre competição no mercado e sua autorregulamentação aliadas à livre concorrência, o liberalismo²⁶⁸ econômico vivido à época possibilitou o crescimento econômico do Estado por meio do desenvolvimento industrial:

O modelo liberal e individualista de Estado proporcionou a manifestação da fase áurea do capitalismo, designada de *capitalismo industrial*, cujo ápice ocorreu com a primeira *Revolução Industrial*, que veio a substituir, em definitivo, as produções artesanais e a manufatureira, típicas das Idades Média e Moderna, pela maquinofatura²⁶⁹. (grifos do autor)

Contudo o crescimento econômico decorrente do capitalismo industrial não proporcionou a redução das desigualdades sociais²⁷⁰, ao revés.

O passar do tempo demonstrou que os ideais do Estado Liberal deram ensejo à concentração de renda nas mãos da classe social dominante à época, qual seja, a burguesia²⁷¹ fato que ocasionou um grande abismo socioeconômico, pois a classe trabalhadora não tinha meios de acumular renda e se desenvolver socioeconomicamente. A propalada igualdade era garantida somente perante a lei, pelo o que o “Estado liberal soçobrou no decurso da Primeira

²⁶⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit., 2009, p. 583.

²⁶⁸ “O liberalismo, portanto, tinha como traço característico o dispensar, tanto quanto possível, a presença do Estado na vida do homem. Seu propósito, assim, era excluir o Estado do domínio privado, interditando-lhe plenamente a ingerência nesse campo, em prol das liberdades públicas”. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit. 2009, p. 583-584.

²⁶⁹ DELGADO, Gabriela Neves. Os Paradigmas do Estado Constitucional Contemporâneo. In Constituição da República e Direitos Fundamentais: *Dignidade da Pessoa Humana, Justiça Social e Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012, p. 20.

²⁷⁰ “O século XIX foi o palco da chamada Revolução Industrial, resultante do desenvolvimento de técnicas de produção que proporcionaram um crescimento econômico nunca antes visto. É esse o período que os franceses chamaram de *Belle Époque*, simbolizando o espírito de prosperidade vivido pela sociedade. No entanto, essa prosperidade ocorreu à custa do sacrifício de grande parcela da população, sobretudo dos trabalhadores, que sobreviviam em condições cada vez mais deploráveis. [...] A industrialização trouxe consigo, além da prosperidade econômica para uma minoria rica, uma série de problemas sociais, gerando naturalmente grande insatisfação entre aqueles que não tinham recursos para aproveitar os prazeres proporcionados pela paradoxalmente chamada ‘Bela Época’”. MARMELESTEIN, George. Op. cit., 2014, p. 44.

²⁷¹ Isto porque, segundo, Adam Smith, o mercado seria regido por certas leis que estão diretamente associadas ao caráter egoísta do ser humano. Deste modo, pautados em seu egoísmo, os detentores de capital buscam maximizar os seus lucros e ganhos individuais, em detrimento do coletivo. Segundo CUNHA JÚNIOR, Adam Smith foi o “maior expressão do liberalismo econômico, já manifestava, em 1776, qual a sua visão dos fins fundamentais do Estado: a) o dever de proteger a sociedade da violência e da invasão; b) o dever de proteger cada membro da sociedade da injustiça e da opressão de qualquer outro membro; e c) o dever de erigir e de manter certas obras públicas, e certas instituições públicas quando não fossem do interesse de qualquer indivíduo ou de um pequeno número deles”. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit. 2009, p. 584.

Guerra Mundial e se exauriu, frente ao Constitucionalismo da social democracia, ritmado pela ascensão do modelo da Carta de Weimar (1919)²⁷²”.

O Estado Liberal teve sua terminal falência com a grande crise econômica ocorrida em 1930 fruto da quebra da Bolsa de Valores de Nova York – crise aquela que se alastrou pelo mundo afora causando retração econômica, falência dos bancos e empresas²⁷³.

Consequentemente houve grande índice de desemprego o que tornou imperiosa a intervenção e regulamentação estatal da ordem econômica e social e o abandono do liberalismo econômico²⁷⁴ ventilado no bojo do Estado Liberal.

Com fulcro no constitucionalismo social o Estado, no intuito de “corrigir as falhas de mercado, sanar as insuficiências e recriar as bases para a retomada dos investimentos, a expansão da economia e o aumento do bem-estar²⁷⁵”, passou a ser o provedor dos bens e serviços e regulador das relações trabalhistas, sociais e do mercado.

A instauração de um Estado forte e intervencionista, capaz de garantir direitos e restabelecer a economia, foi a alternativa encontrada pelos países do capitalismo central para sobreviverem à devassa da sangrenta Segunda Grande Guerra Mundial e resgatarem, sobe nova ótica, a dinâmica capitalista²⁷⁶.

O Estado do Bem-Estar Social teve seu ápice nos três decênios que se seguiram após o término da Segunda Guerra Mundial, mormente por conta da busca de reestruturação da Europa, época em que o capitalismo alcançou sua fase áurea, o que refletiu diretamente nas relações de emprego, garantindo-se a expansão dos direitos individuais, coletivos e sociais dos trabalhadores, seja por meio da atividade legislativa ou por intermédio das negociações coletivas:

²⁷²CUNHA, Carlos Roberto. *Flexibilização de Direitos Trabalhistas à Luz da Constituição Federal*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 41.

²⁷³ “O desastre financeiro daí resultante foi considerado uma das principais causas da crise do capitalismo do século XX, com repercussão mundial”. DELGADO, Gabriela Neves. *Os Paradigmas do Estado Constitucional Contemporâneo*. In *Constituição da República e Direitos Fundamentais: Dignidade da Pessoa Humana, Justiça Social e Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012, p. 23.

²⁷⁴ SANDRONI, Paulo. (Org). *Novo Dicionário de Economia*. São Paulo: Editora Best Seller, 1994, p. 154. No campo do liberalismo econômico “O mercado seria então um mecanismo autorregulável, que dispensaria a intervenção estatal, pois a lei da oferta e da demanda seria suficiente para regular as quantidades e preços de bens e serviços em uma sociedade. Assim, ao Estado caberia apenas assegurar a concorrência para o bom funcionamento do mercado, impedindo que os produtores – movidos pela avarícia – se organizem em cartéis, distorcendo preços e beneficiando apenas a si mesmos em detrimento da coletividade”. COELHO, Ricardo Corrêa. Op. cit., 2012, p. 21.

²⁷⁵ “O Estado do bem-estar sucede o Estado liberal, intervindo por meio de políticas públicas no mercado a fim de assegurar aos seus cidadãos um patamar mínimo de igualdade e um padrão mínimo de bem-estar”. COELHO, Ricardo Corrêa. Op. cit., 2012, p. 86.

²⁷⁶ DELGADO, Gabriela Neves. *Os Paradigmas do Estado Constitucional Contemporâneo*. In *Constituição da República e Direitos Fundamentais: Dignidade da Pessoa Humana, Justiça Social e Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012, p. 24.

[...] a reconstrução econômica, aos eflúvios de intensa circulação de capital, moedas estáveis, expansão do comércio internacional, criação de um Mercado Comum Europeu, produtividade elevada, fomentaram o pleno emprego, elevação de salários, negociações coletivas vantajosas, edificando uma ideia de proteção ao trabalho, que fez a economia capitalista adquirir um caráter virtuoso²⁷⁷.

Com efeito, os anos de ouro²⁷⁸ do capitalismo pós-guerra possibilitaram altos níveis de empregabilidade, de pactuação de melhores condições de trabalho²⁷⁹, ante o almejado crescimento econômico e consecução do bem-estar social.

Entrementes, na década de 70, por conta da novel crise econômica mundialmente instaurada por causa da crise do petróleo desencadeada naquela época, o Estado do Bem-Estar Social começou a dar sinais de sua insuficiência na promoção dos bens e serviços, assim como da sua incapacidade de promover o crescimento socioeconômico, consequentemente, de garantir o almejado bem-estar social, tendo em vista a escassez de recursos e a grande pauta assistencialista e prestacional assumida pelo Estado.

A profunda recessão econômica mundial, causada pela crise do petróleo dos anos setenta debilitou o Estado do Bem-Estar, motivou a reestruturação do sistema capitalista de produção e propiciou o surgimento de uma nova fase de acumulação e início de uma etapa de depressão, rupturas e convulsões no mundo do trabalho. A crise econômica do petróleo desorganizou os países industrializados, alimentou um processo inflacionário de forma descontrolada e o *déficit* público, em face da diminuição da arrecadação e aumento dos gastos sociais e do desemprego. Atingiu países periféricos com mais peso, em razão de fatores como a dívida externa, que passou a crescer, em face do aumento dos juros²⁸⁰.

²⁷⁷ CUNHA, Carlos Roberto. Op. cit. 2004, p. 43.

²⁷⁸ HOBBSAWM, Eric. Trad. Marcos Santa Rita e rev. Maria Célia Paoli. Era dos Extremos. *O breve século XIX: 1914-1991*. São Paulo, Companhia das Letras, 1995, p. 253.

²⁷⁹ “[...] as relações de trabalho estavam lastreadas em garantias estruturais nos países industrializados, obtidas nos áureos anos do desenvolvimento do pós-guerra, através de ajustes coletivos e políticas estatais baseadas no compromisso de expansão e de realinhamento da relação capital/trabalho”. CUNHA, Carlos Roberto. Op. cit. 2004, p. 48. “Nessa fase, o Direito do Trabalho encontrou plena ascensão e maturação e o movimento sindical expandiu-se sob vários matizes, desde o social-democrata até o movimento sob a forma de *sindicalismo de resultados*”. DELGADO, Gabriela Neves. Os Paradigmas do Estado Constitucional Contemporâneo. In *Constituição da República e Direitos Fundamentais: Dignidade da Pessoa Humana, Justiça Social e Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012, p. 25.

²⁸⁰ CUNHA, Carlos Roberto. Op. cit. 2004, p. 45. “A crise deflagrada pelo segundo choque do petróleo atinge e em cheio a economia brasileira. O processo de industrialização, ocorrido nas últimas décadas, gerou um forte crescimento do consumo de petróleo. Como a produção doméstica não conseguiu acompanhar a velocidade do consumo, a importação do petróleo continuou a crescer. O aumento do volume importado, somado ao aumento do preço do produto, fez com que os custos com a importação de óleo bruto subissem estratosféricamente. [...] No âmbito internacional, a escalada do preço do petróleo gerou forte impacto em toda a economia mundial. Como a maioria dos países desenvolvidos dependia da importação do produto para alimentar sua estrutura produtiva, o aumento dos preços desequilibrou a balança comercial e pressionou a inflação desses países. Para fazer frente a esses problemas, seus respectivos Bancos Centrais elevaram drasticamente as taxas de juros, encarecendo o crédito e o custo do serviço da dívida externa brasileira. [...] O aumento das importações e o crescimento do custo da dívida externa acabaram levando a economia brasileira a um estado de insolvência em suas contas externas, com altos déficits no Balanço de Pagamentos (registro de fluxo de recursos entre o país e o exterior), baixo volume de reserva de moeda estrangeira e aumento assustador da dívida externa [...]” LEITE

De igual modo, outro fator determinante para a decretação da falência do Estado do Bem-Estar social foi a saturação do mercado interno de consumo, devido a já concretizada reconstrução do pós-guerra, fator aquele que aliado à concorrência econômica dos mercados asiáticos levou a economia a uma crise decorrente da superacumulação e estagnação dos referidos mercados de consumo²⁸¹, se fazendo novamente necessária a adoção de novas medidas sociais, políticas, jurídicas e econômicas para a promoção do desenvolvimento e a retomada do crescimento econômico-social do Estado.

3.3 O Neoliberalismo

Na virada dos anos 70 para a década de 80, verificou-se a insuficiência do Estado do Bem-Estar Social em proporcionar o crescimento socioeconômico. A regulação e intervenção estatal no mercado e nas relações sociais dava sinal de esgotamento.

Nesse esteiro, ante a falência daquele modelo de Estado, pelos motivos já expostos, eclodiram vozes reclamando uma reestruturação econômica, industrial e produtiva/trabalhista, sobre as quais se o arrimou o ideal de conformação de um novo Estado orientado pela ideologia neoliberal, no intuito de possibilitar uma nova reestruturação mundial do capital e consequentemente num novo processo de acumulação de renda, desenvolvimento e crescimento socioeconômico.

Era a gênese do Estado conformado à luz do regime neoliberal, por meio do qual buscar-se-ia o desmonte do Estado do Bem-Estar Social.

No pensamento neoliberal, que ganha corpo, trabalha-se para “desmontar” o Estado de bem-estar social, abolindo as políticas assistencialistas. As medidas de apoio ao desempregado, direitos previdenciários, garantias do funcionário público, políticas de amparo à saúde e à educação estão perdendo espaço, já que o propósito é livrar o Estado desses encargos. Privilegia-se a estabilidade financeira, desconsiderando a política do emprego²⁸².

JÚNIOR, Alcides Domingues. *Desenvolvimento e Mudanças no Estado Brasileiro*. 2. ed. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração / UFSC, 2012, p. 42-44.

²⁸¹ CUNHA, Carlos Roberto. Op. cit. 2004, p. 46.

²⁸² OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Declínio do emprego. *Relações de trabalho: diagnóstico e prognóstico. Revista do Direito do Trabalho*, ano 3, n. 1, jan. 1997, p. 32. “A idéia fundamental era que o Estado deveria diminuir os gastos sociais e assim restaurar o que os liberais chamam de “desemprego natural”, ou seja, a idéia era na verdade diminuir ou eliminar a participação do fundo público na reprodução da força de trabalho e transferir o máximo do fundo para a reprodução ampliada do capital, de modo a quebrar o poder de barganha dos

O dito regime foi primeiramente implantado na Inglaterra, em 1979, pelas mãos da denominada Dama de Ferro, Margaret Thatcher. Posteriormente, no ano de 1980, foi implantado nos Estados Unidos no governo de Ronald Reagan, vindo em seguida ser adotado e alaistrado para as nações capitalistas, e com a queda do muro de Berlim e do regime político soviético o regime neoliberal soçobrou sobre as ideologias rivais²⁸³, consolidando-se no âmbito mundial, avançando também sobre os países que adotavam o regime socialista e comunista²⁸⁴.

O neoliberalismo compreende a liberação crescente e generalizada das atividades econômicas, englobando produção, distribuição, troca e consumo. Funda-se no reconhecimento da primazia das liberdades relativas às atividades econômicas como pré-requisito e fundamento da organização e funcionamento das mais diversas formas de sociabilidade, compreendendo não só as empresas, corporações e conglomerados, mas também as mais diferentes instituições sociais²⁸⁵.

A agenda neoliberal alcançou sua versão mais acaba e sistematizada no evento realizado em novembro de 1989 na capital dos Estados Unidos onde foram debatidos seus ideais, naquilo que se denominou de consenso de Washington²⁸⁶, tendo sido aquela agenda, em suma, arrimada sobre o tripé da desregulamentação das relações econômicas – notadamente das relações de mercado, de capital e de trabalho; das privatizações e da abertura dos mercados.

sindicatos e impingir o aumento da exploração da força de trabalho ao conjunto da classe trabalhadora que teria como resultado o extraordinário aumento do exército industrial de reserva”. GENNARI, Adilson Marques. *Globalização, Neoliberalismo e Abertura Econômica no Brasil nos Anos 90*. Disponível em: <<http://www.sinprodf.org.br/wp-content/uploads/2012/01/texto-5-globaliza%C3%A7%C3%A3o-e-neoliberalismo.pdf>>. Acesso em: 30 nov 2014.

²⁸³ CUNHA, Carlos Roberto. Op. cit., 2004, p. 86.

²⁸⁴ A globalização se expandiu entre as nações, também, através do sistema neoliberal. No Brasil, a implantação do Estado Neoliberal ocorreu em 1990, no governo de Fernando Collor de Mello que viabilizou as privatizações através da intervenção mínima do Estado na saúde, na educação e na economia o que implica em um Estado bom. Dentre os defensores deste modelo de administração pode-se citar o diplomata Roberto Campos. SOUZA, Andréia Nádia Lima de. *Globalização: Origem e Evolução*. Caderno de Estudos Ciência e Empresa, Teresina, Ano 8, n. 1, jul. 2011, p. 3.

²⁸⁵ IANNI, Octavio. *Globalização e Neoliberalismo*. Disponível em: <http://produtos.seade.gov.br/produtos/spp/v12n02/v12n02_03.pdf>. Acesso em: 22 nov 2014.

²⁸⁶ “As principais diretrizes de política econômica que emergiram abrangiam, segundo Batista (1994), as seguintes áreas: 1) disciplina fiscal; 2) priorização dos gastos públicos; 3) reforma tributária; 4) liberalização financeira; 5) regime cambial; 6) liberalização comercial; 7) investimento direto estrangeiro; 8) privatização; 9) desregulação; 10) propriedade intelectual”. GENNARI, Adilson Marques. *Globalização, Neoliberalismo e Abertura Econômica no Brasil nos Anos 90*. Disponível em: <<http://www.sinprodf.org.br/wp-content/uploads/2012/01/texto-5-globaliza%C3%A7%C3%A3o-e-neoliberalismo.pdf>>. Acesso em: 30 nov 2014.

As vozes neoliberais apregoavam a desregulamentação do mercado, pois “o número excessivo de regras e controles estatais sobre a economia inibia os investimentos privados, comprometendo o crescimento econômico²⁸⁷”.

Assim a reestruturação econômica ficou a cargo da denominada internacionalização e globalização da economia²⁸⁸, por intermédio da “intensificação das trocas comerciais e aumento dos fluxos financeiros, que concorre para a formação de um mercado mundial, o qual tende a substituir os diversos mercados nacionais²⁸⁹”, sendo, pois, imprescindível a abertura dos mercados econômicos.

Pela primeira vez na história humana, qualquer coisa pode ser feita em qualquer parte e vendida em toda parte. Em economias capitalistas isto significa produzir cada componente e executar cada atividade na região do globo em que isso pode ser feito a um custo menor e vender os produtos ou serviços resultantes onde os preços e lucros sejam mais altos. Minimizar custos e maximizar receitas é a maximização do lucro, o coração do capitalismo. [...] ²⁹⁰

Tal fato ensejou o relacionamento econômico entre várias nações, bem como a formação de blocos econômicos e integrações regionais²⁹¹, o surgimento de empresas transnacionais²⁹², denominadas multinacionais, “que dominam a produção, o comércio e as finanças internacionais” fazendo com que sejam as diretrizes econômicas “ditadas, assim, pelo mercado financeiro que, volátil, submete as nações às incertezas de seus humores²⁹³”.

²⁸⁷ COELHO, Ricardo Corrêa. Op. cit., 2012, p. 99.

²⁸⁸ “A vertente mais conhecida da globalização é a econômica. Todavia, pelo menos outras três podem se identificadas. Uma, relacionada ao avanço dos meios de comunicação, que compreendem, por exemplo, a informática, as grandes redes de computadores, a telemática, configurando o que se pode denominar de revolução tecnológica. Outra, correntes ao intercâmbio de informações e interação entre os povos, intensificados pela revolução tecnológica, com repercussões sociais e culturais, que contribuíram para o surgimento da chamada sociedade civil transnacional. A terceira, caracterizada pelo crescimento do direito internacional e das organizações internacionais, que lhe empresta caráter político e institucional”. SOARES FILHO, José. *Sociedade Pós-Industrial – e os aspectos da globalização na sociedade, no trabalho, na economia e no Estado*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 31.

²⁸⁹ SOARES FILHO, José. Op. cit., 2007, p. 31.

²⁹⁰ THUROW, Lester C. *O futuro do capitalismo: como as forças econômicas de hoje moldam o mundo de amanhã*. Trad. Nivaldo Montingelli Jr. 2. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997, p. 164.

²⁹¹ Tais como a União Européia (UE), Tratado de Livre Comércio da América do Norte (Nafta), Mercado Comum Sul-Americano (Mercosul), Comunidade de Estados Independentes (CEI) e Cooperação Econômica Ásia-Pacífico (Apec).

²⁹² “As grandes indústrias transnacionais, em cadeia, se espalharam em vários países, apoiadas em investimentos e alta tecnologia destacando-se, neste caso, v. g., as montadoras de automóveis, aviões, máquinas pesadas ou então simplesmente operacionalizam o controle – como, quando e onde a produção deve ser implementada e qual a fatia de lucro a ser obtida. Neste caso, não fabrica, administram a produção. Abrem parcerias, firmando contratos de franquia, subcontratação e terceirização com outras empresas menores e dependentes. Instala-se uma engenharia produtiva em rede, como é caso da fabricação de brinquedos, roupas e eletrônicos, além de outros produtos”. CUNHA, Carlos Roberto. Op. cit., 2004, p. 74.

²⁹³ GOLDSCHMIDT, Rodrigo. Op. cit., 2009, p. 119.

Através da exploração do mercado mundial, a burguesia deu um caráter cosmopolita à produção e ao consumo de todos os países. Para grande pesar dos reacionários, retirou debaixo dos pés da indústria o terreno nacional. As antigas indústrias nacionais foram destruídas e continuam a ser destruídas a cada dia. São suplantadas por novas indústrias, cuja a introdução se torna uma questão de vida ou morte para todas as nações civilizadas – indústrias que não mais empregam matérias-primas locais, mas matérias-primas provenientes das mais remotas regiões, e cujos, produtos são consumidos não somente no próprio país, mas em todas as partes do mundo. [...] Em lugar da antiga autossuficiência e do antigo isolamento local e nacional, desenvolve-se em todas as direções um intercâmbio universal, uma universal interdependência entre as nações²⁹⁴.

Nesse contexto a planificação da economia, que preconiza a livre circulação de capital pelos mercados, ensejou o processo de abertura e internacionalização das economias capitalistas e o fortalecimento do capital especulativo²⁹⁵, sendo o internacional mercado de capitais financeiros uma das características marcantes da globalização, inexistindo, pois, fronteiras para o mercado financeiro.

Nesse norte a internacionalização e fluidez do mercado financeiro internacional vão ao encontro dos anseios mais vorazes do capitalismo, qual sejam, a obtenção de lucro e a acumulação de renda.

A referida internacionalização tem como uma de suas principais características o capital especulativo, atualmente universalizado. E devido as inovações tecnológica e telemáticas, a instantânea troca de informações, na atualidade, circula *online* no mercado de capital um volume inestimado de dinheiro, sem o controle do Estado, aportando os investimentos nos países onde a remuneração dos juros são maiores, porém, sem que a “estadia” do capital em dado país seja permanente. Ela somente dura até que melhores vantagens de lucros e acumulação sejam vislumbradas em outro mercado.

O capital financeiro transnacional – migrante e sobranceiro – põe os Estados em conflito com a sua ordem jurídica e política interna. Trava-se um conflituoso intento de regular as atividades econômicas no sentido de convergir, concomitantemente, interesses nacionais com um clima auspicioso para os negócios, objetivando atrair e manter o capital financeiro alienígena, evitando a sua debandada em direção às possíveis pastagens mais verdes e lucrativas²⁹⁶.

Portanto, a internacionalização e globalização da economia atingem em cheio a soberania, a economia, a ordem jurídica e política interna do Estado.

²⁹⁴ MARX, Karl. *Manifesto do partido comunista*. Trad. Pietro Nassetti. 2. ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2008, p. 49.

²⁹⁵ “O capital especulativo gera baixo crescimento da economia e, por conseguinte, desarranja e precariza acentuadamente o mundo do trabalho, já estagnado e em estágio de acumulação flexível”. CUNHA, Carlos Roberto. Op. cit., 2004, p. 75.

²⁹⁶ CUNHA, Carlos Roberto. Op. cit., 2004, p. 183.

No que toca à ordem jurídica interna do Estado a desregulamentação do mercado, no intuito de tornar diminutos os custos da produção, teve como um de seus principais focos as relações de trabalho, vindo à tona o discurso da flexibilização das leis trabalhistas e diminuição dos encargos sociais/fiscais dos empregadores e a diminuição, o afastamento ou a intervenção indireta do Estado no mercado produtivo.

Tais aspirações tinham por objeto a tentativa de adaptação da prestação de trabalho à nova necessidade de alavancamento do novo processo de acumulação e desenvolvimento social que se buscava instituir²⁹⁷.

Na agenda neoliberal a flexibilização das leis trabalhistas e a desregulamentação da proteção do trabalho eram questões fulcrais, colmatadas sob o discurso de possibilitar a redução dos custos de produção e viabilizar a competição no mercado globalizado, pois a quantidade de direitos e leis trabalhistas bem como de encargos sociais aos empregadores criados pelo Estado de Bem-Estar Social onerava o custo da produção e inibia a criação de novos postos de trabalho, “portanto, ao invés de proteger os trabalhadores, os diversos direitos e garantias inscritos na legislação os estariam condenando ao desemprego²⁹⁸”.

Nessa perspectiva, impondo forte pressão ao Estado:

[...] As empresas granjearam facilidade para dispensa e utilização de trabalhadores eventuais, bem como adotar outros meios de redução de custos do trabalho. O compromisso do pós-guerra, no sentido de assegurar prestação de serviços mediante estáveis e de segurança de emprego, ao arrepio de dispensas arbitrárias, estava rompido. As formas de tutela do emprego foram questionadas e diminuídas, sob a acusação de responsabilidade pelo desemprego em escala ascendente²⁹⁹.

Dessa forma a necessidade de redução dos custos de produção, seguiu pela remodelação dos direitos individuais e sociais dos trabalhadores na busca de adequação das leis trabalhistas e sociais à nova realidade socioeconômica, tornando-se, portanto, as relações de trabalho menos estáveis e suscetíveis às necessidades de consumo e consequente produção de bens e prestação de serviços.

²⁹⁷ “O conceito neoliberal, nesse esforço de redução das despesas da produção e, em consequência, do preço dos bens produzidos, exigiu dos Estados medidas enérgicas que amparassem os empresários na execução dos programas de vendas intensas dos seus bens e serviços (internos e externos). O Estado teria várias maneiras de atuar nesse resultado. A mais eficaz e justa seria a diminuição da sobrecarga fiscal que onera, violentamente, as atividades empresariais nos países emergentes. Mas, como isso seria cortar na própria carne e pagar com seu próprio sangue, o Estado neoliberal procurou soluções diversas, dentre as quais – com o beneplácito e estímulo dos organismos internacionais (FMI e BIRD) – a redução progressivamente drástica dos encargos sociais dos empregadores, em especial dos direitos trabalhistas”. RUSSOMANO, Mozart Victor. Op. cit., 2009, p. 61.

²⁹⁸ COELHO, Ricardo Corrêa. Op. cit., 2012, p. 99.

²⁹⁹ CUNHA, Carlos Roberto. Op. cit., 2004, p. 49.

A reestruturação da prestação de trabalho surgiu de mãos dadas à reestruturação produtiva industrial, que se operou pela substituição do modelo fordista de produção³⁰⁰ pelo toyotismo aliado ao sistema de acumulação flexível.

O sistema produtivo criado por Henry Ford, em 1934, encontrava-se anacrônico com as bases impostas pela globalização, pois aquele era caracterizado pela excessiva rigidez em diversas áreas, notadamente:

[...] nos investimentos de capital fixo; no sistema de produção em massa (com rígida separação da concepção e do planejamento da produção em relação à execução das tarefas); na distribuição dos mercados, na alocação e nos contratos de trabalho (relações contratuais rígidas - com marcante presença dos sindicatos na regulação das relações trabalhistas e regras rígidas de contratação e demissão de trabalhadores); no planejamento e crescimento relativamente estável do mercado de consumo e nos compromissos do Estado (existência de um Estado-previdência capaz de garantir a estabilidade social e política)³⁰¹.

Por meio do toyotismo se “visa, em síntese, elevar a produtividade do trabalho e a adaptabilidade da empresa a contextos de alta competitividade no sistema econômico e de insuficiente demanda no mercado consumidor³⁰²”, especialmente pela horizontalização da produção e contratação de outras empresas, de médio e pequeno porte, para o incremento do processo produtivo, reduzindo-se, conseqüentemente, o quadro administrativo e trabalhista da empresa pólo.

O toyotismo propõe a subcontratação de empresas, a fim de delegar a estas tarefas instrumentais ao produto final da empresa polo. Passa-se a defender, então, a idéia de empresa enxuta³⁰³, disposta a concentrar em si apenas as atividades essenciais a

³⁰⁰ “[...] método desenvolvido pelo americano Henry Ford para a linha de produção de automóveis, significa a especialização empresarial num só produto e cada operário realizando determinada tarefa”. CUNHA, Carlos Roberto. Op. cit. 2004, p. 46. “O ‘fordismo’ seria a aplicação do ‘taylorismo’ em grande escala. Tinhas as seguintes características: adotava um sistema generalizante, que não era especialista em determinada matéria; havia estratificação dos níveis hierárquicos na empresa; partia do pressuposto da autossuficiência; pretendia atingir mercados nacionais e não mercados globais, como temos hoje; compreendia o desenvolvimento de tecnologia de longa maturação, fazendo estoques de insumos e matérias-primas; havia um número muito grande de trabalhadores, com pagamento de baixos salários. Destaca-se nessa fase a produção em massa feita na linha de montagem. O trabalhador passa a fazer todo o dia uma atividade monótona e mecânica. Houve um aumento da produção com o sistema. O trabalho é prestado sob a forma subordinada. O contrato de trabalho é de prazo indeterminado. A empresa tem estrutura rígida”. MARTINS, Sérgio Pinto. *Flexibilização das Condições de Trabalho*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 6.

³⁰¹ SIQUEIRA, Holgóni Soares Gonçalves. *A globalização sob a ótica da acumulação flexível*. Disponível em: <file:///C:/Users/Carlos%20A/Downloads/856-3010-1-PB.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2014.

³⁰² DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: LTr, 2005, p. 47.

³⁰³ Pontua Viana que “a empresa enxuta exige de cada empregado um certo espírito de iniciativa e vai suprimindo, em progressão crescente, vários níveis hierárquicos, não menos certo é que o próprio modo de produzir acentua a taxa de dominação. E que, como vimos, não há estoques - nem de produtos, nem de tempo. As respostas devem ser rápidas, precisas, na medida da necessidade do cliente - necessidade esta que é traduzida por cada segmento produtivo, visto também como se fosse um cliente. Tudo é sem folgas, sem falhas, sem fôlego. Por isso, a visibilidade deve ser perfeita, como num tubo de cristal”. VIANA, Márcio Túlio. *A Proteção*

seu objetivo principal, repassando para as empresas menores, suas subcontratadas, o cumprimento das demais atividades necessárias à obtenção do produto final almejado³⁰⁴.

[...] Ao invés de produção em massa, homogênea, com fábricas verticalizadas e operários-massa, desabrocha um novo modelo no qual vigora um estilo de produzir marcado pelo alto padrão tecnológico (revolução da microeletrônica), capital horizontal, terceirização e a ideia de células de produção, substituindo o trabalho mecânico do homem³⁰⁵.

Por sua vez o sistema de acumulação flexível idealizado por David Harvey “[...] se apoia na flexibilização dos processos de trabalho³⁰⁶, dos mercados de trabalho, dos produtos e padrões de consumo³⁰⁷”.

A necessidade de competição no mercado internacional de consumo reclamava uma flexibilidade geral sobre os processos de produção³⁰⁸, conseqüentemente, numa adoção de novas técnicas de produção, especialmente orientadas pela introdução de soluções

Social Do Trabalhador No Mundo Globalizado - *O Direito Do Trabalho No Limiar Do Século XXI*. Disponível em: <http://www.fd.unb.br/index.php?option=com_zoo&task=item&item_id=238&Itemid=2994&lang=br>. Acesso em: 30 nov 2014.

³⁰⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. Op. cit., 2005, p. 48. “concomitantemente ao processo de descentralização das etapas periféricas de produção criado pelas grandes empresas, surgem as empresas de pequeno e médio portes, instituídas para subsidiar as de grande potencial, mediante a produção de atividades-meio, o que possibilita a complementação do ciclo do processo produtivo”. DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo*. São Paulo: Ltr, 2004, p. 100.

³⁰⁵ GONÇALVES, Antônio Fabrício de Matos. *Flexibilização trabalhista*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 83-84.

³⁰⁶ Como nova forma de processo produtivo, pode ser citado o modelo denominado toyotista, inaugurado no Japão no Século XX nas fábricas da empresa Toyota, que inovaram a organização administrativa e trabalhista das empresas, deixando a organização vertical, fordista, passando a adotar a organização horizontal. [...] as empresas deixaram de se organizar de forma vertical, e passaram a se organizar de forma horizontal. Quer isso dizer que, se num primeiro momento, chamado pela doutrina de período fordista, as empresas produziam, ou ao menos procuravam produzir elas mesmas todos os elementos necessários para suas atividades, num segundo momento, denominado toyotista, passaram elas a adquirir de terceiros o máximo possível dentre aqueles elementos necessários para suas atividades”. HINZ, Henrique Macedo. *Alterações no modo de organização da produção e requisitos para caracterização da relação de emprego*. Disponível em: <http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/1033087/Rev41_art8/7dc5f808-2b0e-4f1f-97de-08c5ad48e439>. Acesso em: 18 nov 2014.

³⁰⁷ HARVEY, David. *Condição Pós-Moderna*. 15. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006, p. 140.

³⁰⁸ Que permite sistemas de produção personalizada reprogramável e facilmente cambiáveis para atenderem “as variações do mercado (flexibilidade do produto) e das transformações tecnológicas (flexibilidade do processo)” CASTELLS, Manuel, *A sociedade em rede - A era da informação: economia, sociedade e cultura- vol.1- trad. de Roneide Venâncio Majer*. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 148 *apud* SIQUEIRA, Holgonsi Soares Gonçalves. *A globalização sob a ótica da acumulação flexível*. p. 5. Disponível em: <<file:///C:/Users/Carlos%20A/Downloads/856-3010-1-PB.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2014.

tecnológicas na linha de produção³⁰⁹, no que se denominou chamar de Terceira Revolução Industrial³¹⁰.

O avanço da tecnologia se mostrou surpreendente, e excludente. Surpreendente pelo constante e paulatino avanço tecnológico. E excludente pelo fato de ter promovido a automação e robotização dos processos de produção, que levaram à substituição da mão-de-obra operária por avançadas máquinas inseridas e integradas no processo produtivo das fábricas.

A racionalização dos custos do trabalhado, com a adoção de soluções tecnológicas com a introdução da tecnologia e da automação no processo produtivo, causou uma nova onda de desemprego, bem assim remodelou a organização da mão-de-obra produtiva.

A alta tecnologia conduz o sistema capitalista a um processo de exclusão e crise superiores às precedentes. Amplos setores da sociedade são descartados do processo produtivo. A força do trabalho é substituída por tecnologias altamente desenvolvidas, levando à falência empresas e provocando desemprego em massa. [...] Os empregadores conservam em suas empresas um reduzido número de trabalhadores permanentes, preferindo contratar assalariados temporários, com menos direitos e garantias sociais de que desfrutavam aqueles³¹¹.

No intuito de ampliação do ramo de atuação das empresas privadas e promoção do desenvolvimento e crescimento econômico também foi apregoada a necessária diminuição ou mesmo o desaparecimento do Estado na participação no mercado produtivo, que deveria ser relegado à iniciativa privada.

Nessa vereda, o neoliberalismo teve como uma de suas tônicas a necessidade de privatização dos serviços públicos, ao argumento de que as empresas estatais seriam deficitárias, por estarem sob o pálio protetivo do Estado ao abrigo das leis do mercado, e os seus serviços prestados sem eficiência necessária à satisfação do mercado de consumo, interno ou externo, freando, assim, o almejado expansionismo econômico.

Portanto, a transferência para a iniciativa privada da exploração e prestações de bens e serviços até então sob a exclusividade das empresas estatais teve como engodo o escopo de torná-las eficientes e lucrativas, afastando do Estado o ônus de financiar sua manutenção e

³⁰⁹ “A eletrônica substitui a eletromecânica como base da automação, de tal forma que os microprocessadores dedicados ou computadores dedicados passaram a guiar o sistema de máquinas ou fazer parte deles”. COUTINHO, Luciano. *A Terceira Revolução Industrial e Tecnológica: As Grandes Tendências de Mudanças*. Disponível em: < file:///C:/Users/Carlos%20A/Downloads/coutinho.pdf>. Acesso em: 19 nov 2014.

³¹⁰ “O estopim dessa revolução – Terceira Revolução Industrial – foi aceso pela invenção do transistor, em 1947 e do circuito integrado, em 1958, que deram origem ao chip e daí ao computador”. CUNHA, Carlos Roberto. Op. cit., p. 2004, 59.

³¹¹ SOARES FILHO, José. Op. cit., 2007, p. 58-59.

expansão, possibilitando o emprego da receita estatal em áreas que obrigatoriamente deveria o Estado intervir, como por exemplo, na educação, na saúde e assistência social³¹².

O poder estatal é liberado de todo e qualquer empreendimento econômico ou social que possa interessar ao capital privado nacional e transnacional. Trata-se de criar o “Estado mínimo”, que apenas estabelece e fiscaliza as regras do jogo econômico, mas não joga. Tudo isto baseado no suposto de que a gestão pública ou estatal de atividades direta e indiretamente econômicas é pouco eficaz, ou simplesmente ineficaz. O que está em causa é a busca de maior e crescente produtividade, competitividade e lucratividade, tendo em conta mercados nacionais, regionais e mundiais. Daí a impressão de que o mundo se transforma no território de uma vasta e complexa fábrica global [...] ³¹³.

Destarte, tem-se que o ideal neoliberal, redefinindo os pontos de contato na relação entre o Estado e o mercado e as relações sociais, logrou alcançar tamanha difusão e reestruturação política, econômica, jurídica dos Estados vez que exsurgido concomitantemente com a dita globalização, sobremodo expandida após o término da Guerra Fria, sendo aquela identificada como a:

mudança da economia mundial capitalista, sobretudo nos anos 80, consistente em: progresso tecnológico, acumulação financeira de capitais, internacionalização da vida econômica, social, cultural e política, com a derrubada dos obstáculos ao desenvolvimento das atividades dos grandes grupos econômicos, das barreiras comerciais e não-comerciais, graças à liberação e à desregulamentação, tendo como respaldo, a teleinformática e os satélites de comunicação ³¹⁴.

Assim, na atual quadra na história mundial iniciada com a tomada mundial da globalização é a visão neoliberal do mundo, com todos os influxos dela decorrente, estando presentes em todos os países de economia capitalista.

3.4. Flexibilização dos Direitos Trabalhistas

De proêmio se faz necessário antecipar que são bastante polêmicas as discussões que encampam o tema da flexibilização dos direitos trabalhistas ³¹⁵.

³¹² COELHO, Ricardo Corrêa. Op. cit., 2012, p. 99.

³¹³ IANNY, Octavio. Op. cit., p. 27.

³¹⁴ SOARES FILHO, José. Op. cit., 2007, p. 40.

³¹⁵ CUNHA, Carlos Roberto. Op. cit., 2004, p. 174.

Digladiam-se defensores e opositores à flexibilização calcados em convicções teórico-jurídicas ou econômicas, ponderando as vantagens e desvantagens daquela³¹⁶.

Para uns, a flexibilização é o anjo, para outros, o demônio. Está entre o céu e o inferno. Para certas pessoas, é a forma de salvar a pátria dos males do desemprego, para outras, é uma forma de destruir tudo aquilo que o trabalhador conquistou em séculos de reivindicações, que apenas privilegiam os interesses do capital, sendo uma forma de fazer com o que o empregado pague a conta da crise econômica. Seria, assim, uma poção maléfica³¹⁷.

Como bem pondera VIANA:

[...] a própria palavra “flexibilização” é extremamente flexível. Dependendo do contexto em que se insere, pode se mostrar democrática ou tirana, moderna ou antiquada, simpática ou cruel. Em geral, no Direito do Trabalho, tem servido para passar uma ideia democrática, moderna e simpática de uma proposta tirana, antiquada e cruel³¹⁸.

Os defensores entendem, em suma, ser a flexibilização a milagrosa forma para a adequação da legislação trabalhista às novas exigências e condições fáticas e competitivas impostas pela: robotização e automação do processo produtivo; reestruturação da organização produtiva e administrativa das empresas/fábricas; diminuição dos custos de produção³¹⁹; reestruturação econômica, política e jurídica impulsionada pela globalização e internacionalização da economia, que teve como consequências a derrubada das fronteiras dos mercados e, principalmente, a desregulamentação seguida do mercado de trabalho, de capitais e de bens e serviços³²⁰.

Nesse esteio, possível se notar com relativa clareza que a base argumentativa da flexibilização dos direitos trabalhistas é calcada nas razões inseridas na pauta neoliberal, engendrada para reestruturação do capital, posta em prática a partir da falência do Estado do Bem-Estar Social, ocorrida na década de 80.

Por outro viés, os opositores, em resenha, esgrimam a tese da flexibilização ao argumento de que aquela não seria capaz de concretizar o seu intento, notadamente, o de frear o desemprego, garantir o aumento de empregos com a criação de postos de trabalho, aumentar

³¹⁶ MATTIOLI, Maria Cristina. Participação e Flexibilização. *Revista LTr*. São Paulo, v. 59, n. 4, p. 512, abr. 1995.

³¹⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. *Flexibilização das Condições de Trabalho*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 1.

³¹⁸ VIANA, Márcio Túlio. Quando a livre negociação pode ser um mau negócio. *Suplemento Trabalhista LTR*, 2002, vol. 3, p. 11-14.

³¹⁹ “[...] faz parte do receituário neoliberal que propugna pela diminuição do custo operacional e pela destruição dos direitos sociais como forma de combate ao desemprego”. DELLAGRAVE NETO, José Afonso. (Coord.) *Direito do Trabalho Contemporâneo: flexibilização e efetividade*. São Paulo: LTr, 2003, p. 21.

³²⁰ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: Ltr, 2011, p. 68.

o crescimento socioeconômico possibilitando uma melhor redistribuição de renda. Pelo contrário, seria a verdadeira opressão da classe trabalhadora posta a serviço do mercado, quando deveria o mercado ser posto a serviço da coletividade.

Representaria a flexibilização a vitória da autonomia privada, individual ou coletiva, sobre o interesse público-social que permeia as relações de trabalho, desumanizando a prestação de trabalho por meio da precarização das condições laborais, perdendo, portanto, o Direito do Trabalho, umas de suas precípua e centrais funções, quais sejam, a protetiva e a civilizatória-democrática³²¹ além de tornar o trabalho um simples produto, barateável, comutável, supérfluo.

Conforme previamente abordado no Capítulo 01 do presente trabalho científico, o Direito do Trabalho surgiu na segunda metade do Século XIX, tendo como finalidade basilar proteger individual e coletivamente e amparar socialmente o trabalhador, por conta da demasiada exploração da força de trabalho verificada à época³²².

A obstinada busca pela acumulação de capital e a desmedida liberdade contratual que causava imenso desequilíbrio na pactuação das condições de trabalho ensejava o empobrecimento da classe trabalhadora e a concentração de renda nas mãos da classe dominante, por conta da ilusória conquista dos direitos individuais de liberdade e de igualdade, inclusive a contratual, pretensamente conquistados com o advento da Revolução Francesa³²³.

Portanto, o Direito do Trabalho, desde a sua origem, foi (e é) destinado à proteção³²⁴ do trabalhador, sujeito hipossuficiente da relação de trabalho.

³²¹ Esclarece Godinho que a função civilizatória e democrática é própria do Direito do Trabalho. “Esse ramo jurídico especializado tornou-se, na História do Capitalismo Ocidental, um dos instrumentos mais relevantes de inserção na sociedade econômica de parte significativa dos seguimentos sociais despossuídos de riqueza material acumulada, e que, por isso mesmo, vivem, essencialmente, de seu próprio trabalho. Nessa linha, ele adquiriu o caráter, ao longo dos últimos 150/200 anos, de um dos principais mecanismos de controle do mercado e sistema de capitais. Ao lado disso, também dentro de sua função democrática e civilizatória, o Direito do Trabalho consumou-se como um dos mais eficazes instrumentos de gestão e moderação de uma das mais importantes relações de poder existentes na sociedade contemporânea, a relação de emprego”. GODINHO, Mauricio Delgado. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 58.

³²² “Com efeito, o Direito do Trabalho é marcado pelo seu conteúdo tutelar em relação ao trabalhador, ou seja, as normas jurídicas que o compõem são voltadas à proteção da parte mais fraca da relação de trabalho, que é justamente a pessoa do trabalhador. [...] o Direito do Trabalho, que tem por objeto a regulação do trabalho humano, repousa suas bases na proteção e na promoção da dignidade da pessoa humana, notadamente do trabalhador [...]” GOLDSCHMIDT, Rodrigo. Op. cit., 2009, p. 78.

³²³ “A igualdade e a liberdade contratual nas relações de trabalho revelaram-se utópicas, diante do desequilíbrio de forças existente entre o operário e o tomador de serviços – o intervencionismo foi a fórmula encontrada para frenar a opressão do capital sobre o trabalho”. CUNHA, Carlos Roberto. Op. cit., 2004, p. 334.

³²⁴ “O princípio da proteção se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador. Enquanto no direito comum uma constante preocupação central parece assegurar a igualdade jurídica entre os contraentes, no Direito do Trabalho a preocupação central parecer ser a de proteger

Destarte a secular proteção do trabalhador traduz-se em um princípio jurídico porquanto recebe “carga deontológica em razão de sua manifestação histórico-cultural no seio de uma comunidade política³²⁵”.

Nesse giro, voltando os olhos para a Constituição da República de 1988 em uma análise crítica e global do texto constitucional é possível intuir que o princípio da proteção encontra assento constitucional³²⁶ por conta da disciplina constitucional dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores declarados e constitucionalizados nos artigos 6º e 7º, neste mormente.

Como princípio jurídico constitucional, o princípio da proteção é materialmente fundante da juridicidade do próprio Direito do Trabalho, sendo o referido viés protetivo exigido pelo próprio sistema jurídico³²⁷, quer seja na formação, interpretação e aplicação das normas juslaborais.

O princípio da proteção tem por escopo efetivar a “proteção dos direitos fundamentais da pessoa, da realização do princípio da igualdade real entre os atores sociais partícipes da relação jurídica de trabalho e da dignidade da pessoa humana do trabalhador³²⁸”.

Deste modo, a base teórica e fundante da flexibilização dos direitos trabalhistas inevitavelmente conflita com a normatividade e a materialidade principiológica fundamental dos sociais e fundamentais direitos trabalhistas, individuais e/ou coletivos, que salvaguardam, por meio do seu núcleo essencial, o mínimo essencial dos direitos da classe trabalhadora, no escopo de possibilitar a prestação de trabalho e a existência digna do trabalhador e a de sua família³²⁹.

uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes”. RODRIGUES, Américo Plá. *Princípios do Direito do Trabalho*. Trad. Wagner D. Giglio. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 83.

³²⁵ STRECK, Lênio Luis. *Direito não pode ser corrigido por valores morais*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-02/valores-morais-nao-podem-nortear-principios-juridicos-lenio-streck>>. Acesso em: 21 nov 2014.

³²⁶ “O princípio da proteção está sediado no art. 7º *caput* da Constituição Federal e não se mantém adstrito ali, irradiando o seu esplendor para toda a legislação infraconstitucional”. CUNHA, Carlos Roberto. Op. cit., 2004, p. 337.

³²⁷ Castanheira Neves distinguindo os princípios constitucionais dos princípios gerais do direito, a pontada que aqueles “se distinguem decisivamente do ‘princípios gerais do direito’ que o positivismo normativista-sistemático via como axiomas jurídico-rationais do seu sistema jurídico, pois são agora princípios normativamente materiais fundamentantes da própria juridicidade, expressões normativas de ‘o direito’ em que o sistema jurídico cobra o seu sentido e não apenas a sua racionalidade”. CASTANHEIRA NEVES, Antônio. A crise actual da filosofia do direito no contexto global da crise da filosofia. *Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Coimbra: Coimbra Ed, 2003, p. 108.

³²⁸ SCHIAVI, Mauro. Proteção jurídica à dignidade da pessoa humana do trabalhador. Disponível em: <http://www.lacier.com.br/artigos/periodicos/protecao_juridica.pdf>. Acesso em: 23 nov 2014.

³²⁹ CUNHA, Carlos Roberto. Op. cit., 2004, p. 345.

Os direitos trabalhistas trazem, a um só tempo, (1) de forma individual e subjetiva o direito de a pessoa ter acesso ao mercado de trabalho por meio do fundamental direito à liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (art. 5º, XIII, CF/88), e (2) de forma social e coletiva a garantia de um patamar civilizatório mínimo³³⁰ do trabalhador, amparando-o socialmente.

Por isso, a flexibilização dos direitos trabalhistas deve ser pensada com cautela, pois atinge diretamente a função social dos referidos fundamentais direitos, função aquela que se encontra atrelada à esfera da dignidade social do trabalhador.

[...] a ideia de dignidade não se reduz, hoje, a uma dimensão estritamente particular, atada a valores imanescentes à personalidade e que não se projetam socialmente. Ao contrário, o que se concebe inerente à dignidade da pessoa humana é também, ao lado dessa dimensão estritamente privada de valores, a afirmação social do ser humano. A dignidade da pessoa fica, pois, lesada caso ela se encontre em uma situação de completa privação de instrumentos de mínima afirmação social. Enquanto ser necessariamente integrante de uma comunidade, o indivíduo tem assegurado por este princípio não apenas a intangibilidade de valores individuais básicos, como também um mínimo de possibilidade de afirmação no plano social circundante. Na medida desta afirmação social é que desponta o trabalho, notadamente o trabalho regulado, em sua modalidade mais bem elaborada, o emprego³³¹.

A gênese do fenômeno da flexibilização dos direitos trabalhistas remonta à década de 80³³², sendo contemporânea à crise econômica que solapou e se alastrou pela Europa e os Estados Unidos nos anos que se seguiram, tendo sido aquela deflagrada na década anterior pela crise do petróleo que causou e elevou sobremodo o número de desemprego, bem assim por contra dos constantes avanços tecnológicos e reestruturação do processo produtivo e do capital no *novel* processo de acumulação inaugurado com o neoliberalismo.

As pretensões da flexibilização foram maximizadas pela agenda neoliberal espalhada pelo mundo capitalista por meio da globalização.

Sennett, citado por Silva, esclarece que a palavra ‘flexibilidade’, da qual se criou o neologismo flexibilização, “derivou originalmente da simples observação de que, ainda que a árvore se dobre com o vento, seus galhos voltam à posição no normal”. Daí a alegoria de que “o comportamento humano deveria ser flexível, de adaptação às circunstâncias variáveis³³³”.

³³⁰ GODINHO, Mauricio Delgado. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 117.

³³¹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 43-44.

³³² BELTRAN, Ari Possidonio. *Flexibilização, globalização, terceirização e seus impactos nas relações de trabalho*. Revista Ltr, v. 61, abril. 1997, p. 61-04/491, São Paulo: LTr, 1997.

³³³ SENNETT, Richard. A corrosão do caráter: as consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo. Trad. Marcos Santarrita. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 53-73 *apud* SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira.

Deste modo, perceptível que o vocábulo flexibilização traz consigo a ideia de tornar maleável, adaptável, por flexão, os direitos trabalhistas às novas condições de produção, socioeconômicas e tecnológicas surgidas na pós-modernidade³³⁴, ou seja, na virada da era moderna para esta nova era volúvel iniciada após a queda dos Estados Liberal e do Bem-Estar Social e do surgimento, expansão e desenvolvimento do Estado Neoliberal, conjuntamente com todas as novidades exurgidas com a revolução tecnológica, telemática e informática, internacionalização econômica e derrubada das fronteiras dos mercados de consumo, trabalho e financeiro³³⁵.

Portanto, por meio da flexibilização pretender-se-ia estabelecer um conjunto de medidas legais ou convencionais destinadas a dotar o Direito do Trabalho de mecanismos que o possibilite se adaptar às novas condições decorrentes da reestruturação econômica, política, jurídica, produtiva, tecnológica e sociais instaladas a partir da falência do Estado do Bem-Estar Social, potencializadas pelo neoliberalismo e pela globalização.

Dessarte, a flexibilização traduzir-se-ia num “conjunto de regras que tem por objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica ou social existentes na relação entre o capital e o trabalho³³⁶”. Assim, seria “[...] concebida no sentido de que o ordenamento jurídico – o constitucional-trabalhista, em especial – se mantenha maleável, em detrimento da rigidez dos direitos sociais³³⁷”.

Assevera COSTA que:

A flexibilidade laboral é o instrumento ideológico neoliberal e pragmático de que se vêm servindo os países de economia de mercado, para que as empresas possam contar com mecanismos jurídicos capazes de compatibilizar seus interesses e os dos seus trabalhadores, tendo em vista a conjuntura econômica mundial, caracterizada pelas rápidas e contínuas

A Flexibilização da Jornada de Trabalho e a Violação do Direito à Saúde do Trabalhador: *uma análise jurídica comparativa dos sistemas jurídicos brasileiro e espanhol*. São Paulo: LTr, 2013, 192.

³³⁴ “[...] mundo pós-moderno: um mundo de presente eterno, sem origem ou destino, passado ou futuro; um mundo no qual é impossível achar um centro ou qualquer ponto ou perspectiva do qual seja possível olhá-lo firmemente e considerá-lo como um todo; um mundo em que tudo que se apresenta é temporário, mutável ou tem o caráter de formas locais de conhecimento e experiência. Aqui não há estruturas profundas, nenhuma causa secreta ou final; tudo é (ou não é) o que parece na superfície. É um fim à modernidade e a tudo que ela prometeu e propôs”. KUMAR, Krishan. *Da Sociedade Pós-Industrial à Pós-Moderna: Novas Teorias sobre o Mundo Contemporâneo*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, p. 158-159.

³³⁵ “A flexibilização das normas que compõe o Direito do Trabalho e, por vezes, a revogação de algumas delas, isto é, a desregulamentação, são filhas da globalização da economia, embora os primeiros ensaios tenham sido praticados na Europa Ocidental, em decorrência dos choques petrolíferos dos anos 70. A revolução tecnológica dos nossos dias, associada ao fim da guerra fria, decorrente da implosão do império soviético, possibilitou a globalização da economia e, a alguns países plenamente desenvolvidos, a intensa campanha em prol da liberalização do comércio mundial”. SÜSSEKIND, Arnaldo. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2003-abr-07/arnaldo_sussekind_repudia_flexibilizacao_selvagem >. Acesso em: 01 dez d2014.

³³⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 453.

³³⁷ GOLDSCHMIDT, Rodrigo. Op. cit., 2009, p. 128-129.

flutuações do sistema econômico, pelo aparecimento de novas tecnologias e outros fatores que exigem ajustes inadiáveis³³⁸.

Logo a flexibilização teria como uma de suas pretensões “conferir efeitos plenos à autonomia da vontade privada de patrões e empregados, por intermédio de atos praticados por si próprios ou representados pela entidade sindical³³⁹”. Tudo isso no intuito de que os referidos agentes sociais de forma livre melhor adequem as condições de trabalho às condições econômicas e trabalhistas por eles vivenciadas e impostas pelas variações do mercado.

Nesse norte, a linha de conflito da flexibilização com as garantias e direitos fundamentais dos trabalhadores é constatada quando verificada a “imposição de condições precárias às relações de trabalho em favorecimento dos interesses econômicos e em detrimento das conquistas sociais³⁴⁰”. Em última medida, quando imposta em detrimento da dignidade individual e social do trabalhador.

Segundo BARROS (2011, p. 69) a flexibilização teve dois momentos históricos, o primeiro concomitante com o chamado “direito do trabalho de emergência”, que demandava a imediatidade de adaptação daquele ramo do direito às novas condições econômicas, sociais e tecnológicas exurgida após a crise do Estado do Bem-Estar Social³⁴¹, e o segundo coincidente com a “instalação da crise” correspondente às reivindicações patronais permanentes de redução dos encargos sociais e do custo da produção.

Ainda segundo a doutrina a flexibilização quanto ao seu objeto desdobraria em interna e externa. Naquela conferindo maior autonomia e amplitude ao poder direcional do empregador possibilitando maior liberdade de ordenação do trabalho dentre da empresa,

³³⁸ COSTA, Orlando Teixeira da. *Direito Alternativo ou Flexibilização*. Revista Ltr, v. 56, n. 7, p. 56-07/779-780, São Paulo: Ltr, 192.

³³⁹ CAIRO JÚNIOR, José. *Curso do Direito do Trabalho: direito individual e coletivo do trabalho*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 120.

³⁴⁰ SOUZA, Vanessa Roberta do Rocio. Op. cit., p. 173. Transparece do magistério de MARTINS a finalidade econômica da flexibilização. Salienta o referido autor que: “Flexibilização não é exatamente a revogação ou exclusão de direitos trabalhistas, mas a modificação de certos direitos mediante negociação coletiva, notadamente dias das crises econômicas”. MARTINS, Sérgio Pinto. *Flexibilização das Condições de Trabalho*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 1. Nota-se pela ilação do referido autor que os direitos trabalhistas são postos à conveniência das flutuações e instabilizadas econômicas. Esse campo os direitos que têm função de firmar um padrão civilizatório mínimo, amparando o trabalhador, passa a ser moldado de acordo com o humor das economias globalizadas, do capital especulativo. O esvaimento dos direitos trabalhistas ventam como suaves brisas em prol do empresariado e voltam como tufões contra os trabalhadores.

³⁴¹ “A expressão Direito do Trabalho da Emergência indica o caráter transitório das inovações, as quais visariam ao atendimento de situação crítica provisória. A adjetivação adaptabilidade manifesta o objetivo de promover o ajustamento, o amoldamento das normas trabalhistas à realidade atual. Por fim, o termo flexibilização vincula-se à necessidade de conceder às regras obreiras maior plasticidade, maleabilidade, destituindo-as da rigidez tradicional”. NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. *Flexibilização do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1991. p. 5.

compreende a mobilidade/transferência funcional e geográfica do trabalhador, a alteração das condições da prestação de trabalho, o tempo de jornada de trabalho, conseqüentemente, o salário pago pelo trabalho prestado³⁴².

Por outro lado, a flexibilização externa seria a “implementação de instrumentos capazes de ampliar a liberdade para as contratações e dispensas dos trabalhadores, segundo a conveniência das empresas³⁴³”. Assim, relaciona-se às formas de contratação e de dispensa que sejam mais convenientes e oportunas à empresa.

Entretanto, denuncia a doutrina que, por trás do discurso da flexibilização, de fato, remanescente a pretensão de redução e extinção dos direitos trabalhistas já que aquela seria sinônimo de sacrifício, renúncia ou perda, permanente ou temporária, de direitos conquistados a duras penas.

A flexibilização dos direitos trabalhistas, portanto, implicaria em *reformatio in pejus* para a classe trabalhadora, pois representaria o paulatino “[...] afastamento sistemático do direito adquirido pelo trabalhador e que ficaria ineficaz sempre que a produção econômica o exigisse, enfim, o crescimento do direito potestativo do empregador [...]”³⁴⁴, prevalecendo a afirmação de Scelle, citado por LAVOR, de que “no princípio foi a lei do patrão; hoje é a lei do Estado; no futuro será a lei das partes³⁴⁵”.

Nessa moldura adverte CUNHA que a flexibilização:

Adquire o matiz de discurso ideológico, tornando-se, dessarte, um instrumento de dominação que oculta os objetivos do sistema capitalista, especialmente para atender os interesses escusos da ordem econômica internacional, que engolfa projetos ácidos de flexibilização sobre o mundo do trabalho, de redução substancial e mesmo eliminação pura e simples de conquistas sociais de longa data, em prol do mais-ter, enquanto cresce a multidão do menos-ter e do nada-ter³⁴⁶.

Fenômeno similar à flexibilização é a desregulamentação ou flexibilização heterônoma dos direitos trabalhistas. Embora ambas tenham a mesma finalidade³⁴⁷, ou seja, “servem ao mesmo plano neoliberal, fazendo parte, como um todo, do processo de supressão

³⁴² BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: Ltr, 2011, p. 69.

³⁴³ CUNHA, Carlos Roberto. Op. cit., 2004, p. 152-153.

³⁴⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 137.

³⁴⁵ LAVOR, Francisco Osani de. *Formas alternativas de solução dos conflitos individuais e coletivos de trabalho*. Disponível em: < <http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/3142/3142.PDF>>. Acesso em: 29 nov 2014.

³⁴⁶ CUNHA, Carlos Roberto. Op. cit., 2004, p. 122.

³⁴⁷ “Ambas, no entanto, quando apoiadas no pressuposto da necessidade de alterar as relações de trabalho, para fins de satisfação do interesse econômico, acabam se constituindo em meros instrumentos de redução dos custos do trabalho, mascarando-se tal intenção”. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A Fúria. *Revista LTr*, São Paulo, v. 66, n. 11, p. 1287-1309, 2002.

das conquistas obtidas no Estado Social³⁴⁸”, não guardam entre si idêntica natureza, efeitos e consequências.

Enquanto a flexibilização prega o absenteísmo estatal dando prevalência à autonomia individual e coletiva aos sujeitos da relação capital/trabalho na pactuação das condições do contrato de trabalho, respeitado um limite mínimo e geral legislado e outorgado pelo Estado, a desregulamentação vaticina a ab-rogação das normas estabelecedoras dos direitos trabalhistas e sociais dos trabalhadores, afastando por completo a proteção estatal do trabalhador, ficando os direitos e obrigações da relação jurídica-laboral adstrita à livre pactuação coletiva dos agentes integrantes da classe profissional e da econômica.

De acordo com BARROS “o fenômeno da flexibilização é encarado também sob o enfoque da ‘desregulamentação normativa’, imposta pelo Estado, a qual consiste em derrogar vantagens de cunho trabalhista, substituindo-as por benefícios inferiores³⁴⁹”.

Adverte NASCIMENTO que:

Desregulamentação é o vocábulo que deve ser restrito ao direito coletivo do trabalho, e não aplicado, portanto, ao direito individual do trabalho, para o qual existe a palavra flexibilização. Distinguem-se ambas quanto ao âmbito a que se referem, uma vez que se desregulamenta o direito coletivo e flexibiliza-se o individual. Portanto, desregulamentação é a política legislativa de redução da interferência da lei nas relações coletivas de trabalho, para que se desenvolvam segundo o princípio da liberdade sindical e a ausência de leis do Estado que dificultem o exercício dessa liberdade, o que permite maior desenvoltura do movimento sindical e das representações de trabalhadores, para que, por meio de ações coletivas, possam pleitear novas normas e condições de trabalho em direto entendimento com as representações empresariais ou com os empregados³⁵⁰.

Portanto, “a desregulamentação significa o não-intervencionismo nas relações de trabalho, a passagem da normatização da via heterônoma para a autonomia privada, coletiva ou individual, enfim o completo absenteísmo”. Nesse toada “instituir-se-ia, assim regras livres, permitindo aos atores sociais convencionarem, à sua mercê, as condições de trabalho³⁵¹”.

A desregulamentação dos direitos trabalhistas rompe com o secular princípio protetivo, que fundamenta material e normativamente o Direito do Trabalho e toda ordem

³⁴⁸ CAMPANA, Priscila. O impacto do neoliberalismo do Direito do Trabalho: desregulamentação e retrocesso histórico. *Revista de Informação Legislativa*. n. 147, jun./set. 2000, p. 129-144, Brasília: Senado Federal, 2000.

³⁴⁹ BARROS. Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: Ltr, 2011, p. 84.

³⁵⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 173.

³⁵¹ CUNHA, Carlos Roberto. Op. cit., 2004, p. 119. “Por desregulamentação identifica-se a ideia de eliminação de normas do ordenamento jurídico estatal que não mais se justificariam no contexto social, incentivando-se a autorregulação pelos particulares”. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A Fúria. *Revista LTr*, São Paulo, v. 66, n. 11, p. 1287-1309, 2002.

jurídica individual e social trabalhista, provocando o esfacelamento dos direitos trabalhistas, deixando-os à sorte da força negocial e da liberdade contratual dos sujeitos integrantes da relação capital/trabalho, que pretensamente estariam em posição de equivalência, jurídica e material.

Portanto, no plano da desregulamentação parte-se da ideia de igualdade contratual, não havendo hipossuficiência contratual do trabalhador, que dispensaria proteção e tratamento jurídico diferenciado. A pactuação das condições laborais estariam à livre disposição dos empregadores e dos trabalhadores, o que enceta uma ultratividade dos ideais liberais proclamados com o surgimento do Estado Liberal.

Assim, a desregulamentação do Direito do Trabalho se constitui em uma forma mais radical de flexibilização, na medida em que o Estado retiraria toda a proteção normativa até então conferida aos trabalhadores, incluindo-se as garantias mínimas. Nesta hipótese, prevaleceria de forma integral a autonomia da vontade das partes contratantes (privada ou coletiva), sendo que esta contratação não encontraria um patamar limítrofe mínimo ou máximo definido pelo Estado³⁵².

Com efeito, a desregulamentação dos direitos trabalhistas representaria um salto, e não um passo atrás na história, extinguindo, por meio de política legislativa³⁵³, toda a conquista social trabalhista alcançada no bojo do Estado Liberal e maximizada no do Bem-Estar Social³⁵⁴.

Menos corrosiva, porém não menos solapadora, a flexibilização dos direitos trabalhistas consistiria

[...] no conjunto de medidas destinadas a dotar o Direito Laboral de novos mecanismos capazes de compatibilizá-lo com as mutações decorrentes de fatores de

³⁵² SILVA, Osvaldo Alencar; SILVA, Renata Cristina de Oliveira Alencar. *Flexibilização da Legislação Trabalhista*. Disponível em: < file:///C:/Users/Carlos%20A/Downloads/11195-43169-1-PB.pdf>. Acesso em: 24nov 2014.

³⁵³ Com efeito, uma vez que a desregulamentação dos direitos trabalhistas demandaria a ab-rogação das leis trabalhistas e sociais que contemplam direitos trabalhistas aquela somente poderia ocorrer mediante atividade legiferante. Todavia, ao que tudo indica, a dogmática jurídica, especialmente a hoje observada pelo universo jurídico pátrio, impede a referida desregulamentação. No âmbito constitucional encontra-se superada a possibilidade de revisão constitucional, pois decaído o prazo quinquenal estabelecido pelo art. 3º do ADCT. No prisma do processo legislativo extraordinário de emenda à Constituição, há vedação material, imposta pelo inciso IV, do §4º, do art. 60, da CF/88, que obsta a deliberação ou votação de proposta à emenda da Constituição tendente à abolição de direitos e garantias individuais, estando os direitos fundamentais sociais sob o pálio protetivo da dita cláusula pétrea. No que toca ao processo legislativo ordinário a normatividade do princípio da proibição do retrocesso impede o legislador de dar um passo atrás na conformação legislativa dos direitos fundamentais já concretizados em certa medida, sem que se adote medidas compensatórias, conforme exposto no Subtítulo 2.2. Deste modo, a via da desregulamentação dos direitos trabalhista, na atual quadra, encontra-se obstada pelo ordenamento jurídico pátrio.

³⁵⁴ CAMPANA, Priscila. Op. cit., 2000, p. 136.

ordem econômica, tecnológica ou de natureza diversa exigentes de pronto ajustamento³⁵⁵.

Observa-se, pois, que a flexibilização tem por finalidade tomar os direitos trabalhistas cambiáveis, mutáveis, flexíveis, ajustáveis, adaptáveis às variantes de ordem econômica, tecnológica e social na medida da urgência da ocorrência daquelas circunstâncias, de modo a possibilitar a manutenção ou ampliação dos postos de trabalho, a competição no mercado interno e externo, a diminuição do desemprego e dos custos da produção, o crescimento socioeconômico.

Contudo, pensada somente como um mecanismo de cambiamento à exigência das variantes econômicas e tecnológicas a flexibilização invariavelmente criaria rupturas, incertezas, instabilidade, inopinadas reestruturações e convulsões no mercado e no Direito do Trabalho, que não teriam: (1) memória – pois o ontem já não mais pode ou poderá persistir frente às condições agora impostas pelo presente; (2) perspectiva de futuro – visto que aqueles colapsos não são passíveis de previsão ou contenção imediata. Viver-se-ia somente um presente contínuo e fluído quase que auto-ajustável.

A serviço do mercado econômico:

A flexibilização do direito do trabalho faria dele mero apêndice da economia e deixaria de ser uma defesa do homem contra a sua absorção pelo processo econômico para ser, unicamente, um conjunto de normas destinadas à realização do progresso econômico, mesmo que com sacrifícios insuportáveis dos trabalhadores no sentido de se estabelecer normas que privilegiam a negociação dos próprios atores sociais, mesmo ao adotarem condições de trabalho menos favoráveis que as estabelecidas pelas normas protetoras, ou seja, aumenta-se a possibilidade de suplantação da legislação laboral imperativa mediante ajustes convenientes pelas partes contratuais trabalhistas, com a aplicação mais constante do princípio da autonomia privada em detrimento do princípio protetor³⁵⁶.

A flexibilização posta unicamente como um instrumento de adaptação do direito do trabalho às mutações econômicas, tecnológicas e sociais jogaria por terra a certeza e a permanência do emprego. Faria com que o Direito do Trabalho fosse [...] um direito *precário, fragmentado, quebradiço*. Um direito que poderia até ser chamado de *pós-moderno*, posto que pragmático, caótico, oscilante³⁵⁷.

³⁵⁵ NETO, José Francisco Siqueira. Flexibilização, desregulamentação e direito do trabalho no Brasil. In: OLIVEIRA, Carlos Alonso B. (org). Crise e Trabalho no Brasil: *modernidade ou volta ao passado?* 2. ed. São Paulo: Scritta, 1996, p. 334-335.

³⁵⁶ GOMES, Ana Virgínia Moreira. *A aplicação do princípio protetor no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2001, p. 145.

³⁵⁷ VIANA, Márcio Túlio. A Proteção Social Do Trabalhador No Mundo Globalizado - O Direito Do Trabalho No
Limiar Do Século XXI. Disponível

No mundo neoliberal de economia globalizada os mercados financeiros, em regra, são desregulamentados e o capital transnacional e, normalmente, especulativo, aportando somente, e principalmente permanecendo mesmo que transitoriamente, em mercados onde a rentabilidade dos juros é mais expressiva, fazendo com que os investimentos sejam sazonais ou por reduzido espaço de tempo.

Na lógica globalizante o capital procura os locais dos menores custos de produção e desloca o produto até o consumidor em qualquer parte do mundo. [...] Os países com mais regulamentação e encargos sociais perdem investimentos para aqueles que conferem menores direitos aos trabalhadores³⁵⁸.

Por conseguinte, essa transitoriedade do capital inexoravelmente acaba tendo reflexos variados, entre os quais a crise de emprego e desemprego, devido à migração do capital para outros mercados mais rentáveis acarretando o denominado *dumping* social³⁵⁹, posto que:

Os governos que adotam a política neoliberal aceitam as exigências das empresas transnacionais, pois, optando pelo Estado Mínimo, procuram formas de atrair o capital estrangeiro, justificando, assim, a diminuição de direito dos trabalhadores como a única possibilidade que efetivamente o capital externo se instale, gerando emprego³⁶⁰.

Sobre forte asfixia do poder econômico, da simples ameaça das empresas bateram em retirada e transferir o local da produção ou não investir em determinado estado, a estrutura de salários é comprimida, condições mais desvantajosas são aceitas pelos trabalhadores ou impostas pela via legislativa³⁶¹.

Nesse giro, como um dos assuntos da agenda neoliberal, o discurso da flexibilização dos direitos trabalhistas vem arrimado na ideia de globalização, na revolução tecnológica e reestruturação do processo de produção, na globalização econômica, no próprio neoliberalismo, na prática de trabalho informal e no desemprego, estando esses fatores umbilicalmente ligados.

Com efeito, a globalização:

[....] implica a expansão da tecnologia, que atinge os instrumentos e os métodos de produção, com vistas a tornar as empresas mais competitivas, para o que se requerer

em:<http://www.fd.unb.br/index.php?option=com_zoo&task=item&item_id=238&Itemid=2994&lang=br>.
Acesso em: 30 nov 2014.

³⁵⁸ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Declínio do emprego. Relações de trabalho: diagnóstico e prognóstico. *Revista do Direito do Trabalho*, ano 3, n. 1, jan. 1997, p. 97.

³⁵⁹ “A competição perversa está pautada pela odiosa prática do *dumping* social, que se manifesta pela busca de países que oferecem generosas vantagens tributárias ou exploram custos aviltantes de mão-de-obra, em prol da competitividade”. CUNHA, Carlos Roberto. Op. cit., 2004, p. 128.

³⁶⁰ GONÇALVES, Antônio Fabrício de Matos. *Flexibilização trabalhista*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 112.

³⁶¹ CUNHA, Carlos Roberto. Op. cit., 2004, p. 130.

a redução de seus custos, especialmente em relação à mão-de-obra, na ânsia de melhores resultados econômicos – a “mais-valia”, ínsita ao capitalismo³⁶².

O advento da Terceira Revolução Industrial (a superação da eletromecânica pela eletrônica) e a adoção de novas formas de organização das empresas e de seu processo produtivo (em decorrência do toyotismo e da acumulação flexível) com a consequente automação, robotização e horizontalização do processo produtivo, acabou por produzir um fenômeno paradoxal: proporcionou o aumento da produção e a redução dos postos de trabalho³⁶³, em nome da diminuição dos custos de produção, da competição no mercado e do acúmulo de capital.

Isso porque o processo de automação e reestruturação produtiva deram causa à substituição da mão-de-obra humana³⁶⁴ e redução dos postos de trabalho, ocasionando a formação de um grande passivo da força de trabalho (exército de desempregados³⁶⁵), além de impor a política de reduções de salários devido ao excesso de mão-de-obra³⁶⁶.

Além do mais a competição no mercado de trabalho tornou-se mais acirrada visto que somente os trabalhadores mais qualificados tecnicamente permaneceriam empregados. “O organismo industrial é dotado de um enxuto quadro de pessoal [...]. Privilegia-se, pois, a qualificação de mão-de-obra e a manutenção de um número otimizado de empregados³⁶⁷”. E

³⁶² Filho, José Soares. Op. cit., p. 60.

³⁶³ “A alta tecnologia conduz o sistema capitalista a um processo de exclusão e crise superiores às precedentes. Amplos setores da sociedade são descartados do processo produtivo. A força do trabalho é substituída por tecnologias altamente desenvolvidas, levando à falência empresas e provocando o desemprego em massa”. FILHO, José Soares. Op. cit., p. 58.

³⁶⁴ “Como um animal sempre faminto, o sistema capitalista depende de porções crescentes de alimento. Seu verbo é acumular. Toda empresa quer crescer, dominar o vizinho, controlar o mercado. A concorrência parece buscar o monopólio. Mas os lucros nascem da mais-valia, diferença entre o que se paga para que a força-trabalho se reproduza e o que se ganha com a venda do que ela cria. E essa diferença depende, em boa parte, do controle da mesma força. Isso implica não só reduzir espaços de resistência, como trocar, em grau crescente, o trabalho vivo pelo trabalho morto, ou seja, o homem pela máquina”. VIANA, Márcio Túlio. A Proteção Social Do Trabalhador No Mundo Globalizado - O Direito Do Trabalho No Limiar Do Século XXI. Disponível em: <http://www.fd.unb.br/index.php?option=com_zoo&task=item&item_id=238&Itemid=2994&lang=br>. Acesso em: 30 nov 2014.

³⁶⁵ “(...) se uma população trabalhadora excedente é produto necessário da acumulação ou do desenvolvimento da riqueza no sistema capitalista, ela se torna por sua vez a alavanca da acumulação capitalista, e mesmo condição de existência do modo de produção capitalista. Ela constitui um exército industrial de reserva disponível, que pertence ao capital de maneira tão absoluta como se fosse criado e mantido por ele. Ela proporciona o material humano a serviço das necessidades variáveis de expansão do capital e sempre pronto para ser explorado, independentemente dos limites do verdadeiro incremento da população”. MARX, Karl. A Lei Geral da Acumulação Capitalista. In: *O Capital*. Livro Primeiro, vol. II. Rio de Janeiro:Ed. Civilização Brasileira, 1979, p. 712-827.

³⁶⁶ CUNHA, Carlos Roberto. Op. cit., 2004, p. 61.

³⁶⁷ CUNHA, Carlos Roberto. Op. cit., 2004, p. 53.

mesmo assim, mediante redução dos salários e sem qualquer garantia de permanência de emprego³⁶⁸.

Há que se ressaltar também que até mesmo no setor de prestação de serviços as inovações tecnológicas causaram a diminuição dos postos de trabalho, especialmente, por conta dos avanços tecnológicos no ramo da informática e telemática que transferiam ao usuário do serviço as competências laborais antes delegadas aos trabalhadores substituídos em seus postos de trabalhos por terminais de autoatendimento ou computadores³⁶⁹.

Nessa vereda a revolução tecnológica e a reorganização do processo produtivo e organizacional das empresas fizeram com que os trabalhadores fossem divididos em três grandes grupos:

1. Um núcleo cada vez mais qualificado e reduzido, com bons salários, *fringebenefits*, perspectivas de carreira e certa estabilidade. De um trabalhador desse grupo se exige mobilidade funcional e geográfica, disposição para horas-extras e - sobretudo - identificação com a empresa, como se ela fosse uma coisa dele.
2. Os exercentes de atividades-meio, como secretárias e boys, além de operários menos qualificados, trabalhando em tempo integral. A rotatividade é grande, os salários são baixos e as perspectivas de carreira quase inexistem. E sobretudo o temor do desemprego que os faz submeter-se a qualquer condição
3. Um grupo de trabalhadores eventuais, ou a prazo, ou a tempo parcial. Quase sempre desqualificados, transitam entre o desemprego e o emprego precário, e por isso são os mais explorados pelo sistema. É aqui que se encontra o maior contingente de mulheres, jovens e (no caso de países avançados) imigrantes. Esse grupo, tal como o anterior, tende a ser descartado para as parceiras³⁷⁰.

Além do mais, graças à força da globalização econômica operou-se a derrubada das fronteiras da economia e do mercado de trabalho nacional ensejando a globalização do mercado de trabalho, adquirindo a mão-de-obra feição transnacional devido a produção industrial transnacional, sem limites físicos nacionais ou internacionais³⁷¹, fenômeno este que fez com que a classe trabalhadora ficasse caudatária do capital especulativo itinerante, que constituiu e desconstituiu aqui e acolá os pólos produtivos para os quais migram os trabalhadores, causando, pois, a reestruturação do capital, um desarranjo social.

³⁶⁸“Nem todos trabalhadores qualificados têm garantias de ocupar, em caráter permanente, um posto no mercado de trabalho. Os que conseguem manter-se no emprego, dado o crescimento da mão-de-obra excedente, sofrem redução de seus salários”. FILHO, José Soares. Op. cit., p. 59-60.

³⁶⁹ SOUZA, Vanessa Roberta do Rocio. Op. cit., 2011, p. 189.

³⁷⁰ VIANA, Márcio Túlio. A Proteção Social Do Trabalhador No Mundo Globalizado - *O Direito Do Trabalho No Limiar Do Século XXI*. Disponível em: <http://www.fd.unb.br/index.php?option=com_zoo&task=item&item_id=238&Itemid=2994&lang=br>. Acesso em: 30 nov 2014.

³⁷¹ Santos denomina esse fenômeno de “difusão social da produção”. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2010.p. 251.

No intuito de auferir maior lucro graças às benesses fiscais e flexibilizadoras dos direitos trabalhistas e de tornar seus produtos mais competitivos no mercado de consumo as empresas procederam à migração de suas sedes para *offshores* e de sua produção para países periféricos, em desenvolvimento, esses mais suscetíveis à prática de maior flexibilização dos direitos trabalhistas para atrair investimento estrangeiro, no intento de lograr crescimento econômico³⁷².

E notadamente no que toca à questão de tornar o mercado nacional mais competitivo e atrativo para os investimentos estrangeiros a flexibilização dos direitos trabalhistas foi adotada como palavra de ordem, pois seria indispensável a adequação da ordem jurídica trabalhista às exigências do mercado globalizado, uma vez que a rigidez daquelas impediriam a contratação, os investimentos estrangeiros, a competição das empresas no mercado por meio aumento do custo da produção e causariam desemprego.

Nesse giro advogava-se que “os direitos fundamentais dos trabalhadores representariam um entrave para a inserção e competitividade da economia nacional no mercado globalizado, assim como para a atratividade do mercado financeiro [...]”³⁷³.

Portanto, por contra da globalização econômica, seria, pois, necessário, flexibilizar as rígidas normas jurídicas individuais e sociais disciplinadoras da relação de trabalho, porquanto “todas as barreiras que inibem o livre funcionamento da economia globalizada e a circulação do capital devem ser arredadas”³⁷⁴.

O mercado globalizado exige a adoção de normas trabalhistas que sejam mais flexíveis, maleáveis, suscetíveis de modificação ou supressão de acordo com as variantes e as regras do mercado econômico.

Nesse cenário veio a calhar o discurso veiculado na agenda neoliberal arrimado na ideologia da necessária abstenção do Estado na regulamentação dos mercados econômico, de bens e serviços, e principalmente, de trabalho, já que os neoliberais “pregam a omissão do

³⁷² Este fato fez com que a houvesse uma “desindustrialização dos países centrais -, circunstância que ensejou competição desenfreada e guerra econômica corrosiva do mercado mundial de trabalho. O vetor foi deslocado do centro para a periferia, rumo aos países do chamado terceiro mundo. Na condução deste processo, o capital atracou na margem que propicia vantajosa obtenção de menor custo e maior lucro. Eclodiram guerras fiscais aqui ou acolá, em nome do custo e da competitividade, num embate que neutraliza forças, passa a ser meta governamental, não restando muito espaço para a resistência operária”. CUNHA, Carlos Roberto. Op. cit., 2004, p. 63.

³⁷³ VERNET NOT, José Luís. Globalização e flexibilização nas relações de trabalho. *Revista Justiça do Trabalho*, n. 169, jan./98, Sapucaia do Sul: Nota dez Informação Ltda, 2001.

³⁷⁴ CUNHA, Carlos Roberto. Op. cit., 2004, p. 127.

Estado, desregulamentando, tanto quanto possível, o Direito do Trabalho, a fim de que as condições de emprego sejam ditadas, basicamente, pelas leis do mercado³⁷⁵”.

Rebuscando os ideais liberais “o neoliberalismo exacerba os interesses individuais, em detrimento dos interesses coletivos, e erige o lucro como razão suprema do viver, utilizando a lógica instrumental, segundo a qual tudo deve estar em função dele³⁷⁶”.

Endossa os fundamentos da flexibilização dos direitos trabalhistas o alto nível de desemprego e a crise de emprego deflagrada mundialmente após a queda o Estado do Bem-Estar Social e a crise econômica mundialmente instalada.

Aliada à referida crise econômica, a Terceira Revolução tecnológica iniciou o processo de diminuição dos postos de trabalho e substituição da mão-de-obra humana, fator este que foi potencialidade pela reestruturação do processo produtivo e organizacional das empresas que automatizaram, internacionalizaram e enxugaram sua produção, ocasionando um grande exército de desempregados, vindo parte daquele excedente de mão-de-obra a ser desviado para a prestação de trabalho informal, precário ou clandestino, alijando os trabalhadores da proteção individual e social conferida pelos direitos trabalhistas³⁷⁷.

Sem o registro formal da relação de trabalho em suas carteiras de trabalho os trabalhadores ficaram excluídos do sistema previdenciário, lançados à sorte dos subempregos eventualmente adquiridos.

A informalidade do trabalho tem reflexos negativos inclusive na atividade fiscal do Estado que tem sua arrecadação fiscal-social inibida³⁷⁸, o que acabaria por inviabilizar a manutenção dos programas e das políticas sociais e a própria seguridade social. Assim, os trabalhadores “[...] assalariados sem registro, por um lado não tem acesso a um conjunto de garantias sociais e por outro não compõem um corpo coletivo. Não têm direitos, nem obrigações³⁷⁹”.

Nessa moldura o ideia neoliberal ventilava que a flexibilização dos direitos trabalhistas seria a saída para a abertura de novos postos de emprego e frenagem do

³⁷⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo. A globalização da economia e o confronto entre os neoliberais. *Revista da Ematra*. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, p. 13-14, 2000.

³⁷⁶ FILHO, José Soares. Op. cit., 2007, p. 155.

³⁷⁷ MATTOS, Viviani Rodrigues. *Efeitos das crises econômicas globalizadas nas relações de trabalho*. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:CcH7GJpSTbwJ:boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-3-2013-abril-junho-de-2002/efeitos-das-crieses-economicas-globalizadas-nas-relacoes-de-trabalho/at_download/file+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 30 nov 2014.

³⁷⁸ CUNHA, Carlos Roberto. Op. cit., 2004, p. 132.

³⁷⁹ CACCIAMALI, Maria Cristina. *Globalização e processo de informalidade*. Disponível em: <<http://www.eco.unicamp.br/docdownload/publicacoes/instituto/revistas/economia-e-sociedade/V9-F1-S14/06-Cacciamali.pdf>>. Acesso em: 30 nov 2014.

desemprego, pois, por meio daquela, reduzir-se-iam os custos da produção, aumentando a capacidade produtiva e competitiva das empresas no mercado nacional e internacional, ampliando-se a necessidade de postos de trabalho para suprir a demanda de consumo, o que inexoravelmente demandaria a necessidade de contratação de trabalhadores, estabelecendo-se vínculos empregatícios formais benéficos os trabalhadores, que seriam reinseridos na proteção social, e ao Estado, por aumentar a arrecadação fiscal-social.

Contudo, como já apontado linhas atrás, a crise do emprego instalada com a falência do Estado do Bem-Estar Social e disseminada nas décadas de 80 e nas que se seguiram não teve como causa única os direitos da classe trabalhadora.

O desemprego não tem como causa única os direitos individuais e sociais do trabalhador³⁸⁰. A crise do emprego “ocorreu tantas vezes quantas foram as mudanças na forma da prestação do trabalho humano³⁸¹”, tendo aquelas razões sazonais, conjunturais e estruturais³⁸².

A primeira grande crise do emprego adveio com a primeira Revolução Industrial, seguindo à segunda Revolução Industrial e a crise econômica do petróleo ocorrida na década de 70. Se seguindo à globalização e a reestruturação econômica, produtiva, jurídica e social inaugurada com o novo processo de acumulação de capital iniciado a partir da falência do Estado do Bem-Estar Social.

Portanto, de se concluir que o desemprego tem diversas causas, que não ficam adstritas à existência e rigidez dos direitos trabalhistas.

A causa-mor do arrasante desemprego estrutural que adentra o século XXI é a Terceira Revolução Industrial ou Tecnológica, aliado à reestruturação produtiva do sistema capitalista, engenhada a partir da crise do petróleo da década de setenta. A globalização, por sua vez, difundiu as cadeias globais de produção e levou a reboque a prática do *dumping* social. Atua como causa, também, o crescimento da população,

³⁸⁰ “O ideário do neoliberalismo está impregnado na propalada necessidade de uma economia livre para todos, autorregulável, desregulamentada ao extremo, principalmente na órbita das relações de trabalho. O obstinado discurso neoliberal impregna, no ar, um grau acentuado de automatismo pseudo-axiomático, tornando disseminado que os direitos trabalhistas são responsáveis pela miséria, recessão e desemprego, criando amarras para o próprio desenvolvimento das empresas, e em razão disso, devem ser escamoteados”. CUNHA, Carlos Roberto. Op. cit., 2004, p. 131

³⁸¹ MEDALHAS, Julio Assumpção. A crise do Sistema de Relações do Trabalho no Brasil. *LTr*: Suplemento Trabalhista, São Paulo, v. 31, n. 38, 1995, p. 331-335.

³⁸² “o desemprego sazonal decorre da queda dos níveis de ocupação em certas épocas do ano, como é o caso do turismo, fonte de empregos em épocas episódicas, como período de férias; desemprego conjuntural é o resultado da oscilação de vendas ou relacionado a queda de produtividade por determinada circunstância, como por exemplo, falta de matéria prima, desvantagem competitiva; desemprego estrutural ou agudo é gerado pela adoção de modernas técnicas de administração e de produção, como é o caso da tecnologia que aspira empregos e gera demanda de crescimento produtivo, sem perspectiva de absorção da mão-de-obra, a curto ou médio prazo”. AQUINO, Sonia Aparecida Menegaz Tomaz de. *Flexibilização, desemprego e o Direito do Trabalho*. 1999. 254p. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho). Universidade de São Paulo. São Paulo.

a medida em que vivenciando a era da máxima produtividade automatizada, com uso racional da mão-de-obra, o que torna o mercado de trabalho duplamente saturado, tanto para os desempregados como também para a força jovem, aspirante ao primeiro emprego³⁸³.

O desemprego, portanto, revela-se como uma das sequelas decorrentes do pós-fordismo e tudo que a ele se somou, mormente, as crises econômicas, a desregulamentação dos mercados financeiros, políticas de empregos não eficientes ou não adotadas pelos Estados. Aquele “não faz apenas pobres – mas *excluídos*”³⁸⁴, tendo, inclusive, consequências sociais catastróficas. “Os excluídos do mercado de trabalho formal passam a viver, em muitíssimos casos, de ocupações precárias, em trabalhos episódicos, sazonais ou clandestinos”³⁸⁵.

Com efeito, o desemprego tem como um de seus fatores a desagregação e enfraquecimento dos sindicatos³⁸⁶, por conta da diminuição de seus associados, fator este que é agravado também pela mão-de-obra absorvida pelo trabalho informal, precário ou clandestino.

Enfraquecidos e desagregados os sindicatos perdem sua força de pressão e negocial, pois carente de unidade. Nesse esteio, não possuem condições de, em paridade, reivindicar melhorias das condições de trabalho e emprego, fazendo minar a resistência opositora da classe trabalhadora. Nesse cenário de desagregação a atuação sindical fica limitada à manutenção de sua própria existência e à busca de manutenção dos poucos postos de emprego ainda ocupados³⁸⁷.

Portanto, nesse quadro de iniquidade de forças, a prevalência da autonomia privada individual e coletiva a serviço da flexibilização dos direitos trabalhistas, exclusivamente pela

³⁸³ CUNHA, Carlos Roberto. Op. cit., 2004, p. 140.

³⁸⁴ VIANA, Márcio Túlio. A Proteção Social Do Trabalhador No Mundo Globalizado - *O Direito Do Trabalho No Limiar Do Século XXI*. Disponível em: <http://www.fd.unb.br/index.php?option=com_zoo&task=item&item_id=238&Itemid=2994&lang=br>. Acesso em: 30 nov 2014.

³⁸⁵ CUNHA, Carlos Roberto. Op. cit., p. 143.

³⁸⁶ Com efeito, neste cenário, nota-se que o plano neoliberal conseguiu concretizar o seu intento de “[...] quebrar o poder de barganha dos sindicatos e impingir o aumento da exploração da força de trabalho ao conjunto da classe trabalhadora que teria como resultado o extraordinário aumento do exército industrial de reserva. Assim, [...] com a quebra do poder dos sindicatos a economia capitalista teria restabelecida a taxa de lucro de modo a dinamizar a acumulação, sem os constrangimentos impostos pelo Estado do bem-estar social e do poder político dos trabalhadores organizados em seus sindicatos”. GENNARI, Adilson Marques. *Globalização, Neoliberalismo e Abertura Econômica no Brasil nos Anos 90*. Disponível em: <<http://www.sinprodf.org.br/wp-content/uploads/2012/01/texto-5-globaliza%C3%A7%C3%A3o-e-neoliberalismo.pdf>>. Acesso em: 30 nov 2014.

³⁸⁷ MARTINS, Nei Frederico Cano. *Os princípios do direito do trabalho e a flexibilização ou desregulamentação*. Revista LTr 64-07/847.

via autônoma, defendida pela agenda neoliberal assemelha-se ao agir estratégico, pois o empresariado se aproveita da crise sindical e aposta nela³⁸⁸.

Destarte a flexibilização dos direitos trabalhistas ocorreria num campo hostil à classe trabalhadora, visto que a pauta neoliberal impôs a debilidade aos sindicatos como uma de suas consequências. A liberdade individual e coletiva negocial fruto da autonomia dos agentes profissionais e econômicos não poderia naquelas circunstâncias, se sobrepor à lei, mas tão-somente possuir força normativa complementar, respeitada as garantias mínimas dos direitos trabalhistas constitucional e legalmente assegurados.

Se no mundo liberal e capitalista o trabalho e o trabalhador reclamavam proteção, no mundo neoliberal, que advoga o absenteísmo estatal na regulamentação das relações de trabalho, de mercado e de bens e serviços, parece ainda permanecer a indeclinável necessidade da tutela do Estado, mormente pelo fato de o ideal neoliberal represtinar os princípios do *laissez faire*³⁸⁹.

Levada ao extremo “a flexibilização ou desregulamentação de direitos trabalhistas não significará mais empregos, mas a precariedade e queda do nível socioeconômico do trabalhador³⁹⁰”. Cabe ressaltar que “não foi o Direito do Trabalho que provocou a crise econômica, e, conseqüentemente, não é a diminuição dos direitos dos trabalhadores que vai provocar a recuperação da economia³⁹¹”. Há que se ter em mente que, quanto aos direitos individuais e sociais dos trabalhadores:

[...] é preciso compreender que o direito – neste momento histórico – não é mais ordenador, como na fase liberal; tampouco é (apenas) promovedor, como era na fase conhecida por “direito do Estado Social” (que nem sequer ocorreu na América Latina); na verdade, o direito, na era do Estado Democrático de Direito, é um *plus* normativo/qualitativo em relação às fases anteriores, porque agora é um auxiliar no processo de transformação da realidade. E é exatamente por isso que aumenta sensivelmente – e essa questão permeou, de diversos modos – o polo de tensão em direção da grande invenção contramajoritária – *a jurisdição constitucional*, que, no Estado Democrático de Direito, vai se transformando no garantidor dos direitos fundamentais-sociais e da própria democracia³⁹².

³⁸⁸ VIANA, Márcio Túlio. A Proteção Social Do Trabalhador No Mundo Globalizado - *O Direito Do Trabalho No Limiar Do Século XXI*. Disponível em: <http://www.fd.unb.br/index.php?option=com_zoo&task=item&item_id=238&Itemid=2994&lang=br>. Acesso em: 30 nov 2014.

³⁸⁹ “Doutrina que diz que os negócios econômicos da sociedade são otimizados pelas decisões individuais, pelo mercado e pelo mecanismo de preços, com virtual exclusão da autoridade governamental”. LACOMBE, Francisco José Masset. *Dicionário da Administração*. São Paulo: Saraiva, 2004, [s.p.].

³⁹⁰ Ibidem.

³⁹¹ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Modernidade e direito do trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília, vol. 67, n. 1, p. 157-158, jan./mar. 2001, p. 156.

³⁹² STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica, neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos juízes”*. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf>. Acesso em: 23 nov 2014.

3.5. O Projeto Brasileiro de Flexibilização dos Direitos Trabalhistas

No Brasil os paradigmas dos Estados Liberal e Social não se deram da forma tal qual ocorrida na Europa. Ao contrário do ocorrido no velho continente o desenvolvimento industrial verificado no curso no Estado Liberal e, posteriormente o assistencialismo estatal fruto do *WelfareState*, foram conjuntamente implantados pelo Estado brasileiro a partir da década de 30³⁹³, que “além da regulação e da promoção do bem-estar por meio de políticas públicas de educação, saúde, previdência, habitação, etc., [...] teve o papel de promotor da industrialização do país³⁹⁴”, no que se denominou chamar de Estado desenvolvimentista³⁹⁵.

Passado o Brasil pelos progressos econômicos e sociais ocorridos a partir da Revolução de Trinta, a queda o regime militar relevou a herança por ele construída na estrutura produtiva, financeira e econômica do país.

Embora tenha transformado as estruturas produtiva e financeira do país, com forte investimento em infraestrutura, implantação de um parque industrial diversificado e desenvolvimento de um promissor mercado de capitais, o regime militar deixou um passivo que levou muito tempo para ser equacionado.

A elevada dívida externa, somada ao descontrole inflacionário, compôs um quadro de dificuldades que monopolizou as agendas política e econômica do país durante a segunda metade da década de 1980 e a primeira metade da década de 1990³⁹⁶.

Após a redemocratização do Brasil, e ante o cenário nacional e internacional da crise econômica do petróleo desencadeada na década de setenta, que ocasionou, entre outros, o descontrole inflacionário do país e a elevação de sua dívida externa, aportaram no Brasil os ideais neoliberais que pretendiam recolocar a nação na rota do crescimento socioeconômico.

No Brasil, a partir da década de 90, com a abertura e liberação econômica e “a criação do dólar livre para as operações de exportação, importação e transações financeiras, programa de privatização, de desregulamentação, supressão de subsídios, reforma

³⁹³ No Brasil “A revolução de 1930 propiciou-lhe a integração da nova ordem. A volumosa legislação social-trabalhista do Governo Provisório, de 1930-1934, demonstrou que estávamos, realmente, integrados ao espírito da época. A Constituição de 1934, que incorporou os novos direitos ao seu texto, à maneira de Weimar, revela a irrevogabilidade dessas reivindicações”. JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 473.

³⁹⁴ COELHO, Ricardo Corrêa. Op. cit., 2012, p. 89-90.

³⁹⁵ Ibidem.

³⁹⁶ LEITE JÚNIOR, Alcides Domingues. *Desenvolvimento e mudanças no estado brasileiro*. 2. ed. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração / UFSC, 2012, p. 47.

administrativa³⁹⁷” o fenômeno da flexibilização dos direitos trabalhistas passou ganhar campo³⁹⁸ com a adoção da agenda neoliberal pelo governo de Fernando Collor de Mello.

O Governo Collor tratou de implementar uma política econômica e uma política externa que seguia de perto as recomendações e diretrizes do chamado consenso de Washington. Implementou uma ousada política de privatizações e de liberalização econômica, tanto no que tange aos fluxos de capitais quanto aos fluxos de mercadorias³⁹⁹.

Com a ascensão de Fernando Henrique Cardoso à presidência, o processo de liberalização e privatização foi intensificado, tendo a política econômica externa ponto central no plano do então governo, na medida em que a política de estabilização econômica, via política econômica externa, tornou a política econômica do país refém dos ingressos do capital financeiro internacional, sendo esse o cenário

[...] no qual o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Banco Mundial (BIRD) e a Organização Mundial Do Comércio (OMC), bem como as corporações transnacionais pressionam estados nacionais a promoverem reformas políticas, econômicas e sócio-culturais, envolvendo amplamente instituições jurídico-políticas, destinadas a favorecer a dinâmica das forças produtivas e relações capitalistas de produção⁴⁰⁰.

Deste modo, parecia inarredável à concessão dos fins almejados abertura econômica do país, a necessária desregulação do mercado de trabalho no intuito de tornar o mercado interno mais atrativo ao indispensável capital estrangeiro, sem o qual a pretendida estabilidade financeira dificilmente ocorreria.

Nesse esteio, o fenômeno da flexibilização dos direitos trabalhistas ganhou vigoroso fôlego, vindo a alcançar seu ápice no ano de 2001, quando o então presidente Fernando

³⁹⁷ GENNARI, Adilson Marques. *Globalização, Neoliberalismo e Abertura Econômica no Brasil nos Anos 90*. Disponível em: <<http://www.sinprodf.org.br/wp-content/uploads/2012/01/texto-5-globaliza%C3%A7%C3%A3o-e-neoliberalismo.pdf>>. Acesso em: 30 nov 2014.

³⁹⁸ SOUZA, Andréia Nádia Lima de. *Globalização: Origem e Evolução*. Caderno de Estudos Ciência e Empresa, Teresina, Ano 8, n. 1, jul. 2011, p. 3.

³⁹⁹ “O Governo Collor tratou de implementar uma política econômica e uma política externa que seguia de perto as recomendações e diretrizes do chamado consenso de Washington. Implementou uma ousada política de privatizações e de liberalização econômica, tanto no que tange aos fluxos de capitais quanto aos fluxos de mercadorias”. GENNARI, Adilson Marques. *Globalização, Neoliberalismo e Abertura Econômica no Brasil nos Anos 90*. Disponível em: <<http://www.sinprodf.org.br/wp-content/uploads/2012/01/texto-5-globaliza%C3%A7%C3%A3o-e-neoliberalismo.pdf>>. Acesso em: 30 nov 2014.

⁴⁰⁰ “O que está em causa, na base da política de reestruturação do Estado, destinada a criar o Estado mínimo e decretar a formação de “mercados emergentes”, é a destruição de projetos de capitalismo nacional e de socialismo nacional; bem como a transformação dessas nações em províncias do capitalismo global. Em lugar do projeto nacional, capitalista ou socialista, o projeto de capitalismo transnacional, transnacionalizado, administrado desde o alto e desde fora”. IANNI, Octavio. *Globalização e crise do Estado-Nação*. Disponível em: <http://produtos.seade.gov.br/produtos/spp/v12n02/v12n02_03.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2014.

Henrique Cardoso, em regime de urgência, arrimado no art. 64, §1º, CF/88, apresentou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 5.483/01, que tinha por objeto a modificação do art. 618 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, no sentido de estabelecer a prevalência do negociado sobre o legislado. Em última análise, prestigiava-se a prevalência da autonomia individual e coletiva sobre o interesse social e público inerentes à legislação trabalhista e social.

Inicialmente, o mencionado projeto de lei do Executivo encontrava-se redigido nos seguintes termos:

Art. 618. As condições de trabalho ajustadas mediante convenção ou acordo coletivo prevalecem sobre o disposto em lei, desde que não contrariem a Constituição Federal e as normas de segurança e saúde do trabalho.

Em sua exposição de motivos o projeto esclarecia que na gestão do então presidente Fernando Henrique Cardoso haviam sido adotadas, pelo Chefe do Executivo, importantes modificações na legislação trabalhista que visam a modernização das relações de trabalho, tendo sempre em foco o privilégio da via negocial, por meio da qual seriam estabelecidas as condições para a implantação de banco de horas, contratação a tempo parcial, suspensão de contrato de trabalho para a qualificação profissional, contrato de trabalho por tempo determinado, participação dos trabalhadores nos lucros e resultados das empresas e a instituição das comissões de conciliação prévia para dirimir os litígios trabalhistas⁴⁰¹.

Consta ainda na exposição de motivos do aludido projeto de lei que alicerçado no espírito de modernização da legislação trabalhista, procurava-se prestigiar a negociação coletiva sem, contudo, agredir direitos e garantias constitucionais.

Deste modo, ampliando o poder negocial das entidades sindicais, ter-se-ia por realçada e fortalecida a importância dos sindicatos no cenário trabalhista, razão pela qual deles exigir-se-ia maior responsabilidade e comprometimento no trato dos interesses de seus representados⁴⁰².

Atento ainda ao ideário de liberdade negocial preconizava a exposição de motivos do projeto que “no âmbito das relações de trabalho, a disposição sobre direitos negociáveis será feita por quem deseja e considera mais vantajoso negociar”, pontuando que “serão os próprios

⁴⁰¹BRASIL. Câmara dos Deputados. República Federativa do Brasil. *Diário da Câmara dos Deputados*. Ano LVI – n. 48, p. 47.819, sexta-feira, 05 de outubro de 2011, Brasília/DF. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD05OUT2001.pdf#page=28>>. Acesso em: 30 nov 2014.

⁴⁰² Ibidem.

interessados que, afinal, e de comum acordo, decidirão livremente se o direito legislado deverá ou não prevalecer⁴⁰³”.

Colhe-se da análise dos motivos que ensejaram a criação do alhures citado projeto de lei que a questão econômica impunha a necessidade de negociação dos direitos trabalhistas, de modo a lhes atribuir flexibilidade, uma vez que “a economia corre em tempo real, pede direitos negociáveis e contratualizados. E não, apenas, direitos inegociáveis e legislados”.

E aliada à agenda neoliberal da necessária desregulamentação do mercado de trabalho a adequação das normas trabalhistas às exigências econômicas, propunha-se justificativa de que cada setor produtivo ou região econômica teriam suas peculiaridades e demandariam regulação própria, específica às suas características.

Portanto tornar-se-ia difícil o enquadramento de variadas “situações de trabalho em um bloco de direitos rígidos”, que por assim ser, desestimularia a “geração de novos empregos e a inserção formal do trabalhador no mercado de trabalho”, sendo, pois, necessária a dotação do Direito do Trabalho de mecanismos que facilitassem a adequação das normas juslaborais com maior celeridade às urgências e dinamicidade do capital e do trabalho, visto que o “capital e o trabalho, imersos em urna realidade de constantes mudanças, encontram dificuldades na adequação das normas legais às suas necessidades⁴⁰⁴”.

Por outro lado a atividade legiferante não acompanharia a dinamicidade daquelas mudanças motivo pelo o qual se mostrava “oportuno devolver aos atores sociais, com segurança jurídica, a capacidade e a legitimidade de dirigir os próprios interesses por meio da negociação coletiva”, devendo, contudo, ser ressalvado que a negociação coletiva almejada não seria ilimitada, devendo observar “respeito e a preservação dos direitos mínimos do trabalhador previstos na Constituição Federal e nas normas de segurança e saúde do trabalho⁴⁰⁵”, por estabelecerem direitos indisponíveis.

A detida análise das exposições de motivos do Projeto de Lei n. 5.483/01 deixa evidente sua intenção de prestigiar a prevalência da autonomia privada, individual ou coletiva, na pactuação das condições de trabalho, sobre a previsão geral legal da disciplina juslaboral, atribuindo ampla liberdade aos atores sociais do capital e do trabalho para livremente deliberarem e pactuarem, de acordo com as peculiaridades da região e dos fatores socioeconômicos, os direitos e obrigações decorrentes da relação de trabalho. Isto, no intuito de adequar os direitos e garantias trabalhistas à urgência das mudanças repentinas do capital.

⁴⁰³ Ibidem.

⁴⁰⁴ Ibidem.

⁴⁰⁵ Ibidem.

Inegavelmente as razões de ser do citado projeto eram impregnadas do receituário neoliberal que

[...] em matéria de trabalho é muito preciso: individualização das relações de trabalho até o limite do politicamente possível. Para alcançar esse objetivo, postula, de uma parte, a não-intervenção do Estado nas relações individuais de trabalho, de tal forma que cada trabalhador, livre e individualmente, negocie com o empregador a venda de sua forma de trabalho. Levada a suas máximas consequências teóricas – não realizadas e talvez na prática não realizáveis – essa proposta supõe a ab-rogação da legislação do trabalho e a sua substituição pelo direito civil, assim como a abstenção estatal na área administrativa e judicial (com a consequente abolição da Administração do Trabalho e da Justiça especializada). Para que a individualização das relações de trabalho fosse completa, seria necessário, além disso, evitar a ação sindical, a autonomia e a autotutela coletiva⁴⁰⁶.

No intento de aprovação do projeto de lei travou-se na Câmara dos Deputados uma forte queda de braço entre as forças governistas e oposicionistas, com adoção de manobras para o adiamento das sessões de votação, tais como provocação de tumulto nas sessões⁴⁰⁷, suspensão da votação⁴⁰⁸, liberação de emendas orçamentárias no intuito de arregimentar parlamentares para comporem as bases a favor ou contra a aprovação do projeto⁴⁰⁹.

Fora do cenário político, juristas⁴¹⁰ se opuseram à aprovação do projeto de lei. A Anamatra, por meio do seu então presidente Cavalcanti Melo Filho, pontuava que conquanto fosse admitida a redução dos efeitos negativos da flexibilização pretendida para categorias organizadas e sindicalmente amparadas, seria “inevitável a submissão das categorias

⁴⁰⁶ URIARTE, Oscar Ermida. *A flexibilização do direito do trabalho na experiência latino-americana*. Revista da Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região. São Paulo, n. 1, p. 114-139, set. 2006, p. 118.

⁴⁰⁷ Notícia do dia 07 de novembro de 2011 veiculado no site da revista CONJUR da conta de que: “A votação do Projeto de Lei 5.483/01, que altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) foi adiada para a próxima terça-feira (13/11) por causa de tumulto durante a sessão da Câmara. O quebra-quebra durou quase 10 minutos e deixou várias pessoas feridas. O Plenário da comissão onde o projeto estava sendo examinado foi invadido por manifestantes contrários à votação, e teve as portas de vidro quebradas. Um funcionário da Câmara teve ferimentos na mão e na perna esquerda. A equipe médica da Câmara atendeu três pessoas com ferimentos leves, dois deles seguranças da Casa. Um deles levou uma mordida na mão”. CONJUR. *Tumulto em Sessão: Votação do projeto que altera a CLT é adiado por causa de tumulto*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2001-nov-07/votacao_projeto_altera_clt_adiado>. Acesso em: 01 dez 2014.

⁴⁰⁸ CONJUR. *CLT: governo suspende votação para evitar derrota*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2001-nov-28/clt_iminencia_derrota_governo_suspende_votacao>. Acesso em: 01 dez 2014.

⁴⁰⁹ CUNHA, Carlos Roberto. Op. cit., 2004, p. 306.

⁴¹⁰ Consultar em http://www.conjur.com.br/2001-out-16/advogados_rejeitam_projeto_acordo_coletivo, inteiro teor carta enviada ao Congresso Nacional pelos Advogados Trabalhistas reunidos no XXIII Conat - Congresso Nacional dos Advogados Trabalhistas Brasileiros, na Bahia, de 12 a 14 de outubro, formularam carta de rejeitam projeto de negociado sobre legislado.

profissionais menos favorecidas, desorganizadas ou representadas por sindicatos pelegos, ao jugo do poder econômico⁴¹¹”.

Ainda, a referida associação juntamente com a Associação Brasileira dos Advogados Trabalhistas (ABRAT) e a Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT), em união de forças e ideias em prol da defesa dos direitos trabalhistas, lançaram nota oficial contra projeto de lei que pretendia alteração do art. 618 da CLT, sustentando que a pretendida alteração não poderia ser considerada uma medida responsável por promover a renúncia de direitos pelos trabalhadores, mediante negociação coletiva, porquanto seria necessário, primeiramente, renovar a estrutura sindical, “de modo a assegurar que haja entidades sindicais livres, legítimas e representativas, verdadeiramente adstritas à expressão da vontade de seus representados⁴¹²”.

As referidas associações em nota afirmavam que, naquela altura e na forma proposta, a “flexibilização à custa da restauração do princípio liberal da autonomia da vontade, determinará a sujeição dos trabalhadores brasileiros aos interesses do economicamente mais forte, significando golpe fatal nas conquistas sociais, feitas ao longo de décadas⁴¹³”.

De igual modo as entidades representativas dos trabalhadores também repudiaram a proposta de alteração da CLT, ponderando que a pretexto de modernizar a legislação trabalhista a iniciativa do Executivo, na verdade, pretendia golpear os direitos e garantias trabalhistas historicamente conquistados pelos trabalhadores brasileiros⁴¹⁴.

Não faltaram vozes denunciando a inconstitucionalidade do multicitado projeto de lei⁴¹⁵. O assunto – flexibilização – causou tanto estrondo que atraiu inclusive os olhares da OIT que atendeu a consulta efetuada pela Assessoria Parlamentar do Partido dos Trabalhadores, quando então manifestou que a aprovação do projeto de lei confrontaria inúmeras de suas convenções⁴¹⁶.

⁴¹¹ CONJUR. *Acordo Coletivo: Juízes trabalhistas protestam contra projeto que altera a CLT*. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2001-nov-19/entidades_promovem_ato_projeto_altera_clt>. Acesso em: 01 dez 2014.

⁴¹² CONJUR. Vale o legislado. Comunidade jurídica repele sobreposição de acordos à CLT. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2001-out-16/entidades_sao_acordos_sobreponham_clt>. Acesso em: 01 dez 2014.

⁴¹³ Ibidem.

⁴¹⁴ CONJUR. *Trabalhadores repudiam projeto sobre acordo coletivo que altera CLT*. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2001-out-12/negociado_legislado_repudiado_centrais>. Acesso em 01 dez 2014.

⁴¹⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo. A Convenção Coletiva de Trabalho em confronto com a Lei. In: *Jornal do CNTC*, abril de 2002, p. 8; NETO, Jose Affonso Dallegrave. Prevalência do negociado sobre o legislado. Reflexões à luz da Constituição Federal. Disponível em: < http://www.trt9.jus.br/apej/artigos_doutrina_jadn_11.asp>. Acesso em: 01 dez 2014; FILHO, Francisco Das Chagas Lima. Alteração do art. 618 da CLT- ilegitimidade constitucional. Repertório de Jurisprudência IOB, n. 8/2002, Caderno 2, 2/18352.

⁴¹⁶ “Respondendo a consulta apresentada pela CUT, a OIT, através do diretor do departamento de Normas Internacionais do Trabalho, Jean-Claude Javillier, condenou formalmente o projeto de flexibilização do artigo 618 da Consolidação das Leis do Trabalho (P.L n. 5.483/01, na Câmara, e agora sob o n. 134/01, no Senado). A Organização Internacional do Trabalho considera que o projeto, caso transformado em lei, afrontará diversas

Alheio às pressões da sociedade civil organizada e da oposição parlamentar, o governo lançou campanha publicitária do governo em defesa da flexibilização da Consolidação das Leis do Trabalho no intuito de fortalecer e convencer o país sobre as vantagens que viriam com a aprovação do projeto.

Firmes em sua declarada oposição, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – Anamatra – e a Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas – Abrat –, ajuizaram Ação Popular objetivando suspender a propaganda do governo, ao argumento de que o então Ministro do Trabalho deflagrou, às expensas do Erário, uma campanha publicitária de imensas proporções, causando lesão ao patrimônio público, além de a propaganda violar o princípio da impessoalidade, da legalidade pelo fato de o projeto de lei sobrepor-se à lei e ser destituída de motivos e desviada de finalidade⁴¹⁷.

Contudo, mesmo diante das pressões internas e externas, a Câmara dos Deputados houve por bem proceder à votação do Projeto de Lei n. 5.483/01, aprovando em votação apertada⁴¹⁸, com alteração do texto original, que após, trâmite, deliberação e votação naquela Casa, passou a adotar a seguinte redação:

Art. 1º. O art. 618 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei no 5.542, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 618. Na ausência de convenção ou acordo firmados por manifestação expressa da vontade das partes e observadas as demais disposições do Título VI desta Consolidação, a lei regulará as condições de trabalho.

§ 1º A convenção ou acordo coletivo, respeitados os direitos trabalhistas previstos na Constituição Federal, não podem contrariar lei complementar, as Leis 6.321, de 14 de abril de 1976, e no 7.418, de 06 de dezembro de 1995, a legislação tributária, a previdenciária e a relativa ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, bem como as normas de segurança e saúde do trabalho.

§ 2º Os sindicatos poderão solicitar o apoio e o acompanhamento da central sindical, da confederação ou federação a que estiverem filiados quando da negociação de convenção ou acordo previstos no presente artigo⁴¹⁹.

convenções da OIT reconhecidas pelo Brasil, eis que as convenções e acordos coletivos de trabalho teriam força superior às convenções internacionais ratificadas por nosso país. O documento da OIT foi encaminhado ao governo brasileiro e às centrais sindicais, e condena a possibilidade de que os acordos coletivos contenham 'disposições que impliquem menor nível de proteção do que prevêm as convenções da OIT ratificadas pelo Brasil'. GARCEZ, Maximiliano Nagl. O desrespeito do governo FHC às normas internacionais do trabalho - *Condenação da OIT ao projeto de flexibilização da CLT*. Disponível em: <www.assessoriadopt.org/CondenacaoOIT.doc>. Acesso em: 01 dez 2014.

⁴¹⁷ CONJUR. *Flexibilização da CLT: Juízes e advogados tentam suspender propaganda do governo*. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2002-fev-26/juizes_advogados_impetram_acao_governo>. Acesso em 01 dez 2014.

⁴¹⁸ “O projeto de lei foi aprovado com alterações na Câmara dos Deputados, no dia 04 de dezembro de 2001, em sessão agitada e casa cheia. [...] A aprovação se deu pelo escorço de 264 votos favoráveis, 213 contrários e duas abstenções, totalizando 479 parlamentares presentes”. Cunha, Carlos Roberto. Op. cit., 2004, p. 308.

⁴¹⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. República Federativa do Brasil. *Diário da Câmara dos Deputados*. Ano LVI – n. 48, sexta-feira, 05 de outubro de 2011, Brasília/DF. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD05OUT2001.pdf#page=28>>. Acesso em: 30 nov 2014.

Encaminhado ao Senado Federal, o projeto “passou a tramitar de forma regular, após a retirada do pedido de urgência formulado pelo Poder Executivo”, sendo renovadas as esperanças que nesta Casa fosse o aludido projeto rechaçado. Tempos depois, o próprio Executivo desistiu da proposta, formulando pedido de arquivamento do projeto de lei que prega a reforma trabalhista⁴²⁰.

No balanço do embate pela aprovação ou oposição do mencionado projeto de lei, restaram as manifestações favoráveis e contrárias à flexibilização dos direitos trabalhistas, reacendendo e realimentando as discussões que subjazem aquele fenômeno.

Opositores declaravam que a alteração legislativa pretendia tornar letra morta a maioria dos direitos trabalhistas ao permitir a livre pactuação das condições de trabalho podendo inclusive aquela ser sobreposta à lei, tirando do Direito do Trabalho seu caráter de norma de ordem pública e irrenunciável; aditavam que a pretendida flexibilização não proporcionaria o crescimento dos números de empregos⁴²¹ formais, e consequente redução do nível de desemprego; que seria a reforma trabalhista pretendida oportunista e destinada ao fortalecimento da classe empresarial e subjugação da classe trabalhadora, sobrepondo o poder do capital sobre o trabalho, o que levou o Ministro e então presidente à época do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio Mello, a declarar que seria “inimaginável que se cogite (num mercado como o brasileiro) da flexibilização do direito do trabalho⁴²²”.

Endossando o coro oposicionista ao Projeto de Lei n.5.4853/01, SÜSSEKIND declarou que a sua aprovação traria como consequência a possibilidade de dilatação do prazo alteração e fracionamento no pagamento de salário; redução dos períodos de férias, possibilidade de redução dos adicionais de insalubridade, periculosidade e noturno; maior liberdade diretiva do empregador que poderia transferir fisicamente ou o turno de prestação de trabalho pelo trabalhador; diminuídas as licenças; pagamento fracionado, conforme pactuação, do 13º salário⁴²³, entre outros.

⁴²⁰ CUNHA, Carlos Roberto. Op. cit., 2004, p. 308.

⁴²¹ “O argumento dos que são favoráveis à mudança é que ajudaria a criar empregos. Mas o que os estudos mostram é que as reformas trabalhistas na América Latina e nos países ricos não geraram postos. Uma mudança como essa criaria uma situação como a do México, em que foram aprofundadas as diferenças regionais”. POCHMANN, Márcio, Folha de São Paulo 29/11/2001.

⁴²² STF. *Presidente do Supremo critica flexibilização da CLT e defende cotas para minorias*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=58082&caixaBusca=N>>. Acesso em: 01 dez 2014.

⁴²³ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Flexibilização do Direito do Trabalho*. Revista Jurídica Consulex, ano VI, n. 123, fev./2002, p. 16, Editora Consulex: Brasília, 2002.

SOBRINHO, opondo-se à reforma trabalhista, pondera que a ideia de plena liberdade negocial no âmbito da flexibilização dos direitos trabalhistas, conforme pretendida, “seria o mesmo que lançar o empregado aos leões⁴²⁴”.

Por outro lado, os defensores do projeto de lei asseveravam que, em sua essência, aquele apresentava boas intenções, por assegurar a proteção da dignidade do trabalhador, notadamente por meio da inclusão dos desempregados e informais no mercado de trabalho formal; proporcionaria o fortalecimento dos sindicatos e entidades sindicais; aumentaria a participação democrática no processo de pactuação das condições de trabalho, entre outros.

PASTORE afirmava que a reforma trabalhista tratava-se de uma reforma “branda e gradual e mesmo assim, sujeita à vontade das partes. O seu grande mérito está(va) na introdução de um novo conceito - o de que ‘empregados e empregadores podem negociar condições de trabalho diferentes da lei e o que for negociado vale tanto quanto lei’⁴²⁵”

Com efeito, um olhar mais atento a ordem jurídica pátria permite vislumbrar que a legislação pátria não é fechada à flexibilização.

Pelo contrário, a partir da Constituição Federal, o ordenamento jurídico permite certa flexibilização dos direitos trabalhistas ao permitir nos incisos VI, XIII e XIV do artigo 7º, a redução do salário e da jornada laboral legal e em turnos ininterruptos de revezamento, mediante convenção ou acordo coletivo, bem como a adoção de bancos de horas.

No plano infraconstitucional a Lei n. 4.923/65 instituiu a possibilidade de redução da jornada de trabalho e dos salários mediante acordo prévio feito entre empregador e sindicato dos trabalhadores, devendo, para tanto, o empregador comprovar as dificuldades econômicas pelas quais a empresa passava.

A Lei n. 5.107/66 que criou o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço proporcional a troca da estabilidade de emprego estabelecida pelo art. 429 da CLT, tornando facultativa a opção pelo regime indenizatório ou estável quando da contratação, realidade esta que foi alterada pela Constituição de 1988 que tornou compulsória a adesão ao FGTS. Deste modo, a garantia estável do empregado, nos termos do art. 429 da CLT, não foi recepcionada pela Constituição, aumentando o poder potestativo de dispensa do empregador⁴²⁶, ainda mais por inexistir norma jurídica regulamentadora da proteção do trabalhador contra dispensa arbitrária ou sem justa causa (art. 1º, CF/88).

⁴²⁴ SOBRINHO, Manoel Lopes Veloso. *Desemprego e Flexibilização das Leis Trabalhistas*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2424/desemprego-e-flexibilizacao-das-leis-trabalhistas>>. Acesso em: 01 dez 2014.

⁴²⁵ PASTORE, José. *CLT: o que pode e o que não pode ser negociado*. Disponível em: <http://www.josepastore.com.br/artigos/rt/rt_153.htm>. Acesso em: 01 dez 2014.

⁴²⁶ Cunha, Carlos Roberto. Op. cit., 2004, p. 198-205.

Segundo DELGADO, “a sistemática do FGTS não apenas retirou limites jurídicos às dispensas desmotivadas, como também reduziu, de modo significativo, o obstáculo econômico-financeiro às rupturas de contratos inferiores a dez/nove anos⁴²⁷”.

Por sua vez a Lei n. 6.019/74 introduziu no ordenamento jurídico pátrio a figura do chamado contrato de trabalho temporário, que tornou a relação jurídica de trabalho trilateral, consistente na “a) empresa de trabalho temporário (ETT) ou empresa terceirizante; b) trabalhador temporário; c) empresa tomadora de serviços (ETS) ou empresa cliente⁴²⁸”.

Segundo o art. 2º da referida lei o contrato de trabalho temporário tem por finalidade atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou à acréscimo extraordinário de serviços. Logo, busca ajustar a necessidade da demanda da empresa à sua necessidade e à do mercado, que sazonalmente, demandam substituição de pessoal ou aumento da produção, como por exemplo, em caso de licença ou férias dos funcionários e acréscimo do serviço decorrente da elevação das vendas, como no caso o período das festas natalinas ou na páscoa.

Há ainda que se ressaltar que a Lei n. 6.019/74, em seu art. 12, assegurava ao trabalhador temporário, menos direitos, que ao trabalhador integrado por prazo indeterminado nos quadros da empresa, ao fixar a indenização por dispensa sem justa causa ou término normal do contrato correspondente a 1/12 (um doze avos) do pagamento recebido, sendo ainda omissa quanto à previsão do direito de recebimento de décimo terceiro salário, distorção esta que fora corrigida pela jurisprudência⁴²⁹ e defendida pela doutrina⁴³⁰.

Por certo o contrato de trabalho temporário, de certo modo, precariza as condições de trabalho por não possibilitar “a integração do trabalhador nos quadros da empresa destinatária dos serviços e por ser de efêmera duração⁴³¹”. “Os contratos temporários ganharam força com as exigências transitórias do mercado de grande circulação de mercadorias descartáveis.

⁴²⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 9ª. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. p. 1112.

⁴²⁸ DELGADO, Maurico Godinho. Op. cit., 2010, p. 384.

⁴²⁹ TRABALHADOR TEMPORÁRIO - DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO. Referindo-se o art. 12, letra a da Lei 6019/74, à remuneração, nela se inclui a gratificação natalina. A Constituição Federal de 1988, ademais, generalizou o direito, sem excepcionar qualquer trabalhador. (MM. Juiz Júlio Bernardo do Carmo). (TRT da 3.ª Região; Processo: RO -12388/91; Data de Publicação: 18/09/1992; Disponibilização: 17/09/1992, DJMG; Órgão Julgador: Segunda Turma; Relator: Jose Waster Chaves).

⁴³⁰ Com fulcro na alínea “a”, do art. 12, da Lei n. 6.019/74 entendeu-se que era extensível aos trabalhadores temporários “todas as verbas contratuais percebidas pelo empregado efetivo do tomador, verbas que possam afetar o nível salarial do trabalhador temporário, produzindo-lhe discriminação ilícita”. Ibidem. Op. cit., 2010, p. 388.

⁴³¹ CUNHA, Carlos Roberto. Op. cit., 2004, p. 209.

Frente a produtos descartáveis, mão de obra também descartável⁴³²”, fatores estes que causam a rotatividade e insegurança do trabalhador.

O referido contrato de trabalho com relação a um mesmo empregado, não poderá exceder de três meses, salvo autorização conferida pelo órgão local do Ministério do Trabalho e Previdência Social.

De acordo com MARTINS “representa o trabalho temporário uma forma de flexibilização, pois compreende contratação de tempo determinado para necessidades de serviços temporários, diversa da normal, que é a contratação por tempo indeterminado⁴³³”, temporalidade aquela que acaba por contrastar com o princípio da continuidade da relação de emprego.

Por outro turno, a Lei n. 8.949/94 inseriu alteração no parágrafo único do art. 442 da CLT estabelecendo que “qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela”.

A Lei n. 5.764/71, que define a Política Nacional de Cooperativismo institui o regime jurídico das sociedades cooperativas e dá outras providências, preconiza em seu art. 3º que “celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro”.

Atento a este fator, o legislador visualizou a cooperativa como opção empresarial para flexibilizar a contratação de pessoal, chegando a ser “considerada por algumas empresas e até trabalhadores, em face da recessão, como excelência empresarial na contratação de prestação de serviços em substituição à mão-de-obra interna das empresas⁴³⁴”, valendo ressaltar que nos termos do art. 90 da Lei n. 5.764/71 “qualquer que seja o tipo de cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados”.

As cooperativas, de acordo com previsão do art. 3º da Lei n. 5.764/71, são constituídas pelo *affectiosocietatis*, “donde participam como sócios e beneficiários dos serviços que a sociedade pode proporcionar⁴³⁵”. Portanto, seus integrantes se obrigam, por interesse comum, empregar esforços, bens e serviços para o exercício da atividade.

⁴³² NOGUEIRA, Lilian Katiusca Melo. *As interfaces da flexibilização trabalhista à brasileira*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3945.pdf>>. Acesso em: 01 dez 2014.

⁴³³ MARTINS, Sérgio Pinto. *Flexibilização das Condições de Trabalho*. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 78.

⁴³⁴ CUNHA, Carlos Roberto. Op. cit., 2004, p. 227.

⁴³⁵ Ibidem.

E a inserção do cooperativismo na Consolidação das Leis Trabalhistas “abriu margem para o desvirtuamento do instituto, redundando em sua utilização como forma de aliciamento de trabalhadores para fins de mera intermediação de mão-de-obra⁴³⁶”.

A lei n. 8.949/1994 admite que os trabalhadores se organizem entre si para formação de uma cooperativa de trabalho e prestem serviços a uma empresa sem que se caracterize o vínculo trabalhista. Assim, como sócios da cooperativa, os trabalhadores não recebem os direitos trabalhistas previstos na relação contratual. Esta medida abriu espaço para a criação de cooperativas com o objetivo de burlar a legislação trabalhista⁴³⁷.

Embora sejam mecanismos importantes para a inserção e valorização dos trabalhadores autônomos no mercado de trabalho, as cooperativas se mostram, regra geral, como mais uma das estratégias atualmente apresentadas aos tomadores de serviços, favorecendo a fuga das relações empregatícias regidas por ideais protetivos⁴³⁸.

Deste modo, as empresas passaram a utilizar a prestação de trabalho, sem vínculo empregatício, das cooperativas de trabalho em substituição aos trabalhadores que integravam o seu quadro funcional, precarizando as condições de prestação de trabalho.

Ao seu turno a Lei n. 9.601/98 estabeleceu que por meio de convenções e os acordos coletivos de trabalho poder-se-ia instituir contrato de trabalho por prazo determinado, de que trata o art. 443 da Consolidação das Leis do Trabalho, independentemente de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo de atividades empresariais de caráter transitório; ou de contrato de experiência, em qualquer atividade desenvolvida pela empresa ou estabelecimento, para admissões que representem acréscimo no número de empregados, ampliando, pois, as restritivas hipóteses de sua celebração determinadas pelo § 2º do referido dispositivo legal.

De acordo com MARTINS o contrato de trabalho por tempo determinado voltou a ser utilizado nas legislações por conta das crises econômicas e do desemprego, sendo ele “uma forma menos onerosa para o empregador quando do término do pacto laboral, pois a empresa não paga indenização de 40% sobre os depósitos do FGTS nem aviso prévio⁴³⁹”, o que em última análise implica em supressão de direitos sociais e individuais do trabalhador.

⁴³⁶ Ibidem.

⁴³⁷ KREIN, José Dari. A Reforma Trabalhista de FHC: *análise de sua efetividade*. Disponível em: <<http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/125422/Rev24Art14.pdf/df588523-8a9f-47b9-ae7-42d03db57421>>. Acesso em: 01 dez 2014.

⁴³⁸ NOGUEIRA, Lilian Katiusca Melo. *As interfaces da flexibilização trabalhista à brasileira*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3945.pdf>>. Acesso em: 01 dez 2014.

⁴³⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. Op. cit., 2009, p. 43.

O contrato em questão “fica por conta da acomodação do contrato por prazo certo aos imperativos das leis do mercado, ao alvedrio da queda de braço da negociação coletiva, capaz de torneá-lo para atender serviços ligados à necessidade empresarial permanente⁴⁴⁰”.

A Lei n. 9.601/98 franqueia grande liberdade aos agentes sociais do capital e do trabalho para pactuarem a condições de trabalho, podendo inclusive estabelecer indenização para as hipóteses de rescisão antecipada do contrato de que trata este artigo, por iniciativa do empregador ou do empregado, não se aplicando a indenização disposta nos arts. 479 e 480 da CLT, bem como pactuarem multas pelo descumprimento das cláusulas convencionadas.

A mencionada lei deixa em aberto, por não fixar parâmetro mínimo ou máximo, para a fixação da indenização quando da dispensa ou rescisão antecipada do contrato de trabalho, ou para a fixação da multa pelo descumprimento das cláusulas convencionais.

Ainda, no inciso II do art. 2º a Lei n. 9.601/98 flexibilizou, por seis meses a contar da publicação da legislação, a proteção do trabalhador conferida pelo sistema do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço ao reduzir para 2% (dois por cento) a alíquota a ser recolhida sobre os ganhos salariais dos trabalhadores, ao passo que os trabalhadores contratados por prazo indeterminado tem a constituição de sua garantia indenizatória sobre a base da alíquota de 8% (oito por cento).

A diferenciação efetuada pela referida lei coloca o trabalhador contratado por prazo determinado em desvantagem em relação a outros trabalhadores que também possuem contratos por prazo certo, como os safristas, os sob experiência e os contratados por obra certa, nos termo do art. 443 da CLT e o temporário contratado nos moldes da Lei n. 6.019/74, que tem os depósitos do FGTS calculados na base de 8% (oito por cento)⁴⁴¹.

E no que toca à proteção social do trabalhador a mencionada lei prevê a redução, em 50%, das contribuições sociais (salário educação, contribuição ao Sistema S, ao Incra, etc)⁴⁴², o que enfraquece o sistema de proteção social do trabalhador.

A denúncia da Convenção 158 da OIT pelo Executivo também implicou na desproteção do trabalhador contra a dispensa imotivada e arbitrária estando até a presente data carente de mediação legislativa a garantia constitucional deferida aos trabalhadores pelo inciso I do art. 7º da Constituição Federal⁴⁴³.

⁴⁴⁰ CUNHA, Carlos Roberto. Op. cit., 2004, p. 235.

⁴⁴¹ CUNHA, Carlos Roberto. Op. cit., 2004, p. 241.

⁴⁴² KREIN, José Dari. A Reforma Trabalhista de FHC: *análise de sua efetividade*. Disponível em: <<http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/125422/Rev24Art14.pdf/df588523-8a9f-47b9-ae7-42d03db57421>>. Acesso em: 01 dez 2014.

⁴⁴³ Ibidem.

Doutro giro, por meio da Medida Provisória n. 2.164/01 introduziu-se o art. 59-A na CLT instituindo a figura do contrato de trabalho em regime de tempo parcial, que é aquele cuja duração não exceda a vinte e cinco horas semanais.

No contrato em questão, a redução salarial entra campo, pois o salário a ser pago aos empregados sob o regime de tempo parcial será proporcional à sua jornada, em relação aos empregados que cumprem, nas mesmas funções, tempo integral (§, 1º, art. 58-A. CLT).

O trabalho *part time* saiu do anonimato e abeirou-se ao rol oficial de instrumentos de flexibilização de direitos trabalhistas, com uma opção a mais para incentivar novas admissões com custo reduzido, refletidas numa jornada mais curta e salário proporcional ao tempo trabalhado. Não mais que uma fórmula de gerar subempregos, em combate ao desemprego ou permitir o ingresso de jovens e mulheres no mercado de trabalho interessados num trabalho de meio-período⁴⁴⁴.

Não bastasse a flexibilização da jornada e do salário, o contrato de trabalho *part time* impôs redução quanto o período de gozo de férias do trabalho, estabelecendo que na modalidade do regime de tempo parcial, após cada período de doze meses de vigência do contrato de trabalho, o empregado terá direito a férias, na seguinte proporção: dezoito dias, para a duração do trabalho semanal superior a vinte e duas horas, até vinte e cinco horas; dezesseis dias, para a duração do trabalho semanal superior a vinte horas, até vinte e duas horas; quatorze dias, para a duração do trabalho semanal superior a quinze horas, até vinte horas; doze dias, para a duração do trabalho semanal superior a dez horas, até quinze horas; dez dias, para a duração do trabalho semanal superior a cinco horas, até dez horas; oito dias, para a duração do trabalho semanal igual ou inferior a cinco horas. Sendo ainda que o empregado contratado sob o regime de tempo parcial que tiver mais de sete faltas injustificadas ao longo do período aquisitivo terá o seu período de férias reduzido à metade (art. 130-A, CLT)⁴⁴⁵.

⁴⁴⁴ CUNHA, Carlos Roberto. Op. cit., 2004, p. 245. Segundo Martins, o trabalho em regime parcial “é ideal para: mulheres, que podem conciliar o trabalho com o cuidado dos filhos ou com os afazeres domésticos; estudantes, que podem continuar a desenvolver suas atividades escolares, combinando-as e adequando-as com o trabalho; idosos, que não gostam de trabalhar jornada integral, tendo interesse em outros assuntos em parte do dia. Para essas pessoas, o trabalho não é elemento fundamental, mas até mesmo acessório, pois o principal é o estudo e o cuidado da casa ou dos filhos”. MARTINS, Sérgio Pinto. Op. cit., 2009, p. 84.

⁴⁴⁵ “O contrato por tempo parcial já era admitido na legislação brasileira. A novidade da medida é permitir que o tempo de férias possa ser inferior a trinta dias. Além de flexibilizar o período de férias, a medida teve a finalidade de estimular esse tipo de contratação”. KREIN, José Dari. A Reforma Trabalhista de FHC: *análise de sua efetividade*. Disponível em: <<http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/125422/Rev24Art14.pdf/df588523-8a9f-47b9-aeef-42d03db57421>>. Acesso em: 01 dez 2014.

Em arremate, cabe ponderar que “o trabalho a tempo parcial pode ajudar a minorar os efeitos do desemprego; porém, dependendo da hipótese, pode constituir-se numa forma de desemprego parcial, dada sua precariedade⁴⁴⁶”.

Outra inovação legislativa que possibilitou a introdução de outra figura jurídica flexibilizatória dos direitos trabalhistas foi a empreendida pela Medida Provisória 1.726/98 que inseriu o art. 476-A na CLT possibilitando a suspensão do contrato de trabalho, por um período de dois a cinco meses, exclusivamente para atender ao interesse da empresa, de acordo com as necessidades econômicas, tecnológicas ou estruturais, sem que seja efetuado o pagamento de “prestação salarial e dos encargos sociais, respectivamente, transferindo os ônus da relação de emprego para o Estado que subsidia o empregador, através de uma bolsa qualificação profissional⁴⁴⁷”.

O prazo de suspensão, mediante negociação coletiva, pode ser prorrogado com aquiescência formal do empregado, desde que o empregador arque com o ônus correspondente ao valor da bolsa de qualificação profissional, no respectivo período (§7º, art. 476-A, CLT). Há que se ressaltar que “a suspensão do contrato de trabalho para qualificação profissional não irá criar empregos, mas ajudará a evitar o aumento do desemprego, atenuando-o⁴⁴⁸”.

Portanto, é perceptível que o ordenamento jurídico pátrio é dotado de inúmeros instrumentos jurídicos que já permitem, em certo modo, a flexibilização dos direitos trabalhistas pela autorização da contratação temporária, em regime parcial, por prazo determinado, de cooperativa de trabalho, ou a suspensão do contrato de trabalho, além de não resguardar o trabalhador da dispensa imotivada ou arbitrária, ante a ausência de regulamentação do inciso I, do art. 7º, da Constituição Federal.

Nesse esteio, a simples transferência às categorias representativas do capital e do trabalho da competência de pactuação das condições de trabalho, no intuito de adequá-las às repentinas mudanças do mercado econômico, conseqüentemente, do trabalho, equivale à deserção do intervencionismo e a imperatividade das leis do mercado, uma vez que grande parte dos trabalhadores não se encontra organizada em forte aliança sindical, outros, sequer possuem representatividade sindical. Já os sindicatos, não possuem unidade e poder de barganha, posto que enfraquecidos e desagregados pela carência de associados e recursos financeiros.

⁴⁴⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. Op. cit., 2009, p. 90.

⁴⁴⁷ CUNHA, Carlos Roberto. Op. cit., 2004, p. 247.

⁴⁴⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. Op. cit., 2009, p. 112.

Deste modo, “ao revelar o seu intento oficial de quebra do intervencionismo, o Estado brasileiro faz tábua rasa de todas as circunstâncias ilustradas⁴⁴⁹”.

A questão nuclear – ressaltamos – é verificar se há ou não necessidade de ampliar a flexibilização de direitos trabalhistas, qual o grau de rigidez da legislação tutelar e se a nossa opção será manter o nível de tutela ou permitir a sua redução. A legislação do trabalho, vale lembrar, não é fechada. Permite, por exemplo, uma poderosa medida de flexibilização: a redução dos salários (art. 7º, inciso VI da CF). As correntes favoráveis e contrárias à flexibilização gravitam, portanto, entre a possibilidade de aumento dos níveis de permissão de alterações contratuais *in pejus*, aos trabalhadores, para atender às flutuações da economia ou manutenção do modelo atual, de centralidade do Estado, enquanto regulador de forças entre as relações entre o capital e o trabalho⁴⁵⁰.

Expostas nestes termos as questões afetas à flexibilização dos direitos trabalhistas passa-se ao debate daquela à luz da garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

4 – FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS E A GARANTIA DO NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1. Atividade Legislativa, Suporte Fático e Restrições dos Direitos Fundamentais

Consagrando o princípio da separação dos poderes, desenvolvido por Montesquieu na obra *O Espírito das Leis*⁴⁵¹, a Constituição Federal de 1988 em seu art. 1º preconiza que “*são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*”.

Nessa vereda, no exercício das competências que lhe não inerentes e constitucionalmente constituídas os Poderes do Estado exercem funções predominantes e funções não predominantes. Em outras palavras, os Poderes constituídos exercem funções

⁴⁴⁹ CUNHA, Carlos Roberto. Op. cit., 2004, p. 319.

⁴⁵⁰ CUNHA, Carlos Roberto. Op. cit., 2004, p. 187.

⁴⁵¹ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

típicas e atípicas⁴⁵². E adstrindo a referência ao Poder Legislativo lhes “são típicas a função de legislar e a função de fiscalizar⁴⁵³”.

No concernente à função legislativa esta compete, naturalmente, ao Poder Legislativo uma vez que é no âmbito de suas casas que devem, em princípio, às vistas das regras do jogo democrático, ser deliberadas as questões políticas que interessam à sociedade bem como criadas as “normas jurídicas que abstratamente disciplinem as consequências das condutas humanas⁴⁵⁴”.

Diz-se ser um poder pelo fato de a Constituição atribuir ao Legislativo a primazia da competência constitucional para tipicamente⁴⁵⁵ regular a ordem jurídica, seja por meio do processo legislativo ordinário ou extraordinário.

Por outro lado, diz-se ser um dever, pois os direitos fundamentais vinculam o legislador⁴⁵⁶ e impõem ao Poder Legislativo o “dever à emanção de normas que deem regulação satisfatória e integral às posições jurídicas que contemplam, quando dependem de integração legislativa⁴⁵⁷”.

É certo que muitas normas constitucionais são dirigidas especialmente ao legislador, que tem o dever de regulamentar a matéria constitucional posta à sua competência conformadora pelo constituinte, sendo um dever do Estado a prestação normativa.

Há direitos fundamentais cujo objeto se esgota na satisfação pelo Estado de uma prestação de natureza jurídica. O objeto do direito será a normação pelo Estado do bem jurídico protegido como direito fundamental. Essa prestação jurídica pode consistir na emissão de normas jurídicas penais ou de normas de organização e de procedimento⁴⁵⁸.

⁴⁵² CUNHA JÚNIOR, Dirleyda. Op. cit. 2009, p. 920.

⁴⁵³ “Nesse sentido, temos os arts. 59 a 69 da CR/88 explicitando a função legislativa e suas variadas possibilidades. Já a função fiscalizatória pode ser observada em uma plêiade de normas constitucionais, como: arts. 58, §3º (Comissões Parlamentares de Inquérito); art. 70 (fiscalização das contas do Poder Legislativo, auxiliado pelo Tribunal de Contas); art. 49, IX (julgamento anual das contas do Presidente da República e apreciação dos relatórios sobre a execução dos planos de governo) e art. 49, X (fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta)”. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Op. cit. 2013, p. 769.

⁴⁵⁴ MARMELESTEIN, George. Op. cit., 2014, p. 309.

⁴⁵⁵ “A edição de atos normativos primários, que instituem direitos e criam obrigações é função típica do Poder Legislativo”. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 915.

⁴⁵⁶ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Op. cit. 2013, p. 339-334.

⁴⁵⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirleyda. Op. cit. 2009, p. 599-600.

⁴⁵⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; et. al. Op. cit., 2009, p. 292.

Deste modo, “quando determinado direito depende de lei para ser plenamente efetivado e o legislador deixa de regulamentar esse direito, mantendo-se inerte, ocorre o fenômeno da omissão legislativa. É um caso típico de inconstitucionalidade por omissão⁴⁵⁹”.

A inércia do legislador em realizar a contento uma imposição constitucional de concretização de direito fundamental configura a ultrajante omissão constitucional e dá ensejo à deflagração de um sistema de defesa da constituição, onde a jurisdição constitucional é o centro de gravidade para o qual convergem os meios mais expedidos de se fazer cumprir a vontade do constituinte, representativa da soberania popular⁴⁶⁰.

A atividade legislativa conformadora da ordem jurídica demarca o conteúdo do direito ao definir o seu âmbito de proteção⁴⁶¹ e potencializa, instrumentalizando por meio da criação de mecanismos normativos e fáticos, o exercício efetivo do direito, densificando o seu núcleo essencial⁴⁶².

Mas a atividade legislativa não se limita somente à regulamentação ou mediação legislativa dos direitos que constitucionalmente demandam o dever legislativo, posto que reconhecida a inexistência de direito absoluto, ainda que seja um direito fundamental⁴⁶³, constitui dever do legislador intervir legislativamente regulamentando as hipóteses de restrições⁴⁶⁴ que legitimamente possam ser impostas àqueles direitos, pois “a limitação aos direitos se torna admissível quando se constituir em meio necessário para a obtenção dos fins,

⁴⁵⁹ MARMELSTEIN, George. Op. cit., 2014, p. 309.

⁴⁶⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit. 2009, p. 600.

⁴⁶¹ SAMPAIO, Marcos. *O conteúdo essencial dos direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 99.

⁴⁶² “O fato de os direitos fundamentais serem hábeis a gerar dede logo, pelo simples fato de estarem na Constituição, direitos subjetivos plenamente exigíveis na via judicial não exclui a importância do Poder Legislativo em densificar a norma constitucional. Densificar, no sentido ora adotado, significa regular os pressupostos de exercício do direito, no intuito de garantir maior segurança jurídica”. MARMELSTEIN, George. Op. cit., 2014, p. 308.

⁴⁶³ A doutrina reconhece ter os direitos fundamentais a característica da relatividade, ou seja, “para a maioria da doutrina (de viés axiológico), os direitos fundamentais se caracterizam pela relatividade (por serem “direitos relativos”), ou seja, eles não podem ser entendidos como absolutos (ilimitados). Nesses termos, é comum em vários estudos sobre o tema (não sem críticas!) a afirmação de que não podemos nos esconder no véu (ou atrás) de um direito fundamental para a prática de atividades ilícitas. Assim sendo, não haveria possibilidade de absolutização de um direito fundamental (“ilimitação” de seu manuseio) pois encontraria limites em outros direitos tão fundamentais quanto ele”. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Op. cit. 2013, p. 333-334.

⁴⁶⁴ Segundo Canotilho, “Uma ideia de primacial importância a reter em toda esta matéria é a seguinte: só deve falar-se de uma restrição de direitos quando há uma efectiva limitação do âmbito de protecção desses direitos (cfr. supra, Parte III, Cap. 2, B, as considerações sobre a estrutura da norma jurídica e sobre os momentos de concretização normativo-constitucional). Para se afirmar existência de uma autêntica restrição é necessário desenvolver um procedimento metódico destinado a iluminar as seguintes interrogações: (1) Trata-se de efectiva restrição do âmbito de protecção de norma consagradora de um direito, liberdade e garantia?(2) Existe uma autorização constitucional para essa restrição?(3) Corresponde a restrição à necessidade de salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos?(4) A lei restritiva observou os requisitos expressamente estabelecidos pela constituição (necessidade, proporcionalidade, generalidade e abstracção, não retroactividade, garantia do núcleo essencial?)”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 601-602.

com respaldo constitucional, ínsitos às relações especiais de poder⁴⁶⁵”. Isto porque “[...] nenhuma ordem jurídica pode proteger os direitos fundamentais de maneira ilimitada, a ideia [é] de que os direitos fundamentais não são absolutos, no sentido de absolutamente blindados contra qualquer tipo de restrição na sua esfera subjetiva e objetiva [...]”⁴⁶⁶.

Atendo-se à Constituição Federal de 1988, notadamente, quanto à possibilidade de intervenção da esfera de proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores, nota-se abertura constitucional que permite às categorias profissional e econômica a intervenção e conformação, por meio de acordo ou convenção coletiva, da esfera protetiva dos direitos retromencionados.

Nos incisos VI, XIII e XIV do art. 7º o constituinte originário consagrou a possibilidade de flexibilização da norma constitucional de irredutibilidade salarial e das normas referente à duração da jornada de trabalho, a ser efetuada por meio dos instrumentos normativos coletivos, que são constitucionalmente reconhecidos como direitos dos trabalhadores urbanos e rurais (art. 7º, XXVI, CF/88).

Por meio dos referidos instrumentos normativos também se mostra possível a densificação dos direitos fundamentais dos trabalhadores, ante a previsão do *caput* do referido artigo do texto constitucional que declara ser direitos dos trabalhadores, os inscritos em seus incisos, assim como os *outros que visem à melhoria de sua condição social*, o que de fato pode ser implementado por meio dos instrumentos coletivos, que tem por escopo “[...] alcançar melhores condições de trabalho para a classe trabalhadora⁴⁶⁷”, valendo pontuar que o acordo e a convenção coletiva gozam de natureza jurídica normativa, visto que seu conteúdo normativo é dotado de generalidade e abstração, tal qual as leis ordinárias, ainda que limitados, no tempo, no espaço e em relação aos seus destinatários.

A doutrina majoritária aponta que:

[...] o instrumento normativo assemelha-se a um contrato em sua formação, pois nasce de um encontro de vontades. Mas, na sua essência, a convenção e o acordo coletivo têm natureza jurídica de norma, pois estabelecem condições de trabalho gerais e abstratas, que devem ser seguidas por todos aqueles representados pelos sindicatos que firmaram o ajuste coletivo⁴⁶⁸.

⁴⁶⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 326.

⁴⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: *uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 406.

⁴⁶⁷ LOPES, Otavio Brito. Limites Constitucionais à Negociação Coletiva. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_09/neg_coletiva_Otavio.htm>. Acesso em: 16 dez 2014.

⁴⁶⁸ CAIRO JÚNIOR, José. Curso de Direito do Trabalho: direito individual e coletivo do trabalho. 8ª. ed. rev. ampl. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 1090.

Com efeito, as normas constitucionais, mormente as normas que definem e proclamam os direitos fundamentais são dotadas, não raras vezes, de abstração, pois apresentam estrutura aberta e flexível, fragmentária e indeterminada⁴⁶⁹ que demandam necessária regulamentação pelo órgão legislativo.

Vale ressaltar, contudo, que a atividade legiferante não gozava de ilimitada liberdade⁴⁷⁰, ou seja, não tem o legislador carta branca para no exercício de sua típica função livremente definir ou rever o conteúdo dos direitos fundamentais como se esses estivessem a sua disposição, pois em que pese a típica estrutura das normas constitucionais definidoras dos referidos direitos “não há dúvida de que existe um núcleo ou conteúdo mínimo definido constitucionalmente e vinculante para o legislador⁴⁷¹”.

Portanto, intuitivo que no concernente à atividade legislativa no âmbito da disciplina dos direitos fundamentais as atividades típicas e inerentes à referida função ficam cingidas e adstritas à edição de normas jurídicas restritivas e conformadoras dos direitos fundamentais⁴⁷², isto porque os mencionados direitos reclamam sua efetivação plena, sendo, pois, necessário o seu desenvolvimento pelos agentes políticos, membros do Poder Legislativo:

[...] os direitos fundamentais não podem ser considerados prontos, reclamando atuação do legislador ordinário tanto para definir os contornos do direito em questão quanto para disciplinar a forma de exercício dos direitos em questão, assegurando aos membros do corpo social o gozo e o exercício deles⁴⁷³.

Deste modo, evidencia-se que ao legislador ordinário, em primazia⁴⁷⁴, compete o poder-dever de potencializar o cumprimento dos mandamentos constitucionais, seja conformando a ordem jurídica ou delimitando o âmbito de proteção dos direitos

⁴⁶⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 124.

⁴⁷⁰ “Ao Parlamento, representante do povo na triangulação estatal, cumpre tarefa de legislar, tendo amplo poder de conformação nessa atividade pelo texto constitucional (artigo 48 e seguintes da Constituição Federal de 1988) e decorrente da noção de Estado Democrático. Todavia, parece que a autorização do constituinte originário para a atividade legislativa derivada não possui contornos, nem lhe outorga poderes absolutos; pelo contrário, há limitações expressas no texto constitucional, além das proibições que lhe impõem os princípios, implícitos ou explícitos, constantes da Carta magna”. AWAD, Fahd Medeiros. *Proibição de retrocesso social diante da garantia do núcleo essencial dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: <<http://www.upf.br/seer/index.php/rjd/article/view/2146/1386>>. Acesso em: 16 dez 2014.

⁴⁷¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit. 2009, p. 731.

⁴⁷² BIAGI, Cláudia Perotto. *A Garantia do Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais na Jurisprudência Constitucional Brasileira*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 56.

⁴⁷³ SAMPAIO, Marcos. *O conteúdo essencial dos direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 99.

⁴⁷⁴ Faz-se a presente ressaltar por conta possibilidade de pactuação, pelos representantes das categorias profissional e econômica mediante celebração de acordo ou convenção coletiva, de melhorias a serem implementadas quanto às condições de trabalho e sociais dos trabalhadores conforme já exposto.

fundamentais, disciplinando os pressupostos e formas de exercício dos mencionados direitos, em referência àquilo que a doutrina denominou cunhar de “política de direitos fundamentais”⁴⁷⁵.

As atividades de conformação e delimitação dos direitos fundamentais se mostram de grande importância para a identificação do núcleo essencial dos direitos fundamentais, pois:

[...] na media em que o legislador conforma o direito, dá substância ao conteúdo essencial, criando complexos de norma e de institutos jurídicos concretos que passam a pertencem à essência desse direito, criando, ao mesmo tempo, as condições de fruição real e efetiva do próprio direito. Enquanto limita o direito, acaba por determinar o contorno da restrição. Por isso, toda limitação de direito fundamental reclama a determinação do conteúdo, e toda conformação de seu conteúdo implica estabelecer o limite do próprio conteúdo do respectivo direito⁴⁷⁶.

O legislador ao conformar e delimitar o conteúdo dos direitos fundamentais concretiza a Constituição visto que “‘pensa’ os conteúdos valorativos jurídico-constitucionais até o final. Atualiza a Constituição” vez que “uma constituição sem legislação conformadora macula o seu objetivo: não poderia justamente fazer realidade seu sentido [...]”⁴⁷⁷, motivos pelos quais se torna de distinta importância a atividade legislativa no tocante à definição do conteúdo dos direitos fundamentais.

Cumprir esclarecer que a definição do que seja o núcleo essencial dos direitos fundamentais não é tarefa simples, razão pela qual é extremamente controverso na doutrina o trato do assunto em questão, seja no Direito Constitucional nacional ou no comparado⁴⁷⁸.

Segundo SILVA o estudo acerca do conteúdo essencial dos direitos fundamentais faz “referência a um fenômeno complexo, que envolve uma série de problemas inter-relacionados” sendo eles referentes “(a) a definição daquilo que é protegido pelas normas de direitos fundamentais; (b) a relação entre o que é protegido e suas possíveis restrições; e (c) a fundamentação tanto do que é protegido como de suas restrições”, deste modo seria da

⁴⁷⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 2007, p. 276.

⁴⁷⁶ SAMPAIO, Marcos. Op. cit., 2013, p. 101.

⁴⁷⁷ HÄRBELE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Trad. Joaquim BrageCamazano. Madrid: Dykinson, 2003, p. 172.

⁴⁷⁸ CHEQUER, Cláudio. *O princípio da proteção ao núcleo essencial do Direito Fundamental no Direito Brasileiro (aplicação e delimitação)*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-principio-da-protecao-ao-nucleo-essencial-do-direito-fundamental-no-direito-brasileiro-aplicacao-e-delimitacao/10163>>. Acesso em: 16 dez 2014.

“relação dessas variáveis - e de todos os problemas que as cercam - que se define, [...] o conteúdo essencial dos direitos fundamentais⁴⁷⁹”.

Doutro giro, a dogmática jurídico-constitucional contemporânea, no que atine ao desenvolvimento da teorização da disciplina normativa delimitadora e conformadora dos direitos fundamentais, tem se arrimado sobre as categorias dogmáticas do âmbito de proteção (suporte fático), limites e limites aos limites dos direitos fundamentais⁴⁸⁰ no desiderato de identificar a legitimidade e a constitucionalidade⁴⁸¹ da atividade conformadora e restritiva do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

O âmbito de proteção dos direitos fundamentais constitui o “pressuposto primário para o desenvolvimento da teoria acerca dos direitos fundamentais, para que se possa saber o que está ou não protegido pelo direito fundamental examinado⁴⁸²”, sendo o conhecimento do âmbito de proteção de fundamental importância para se avaliar a constitucionalidade das atividades interventivas restritivas e conformadoras de modo a se averiguar se o grau de conformação e proteção do núcleo essencial foi atendido⁴⁸³, uma vez que “o âmbito de proteção ou pressuposto de fato de um direito fundamental refere-se aos bens ou realidades (vida, liberdade, religião, etc.) protegidos pela disposição normativa que prevê o direito fundamental⁴⁸⁴”.

Todavia, ciente da complexidade que envolve a identificação do âmbito de proteção a doutrina adverte que “nem sempre se pode afirmar, com segurança, que determinado bem, objeto ou conduta estão protegidos ou não por um dado direito⁴⁸⁵”.

Pontua SARLET⁴⁸⁶ que o âmbito de proteção:

[...] trata-se do bem jurídico protegido, ou seja, do objeto tutelado, que nem sempre se afigura de fácil identificação, especialmente em decorrência das indeterminações semânticas invariavelmente presentes nos textos normativos (disposições) que asseguram direitos fundamentais, mas também, entre outras razões, em virtude da dupla dimensão objetiva e subjetiva e da conexa multifuncionalidade dos direitos fundamentais.

⁴⁷⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*. n. 4. 2006, p. 24.

⁴⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 404.

⁴⁸¹ DIMOULIS, Dimitri; Martins, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 132.

⁴⁸² SAMPAIO, Marcos. Op. cit., 2013, p. 118.

⁴⁸³ Ibidem.

⁴⁸⁴ FARIAS, Edson. *Restrição De Direitos Fundamentais*. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15416/13989>>. Acesso em: 16 dez 2014.

⁴⁸⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 330.

⁴⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 405.

Em complemento, CANOTILHO esclarece que o âmbito de proteção:

[...] significa a delimitação intencional e extensional dos bens, valores e interesses protegidos por uma norma. Este âmbito é, tendencialmente, o resultado proveniente da delimitação dogmática feita pelos órgãos ou sujeitos concretizadores através do confronto de normas do direito vigente (ex.: o âmbito de protecção da liberdade de expressão e informação determina-se através do confronto das normas constitucionais entre si e destas com os preceitos do Código Penal e da Lei de Imprensa relativos a crimes relacionados com essa liberdade)⁴⁸⁷.

A sistematização do procedimento de identificação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais exige a análise da norma constitucional garantidora do direito, notadamente quanto à “identificação dos bens jurídicos protegidos e a amplitude dessa proteção (âmbito de proteção da norma)” e à “verificação das possíveis restrições contempladas, expressamente, na Constituição (expressa restrição constitucional) e identificação das reservas legais de índole restritiva⁴⁸⁸”.

O âmbito de proteção compreende “os diversos pressupostos fáticos contemplados pela norma jurídica e a consequência de proteção desse direito⁴⁸⁹”. Deste modo, consubstancia-se num recorte fático de todos os comportamentos e situações tematizados pela norma de direito fundamental que os direitos fundamentais pretendem proteger⁴⁹⁰.

Firme nesse esqueleto, esclarece ANDRADE que o âmbito de proteção permite encontrar a “parcela da realidade incluída na hipótese normativa⁴⁹¹”, indicando o bem jurídico e constitucionalmente relevante objeto de proteção.

Nessa vereda, a depender do paradigma teórico adotado, ou seja, se parte-se da concepção restrita ou ampla do âmbito de proteção, trilha-se caminhos diversos para consecução dos fins pretendidos, qual seja: identificar o bem ou a posição jurídica protegida pelo direito fundamental.

Os adeptos da teoria do suporte fático ou âmbito de proteção restrito partem do pressuposto de que “a conduta permitida pelo direito fundamental é aquela que resiste às exclusões realizadas de posturas não protegidas pela norma⁴⁹²”. Logo:

⁴⁸⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 204.

⁴⁸⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 330.

⁴⁸⁹ SAMPAIO, Marcos. Op. cit., 2013, p. 119.

⁴⁹⁰ DIMOULIS, Dimitri; Martins, Op. cit., 2014, p. 132.

⁴⁹¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra, 2007, p. 215.

⁴⁹² SAMPAIO, Marcos. Op. cit., 2013, p. 124.

[...] envolve o entendimento de que o suporte fático dos direitos fundamentais não contempla todas as ações, fatos, estados ou posições jurídicas referidas a esses direitos, vale dizer, determinadas situações estão excluídas, para os defensores dessa teoria, do campo de atuação de um direito específico. O que a teoria parece assim preconizar é a existência de prévia exclusão do âmbito de um direito daquilo que é praticado, não se tratando de fundamentação constitucional que permita a restrição, e sim de verdadeira ausência de proteção pela norma constitucional⁴⁹³.

Desta forma, haveria uma exclusão normativa de condutas que não se encontram albergadas pelo direito fundamental. Ou seja, não se trata de ausência de proteção do direito, mas sim, de não proteção de determinadas condutas.

Portanto, esclarece ANDRADE que nestes casos é “o próprio preceito constitucional que não protege essas formas de exercício do direito fundamental, é a própria Constituição que, ao enunciar os direitos, exclui do respectivo programa normativo a protecção desse tipo de situações⁴⁹⁴”.

No âmbito da teoria do suporte fático ou âmbito de proteção restrito cabe perquirir o que está protegido e quais condutas ou posições jurídicas podem ser previamente excluídas do âmbito de proteção do direito fundamental, visto que não haveria restrições do direito propriamente ditas, porquanto somente seria possível de restrição aquilo que estivesse contido no âmbito de proteção, o que exclui a hipótese de restrição, já que determinadas condutas não se encontrariam sob o pálio protetivo do direito fundamental.

Nessa toada, tem-se que o âmbito de proteção ou suporte fático dos direitos fundamentais é analisado de dentro pra fora, ou seja, analisa-se o que está protegido pelo direito fundamental⁴⁹⁵, e não as restrições que seriam externamente impostas, já que essas, para aquela teoria, inexistem.

Há exclusões de condutas ou posições jurídicas que não são protegidas pelo direito, o que em última análise conduz à delimitação do conteúdo do direito fundamental⁴⁹⁶ em razão da identificação dos seus limites imanes sendo estes os “limites máximos de conteúdo que se podem equiparar aos limites do objeto, isto é, aos que resultam da especificidade do bem que

⁴⁹³ SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Direitos Fundamentais e Suporte Fático: *Notas a Virgílio Afonso da Silva*. Disponível em: <<http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n6/3.pdf>>. Acesso em: 16 dez 2014.

⁴⁹⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 276.

⁴⁹⁵ SAMPAIO, Marcos. Op. cit., 2013, p. 119.

⁴⁹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 87.

cada direito fundamental visa proteger, ou melhor, na parcela da realidade incluída na respectiva hipótese normativa⁴⁹⁷”.

Por terem características restritas e posições e conteúdo definidos os direitos fundamentais, nessa moldura, são compreendidos como regras⁴⁹⁸, posto que possuem conteúdo absoluto definido *a priori*, sendo este o ponto fulcral da crítica expedida pelos adeptos da teoria ampla do suporte fático ou âmbito de proteção amplo, que apontam para o risco de “definições muito estáticas, não compatíveis com a cambialidade da realidade complexa⁴⁹⁹”.

Os adeptos da teoria do suporte fático ou âmbito de proteção amplo dos direitos fundamentais partem da pressuposição de que toda ação possível está sob o âmbito de proteção do direito fundamental, desde que com ele esteja relacionada, havendo, assim, uma proteção *prima facie* de condutas e posições jurídicas que poderão *a posteriori* sofrer restrições. Portanto:

(a) O âmbito de proteção desses direitos deve ser interpretado da forma mais ampla possível, o que significa dizer que qualquer ação, fato, estado ou posição jurídica que, isoladamente considerado, possa ser subsumido no “âmbito temático” de um direito fundamental, deve ser considerado como por ele *prima facie* protegido. Isso implica, necessariamente, uma rejeição a exclusões *a priori* de condutas desse âmbito de proteção; (b) Também o conceito de intervenção estatal nos direitos fundamentais faz parte do suporte fático. Por isso, por se tratar de um modelo baseado em um suporte fático amplo, o conceito de intervenção também deverá ser interpretado de forma ampla. Isso implica, entre outras coisas, a rejeição de teorias que defendem que meras regulamentações no âmbito dos direitos fundamentais não constituem restrições [...] ⁵⁰⁰.

Assim no âmbito da referida teoria ao contrário da do suporte fático ou âmbito de proteção restrito não está em voga a tarefa de identificar o conteúdo e as condutas ou posições jurídicas que estão sob o manto protetivo do direito fundamental, mas sim a análise da legitimidade das justificativas que levaram à intervenção no âmbito do direito.

Nesse esteio tem-se que o foco, aqui, está centrado na argumentação que fundamenta a intervenção, devendo o órgão interventor “apresentar as justificativas constitucionais que

⁴⁹⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 278.

⁴⁹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais (Theory der Grundrechte)*. 5. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 278.

⁴⁹⁹ SAMPAIO, Marcos. Op. cit., 2013, p. 131.

⁵⁰⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*. n. 4. 2006, p. 25.

ensejam a restrição posterior do direito fundamental, na medida em que se admite, inicialmente, amplo leque de proteção⁵⁰¹”.

Adita SILVA que a teoria de suporte fático amplo, por ele defendida, tem o mérito de

[...] alargar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais ao máximo e considerar toda e qualquer regulamentação como uma potencial - ou real - restrição, ao mesmo tempo em que coloca os termos do problema às claras - direitos fundamentais são restringíveis - impõe um ônus argumentativo àquele responsável pela restrição, que não está presente em modelos que escamoteiam essas restrições por meio de definições de limites quase jusnaturalistas aos direitos fundamentais ou que escondem restrições atrás do conceito de regulamentação⁵⁰².

Destarte, o núcleo essencial do direito não seria definido *a priori*, pois aquele somente seria definido após a realização da técnica de sopesamento, pois compreendidos como princípios os direitos fundamentais seriam considerados mandamentos de otimização e deveriam ser realizados na maior medida possível de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto⁵⁰³.

Logo a identificação do conteúdo do direito somente seria alcançável após a análise da legitimidade da intervenção ocorrida no âmbito do direito, seja por meio de sua conformação ou restrição, e sempre à luz das circunstâncias fático-jurídicas ofertas pelo caso concreto.

Tal fato conduz à ilação de que a estrutura dos direitos fundamentais seria cambiante e dinâmica, adaptável a cada caso que se apresentasse ao aplicar, razão pela qual a definição do que seria objeto de proteção do direito fundamental dependeria do cumprimento do dever de justificação constitucional da intervenção efetuada. “Nesse caso, a centralidade do exame reside na observação acerca da fundamentação das restrições para a dogmática dos direitos fundamentais⁵⁰⁴”, e não do direito e da restrição em si.

Entrementes devido à abertura à argumentação justificativa das intervenções nos direitos fundamentais, a teoria do suporte fático ou âmbito de proteção amplo, devida a postergação da análise ou identificação do núcleo essencial do direito que somente seria conhecida após a aplicação da técnica de ponderação, pode acarretar interpretações constitucionais dissonantes uma vez que a jurisdição constitucional nem sempre é realizada de

⁵⁰¹ SAMPAIO, Marcos. Op. cit., 2013, p. 129.

⁵⁰² SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., 2006, p. 25.

⁵⁰³ “Isto significa que podem ser satisfeitos em diferentes graus e que a medida da sua satisfação depende não apenas das possibilidades fáticas mas também das jurídicas, que estão determinadas não apenas por regras, mas também por princípios opostos”. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais (Theory der Grundrechte)*. 5. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 162.

⁵⁰⁴ SAMPAIO, Marcos. Op. cit., 2013, p. 130.

modo escoreito pelos órgãos do judiciário, pelo o fato de a técnica de sopesamento não raras vezes ser empregada sem racionalidade, acarretando o indesejável fenômeno do decisionismo⁵⁰⁵, o que leva à incerteza do direito e à insegurança jurídica e institucional, residindo neste ponto, a crítica direcionada à referida teoria⁵⁰⁶.

Portanto, no que toca ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais, para a análise da legitimidade da atividade conformadora ou restritiva “é indispensável saber o que está protegido ou o que não está⁵⁰⁷”, seja por meio da compreensão do suporte fático restrito ou amplo dos direitos fundamentais.

Como já pontuado a atividade legislativa no que tange à disciplina dos direitos fundamentais se materializa sob duas modalidades, vale dizer, pela edição de normas restritivas ou normas conformadoras⁵⁰⁸ dos referidos direitos.

A atividade legislativa conformadora do direito fundamental o configura, por outro lado a limitação do direito tem por objetivo proteger bens jurídicos constitucionalmente garantidos e de igual valor.

Nessa vereda “para a adequada discussão sobre a restringibilidade dos direitos e seus respectivos limites, incontornável a análise, ainda que sumária, da contraposição entra as assim designadas ‘teoria interna’ e ‘teoria externa’ dos limites dos direitos fundamentais⁵⁰⁹”. Isto porque “a opção por uma destas teorias acaba por repercutir no próprio modo de compreender a maior ou menor amplitude do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, com reflexos diretos na esfera das suas limitações⁵¹⁰”.

A teoria interna dialoga com a teoria do suporte fático ou âmbito de proteção restrito na medida em que possibilita identificar e delimitar *a priori* o conteúdo/limite e objeto do direito fundamental⁵¹¹, este visto no âmbito da teoria interna de forma una, ou seja, “os limites são imanentes ao próprio direito⁵¹²”.

⁵⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Neoconstitucionalismo E “O Problema Da Discrecionalidade Dos Juizes”*. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf>. Acesso em: 16 dez 2014.

⁵⁰⁶ SAMPAIO, Marcos. Op. cit., 2013, p. 131.

⁵⁰⁷ SAMPAIO, Marcos. Op. cit., 2013, p. 124.

⁵⁰⁸ BIAGI, Cláudia Perotto. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2005, p. 56.

⁵⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 406.

⁵¹⁰ Ibidem.

⁵¹¹ PAULA, Felipe de. *A (de)limitação dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 53-54.

⁵¹² SAMPAIO, Marcos. Op. cit., 2013, p. 134.

Os direitos, de acordo com esta teoria, comportam limites, mas não restrições. Assim, os direitos fundamentais apresentam limites internos, que seriam limites necessários que resultam de sua própria natureza, falando-se, pois, em direitos delimitados em seu conteúdo, ou melhor, delimitados tanto pela sua natureza, como pela sua função⁵¹³.

Assim, para os adeptos da teoria interna o direito fundamental e as restrições inexistem os conceitos de direitos e restrições como “categorias autônomas, mas sim a idéia de direito individual com determinado conteúdo. A idéia de restrição (*Schranke*) é substituída pela de limite⁵¹⁴.

Referindo-se à doutrina de Virgílio Afonso da Silva, SARLET acrescenta que:

[...] é precisamente pelo fato de que, para a teoria interna, os direitos e seus limites formam uma unidade, visto que os limites são imanentes ao direito, que fatores de ordem externa, como é o caso de restrições decorrentes da colisão entre princípios, são sempre excluídos, sendo, portanto, inviável – no âmbito da teoria interna – da ideia de limites imanes com a noção de restrições no sentido habitual do termo⁵¹⁵.

Deste modo a definição do conteúdo do direito fundamental não depende de fatores externos ao direito em questão, logo, não há se falar em restrições. O limite do direito é delimitado pela sua própria estrutura ou natureza, ou seja, pela imanência dos seus limites, visto que “cada direito apresenta limites lógicos, *imanentes*, oriundos da própria estrutura e natureza do direito e, portanto, da própria distinção que o prevê. Os limites já estão contidos no próprio direito, portanto não se cuida de uma restrição imposta a partir do exterior⁵¹⁶”.

Nessa moldura, os limites imanentes são compreendidos como “fronteiras implícitas, de natureza apriorística, e que não se deixam confundir com autênticas restrições, pois estas são, em geral, compreendidas (para a teoria externa) como ‘desvantagens’ normativas⁵¹⁷” que são exteriormente impostas aos direitos fundamentais.

Em vias de arremete, tem-se que na teoria interna “o direito tem o seu alcance definido de antemão, de tal sorte que sua restrição se revela desnecessária [...] o processo de definição dos limites do direito é algo interno a ele⁵¹⁸”.

⁵¹³ BIAGI, Cláudia Perotto. Op. cit., 2005, p. 60.

⁵¹⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 334.

⁵¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: *uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 406-407.

⁵¹⁶ BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 59.

⁵¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., 2015, p. 406.

⁵¹⁸ Ibidem.

A teoria externa, que tem como um de seus maiores defensores Robert Alexy⁵¹⁹, dialoga com a teoria do suporte fático ou âmbito de proteção amplo e está visceralmente ligada à teoria dos princípios, “que, de forma simplificada, sustenta que os direitos fundamentais constituem direitos *prima facie* que somente após o acerto do caso concreto tornam-se definitivos⁵²⁰”.

Para a teoria externa o conceito de direito fundamental e restrições são categorias autônomas “que se deixam distinguir lógica e juridicamente, então existe, a princípio, um direito não limitado, que, com a imposição de restrições, converte-se num *direito limitado* (*eingeschränktes Recht*)⁵²¹”.

Tal construção parte do pressuposto de que existe uma distinção entre posição *prima facie* e posição definitiva, a primeira correspondendo ao direito antes de sua limitação, a segunda equivalente ao direito já limitado. Esta distinção, contudo, não afasta a possibilidade de direitos sem restrições, visto não haver uma relação necessária entre o conceito de direito e o de restrição, sendo tal relação estabelecida pela necessidade de compatibilizar diferentes bens jurídicos⁵²².

Destarte, “no primeiro momento, há o direito em si, não restringido, e, no segundo, a possibilidade de o direito ser restringido⁵²³” ou mesmo um direito limitado, cujo conteúdo é identificado após a aplicação da técnica de sopesamento.

Portanto, para a teoria externa tem objetos distintos, ou seja, o direito destacado de suas restrições⁵²⁴, motivo pelo qual a restrição ao direito não tem influência no conteúdo do direito, uma vez que se dá em sua forma de exercício e em uma situação concreta/contextualizada⁵²⁵.

⁵¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais (Theory der Grundrechte)*. 5. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁵²⁰ SAMPAIO, Marcos. Op. cit., 2013, p. 139.

⁵²¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 334.

⁵²² SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., 2015, p. 407. “Essa relação seria estabelecida pela necessidade de compatibilização entre os direitos individuais e os bens coletivos”. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 334.

⁵²³ SAMPAIO, Marcos. Op. cit., 2013, p. 139.

⁵²⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 179.

⁵²⁵ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Op. cit., 2013, p. 342. “A definição do conteúdo definitivo do direito fundamental, para essa teoria, parte de fora para dentro, à luz das possibilidades fáticas e jurídicas que se apresentarem, sendo que as restrições jurídicas podem se dar por meio de regras ou princípios. No primeiro caso, a regra estabelecida restringe o direito fundamental que, inicialmente, estava garantido, condicionando o exercício dele de forma definitiva. No segundo, baseada em princípios, a restrição adviria de solução para chamada colisão de princípios, que afastaria temporariamente e no caso concreto a aplicação de um dos princípios, fazendo prevalecer outro”. SAMPAIO, Marcos. Op. cit., 2013, p. 140.

E nesse espaço de solução de conflitos impondo restrições ao exercício do direito é que é semeada “a técnica do sopesamento como forma de solução das colisões entre os direitos fundamentais e, ao postulado da proporcionalidade, com seus três desdobramentos [...], quais sejam o da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito⁵²⁶”.

Portanto, a teoria externa relaciona-se diretamente com a possibilidade de restrições aos direitos fundamentais constitucionais, compreendidos como princípios jurídicos.

Em virtude de ser pautada pela referida distinção entre posições jurídicas *prima facie* e definitivas, a teoria externa acaba sendo mais apta a proporcionar a reconstrução argumentativa das colisões de direitos fundamentais, tendo em conta a necessidade da imposição de limites a tais direitos, para que possa ser assegurada a convivência harmônica entre seus respectivos titulares no âmbito da realidade social. Neste perspectiva, as limitações impostas a estes direitos deverão observar, por sua vez, outros limites, que têm sido designados de *limites dos limites* [...] ⁵²⁷.

Cabe acrescentar que a aceitação ou a refutação de uma teoria pela outra dependerá, fundamentalmente, do entendimento acerca dos direitos fundamentais, ou seja, se se considerar que os referidos direitos consagram posições jurídicas definitivas – regras jurídicas de conteúdo definido *a priori*⁵²⁸ – inevitável a aplicação da teoria interna, contudo, se considerar que aqueles somente definem posições jurídicas *prima facie* – princípios jurídicos –, haverá a prevalência da teoria externa⁵²⁹.

4.2. Limites e Limites dos Limites e o Núcleo Essencial dos Direitos Fundamentais

Aponta SARLET que “a identificação dos limites dos direitos fundamentais constitui condição para que se possa controlar o seu desenvolvimento normativo, partilhado pelo legislador ordinário⁵³⁰”.

Expostas no subcapítulo anterior as premissas necessárias à compreensão sobre o âmbito de proteção e as restrições dos direitos fundamentais, retoma-se a ideia de que quanto

⁵²⁶ SAMPAIO, Marcos. Op. cit., 2013, p. 139.

⁵²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., 2015, p. 407.

⁵²⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais (Theory der Grundrechte)*. 5. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 278.

⁵²⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 334.

⁵³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., 2015, p. 409.

à disciplina dos direitos fundamentais a atividade legislativa cinge-se na conformação/densificação do conteúdo do direito e imposição de restrições (considerando a teoria externa).

Considerando-se a proposta vertida no presente trabalho científico sobre a flexibilização dos direitos trabalhistas, a análise dos limites impostos à atividade legiferante ficará circunscrita à função conformadora/densificadora e revisora do conteúdo dos direitos fundamentais dos trabalhadores, visto que a análise das restrições do seu exercício, ficaria sob o pálio da adoção da teoria externa e do suporte fático amplo do âmbito de proteção e da limitação posterior do direito, por meio o uso da técnica de sopesamento, destoando do objeto da presente pesquisa que objetiva apurar a possibilidade ou não da atividade legislativa flexibilizar o âmbito o núcleo essencial dos direitos trabalhistas.

Com efeito, “conformar os direitos fundamentais significa permitir que eles se concretizem de forma normativa social, passando a dispor de eficácia social, na medida em que passem a ser fruídos e protegidos judicialmente, acaso desobedecidos⁵³¹”.

[...] o conceito de conformação é utilizado tanto em sentido amplo como em sentido estrito. Na primeira acepção, esse conceito é manuseado para indicar qualquer forma de intervenção normativa no âmbito dos direitos fundamentais, independentemente de a intervenção afetar ou não o conteúdo do direito fundamental. Na segunda acepção, o conceito de configuração é usado como o oposto de restrição, isto é, refere-se àquelas hipóteses que, no dizer de Canotilho, o legislador deixa imperturbado o âmbito de proteção do direito fundamental⁵³².

Esclarece CANOTILHO que por meio da conformação de direitos a atividade legislativa objetiva “abrir possibilidades de comportamento através das quais os indivíduos exercem os seus direitos fundamentais” ressaltando que a “conformação de direitos fundamentais não significa que o legislador possa dispor deles; significa apenas a necessidade da lei para garantir o exercício de direitos fundamentais⁵³³”.

Vale contudo destacar que não só compete ao legislador garantir o exercício do direito, mas, também, demarcar o âmbito de proteção, densificando e, por vez, atualizando o seu conteúdo. Isso porque, “numa democracia constitucional, a exemplo do que ocorre no Brasil, cabe ao legislador, em primeiro lugar, a tarefa de concretizar a Constituição⁵³⁴”, de

⁵³¹ Op. cit., 2013, p. 113.

⁵³² FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1996, p. 74.

⁵³³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 633-634.

⁵³⁴ “Com a edição de normas infraconstitucionais, o Poder Legislativo é instado, em muitas situações, tanto a conformar como a restringir o âmbito de proteção das normas de direito fundamental. E, de fato, todas as vezes

modo a permitir que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais possibilite a integração material e a legitimidade da ordem jurídico-política.

Conforme apontado por SAMPAIO⁵³⁵ as normas de conformação visam precisar, definir, densificar o conteúdo da proteção dos direitos fundamentais.

Portanto, como se percebe, diversamente do que ocorre no caso das normas restritivas, na conformação, não se pretende afetar, reduzir, condicionar, diminuir ou limitar um direito fundamental, pois, no caso de conformação, o seu âmbito de proteção (*Schutzbereich*) *permanece intacto*. Ao conformar um direito fundamental, não se busca coibir a conduta, ou condutas, que são abrangidas por seu âmbito de proteção. Pelo contrário, o que se visa é tornar diretamente explícita, com exata delimitação, a possibilidade e a abrangência de seu exercício⁵³⁶.

Destarte, poder-se-ia dizer que os direitos fundamentais sociais vinculam positivamente o legislador que tem o dever constitucional de editar “normas que deem regulamentação aos direitos fundamentais dependentes de concretização normativa [...]”⁵³⁷.

Como já apontado, o legislador possui discricionariedade e liberdade de conformação e:

Essa liberdade significa que é conferido um poder ao legislador para cometer um ato jurídico, mas que a conduta a que são imputados os efeitos jurídicos típicos desse mesmo ato não constitui o conteúdo de um dever jurídico. Essa liberdade implica (e baliza) a atribuição ao legislador de competência para realizar um planejamento estratégico do desenvolvimento legislativo da Constituição, a qual, por sua incompletude, tem de reservar uma quantidade razoavelmente grande de matérias para o trato normativo infraconstitucional⁵³⁸.

Contudo a atividade legiferante é limitada, não estando os direitos fundamentais à disposição do legislador, naquilo que se denominou chamar de limites dos limites (*Schranken-Schranken*) “[...] que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à

que o Poder Constituinte, mediante reserva de lei, autoriza a intervenção de algum órgão ou poder estatal para conformar ou mesmo limitar um direito fundamental, em primeiro lugar e precipuamente, o que se faz é atribuir essa tarefa ao Poder Legislativo”. GUEDES, Néviton. *Constituição e Poder: o legislador e a tarefa de concretizar a Constituição*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-07/constituicao-poder-legislador-tarefa-concretizar-constituicao>>. Acesso em: 16 dez 2014.

⁵³⁵ Op. cit., 2013, p. 115.

⁵³⁶ GUEDES, Néviton. *Constituição e Poder: o legislador e a tarefa de concretizar a Constituição*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-07/constituicao-poder-legislador-tarefa-concretizar-constituicao>>. Acesso em: 16 dez 2014.

⁵³⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 279.

⁵³⁸ GOMES, Felipe Lima; TALEIRES, Janaína Sena. *A liberdade de conformação do legislador no âmbito dos direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d3696cfb815ab692>>. Acesso em: 16 dez 2014.

necessidade de proteção do núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas⁵³⁹”.

A ideia de imposição de limites à atividade legislativa passou a ser desenvolvida em meados do Século XX quando se observou que não raras vezes os direitos fundamentais tinham seu conteúdo esvaziado pela atuação erosiva dos poderes constituídos, motivos pelos quais a doutrina e a jurisprudência, notadamente a germânica, passaram a desenvolver uma série de instrumentos destinados a controlar a ingerência legislativa no âmbito dos direitos fundamentais, no intuito de obstar a sua fragilização⁵⁴⁰.

Pertinente anotar observação de SAMPAIO, ao referir que

A preocupação com o desenvolvimento de uma teoria do limite aos limites ganhou espaço de desenvolvimento teórico na Alemanha do pós-gerra, e em especial na Lei Fundamental de 1949, para que se evitasse a repetição do ocorrido com a Constituição de Weimar, que teve seu catálogo de direitos fundamentais esvaziado pela obra do Poder Legislativo da Alemanha Nazista⁵⁴¹.

Nesse diapasão, a ideia de limite dos limites consiste num conjunto de instrumentos imposto de forma restritiva à atividade limitadora e configuradora do Poder Legislativo no âmbito dos direitos fundamentais, no escopo de impedir eventual abuso que viesse a levar ao esvaziamento ou mesmo à supressão da proteção imposta pelo direito⁵⁴², isso porque as leis somente valem na medida dos direitos fundamentais⁵⁴³.

Há que se ressaltar que ao contrário da previsão expressa contida nos textos constitucionais, por exemplo, da Alemanha e de Portugal⁵⁴⁴, a Constituição brasileira não traz

⁵³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: *estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 41.

⁵⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., 2015, p. 413.

⁵⁴¹ SAMPAIO, Marcos. *O constitucionalismo brasileiro e conteúdo essencial dos direitos fundamentais*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8904#_edn7>. Acesso em: 16 dez 2014.

⁵⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 123.

⁵⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 385.

⁵⁴⁴ “Alguns ordenamentos constitucionais consagram a expressa proteção do núcleo essencial, como se lê no art. 19, II, da Lei Fundamental alemã de 1949 e na Constituição portuguesa de 1976 (art. 182, III). A cláusula constante do art. 19, II, da Lei Fundamental configura uma tentativa de fornecer resposta ao poder quase ilimitado do legislador no âmbito dos direitos fundamentais, tal como amplamente reconhecido pela doutrina até o início do século passado. A proteção dos direitos individuais realizava-se mediante a aplicação do princípio da legalidade da Administração e dos postulados da reserva legal e da supremacia da lei. Isso significava que os direitos fundamentais submetidos a uma reserva legal poderiam ter a sua eficácia completamente esvaziada pela ação legislativa. Tentou-se contornar o perigo do esvaziamento dos direitos de liberdade pela ação do legislador democrático com a doutrina das garantias institucionais (*Institütgarantien*), segundo a qual determinados direitos concebidos como instituições jurídicas deveriam ter o mínimo de sua essência garantido constitucionalmente. A falta de mecanismos efetivos de controle de constitucionalidade das leis — somente em 1925 reconheceu o

previsão explícita de restrição à atividade legislativa conformadora ou revisora da ordem jurídica.

Todavia, “a tradição doutrinária e jurisprudencial brasileira [...], ainda que nem sempre da mesma forma, acabou por recepcionar tal noção, objeto de farta análise doutrinária e expressiva (embora muitas vezes extremamente controversa) prática jurisdicional⁵⁴⁵”.

Cabe ainda anotar que, como já pontuado, no que toca à disciplina jurídica dos direitos fundamentais dos trabalhadores, não só ao legislador cabe o pode-dever de conformar/densificar o conteúdo essencial dos referidos direitos, visto que, supletivamente, a Constituição brasileira permitiu que a disciplina normativa das condições de trabalho fosse livremente pactuada pelos agentes sociais representantes das categorias profissional e econômica, estando aqueles também impedidos de esvaziar o núcleo essencial dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Nesse giro, se mostra salutar a assertiva de LUDER ao apontar que a tarefa conformadora:

[...] em princípio, pertence ao legislador, o qual, contudo, não está autorizado a esvaziar o núcleo essencial do direito fundamental em causa. De outro lado, parece incontestável que, paralelamente ao legislador, as próprias partes interessadas nessa conformação possam fazê-lo por meio de cláusulas oriundas de convenções e acordos coletivos de trabalho (art. 7º, XXVI, da CF). Entretanto, aqui não é um dos poderes do Estado – o legislador – que conforma, com caráter geral, o direito. A atuação dos próprios interessados, com a participação do obrigado direto, em geral com mais poder em face do representante dos titulares do direito, justifica atenção especial do Judiciário, de sorte que o exercício da autonomia coletiva não acabe por esvaziar o núcleo essencial do direito fundamental sob conformação, ou mesmo que por seu intermédio venha a se promover a discriminação de um trabalhador em face do outro⁵⁴⁶.

Portanto, compreendida a função, assim como a limitação imposta à atividade legislativa e negocial conformadora dos direitos fundamentais trabalhistas, cumpre registrar que o limite imposto àquela atividade decorre do próprio conteúdo do direito fundamental, notadamente do seu núcleo essencial.

SILVA, registra que “o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é definido a partir da relação entre diversas variáveis – e de todos os problemas que as cercam – como o

Reichsgericht a possibilidade de se proceder ao controle de constitucionalidade do direito ordinário⁶⁹ — e a ausência de instrumentos asseguradores de efetividade dos direitos fundamentais em face dos atos administrativos contribuíam ainda mais para a onipotência do legislador”. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 349.

⁵⁴⁵ Op. cit. 2015, p. 413.

⁵⁴⁶ LUDER, José Felipe. A Constituição de 1988 e seu Sistema Especial de Direitos Fundamentais do Trabalho. *Revista do TST*, Brasília, vol. 77, n. 3, jul/set 2011, p. 174.

suporte fático dos direitos fundamentais (amplo ou restrito) e a relação entre os direitos e suas restrições (teorias externa ou interna)⁵⁴⁷.”.

Em complemento, SARMENTO pontua que o núcleo essencial do direito se traduz num “reduto inexpugnável, protegido de qualquer espécie de restrição⁵⁴⁸”.

A teoria do conteúdo essencial dos direitos fundamentais foi concebida no intuito de se constituir em uma “garantia frete à atividade legislativa [...] considerando, então, o conteúdo essencial como um *limite dos limites* ou uma *restrição das restrições*⁵⁴⁹” tendo em vista que o núcleo essencial refere-se à “parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível como um direito fundamental⁵⁵⁰”.

Deste modo o núcleo essencial do direito fundamental traduz a ideia de que existem conteúdos invioláveis do direito “que se reconduzem a posições mínimas indisponíveis às intervenções dos poderes estatais, mas que também podem ser opostas – inclusive diretamente – a particulares [...]”⁵⁵¹.

Não por outro motivo NOVELLI declara que os elementos que compõem o núcleo essencial do direito constituem “a própria substância, os fundamentos, os elementos ou componentes deles inseparáveis, a eles verdadeiramente inerentes, por isso que integrantes de sua estrutura e do seu tipo, conforme define a Constituição⁵⁵²”, ou seja, os elementos essências do direito e não meramente acidentais.

Posta nestes a garantia de preservação do núcleo essencial “representa um limite que se impõe à postura de conformação e restrição dos direitos fundamentais, representando um mínimo intangível, indisponível ao poder público (e aos atores da negociação coletiva)⁵⁵³”, quer seja ela comissiva ou omissiva.

Portanto tem-se que o núcleo essencial dos direitos fundamentais, mormente os dos trabalhadores, encontra-se abrigado, protegido, garantido contra qualquer intervenção que

⁵⁴⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., 2009, p. 244.

⁵⁴⁸ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2003, p. 111.

⁵⁴⁹ BIAGI, Cláudia Perotto. Op. cit., 2005, p. 74. “O conteúdo essencial atua como uma fronteira que o legislador não pode ultrapassar, delimitando o espaço que não pode ser “invadido” por uma lei sob o risco de ser declarada inconstitucional. Por isso é que a garantia do conteúdo essencial é o limite dos limites, indicando um limite além do qual não é possível a atividade limitadora dos direitos fundamentais”. LOPES, Ana Maria D’Ávila. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/1003/R164-01.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 16 dez 2014.

⁵⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., 2015, p. 420.

⁵⁵¹ Ibidem.

⁵⁵² NOVELLI, Flávio. “Norma Constitucional Inconstitucional? A Propósito do Art. 2º. § 2º, da EC n. 3/93”, in: *Revista Forense*. n. 330, 1995, p. 82.

⁵⁵³ SAMPAIO, Marcos. *O conteúdo essencial dos direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 165-166.

tenha por objetivo esvaziar o seu conteúdo, descaracterizando a estrutura e a natureza do referido direito, restringindo desproporcionalmente ou abolindo seu âmbito de proteção. Mas não só, pois o núcleo essencial também impõe ao legislador o dever de afirmar sua substância essencial, pelo o que se falar que a função de garantia daquele possuiu um caráter tanto negativo como positivo.

Buscando teorizar a estrutura e o conteúdo no núcleo essencial, quanto ao objeto protegido debatem-se as teorias da dimensão objetiva e subjetiva, ao passo que quanto ao valor da proteção opõem-se as teorias.

Pontua SILVA que a dimensão objetiva do conteúdo essencial “implica em proibir restrições à eficácia de um direito que o tornem sem significado para todos os indivíduos ou boa parte deles⁵⁵⁴”, tendo em vista que a:

A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação. As constituições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos.

Os direitos fundamentais, assim, transcendem a perspectiva da garantia deposições individuais, para alcançar a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política, expandindo-os para todo o direito positivo. Formam,pois, a base do ordenamento jurídico de um Estado democrático⁵⁵⁵.

Destarte, segundo SAMPAIO, o enfoque objetivo não individualiza o direito fundamental. Ao revés, o compreende como um “mecanismo de defesa formador de uma unidade material que concebe os direitos fundamentais como ordem de valores objetiva” razão pela qual “protege o direito fundamental como um valor da coletividade”. Assim por meio da teoria objetiva busca-se “privilegiar a noção da função social dos direitos fundamentais, afastando-os da noção meramente individual, para compatibilizá-la com os influxos do Estado Social⁵⁵⁶”.

Logo, leciona CANOTILHO que para a teoria objetiva da proteção do núcleo essencial a referência protetiva do núcleo essencial deve referir-se como uma norma objetiva,

⁵⁵⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 185.

⁵⁵⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 300.

⁵⁵⁶ SAMPAIO, Marcos. Op. cit., 2013, p. 184-185.

ou seja, o “objecto de protecção do preceito é a garantia geral e abstracta prevista na norma e não a posição jurídica concreta do particular⁵⁵⁷”.

Por sua vez, a teoria subjetiva considera a posição jurídica concreta, vale dizer, o direito subjetivo do indivíduo como objeto de proteção⁵⁵⁸. Assim, a referida teoria parte da premissa acerca da “necessidade de observância do conteúdo essencial para o sujeito determinado que tiver sido afetado na respectiva fruição, tendo em vista que é ele, e não a coletividade indeterminada, o titular desse direito fundamental”.

Motivos pelos quais conclui SAMPAIO que “a teoria subjetiva tem no núcleo essencial do direito fundamental a proteção do direito subjetivo do indivíduo⁵⁵⁹”, esclarecendo CANOTILHO que “a protecção do núcleo essencial não pode abdicar da dimensão subjectiva dos direitos fundamentais e daí a necessidade de evitar restrições conducentes à aniquilação de um direito subjectivo individual⁵⁶⁰”.

No tocante ao valor da proteção do núcleo essencial aponta a teoria relativa que “o valor do conteúdo essencial dos direitos fundamentais somente pode ser conhecido em cada caso, e somente após a análise dos valores e interesses em jogo⁵⁶¹”.

Logo, à vista do caso concreto “o núcleo essencial seria aferido mediante a utilização de um processo de ponderação entre meios e fins (*Zweck-Mittel-Prüfung*), com base no princípio da proporcionalidade⁵⁶²”, razão pela qual o núcleo essencial seria aquele mínimo insuscetível de restrição ou redução por meio do processo de ponderação, sendo, pois, o conteúdo essencial declarado.

Deste modo, para os adeptos da teoria relativa o núcleo essencial do direito fundamental seria “relativo porque, segundo as exigências do momento, o conteúdo poderá ser ampliado ou restringido⁵⁶³”. Portanto, inferir que o conteúdo essencial não teria um conteúdo preestabelecido e fixo, “na medida em que não é um elemento estável nem uma parte autônoma do direito fundamental [...]”⁵⁶⁴.

⁵⁵⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 619.

⁵⁵⁸ BIAGI, Cláudia Perotto. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2005, p. 86.

⁵⁵⁹ SAMPAIO, Marcos. Op. cit., 2013, p. 187.

⁵⁶⁰ CANOTILHO, J. J. Op. cit., 1997, p. 619.

⁵⁶¹ SAMPAIO, Marcos. Op. cit., 2013, p. 195.

⁵⁶² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 351.

⁵⁶³ LOPES, Ana Maria D’Ávila. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/1003/R164-01.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 16 dez 2014.

⁵⁶⁴ Ibidem.

Nessa moldura, o conteúdo que sobressai como essencial de um direito fundamental depende das condições fáticas e jurídicas resultantes do sopesamento das colisões entre diversos direitos e interesses referentes ao caso concreto.

Não por outro motivo aponta SILVA que o ponto central da teoria relativa do núcleo essencial consiste na rejeição de um conteúdo com contornos fixos e definidos *a priori* para cada direito fundamental⁵⁶⁵.

Em outras palavras, para os adeptos da teoria relativa, o âmbito de contorno do conteúdo essencial dos direitos fundamentais não é estabelecido abstratamente, nem *a priori*, mas somente diante das possibilidades jurídicas e fáticas que se apresentam, num sofisticado modelo de aplicação de normas que não estão, *prima facie*, prontas para ser definitivamente utilizadas⁵⁶⁶.

De outra perspectiva, no âmbito da teoria absoluta tem-se a compreensão de que o conteúdo essencial do direito é sempre o mesmo, independentemente das particularidades fático-jurídicas do caso concreto⁵⁶⁷.

Assim “o núcleo essencial de um direito fundamental possuiria um conteúdo normativo irrestringível, abstratamente fixado⁵⁶⁸”.

Os adeptos da chamada teoria absoluta (*absolute Theorie*) entendem o núcleo essencial dos direitos fundamentais (*Wesensgehalt*) como unidade substancial autônoma (*substantieller Wesenskern*) que, independentemente de qualquer situação concreta, estaria a salvo de eventual decisão legislativa. Essa concepção adota uma interpretação material segundo a qual existe um espaço interior livre de qualquer intervenção estatal. Em outras palavras, haveria um espaço que seria suscetível de limitação por parte do legislador; outro seria insuscetível de delimitação. Neste caso, além da exigência de justificação, imprescindível em qualquer hipótese, ter-se-ia um “limite do limite” para a própria ação legislativa, consistente na identificação de um espaço insuscetível de regulação⁵⁶⁹.

Portanto, para a teoria absoluta haveria um núcleo essencial abstratamente determinado intocável, próprio de cada direito, nas palavras de ANDRADE, que representaria o “coração do direito⁵⁷⁰”.

⁵⁶⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., 2009, p. 196.

⁵⁶⁶ SAMPAIO, Marcos. Op. cit., 2013, p. 198.

⁵⁶⁷ LOPES, Ana Maria D’Ávila. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/1003/R164-01.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 16 dez 2014.

⁵⁶⁸ SAMPAIO, Marcos. Op. cit., 2013, p. 188.

⁵⁶⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 351.

⁵⁷⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 285.

Nessa toada, o conteúdo essencial abstratamente determinado não se difere do aplicado ao caso concreto, pois o caráter absoluto do referido conteúdo busca abarcar todas as posições jurídicas que nele estão inseridas⁵⁷¹.

Cabe esclarecer com SAMPAIO que “o fato de ter um núcleo essencial fixo não significa que a teoria seja radical, tendo em vista que o conteúdo desse critério pode variar segundo as circunstâncias do momento⁵⁷²”, razão pela qual para a teoria absoluta do núcleo essencial do direito fundamental teria um conteúdo dinâmico e outro estático.

A compreensão do núcleo essencial absoluto-estático revela a imutabilidade do seu conteúdo independentemente “das circunstâncias culturais, sociais, ideológicas ou políticas vigentes⁵⁷³”.

Doutra perspectiva, a referência ao conteúdo essencial absoluto-dinâmico implica na conclusão de que, embora tenha o núcleo essencial um conteúdo absoluto, ou seja, uma área intransponível em qualquer circunstância, pode ele ser redesenhado “de tempos em tempos, pela atividade da construção de um constitucionalismo voltado a realizar o avanço de uma atividade concretizadora evolutiva dos direitos fundamentais⁵⁷⁴”.

O fato de ser absoluto não implica na imutabilidade, visto que “absoluto, neste contexto, implicaria apenas que aquilo que é protegido pelo conteúdo essencial não sofre relativização de acordo com a urgência e contingências⁵⁷⁵”.

Pertinente se faz ainda o apontamento de que a estrutura normativa dos direitos fundamentais é composta de duas partes distintas e independentes, mas que, contudo, compõem o conteúdo dos direitos fundamentais, notadamente: o núcleo essencial e o conteúdo acessório, remanescente ou accidental.

Assim, integra o direito fundamental uma esfera permanente que constitui seu núcleo essencial e uma acessória⁵⁷⁶, e somente na parte acessória poderia haver a intervenção legislativa evolutiva e concretizadora, razões por que só seria legítima a atividade interventiva conformadora/densificadora que não afete o conteúdo absoluto do direito.

Cabe ainda ressaltar que qualquer atividade legislativa na esfera accidental/acessória do direito deve ser constitucionalmente justificada⁵⁷⁷, sendo vedada a intervenção *in pejus*,

⁵⁷¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed, 2001, t. 6, p. 341.

⁵⁷² SAMPAIO, Marcos. Op. cit., 2013, p. 190.

⁵⁷³ Op. cit., 2013, p. 192.

⁵⁷⁴ Op. cit., 2013, 191.

⁵⁷⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., 2009, p. 188.

⁵⁷⁶ BIAGI, Cláudia Perotto. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2005, p. 80.

⁵⁷⁷ Op. cit., 2005, p. 86.

pois, “em qualquer hipótese, ter-se-ia um “limite do limite” para a própria ação legislativa [...]”⁵⁷⁸.

Em arremate, poder-se-ia dizer que “tanto a teoria absoluta quanto a teoria relativa pretendem assegurar maior proteção dos direitos fundamentais, na medida em que buscam preservar os direitos fundamentais contra uma ação legislativa desarrazoada”⁵⁷⁹.

Assim, compreende-se, independentemente de se adotar a teoria absoluta ou relativa, que o núcleo essencial “[...] impõe ao legislador uma barreira não superável no que tange com sua atividade restritiva (e conformadora) de direitos fundamentais, evitando que ocorra um processo de dessubstancialização da Constituição”⁵⁸⁰.

CONCLUSÃO

O presente trabalho científico buscou abordar em toda sua amplitude a temática dos direitos fundamentais, especificamente, os direitos trabalhistas reconhecidos e declarados pela Constituição brasileira como direitos fundamentais.

A principal preocupação recaiu sobre a questão da flexibilização dos direitos trabalhistas, seja aquela pretendida por meio da atividade legislativa ou negocial-coletiva, a possibilidade ou não de flexibilização, assim como os limites de eventual flexibilização.

Contudo, antes do enfoque na questão principal discorreu-se no Capítulo 01 sobre a origem e transformações históricas pelas quais o trabalho e direito do trabalho passaram ao longo do tempo.

Conforme abordado o trabalho, atividade humana, sempre esteve presente na cultura humana, sendo ele inclusive um dos traços distintivos daquela na medida em que consiste numa ação consciente destinada a determinados fins, seja para a reprodução, aprimoramento

⁵⁷⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 351.

⁵⁷⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 351.

⁵⁸⁰ SCHIER, Paulo Ricardo. *Fundamentação da Preservação do Núcleo Essencial na Constituição de 1988*. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130420150105.pdf>. Acesso em: 16 dez 2014.

ou inovação das práticas e meios de produção, revisitando, modificando e ampliando a experiência humana propriamente dita.

E como relatado a prática laboral a princípio estava voltada para a manutenção da subsistência humana de modo que o homem trabalhava para suprir suas necessidades primárias.

Entrementes, não só à questão da subsistência o trabalho estava ligado, visto que também atrelado às práticas religiosas e sociais. Dito de outro modo, os indivíduos organizados em sociedade realizavam cultos aos deuses para que tivessem uma boa colheita e para agradecer a bonança daquela. E por outro lado ocorria a divisão social do trabalho relegando tarefas específicas para cada grupo de indivíduos do corpo social.

Com o passar do tempo, a relação havida entre o homem e o trabalho – até então exercida em seu próprio benefício e no de sua família – foi alterada para o regime de escravidão, reconhecida como a primeira forma de prestação de trabalho em prol de outrem, estando o escravo vinculado juridicamente ao seu dono sob o pálio do direito de propriedade.

O regime escravagista perdurou por longos anos tendo inclusive sua legitimidade assegurada legalmente, tendo o proprietário do escravo o direito de dele dispor ao seu alvedrio, visto ser aquele mero objeto de direito.

A prestação de trabalho sob o regime de escravidão teve grande expansão à época da descoberta do continente americano, vindo a ter seu declínio a partir do período medieval.

No curso da história a prestação de trabalho sob a forma da escravidão foi substituído pelo regime da servidão, passando o servo a se vincular ao feudo, ou seja, a terra por ele cultivada em prol do senhor feudal.

O regime de servidão reformulou a relação havida entre o homem e o trabalho em prol de outrem, vez que aos servos passaram a serem garantidos alguns direitos, sem, contudo, ser extirpado o regime de submissão ao senhorio, pois com a alienação do feudo o servo passava a estar submisso à autoridade do *novel* senhor.

Com o declínio do período feudal sugeriram as corporações de ofício, novamente reformulando a relação havida entre o homem e o trabalho.

O trabalho passou a ser visto como da essência humana, sendo assim explorado no âmbito das potencialidades humanas.

As corporações de ofícios consistiam em agrupamentos de pessoas hierarquicamente organizados e divididos em mestres, companheiros e aprendizes que tinham por escopo a prática laboral de específicas atividades profissionais. Elas disciplinavam a forma de

organização, a regulamentação da técnica de produção, a capacidade produtiva, tendo, portanto, um poder de autorregulamentação.

Com o correr dos anos após seu auge no Século XII as corporações de ofício passaram a declinar, especialmente com o advento da Revolução Industrial, vindo a serem definitivamente suprimidas a partir da Revolução Francesa com a edição do Decreto D'Allarde, de 17 de março de 1791, que declarou que a partir de 1º de abril do referido ano “seria livre a qualquer pessoa a realização de qualquer negócio ou o exercício de qualquer profissão, arte ou ofício que lhe aprouvesse”.

Nessa quadra, em pleno estabelecimento e expansionismo da Revolução Industrial novamente ocorreu alteração da relação entre o homem e o trabalho, passando a prestação de trabalho vir a ser subordinada. A referida revolução transformou o trabalho em emprego, passando o trabalhador a ser remunerado pela prestação de trabalho em prol do empregador.

A Revolução Industrial fez com que a população dos burgos migrasse para as cidades para prestar trabalho nas fábricas, fazendo surgir a classe operária (os trabalhadores) em contrapondo à classe burguesa (os empregadores).

Tendo em vista a liberdade contratual, suporte da autonomia da vontade, empregados e empregadores pactuavam livremente as condições de trabalho, estas sempre mais favoráveis aos patrões que gozam de distinta condição econômica privilegiada, pelo o que detinham maiores condições de imporem condições laborais que lhe fossem mais benéficas, tais como: extensas jornadas de trabalho; salários módicos; garantias de direito ao recebimento de indenização pelos danos causados pelos trabalhadores aos maquinários da empresa, entre outros.

Por ser mais barato o preço da mão-de-obra havia preferência pela contratação de mulheres e crianças que eram alocados em postos de trabalho que não tinham as mínimas garantias de segurança e salubridade.

A supremacia negocial dos empregadores e a liberdade contratual fizeram com que fossem precarizadas as condições de trabalho, submetendo os trabalhadores a extensas e extenuantes jornadas de trabalho, a condições de trabalho totalmente insalubre, entre outras, o que não rara vezes levava à lesão da integridade física dos operários, seja em razão dos acidentes de trabalho que causavam amputações ou mesmo a morte do trabalhador, seja pelo desgaste físico ou exposição a agentes insalubres que provocavam o definhamento da saúde do trabalhador.

Deste modo, com a Revolução Industrial e a liberdade contratual, igualmente no regime escravista e no serviu, também se verificou a exploração demasiada da força de

trabalho, à época mercantilizado, o que fez com que surgissem movimentos sociais conclamando a intervenção estatal e o estabelecimento de normas que limitassem a autonomia da vontade, garantisse direitos mínimos à classe trabalhadora e fizesse cessar a precarização das condições de trabalho, bem assim fizesse cessar ou amenizasse a abissal disparidade sócio-econômica estabelecida a partir da Revolução Industrial, que por meio do regime capitalista proporcionou a concentração de renda nas mãos da classe dominante, qual seja, a burguesia.

Fruto das questões econômicas, sociais e políticas surgiu o direito do trabalho no bojo da Revolução Industrial no intuito de possibilitar o equilíbrio social, garantido por um lado, direitos trabalhistas e sociais indispensáveis ao trabalhador, e permitindo por outro, o desenvolvimento e crescimento sócio-econômico, tendo as incipientes atividades intervencionistas legislativas do Estado criado no âmbito infraconstitucional um estatuto jurídico mínimo do trabalhador, caracterizado por normas imperativas, cogentes e irrenunciáveis, que limitavam a autonomia da vontade, assim como reconheciam os valores sociais do trabalho.

Com o advento do constitucionalismo social, inaugurado pela Constituição do México de 1917 e pela Constituição de Weimar de 1919 o estatuto jurídico mínimo do trabalhador foi reforçado e ampliado, passando do plano infraconstitucional para o plano constitucional.

E no que concerne à história brasileira, a questão social que ensejou o surgimento do direito do trabalho na Europa não ocorreu de forma concomitante com a do Brasil, isto porque, não poderia ter ocorrido no plano interno em momento anterior por conta da utilização da mão-de-obra escrava, somente abolida por meio da Lei Áurea (Lei nº 3.353), em 1888.

Embora a referida legislação não tenha tematizado qualquer instituto referente ao aludido direito, representou um marco teórico e condição de possibilidade para o estabelecimento da relação jurídica de trabalho, pois, ao abolir o regime escravocrata tornou possível o trabalho livre, a partir de então compatível com a relação de emprego.

Abolida a escravatura, a partir de 1890 iniciou-se o processo, assistemático, de edição de legislações que estabeleciam e asseguravam direitos aos trabalhadores.

Vale ressaltar que a Constituição brasileira de 1824 extinguiu as corporações de ofício, ante a previsão da plena liberdade de exercício que qualquer ofício ou profissão, desde que lícitos e que não contrariasse os costumes ou opusesse à saúde ou segurança dos cidadãos.

A Constituição de 1891 não cuidou de reconhecer, declarar e garantir direitos trabalhistas, o que somente veio acontecer com a Constituição de 1934, que à luz das Constituições do México (1917) e de Weimar (1919), inaugurou o constitucionalismo social, cuidando da ordem social, declarando direitos trabalhistas e sociais, bem assim criando a Justiça do Trabalho.

A Constituição de 1937 trilhou os caminhos inaugurados pela sua antecessora, reconhecendo, declarando e ampliando os direitos trabalhistas, que, até então esparsos em inúmeros diplomas legais, foram a partir do Decreto-lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943, consolidados pela CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas, bem assim ampliados pelas legislações infraconstitucionais que se seguiram.

Com a Constituição de 1946 rompeu-se com o corporativismo anteriormente estabelecido pela Constituição de 1937, retomando as bases democráticas da Constituição de 1934, tendo a Constituição de 1967 mantido os direitos trabalhistas até então reconhecidos, declarados e garantidos pelas Constituições anteriores, vindo aqueles, com a Constituição de 1988 ter ampliado consideravelmente o seu rol, bem assim serem reconhecidos e declarados como direitos fundamentais, passando os direitos trabalhistas a reclamarem uma nova compreensão teórico-normativa em razão do reconhecimento de sua fundamentalidade.

Deste modo, no Capítulo 2 do presente trabalho buscou-se trazer à discussão temas afetos à teoria constitucionalista, especialmente, no que se refere aos paradigmas de Estado, e às dimensões dos direitos fundamentais, assim como a ideia sobre o qual se sustenta o princípio da proibição do retrocesso social.

Como abordado no aludido capítulo, o Estado moderno passou por vários paradigmas compreendendo o Liberal, o do Bem-Estar Social, o Democrático de Direito e o Constitucional, formatados de acordo com as transformações histórico-sociais produzidas por conta das forças políticas, científicas e ideológicas à época preponderantes.

Sintaticamente, ao tempo do Estado Liberal preponderava a legalidade estando o Estado limitado à lei democraticamente votada pelo Congresso ou Parlamento, tempo em que imperava a conquista dos ditos direitos fundamentais de primeira dimensão ou liberdades individuais, os referenciados direitos de liberdade, igualdade e fraternidade, conquistados por meio da Revolução Francesa de 1789.

Todavia, no bojo do Estado Liberal os direitos fundamentais de primeira dimensão não foram bastantes para possibilitar a igualdade material e consolidar a isonomia socioeconômica, visto que a liberdade, meramente formal, proporcionou o individualismo filosófico, político e econômico, que aliado à autonomia privada e a preponderância social da

burguesia sobre a classe operária conduziram à concentração de renda nas mãos daquela e ao estabelecimento de um abismo social, dicotomizando o Estado entre os que tudo e os que nada tinham.

Destarte, no intuito de promover o equilíbrio social e garantir a existência de um mínimo essencial, indispensável ao indivíduo para a sua existência digna, a partir da segunda metade do Século XX as Constituições passaram a se desassociarem do fracassado liberalismo vivenciado ao tempo do Estado Liberal, passando então a atribuir ao Estado o dever de intervir na ordem econômica e social, de modo a saciar as necessidades coletivas essenciais tais como a saúde, educação, trabalho, assistência social, transportes, entre outros.

Fora então inaugurado o Estado do Bem-estar Social, no qual o ente político passou a ser o provedor das prestações materiais e regulador da ordem jurídico-social e do mercado, no intuito de se concretizar, faticamente, a “igualdade” anteriormente conquistada, e, desta forma, equalizar e dirimir a grande desigualdade social surgida no antigo regime, bem como organizar a ordem econômica e promover o desenvolvimento do Estado.

No bojo do Estado do Bem-Estar Social vieram à baila os direitos fundamentais de segunda dimensão, os ditos direitos econômicos, sociais e culturais, entre os quais se inserem os direitos trabalhistas, que foram massivamente protegidos e ampliados.

Alçados ao *status* de normas constitucionais passaram a figurar nos textos constitucionais e a integrar os programas constitucionais a serem implementados pelo Estado.

De início, gozaram de baixa normatividade jurídica em razão de sua própria natureza. Dito de outro modo, pelo fato de exigirem do Estado determinadas prestações (fáticas ou legislativas) nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos, motivos pelo qual retoricamente por muito tempo foi suscitando que a realização dos referidos direitos somente dar-se-ia à medida do possível.

Contudo, o desenvolvimento da teoria constitucionalista logrou dogmatizar a força normativa da constituição, logo, a normatividade dos direitos fundamentais de segunda dimensão, passando-se à compreensão de que não seriam meras promessas a serem cumpridas, mas sim direitos que efetivamente poderiam ser exigidos por meio do Estado, quer tenha o direito cunho prestacional material ou normativo. Portanto estaria o Estado, e seus Poderes, política e juridicamente vinculados à normatividade das normas constitucionais.

Nesse quadro, com a maturação e desenvolvimento do constitucionalismo os Direitos Trabalhistas, alçados os *status* de direitos fundamentais, passaram a ser vistos como garantia oponível e exigíveis do Estado, encerrando uma dupla garantia. A primeira contra a intervenção que implicasse no esvaziamento do conteúdo do direito e a segunda quanto ao

dever do Estado em, por exemplo, conformar a ordem jurídica regulamentando dispositivos constitucionais que demandavam disciplina jurídica a cargo do Poder Legislativo.

Com efeito, os direitos fundamentais de segunda dimensão compreendem os direitos destinados à garantia de um mínimo essencial indispensável à subsistência e ao desenvolvimento socioeconômico digno da pessoa humana, sem o qual as potencialidades humanas não poderiam ser vividas de forma digna, pelo o que, dado às características de historicidade, universalidade, inalienabilidade, imprescindibilidade, irrenunciabilidade, limitabilidade, concorrência, constitucionalização e proibição de retrocesso, uma vez concretizado em certa medida, não poderia haver uma reversibilidade das conquistas sociais até então implementadas, estando desta forma vedada qualquer conformação ou revisão dos direitos referidos que implicassem em retrocesso social.

Conquanto exista certa divergência doutrinária quanto à existência do princípio da proibição do retrocesso social, parcela considerável da doutrina pátria e estrangeira o reconhece, tendo sido sua teorização primeiramente difundida nas doutrinas e jurisprudências alemã e portuguesa.

E adstrindo a análise da ordem jurídica pátria frente à proibição de retrocesso dos fundamentais direitos trabalhistas, observa-se que o Pacto de São José da Costa Rica, o Pacto de São Salvador e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os quais o Brasil é signatário, em linhas gerais estabelecem a impossibilidade de reversão dos direitos fundamentais de segunda dimensão, ao imporem o dever de concretização, vedarem a reforma *in pejus* e determinarem a realização cumulativa.

Nesse toada, uma vez internalizados os tratados em questão à luz do §3º do art. 5º da Constituição Federal, a atividade legiferante do legislador estaria, portanto, sob a normatividade do princípio da proibição do retrocesso, que a um só tempo condicionaria a validade da atividade normativa revisora bem como imporia o dever de legislar de modo a concretizar os direitos fundamentais trabalhistas carecedores normatização ou promover a sua ampliação.

Logo do princípio da proibição de retrocesso social decorreria um conteúdo negativo no sentido de o Legislador obrigatoriamente respeitar o dever de não supressão ou redução do grau de densidade normativa constitucional ou infraconstitucional já alcançada pelos direitos fundamentais, sem a adoção de medidas compensadoras. E um conteúdo positivo que imporia a vinculação e o dever de o Poder Público concretizar os direitos sociais, no escopo de extinguir ou reduzir ao máximo as desigualdades sociais, vedando, desta forma, a manutenção do *status quo*, em prol da necessidade de avanço social.

Contudo, não teria o Legislador plena liberdade conformadora podendo dispor ao seu juízo dos direitos fundamentais dos trabalhadores, uma vez que a validade de sua atividade legiferante encontra-se sobre o crivo normativo do princípio da proibição do retrocesso, das normas constitucionais, do princípio da proporcionalidade (em suas vertentes da vedação de excesso e na proteção deficiente), que atuariam, conjuntamente, como uma espécie guarda de flanco, de limites dos limites dos direitos fundamentais sociais.

E devida à peculiaridade ínsita do Direito do Trabalho, que tem como uma de suas fontes normativa e conformadora os instrumentos coletivos, vale dizer, os acordos e as convenções coletivas, a vinculação e condicionamento da atividade conformadora e revisora dos representantes das categorias profissional e econômica também estaria sobre o crivo dos supracitados princípios e das normas constitucionais, tendo em vista o reconhecimento da eficácia normativa horizontal dos direitos fundamentais, pelo o que não poderiam eles dispor livremente dos direitos trabalhistas.

Posta nesses trilhos a discussão no Capítulo 3 avançou-se no debate da teoria da flexibilização dos direitos trabalhistas, expondo seus fundamentos e as objeções a eles lançadas.

Como oportunamente abordado, a falência do Estado Liberal, oportunizou sua sucessão pelo do Estado do Bem-Estar Social que viveu seus anos de glória nos 30 anos que se seguiram ao término da Segunda Guerra Mundial, mormente por conta da busca de reestruturação da Europa, época em que o capitalismo alcançou sua fase áurea, o que refletiu diretamente nas relações de emprego, garantindo-se a expansão dos direitos individuais, coletivos e sociais dos trabalhadores, seja por meio da atividade legislativa ou por intermédio das negociações coletivas.

Todavia na década de 70, por conta da crise mundial do petróleo, o Estado do Bem-Estar Social passou a dar sinais de falência, crise esta que foi agravada pela saturação do mercado interno de consumo, devido a já concretizada reconstrução do pós-guerra, fator aquele que aliado à concorrência econômica dos mercados asiáticos levou a economia a uma crise decorrente da superacumulação e estagnação dos referidos mercados de consumo.

Nessa quadra surgiram vozes pregando a agenda neoliberal no intuito de promover o desmonte do Estado do Bem-Estar Social, apregoando, entre outras, a liberação do mercado, a não intervenção estatal na regulação da vida social e das relações de trabalho, esta no intuito de permitir a adaptação dos direitos trabalhistas às novas necessidades sociais e econômicas inauguradas a partir da reestruturação e abertura da economia, a reformulação dos processo

produtivo (substituição do fordismo pelo toyotismo), de modo a possibilitar a redução dos custos de produção sem a qual estaria inviabilizada a competição no mercado globalizado.

A ideia de flexibilização dos direitos trabalhistas, fundada na agenda neoliberal, aspirou adaptar a prestação de trabalho à nova necessidade de alavancamento do novo processo de acumulação e desenvolvimento social que se buscava instituir, por meio de um processo de acumulação flexível, razão porque foi maciçamente pregada a ideia de flexibilização dos direitos trabalhistas e até mesmo sua desregulamentação, ao argumento de que a quantidade de direitos e leis trabalhistas bem como de encargos sociais aos empregadores criados pelo Estado de Bem-Estar Social onerava o custo da produção e inibia a criação de novos postos de trabalho e ao invés de proteger os trabalhadores estariam condenando-o ao desemprego.

Com a crise de emprego decorrente da crise econômica, a reestruturação dos processos produtivos (adoção do toyotismo) e com a introdução de soluções tecnológicas na linha de produção, no que se denominou chamar de Terceira Revolução Industrial, deu-se origem a um enorme passivo de mão-de-obra trabalhadora, fazendo com que fosse reforçado o discurso da flexibilização em prol da empregabilidade.

Buscou-se com a flexibilização a represtinação da liberdade negocial qualificada pela autonomia da vontade por meio da qual representantes das categorias profissional e patronal livremente pactuariam as condições de trabalho de modo a tornarem comutáveis às exigências do mercado, pelo o que deveria o Estado abster-se de intervir na liberdade de pactuação das condições de trabalho ou permitir a livre pactuação respeitadas garantias mínimas.

Entrementes, considerando a desagregação dos sindicatos e a sua mitigada força de pressão negocial, enfim sua fragilizada força negocial, a pretendida liberdade de pactuação das condições de trabalho não teria campo para ocorrer em igualdade de condições.

Nessa toada, a iminente possibilidade de precarização das condições de trabalho conflitava com o princípio secular do direito do trabalho fundado na proteção do trabalhador, bem assim com a normatividade do princípio da proibição de retrocesso e da vedação da proteção deficiente dos direitos fundamentais, razão por que a flexibilização dos direitos trabalhistas deveria ser pensada com cautela, pois atingiria diretamente a função social dos referidos fundamentais direitos, função aquela que se encontra atrelada à esfera da dignidade social do trabalhador em razão do mínimo existencial que os direitos fundamentais de segunda dimensão objetivam garantir.

Não por outro motivo surgiram vozes afirmando que por trás do discurso da flexibilização, de fato, remanesceria a pretensão de paulatina redução até a efetiva extinção dos direitos trabalhistas em prol das necessidades do mercado, fazendo com que o trabalho fosse visto como mercadoria, posto ao atendimento das variantes econômicas ditadas pela economia e pelo mercado globalizado, afastando-se de sua função social de promoção do equilíbrio e desenvolvimento socioeconômico.

No Brasil, após a abertura econômica iniciada a partir da década de 90, a agenda neoliberal ganhou fôlego e foi advogada a ideia da flexibilização dos direitos trabalhistas, notadamente com adesão do Poder Executivo que no ano de 2001, em regime de urgência, arrimado no art. 64, §1º, CF/88, apresentou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 5.483/01, que tinha por objeto a modificação do art. 618 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT de modo a possibilitar a prevalência do negociado sob o legislado.

O projeto em referência foi objeto de ferrenhas críticas pela sociedade civil organizada (juristas), sendo, no âmbito político (na Câmara dos Deputados) travada uma forte queda de braço entre as forças governistas e oposicionistas, que buscavam, respectivamente, aprovar e barrar a aprovação do projeto.

E após tramitar pela citada Casa e ser modificado o projeto aportou no Senado Federal vindo ali ser arquivado a pedido do então Presidente da República.

Um olhar atento ao ordenamento jurídico pátrio permite concluir pela inexistência da inflexibilidade que implique em fechamento da ordem jurídica, pois como pontuado no subcapítulo 3.5 a Constituição Federal permite certa flexibilização dos direitos trabalhistas ao permitir nos incisos VI, XIII e XIV do artigo 7º, a redução do salário e da jornada laboral legal em turnos ininterruptos de revezamento, mediante convenção ou acordo coletivo, bem como a adoção de bancos de horas; a Lei n. 4.923/65 possibilitou a redução da jornada de trabalho e dos salários mediante acordo prévio feito entre empregador e sindicato dos trabalhadores; a Lei n. 5.107/66 criou o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço proporcional em troca da estabilidade de emprego estabelecida pelo art. 429 da CLT, que a princípio era facultativa e posteriormente passou a ser definitiva; a Lei n. 6.019/74 permitiu a existência do contrato de trabalho temporário; entre outras formas de flexibilização doutrinariamente reconhecidas.

Nesse esteio delimitado os contornos da discussão acerca da flexibilização dos direitos trabalhistas no Capítulo 3, no Capítulo 4 passou-se ao enfrentamento da questão da flexibilização frente à garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

No capítulo em epígrafe discorreu-se sobre atividade legislativa, o suporte fático e os limites e as restrições dos direitos fundamentais, de modo a se desenvolver a discussão acerca do papel da atividade legiferante na delimitação do âmbito de proteção, restrição e definição do conteúdo do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Como pontuado anteriormente no que atine à disciplina dos direitos fundamentais a atividade legislativa cinge-se no dever de definir o conteúdo essencial dos referidos direitos e legitimamente lhe impor restrições.

Neste norte, a atividade legislativa, que não é ilimitada, conforma e delimita o conteúdo dos direitos fundamentais e concretiza a Constituição, ao estabelecer o âmbito de proteção (suporte fático) e os limites dos direitos fundamentais.

O âmbito de proteção dos direitos fundamentais tem importância para a verificação da constitucionalidade das atividades interventivas restritivas e conformadoras dos direitos, visto que permite averiguar se o grau de conformação e proteção do núcleo essencial, do bem jurídico constitucionalmente tutelado, foi atendido, vez que o âmbito de proteção compreende os pressupostos fáticos contemplados pela norma jurídica e a consequência de proteção desse direito, consubstanciando o recorte fático de todos os comportamentos e situações tematizados pela norma de direito fundamental que os direitos fundamentais pretendem proteger.

Assim, a depender do paradigma teórico adotado, ou seja, se parte da concepção restrita ou ampla do âmbito de proteção, trilharam-se distintos caminhos na identificação do bem ou posição jurídica protegido pelo direito fundamental, podendo-se falar em suporte fático ou âmbito de proteção restrito segundo o qual a conduta permitida pelo direito fundamental seria aquela que resistisse às exclusões realizadas de posturas não protegidas pela norma, portanto, haveria exclusões de condutas ou posições jurídicas que não são protegidas pelo direito, o que em última análise conduziria à delimitação do conteúdo do direito fundamental.

Por outro lado, poder-se-ia falar em suporte fático ou âmbito de proteção amplo segundo o qual toda ação possível estaria sob o âmbito de proteção do direito fundamental, desde que com ele estivesse relacionada, pelo o que haveria uma proteção *prima facie* de condutas e posições jurídicas que poderiam *a posteriori* sofrer restrições.

Nesse compasso, a tarefa não estaria em identificar o conteúdo e as condutas ou posições jurídicas que estariam sob o manto protetivo do direito fundamental, mas sim na análise da legitimidade das justificativas que levaram à intervenção no âmbito do direito.

Portanto, no que toca ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais, para a análise da legitimidade da atividade conformadora ou restritiva é indispensável saber o que está ou não está protegido, seja por meio da compreensão do suporte fático restrito ou amplo dos direitos fundamentais.

Ocorre que para a análise da correção conformadora ou restritiva dos direitos fundamentais tornar-se-ia necessária a verificação da atividade legislativa à luz da teoria interna e externa dos limites dos direitos fundamentais, que, em suma, respectivamente preconizam que direitos fundamentais teriam os seus limites imanentes ao próprio direito, ou seja, internamente limitados pela própria natureza do direito, ou que seus limites somente poderiam ser definidos *a posteriori*, após a sopesamento dos bens jurídicos em conflitos à luz do caso concreto.

Portanto, a identificação dos limites – do conteúdo essencial – dos direitos fundamentais constitui condição para que se possa controlar o seu desenvolvimento normativo, partilhado pelo legislador ordinário.

E conforme pontuado no subcapítulo 4.2 devido à discussão proposta acerca da flexibilização dos direitos trabalhistas, o debate sobre o limite da atividade legislativa ficou adstrito à função conformadora/densificadora e revisora do conteúdo dos direitos fundamentais dos trabalhadores, visto que a análise das restrições do seu exercício, ficaria sob o pálio da adoção da teoria externa e do suporte fático amplo do âmbito de proteção e da limitação posterior do direito, por meio o uso da técnica de sopesamento, destoando do objeto da presente pesquisa.

A conformação da ordem jurídica pelo Legislador tem por escopo concretizar a Constituição, densificando o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, estando a atividade legislativa limitada pelos limites decorrentes da própria Constituição, que se referem tanto à necessidade de proteção do núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas.

Deste modo a ideia de limites dos limites consiste num conjunto de instrumentos destinados à imposição de restrição à atividade limitadora e configuradora do Poder Legislativo no âmbito dos direitos fundamentais, no intuito de impedir eventual abuso legislativo que leve ao esvaziamento ou mesmo à supressão da proteção imposta pelo direito.

Nessa moldura o conteúdo ou núcleo essencial dos direitos fundamentais, no caso em debate dos direitos trabalhistas, representam o limite imposto à atividade legislativa/conformadora e revisora, visto ser ele um reduto inexpugnável, protegido contra

qualquer intervenção, pois seria a parcela do direito sem a qual ele perderia a sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível como um direito fundamental.

Logo poder-se-ia dizer que o núcleo essencial dos direitos fundamentais consistir-se-ia em um conteúdo inviolável do direito que se encontraria abrigado, protegido e garantido contra qualquer intervenção que tivesse por fito esvaziar o seu conteúdo, descaracterizando a estrutura e a natureza do referido direito, de modo a restringir ou abolir seu âmbito de proteção.

E nesse norte, considerando-se que a flexibilização dos direitos trabalhistas tem por escopo, em seu âmago, relativizar ou mesmo suprimir mediante desregulamentação a proteção trabalhista e social deferida ao trabalhador pelo constituinte originário promovendo um processo de supressão das conquistas obtidas no bojo do Estado do Bem-Estar Social, parece aquela estar obstada no ordenamento pátrio pela garantia de proteção deferida ao núcleo essencial dos direitos fundamentais dos trabalhadores contra a intervenção legislativa ou negociação coletiva tendente a suprir ou relativizar o conteúdo essencial ou a esfera acessória dos direitos trabalhistas fundamentais.

Isto porque muito embora a Constituição Federal do Brasil não tenha expressamente consagrado em seu texto a ideia de proteção do núcleo essencial, em razão do modelo garantístico utilizado pelo constituinte originário afigura-se inequívoco que tal princípio decorre do próprio modelo constitucional, mormente pelo fato de a Constituição declarar como uns dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, que conjuntamente são indispensáveis para a consecução dos objetivos da República referente à redução das desigualdades sociais e regionais, o que inexoravelmente reconduz à proteção trabalhista e social do trabalhador, pois a garantia e a melhoria das condições traduzem-se na função central do direito do trabalho.

Vale destacar que a atividade legislativa revisora e conformadora dos direitos sociais, em especial, dos direitos trabalhistas, exige uma atuação legislativa construtora e realizadora do direito fundamental, na medida em que eles demandam a adoção de um conjunto de medidas indispensáveis à garantia, concretização, atualização e evolução desse próprio direito.

Portanto, nesse giro adotando-se a base teórica de proteção do núcleo essencial absoluto-dinâmico, que permitiria a adequação dos direitos fundamentais dos trabalhadores à dinamicidade das circunstâncias culturais, sociais, ideológicas, políticas e economias poder-se-ia vislumbrar, quando muito, uma reconfiguração do núcleo essencial dos direitos

trabalhistas, contudo, estando vedada a reforma *in pejus* ou mesmo a proteção deficiente do direito por meio de insuficiência de proteção ou omissão legislativa.

Isto porque a teoria supracitada dialogaria afinadamente com os princípios da dignidade da pessoa humana, da garantia do mínimo existencial e da proibição de retrocesso social.

A precarização das condições de trabalho por meio da flexibilização dos direitos trabalhistas em prol das exigências circunstanciais do mercado de capitais, colocando a força do trabalho humano sob o julgo das veleidades do poderio econômico, torna o trabalho em mercadoria, afastando-o de sua concepção humanística e social, afetando a dignidade humana do trabalho subjetiva e objetivamente, que seria reduzido à condição de mero objeto no âmbito social, econômico.

Com efeito, entre outras funções, a proteção fundamental deferida aos direitos trabalhistas tem por escopo amparar socialmente o trabalhador, possibilitando o seu desenvolvimento e afirmação social-democrática na medida em que lhe assegura um núcleo mínimo e indeclinável de direitos que lhe possibilita a existência digna, destinados a garantir um “conjunto de condições materiais essenciais e elementares cuja presença é pressuposto da dignidade, de qualquer pessoa⁵⁸¹”.

Portanto, uma vez densificado o núcleo essencial dos direitos trabalhistas, seja por meio da delimitação ou ampliação do seu conteúdo, não é permitido ao legislador ou aos atores da negociação coletiva, sem a adoção de medidas alternativas ou compensatórias, dar um passo atrás e reverter a concretização normativa do direito fundamental ao *status quo*, sob pena de violação do núcleo essencial do direito.

Nestes termos, em vias de fechamento e conclusão, impede destacar que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais do trabalhador há de contemplar concomitantemente, uma esfera protetiva de direito sob a qual estejam albergados a dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial e a proibição de retrocesso de modo a garantir a proteção e promoção dos níveis das conquistas normativas alcançadas em prol da melhoria das condições de trabalho, pelo o que estaria vedada qualquer intervenção legislativa ou negocial flexibilizadora tendente a esvaziar o conteúdo essencial dos direitos trabalhistas.

⁵⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 179.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbelline; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais (Theory der Grundrechte)**. 5. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2007.

AQUINO, Sonia Aparecida Menegaz Tomaz de. **Flexibilização, desemprego e o Direito do Trabalho**. 1999. 254p. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho). Universidade de São Paulo. São Paulo.

ARANHA, Maria Lúcia Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando: introdução à filosofia**. São Paulo: Moderna, 1992.

AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à Ciência Política**. 17. ed. São Paulo: Globo, 2005.

AWAD, Fahd Medeiros. **Proibição de retrocesso social diante da garantia do núcleo essencial dos Direitos Fundamentais**. Disponível em:
<<http://www.upf.br/seer/index.php/rjd/article/view/2146/1386>>. Acesso em: 16 dez 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: **o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROS. Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: Ltr, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: **o trunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. In: Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil. Ano 23, n. 82, 4º trimestre, 2005, pp. 109-157.

_____. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: **limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BEDÊ, Fayga Silveira. Sísifo no limite do imponderável ou direitos sociais como limites ao poder reformador. In: BONAVIDES, Paulo; MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson; BEDÊ, Fayga Silveira. (Orgs.). **Constituição da Democracia – Estudos em Homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BELTRAN, Ari Possidonio. **Flexibilização, globalização, terceirização e seus impactos nas relações de trabalho**. Revista Ltr, v. 61, abril. 1997, p. 61-04/490-495, São Paulo: LTr, 1997.

BIAGI, Cláudia Perotto. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2005.

BOLZAN DE MORIAS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONZATO, Eduardo Antônio. TRIPALIUM: **O trabalho como maldição, como crime e como punição**. Disponível em: <
http://unifia.edu.br/revista_eletronica/revistas/direito_foco/artigos/ano2011/Direito_em_foco_Tripalium.pdf>. Acesso em: 27 abr 2014.

BOSCHETTI, Ivanete. Seguridade social no Brasil: conquistas e limites à sua efetivação. In: **Serviço Social: Direitos Sociais e Competências Profissionais**. Brasília: CFESS/ABEPSS, 2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Câmara dos Deputados. República Federativa do Brasil. **Diário da Câmara dos Deputados**. Ano LVI – n. 48, p. 47.819, sexta-feira, 05 de outubro de 2011, Brasília/DF. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD05OUT2001.pdf#page=28>>. Acesso em: 30 nov 2014.

CACCIAMALI, Maria Cristina. *Globalização e processo de informalidade*. Disponível em: <<http://www.eco.unicamp.br/docdownload/publicacoes/instituto/revistas/economia-e-sociedade/V9-F1-S14/06-Cacciamali.pdf>>. Acesso em: 30 nov 2014.

CAIRO JÚNIOR, José. **Curso de Direito do Trabalho: direito individual e coletivo do trabalho**. 8ª. ed. rev. ampl. Salvador: Juspodivm, 2013.

CAMPANA, Priscila. O impacto do neoliberalismo do Direito do Trabalho: desregulamentação e retrocesso histórico. **Revista de Informação Legislativa**. n. 147, jun./set. 2000, p. 129-144, Brasília: Senado Federal, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

_____. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CANOTILHO, J. J. Gomes Canotilho; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito do Trabalho**. Aracajú: Evocati, 2011.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. A crise actual da filosofia do direito no contexto global da crise da filosofia. **Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação**. Coimbra: Coimbra Ed, 2003.

CHEQUER, Cláudio. **O princípio da proteção ao núcleo essencial do Direito Fundamental no Direito Brasileiro (aplicação e delimitação)**. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-principio-da-protecao-ao-nucleo-essencial-do-direito-fundamental-no-direito-brasileiro-aplicacao-e-delimitacao/10163>>. Acesso em: 16 dez 2014.

COELHO, Ricardo Corrêa. **Estado, Governo e Mercado**. 2. ed. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração / UFSJ, 2012.

CONJUR. **Acordo Coletivo: Juízes trabalhistas protestam contra projeto que altera a CLT**. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2001-nov-19/entidades_promovem_ato_projeto_altera_clt>. Acesso em: 01 dez 2014.

_____. **CLT: governo suspende votação para evitar derrota**. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2001-nov-28/clt_iminencia_derrota_governo_suspende_votacao>. Acesso em: 01 dez 2014.

_____. **Flexibilização da CLT: Juízes e advogados tentam suspender propaganda do governo**. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2002-fev-26/juizes_advogados_impetram_acao_governo>. Acesso em 01 dez 2014.

_____. **Trabalhadores repudiam projeto sobre acordo coletivo que altera CLT**. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2001-out-12/negociado_legislado_repudiado_centrais>. Acesso em 01 dez 2014.

_____. **Tumulto em Sessão: Votação do projeto que altera a CLT é adiado por causa de tumulto**. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2001-nov-07/votacao_projeto_altera_clt_adiado>. Acesso em: 01 dez 2014.

_____. **Vale o legislado. Comunidade jurídica repele sobreposição de acordos à CLT**. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2001-out-16/entidades_sao_acordos_sobreponham_clt>. Acesso em: 01 dez 2014.

COUTINHO, Luciano. A Terceira Revolução Industrial e Tecnológica: **As Grandes Tendências de Mudanças**. Disponível em: < <file:///C:/Users/Carlos%20A/Downloads/coutinho.pdf>>. Acesso em: 19 nov 2014.

CUNHA, Antônio Geraldo. **Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

CUNHA, Carlos Roberto. **Flexibilização de Direitos Trabalhistas à Luz da Constituição Federal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

CUNHA, Rafaela Benetti. Da proibição de retrocesso como forma de concretização dos direitos fundamentais. In: Gunther, Luiz Eduardo. (Coord.). **Tutela dos Direitos da personalidade na atividade empresarial**. Curitiba: Juruá, 2008.

DELGADO, Gabriela Neves. Terceirização: **Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2004.

_____. Os Paradigmas do Estado Constitucional Contemporâneo. In Constituição da República e Direitos Fundamentais: **Dignidade da Pessoa Humana, Justiça Social e Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª. ed. São Paulo: LTr, 2010.

_____. Mauricio Godinho. Capitalismo, trabalho e emprego: **entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução**. São Paulo: LTr, 2005.

_____. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.

_____. Relação de Emprego e Relações de Trabalho: A Retomada do Expansionismo do Direito do Trabalho. In: **Dignidade e Inclusão Social: Caminhos para a Efetividade do Direito do Trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 2010.

_____. Constituição da República e Direitos Fundamentais: **dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2012.

DELLAGRAVE NETO, José Afonso. (Coord.) **Direito do Trabalho Contemporâneo: flexibilização e efetividade**. São Paulo: LTr, 2003.

DIMOULIS, Dimitri; Martins, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

DOBROWOLSKI, Sílvio. Direitos fundamentais – **a cláusula de expansão do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição de 1988**. Disponível em: <
<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao013/dobrowolski.htm>>. Acesso em: 25 set. 2013.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1996.

FARIAS, Edson. **Restrição De Direitos Fundamentais**. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15416/13989>>. Acesso em: 16 dez 2014.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

FILHO, Francisco Das C. Lima. Alteração do art. 618 da CLT- ilegitimidade constitucional. **Repertório de Jurisprudência IOB**, n.8/2002, Caderno 2, 2/18352.

GARCEZ, Maximiliano Nagl. O desrespeito do governo FHC às normas internacionais do trabalho - **Condenação da OIT ao projeto de flexibilização da CLT**. Disponível em: <www.assessoriaopt.org/CondenacaoOIT.doc>. Acesso em: 01 dez 2014.

GENNARI, Adilson Marques. **Globalização, Neoliberalismo e Abertura Econômica no Brasil nos Anos 90**. Disponível em: <<http://www.sinprodf.org.br/wp-content/uploads/2012/01/texto-5-globaliza%C3%A7%C3%A3o-e-neoliberalismo.pdf>>. Acesso em: 30 nov 2014.

GOLDSCHIMISDT, Rodrigo. **Flexibilização dos Direitos Trabalhistas: Ações afirmativas da dignidade da pessoa humana como forma de resistência**. São Paulo: LTr, 2009.

GOMES, Ana Virgínia Moreira. **A aplicação do princípio protetor no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2001, p. 145.

GOMES, Felipe Lima; TALEIRES, Janaína Sena. **A liberdade de conformação do legislador no âmbito dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d3696cfb815ab692>>. Acesso em: 16 dez 2014.

GONÇALVES, Antônio Fabrício de Matos. **Flexibilização trabalhista**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

GUEDES, Néviton. **Constituição e Poder: o legislador e a tarefa de concretizar a Constituição**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-07/constituicao-poder-legislador-tarefa-concretizar-constituicao>>. Acesso em: 16 dez 2014.

HÄRBELE, Peter. **La garantía Del contenido esencial de los derechos fundamentales.** Trad. Joaquim Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003.

HARVEY, David. **Condição Pós-Moderna.** 15. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HINZ, Henrique Macedo. **Alterações no modo de organização da produção e requisitos para caracterização da relação de emprego.** Disponível em: <
http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/1033087/Rev41_art8/7dc5f808-2b0e-4f1f-97de-08c5ad48e439>. Acesso em: 18 nov 2014.

HOBSBAWM, Eric. Trad. Marcos Santa Rita e rev. Maria Célia Paoli. Era dos Extremos. **O breve século XIX: 1914-1991.** São Paulo, Companhia das Letras, 1995.

HUMBERTO, Ávila. Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis, in: **Revista de Direito Administrativo**.vol. 236, 2004.

IANNI, Octávio. **Globalização e Neoliberalismo.** Disponível em: <
http://produtos.seade.gov.br/produtos/spp/v12n02/v12n02_03.pdf >. Acesso em: 18 nov. 2014.

JACQUES, Paulino. **Curso de Direito Constitucional.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes.** São Paulo: Martin Claret, 2006.

KREIN, José Dari. A Reforma Trabalhista de FHC: **análise de sua efetividade.** Disponível em: <<http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/125422/Rev24Art14.pdf/df588523-8a9f-47b9-ae7-42d03db57421>>. Acesso em: 01 dez 2014.

KUMAR, Krishan. Da Sociedade Pós-Industrial à Pós-Moderna: **Novas Teorias sobre o Mundo Contemporâneo.** Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

LACOMBE, Francisco José Masset. **Dicionário da Administração**. São Paulo: Saraiva, 2004.

LAVOR, Francisco Osani de. **Formas alternativas de solução dos conflitos individuais e coletivos de trabalho**. Disponível em: < <http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/3142/3142.PDF>>. Acesso em: 29 nov 2014.

LEITE JÚNIOR, Alcides Domingues. **Desenvolvimento e Mudanças no Estado Brasileiro**. 2. ed. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração / UFSC, 2012.

LEITE, Ravênia Márcia de Oliveira. **Do efeito cliquet ou princípio da vedação de retrocesso**. Revista Jus Vigilantibus, 13 de maio de 2009.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/1003/R164-01.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 16 dez 2014.

LOPES, Otavio Brito. **Limites Constitucionais à Negociação Coletiva**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_09/neg_coletiva_Otavio.htm>. Acesso em: 16 dez 2014.

LUDER, José Felipe. A Constituição de 1988 e seu Sistema Especial de Direitos Fundamentais do Trabalho. **Revista do TST**, Brasília, vol. 77, n. 3, jul/set 2011, p. 154-181.

MARANHÃO, Délio; SÜSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA, Viana, et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. 20. ed. v. 01. São Paulo: LTr, 2002.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

MARTINS, Nei Frederico Cano. **Os princípios do direito do trabalho e a flexibilização ou desregulamentação**. Revista LTr 64-07/847.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Flexibilização das Condições de Trabalho**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARX, Karl. **Manifesto do partido comunista**. Trad. Pietro Nasseti. 2. ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2008.

_____. A Lei Geral da Acumulação Capitalista. In: **O Capital**. Livro Primeiro, vol. II. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1979.

MATTIOLI, Maria Cristina. Participação e Flexibilização. **Revista LTr**. São Paulo, v. 59, n. 4, p. 512, abr. 1995.

MATTOS, Vivianne Rodrigues. **Efeitos das crises econômicas globalizadas nas relações de trabalho**. Disponível em: <
http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:CcH7GJpSTbwJ:boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-3-2013-abril-junho-de-2002/efeitos-das-crises-economicas-globalizadas-nas-relacoes-de-trabalho/at_download/file+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 30 nov 2014.

MEDALHAS, Julio Assumpção. A crise do Sistema de Relações do Trabalho no Brasil. **LTr: Suplemento Trabalhista**, São Paulo, v. 31, n. 38, 1995, p. 331-335.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: **estudos de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIOZZO, Pablo Castro. A Dupla Face do Princípio da Proibição do Retrocesso Social e os Direitos Fundamentais no Brasil: **uma visão hermenêutica**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 88.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Ed, 2001, t. 6.

MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do Trabalho: **história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. **Flexibilização do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1991. p. 5.

NETO, Jose Affonso Dallegrave. **Prevalência do negociado sobre o legislado**. Reflexões à luz da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/apej/artigos_doutrina_jadn_11.asp>. Acesso em: 01 dez 2014.

NETO, José Francisco Siqueira. Flexibilização, desregulamentação e direito do trabalho no Brasil. In: OLIVEIRA, Carlos Alonso B. (org). Crise e Trabalho no Brasil: **modernidade ou volta ao passado?** 2. ed. São Paulo: Scritta, 1996, p. 334-335.

NOGUEIRA, Lilian Katiusca Melo. **As interfaces da flexibilização trabalhista à brasileira**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3945.pdf>>. Acesso em: 01 dez 2014.

NOVELLI, Flávio. “Norma Constitucional Inconstitucional? A Propósito do Art. 2º. § 2º, da EC n. 3/93”, in: **Revista Forense**. n. 330, 1995.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Declínio do emprego. Relações de trabalho: diagnóstico e prognóstico. **Revista do Direito do Trabalho**, ano 3, n. 1, jan. 1997.

PASTORE, José. CLT: **o que pode e o que não pode ser negociado**. Disponível em: <http://www.josepastore.com.br/artigos/rt/rt_153.htm>. Acesso em: 01 dez 2014.

PAULA, Felipe de. **A (de)limitação dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PINTO E NETTO, Luísa Cristina. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. **Não à desconstitucionalização dos direitos sociais**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2000-jun-02/conquistas_trabalhistas_preservadas>. Acesso em: 01 out 2014.

_____. Proteção jurisdicional contra omissões legislativas: **Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.

QUEIROZ, Cristina. O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: **princípios dogmáticos e prática jurisprudencial**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. **Princípio da proibição de retrocesso jusfundamental aplicabilidade**. Curitiba: Editora Juruá, 2009.

RANGEL, Maurício Crespo. **RELAÇÕES DE TRABALHO: NOVOS PARADIGMAS**. Disponível em: <
<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/1312862/6.+Rela%C3%A7%C3%B5es+de+trabalho+-+novos+paradigmas>>. Acesso em: 18 nov 2014.

RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios do Direito do Trabalho**. Trad.Wagner D. Giglio. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Direito do Trabalho Pronunciamentos Inéditos**. Curitiba: Juruá, 2009.

SALVADOR, Luiz; MORO, Luis Carlos. Reforma trabalhista e sindical: o afastamento do estado das relações trabalhistas como fator impeditivo a que o trabalhador conquiste a própria dignidade. In: MACAHADO, Sidney; GUNTHER, Luiz Eduardo. Reforma trabalhista e sindical: **o direito do trabalho em perspectivas**. São Paulo: LTr, 2005.

SAMPAIO, José Adérico Leite. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SAMPAIO, Marcos. **O conteúdo essencial dos direitos socais**. São Paulo: Saraiva,2013.

_____. **O constitucionalismo brasileiro e conteúdo essencial dos direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8904#_edn7>. Acesso em: 16 dez 2014.

SANDRONI, Paulo. (Org). **Novo Dicionário de Economia**. São Paulo: Editora Best Seller, 1994.

SANTOS, Boaventura de Souza. Pela mão de Alice: **o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 2010.

SANTOS JÚNIOR, Rubens Fernando Clamer dos. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores**. São Paulo: LTr, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

_____. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: **algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, n. 2, p. 121-168, 2004, p. 162.

_____. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. Revista do TST, Brasília, vol. 75, nº 3, jul/set 2009.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Por um Constitucionalismo Inclusivo**. São Paulo: Lumen Juris, 2010.

SCHÄFER, Jairo. Classificação dos Direitos Fundamentais. Do Sistema Geracional ao Sistema Unitário: **uma proposta de compreensão**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCHIAVI, Mauro. **Proteção jurídica à dignidade da pessoa humana do trabalhador**. Disponível em: < http://www.lacier.com.br/artigos/periodicos/protecao_juridica.pdf>. Acesso em: 23 nov 2014.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Preservação do núcleo essencial na Constituição de 1988**. Disponível em: < http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130420150105.pdf>. Acesso em: 01 out 2014.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. A Flexibilização da Jornada de Trabalho e a Violação do Direito à Saúde do Trabalhador: **uma análise jurídica comparativa dos sistemas jurídicos brasileiro e espanhol**. São Paulo: LTr, 2013

SILVA, Osvaldo Alencar; SILVA, Renata Cristina de Oliveira Alencar. Flexibilização da Legislação Trabalhista. Disponível em: < file:///C:/Users/Carlos%20A/Downloads/11195-43169-1-PB.pdf>. Acesso em: 24 nov 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: **conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**. n. 4. 2006, p. 23-51.

SIQUEIRA, Holgonsi Soares Gonçalves. **A globalização sob a ótica da acumulação flexível**. Disponível em: <file:///C:/Users/Carlos%20A/Downloads/856-3010-1-PB.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2014.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Direitos Fundamentais e Suporte Fático: **Notas a Virgílio Afonso da Silva**. Disponível em: < <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n6/3.pdf>>. Acesso em: 16 dez 2014.

SOARES FILHO, José. Sociedade Pós-Industrial – **e os aspectos da globalização na sociedade, no trabalho, na economia e no Estado**. Curitiba: Juruá, 2007.

SOBRINHO, Manoel Lopes Veloso. **Desemprego e Flexibilização das Leis Trabalhistas**. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/2424/desemprego-e-flexibilizacao-das-leis-trabalhistas>>. Acesso em: 01 dez 2014.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social**. São Paulo: Ltr, 2000.

_____. A Fúria. *Revista LTr*, São Paulo, v. 66, n. 11, p. 1287-1309, 2002.

SOUZA, Andréia Nádia Lima de. Globalização: **Origem e Evolução**. Caderno de Estudos Ciência e Empresa, Teresina, Ano 8, n. 1, jul. 2011.

SOUZA, Vanessa Roberta do Rocio. **Flexibilização dos Direitos Trabalhistas e O Princípio da Proibição do Retrocesso Social**. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

STF. **Presidente do Supremo critica flexibilização da CLT e defende cotas para minorias**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=58082&caixaBusca=N>>. Acesso em: 01 dez 2014.

STRECK, Lênio Luis. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. **Direito não pode ser corrigido por valores morais**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-02/valores-morais-nao-podem-nortear-principios-juridicos-lenio-streck>>. Acesso em: 21 nov 2014.

_____. **Hermenêutica, neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos juízes”**. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf>. Acesso em: 23 nov 2014.

SÜSSEKIND, Arnaldo. A globalização da economia e o confronto entre os neoliberais. **Revista da Ematra**. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, p. 13-14, 2000.

_____. A Convenção Coletiva de Trabalho em confronto com a Lei. In: **Jornal do CNTC**, abril de 2002.

_____. Flexibilização do Direito do Trabalho. **Revista Jurídica Consulex**, ano VI, n. 123, fev./2002, p. 16, Editora Consulex: Brasília, 2002.

THUROW, Lester C. O futuro do capitalismo: **como as forças econômicas de hoje moldam o mundo de amanhã**. Trad. Nivaldo Montingelli Jr. 2. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

TOSI, Giuseppe. **Aristóteles e a escravidão natural**. Disponível em: <<http://venus.ifch.unicamp.br/cpa/sbp/11-giuseppe.pdf>>. Acesso em: 10 mar 2014.

URIARTE, Oscar Ermida. **A flexibilização do direito do trabalho na experiência latino-americana**. Revista da Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região. São Paulo, n. 1, p. 114-139, set. 2006.

VERNET NOT, José Luís. Globalização e flexibilização nas relações de trabalho. **Revista Justiça do Trabalho**, n. 169, jan./98, Sapucaia do Sul: Notadez informação ltda, 2001.

VIANA, Márcio Túlio. A Proteção Social Do Trabalhador No Mundo Globalizado - *O Direito Do Trabalho No Limiar Do Século XXI*. Disponível em: http://www.fd.unb.br/index.php?option=com_zoo&task=item&item_id=238&Itemid=2994&lang=br. Acesso em: 30 nov 2014.

_____. Quando a livre negociação pode ser um mau negócio. **Suplemento Trabalhista LTR**, 2002, vol. 3, p. 11-14.