

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO -UPF
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO – PPGD
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO

**FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL:
uma análise em face do Princípio da Vedação do
Retrocesso Social**

FÁBIO ZIMERMANN BEUX

Passo Fundo – RS, Junho de 2016

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO -UPF
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO – PPGD
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO

**FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL:
uma análise em face do Princípio da Vedação do
Retrocesso Social**

FÁBIO ZIMERMANN BEUX

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em
Direito – UPF, como requisito parcial à obtenção do
título de Mestre em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Adriana Fasolo Pilatti Schleder

Passo Fundo – RS, Junho de 2016

Agradeço aos professores do Programa de Pós Graduação Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo, por darem o caminho do conhecimento.

Agradeço minha professora orientadora, pela dedicação ao trabalho, bem como pela compreensão de minhas limitações.

Agradeço aos colegas de estudos por tudo que absorvi dos debates promovidos.

*Dedico o presente trabalho a todos que dele
algo puderem extrair.*

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade de Passo Fundo, a Coordenação do Curso de Mestrado em Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Passo Fundo - RS, junho de 2016.

Fábio Zimmermann Beux
Mestrando

PÁGINA DE APROVAÇÃO
(A SER ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PPGDireito/UPF)

SUMÁRIO

1 O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL NO BRASIL

1.1 Os Direitos Sociais no Brasil

1.2 Núcleo essencial dos direitos fundamentais

1.3 A proibição do retrocesso: origens e aplicação no Brasil

2 O DIREITO SOCIAL DO TRABALHO NO BRASIL

2.1 Formação das relações de trabalho

2.2 Globalização e Flexibilização do Direito do Trabalho

2.3 O Princípio da Proteção como Razão de ser do Direito Laboral

3 RELAÇÃO ENTRE A FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL E A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

3.1 O Princípio da Aplicação da Norma Mais Favorável como preceito constitucional

3.2 A dignidade humana como fundamento para vedação do retrocesso

3.3 A relação direta do princípio da vedação do retrocesso social com a flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil

RESUMO

A Dissertação está inserida na linha de pesquisa Jurisdição Constitucional e Democracia. Aborda a flexibilização do direito do trabalho no Brasil em face do princípio da proibição do retrocesso social, tendo como problema a possível afronta ao princípio. Utiliza do método de abordagem hipotético dedutivo e de procedimentos o histórico, comparativo e tipológico, tendo como de interpretação o sistêmico. Aborda os direitos sociais no Brasil como direitos fundamentais, passando pela análise do núcleo essencial. Apresenta o princípio da proibição do retrocesso social. Trata do direito do trabalho como direito social trazendo sua formação, o fenômeno globalização e a decorrente flexibilização e o princípio da proteção como razão de ser desse ramo. Traz a relação entre os institutos apresentados, utilizando o princípio da aplicação da norma mais favorável ao obreiro e o princípio da dignidade da pessoa humana, para ao cabo confrontar especificamente a flexibilização com a vedação do retrocesso social. Conclui que o princípio da proibição do retrocesso social, apesar de não ter posituação expressa no direito pátrio está inserido no bojo constitucional, sendo que a flexibilização do direito do trabalho, por subtrair direitos dos trabalhadores, finda por afrontá-lo.

Palavras-chave: Dignidade da Pessoa Humana. Direitos Sociais. Flexibilização do Direito do Trabalho. Princípio da Proteção. Princípio da Proibição do Retrocesso social.

RESUMEN

La disertación se inserta en la línea de investigación de la jurisdicción constitucional y la democracia. Se dirige a la flexibilidad de la legislación laboral en Brasil en la cara del principio de prohibición de la regresión social, con el problema de una posible ofensa al principio. Se utiliza el método hipotético deductivo de la aproximación y procedimientos históricos, comparativos y tipológicas, con la interpretación sistémica. Aborda los derechos sociales en Brasil como derechos fundamentales, mediante el análisis del núcleo esencial. Se presenta el principio de la prohibición de regresión social. Se ocupa de la legislación laboral y social con lo que su formación, la globalización y el fenómeno de la flexibilidad resultante y el principio de protección como una razón para estar en esa clase. Trae la relación entre los institutos presentado, utilizando el principio de la aplicación de la norma más favorable para el trabajador y el principio de la dignidad humana, al cable enfrentar específicamente la moderación con el sello de regresión social. Se llega a la conclusión de que el principio de la prohibición de regresión social, a pesar de no tener positivación expresa en el derecho de los padres se inserta en el bulto constitucional, y la flexibilidad de la legislación laboral, restando derechos de los trabajadores, que termina por la cara él.

Palabras clave: La dignidad humana. Derechos sociales. Aligerar la legislación laboral. Principio de protección. Principio de prohibición de retroceso social.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como principal objetivo o institucional de obtenção do título de Mestre junto ao Programa de Pós Graduação, Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Está inserido na linha de pesquisa Jurisdição Constitucional e Democracia da área de concentração Novos Paradigmas do Direito. É fruto do interesse na pesquisa pelo tema específico que coaduna com a referida área de concentração.

O que se busca com o tema proposto, objetivamente é analisar se a flexibilização do Direito do Trabalho, decorrente do fenômeno atual da globalização, afronta o Princípio da Vedação do Retrocesso Social. Em outras palavras, o que se pretende é ver se o princípio pode ser utilizado como fundamento adequado para barrar ou confrontar medidas flexibilizadoras dos direitos dos trabalhadores. Esse é, efetivamente, o problema proposto, tendo-se então como tema o Direito Social do Trabalho.

Para a solução do problema, serão apresentadas duas hipóteses, bem como uma variável. São, essencialmente, antagônicas. Uma é a resposta afirmativa, admitindo-se então que a flexibilização afronta o princípio da vedação do retrocesso com os fundamentos que serão apontados durante o trabalho. A segunda, negativa, pela que se admite a hipótese de não afrontar, pelo que também se denotam entendimentos neste sentido. A variável possível é que a flexibilização somente apresente afronta em algumas de suas formas, não acontecendo tal resultado em todas, o que também se pretende demonstrar.

Impende apresentar as razões da escolha do tema em tela. Para tanto, necessário se faz a abordagem de três aspectos relevantes. São eles, o social, o acadêmico e o jurídico. Ainda, em complemento, existem outras razões, como a satisfação pessoal do autor. Com a mesma importância, por questão de contexto, é relevante o aspecto de adequação à linha de pesquisa.

Na abertura das justificativas acerca da relevância do assunto escolhido oportuno se fale do aspecto social. Tem-se que a conotação social é - e se não o for deveria ser - inerente a todo e qualquer trabalho acadêmico. Nos bancos

universitários, em especial nos níveis de pós-graduação, está calcada ainda uma pequena porção da sociedade que tem a possibilidade de exercer a pesquisa, a fim de que no futuro, próximo ou remoto, de forma pura ou aprimorada, se possa fazer uso do trabalho elaborado, de maneira aplicada.

Tem-se convicção de que o estudo em tela será deveras relevante para a sociedade eis que se trata de um assunto com conotação social. Ora, será aqui abordado o Direito Social do Trabalho e os nortes e limites e de suas alterações. São raras na sociedade famílias que não dependam do trabalho para subsistência. O tema afeta toda a sociedade, senão pela abordagem dos trabalhadores ainda que pelo viés de quem toma trabalho.

Também importante é a conotação acadêmica do estudo. Como já referido, quando se elabora um trabalho científico, o que se espera é que este seja útil, ao menos a uma parcela da sociedade. Caso assim não fosse, os trabalhos acadêmicos pereceriam sem razão. É a comunidade acadêmica quem deverá ter o contato mais direto com a dissertação, de maneira que a ela é especialmente dirigida. A referida comunidade acadêmica, aliás, terá com o estudo em tela a oportunidade de seguir na investigação do assunto, seja sob enfoque diferente, seja com outra delimitação, ou ainda a fim de resolver problema semelhante.

Em razão do aspecto acadêmico, aliás, é que parece surgir a necessidade de padronização dos trabalhos científicos, com as adequações previstas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas e pelas próprias instituições de ensino de onde partem os trabalhos. Tal adequação se mostra muito relevante já que através de tais normas os trabalhos acadêmicos podem se padronizar tecnicamente, permitindo uma leitura com enfoque apenas no conteúdo.

A relevância acadêmica direta se mostra em razão de ser o tema proposto de pouca análise ainda no direito brasileiro. E a flexibilização do direito do trabalho é bastante premente, sendo assunto tratado corriqueiramente, ainda que, como dito, não com o devido enfoque acadêmico de análise da matéria. Há, acerca do tema, opiniões diversas, decorrentes de outros ramos das ciências, em especial da área da economia e política.

Finalmente, há de se analisar o aspecto jurídico do presente trabalho. A comunidade jurídica tem com o presente estudo mais um meio de instigar ou ver-se instigada à análise de todos os ramos do direito aqui abordados. E se nota a abordagem no presente de Direito Constitucional, Direito do Trabalho bem como a

análise dos referidos ramos em outros países. Para a solução ou busca de soluções para o problema proposto são analisados diferentes ramos do direito, para em convergência, se entender o instituto. Ainda pertinente, necessário e relevante verificar os caminhos da jurisprudência acerca do tema. Para isso é de extrema importância a verificação dos julgados tanto do Supremo Tribunal Federal acerca do tema como ainda do Tribunal Superior do Trabalho e Tribunais Regionais do Trabalho.

Imperioso justificar a referência à satisfação pessoal do autor pela elaboração deste trabalho acadêmico. Isso decorre da oportunidade de trabalhar um tema do qual se tem curiosidade. E a curiosidade reflete em ímpeto, gosto, vontade da pesquisa. Não é árdua a pesquisa quando se busca o que se tem interesse em conhecer. É instigante. E é absolutamente satisfatório poder pesquisar, dentro da área de concentração e linha de pesquisa já apontadas, um tema que ali está inserido e que do mesmo modo tem tanta relevância social, prática.

Por fim, neste norte, é de se perceber que a temática escolhida para o trabalho está em consonância com a linha de pesquisa referida, Jurisdição Constitucional e Democracia, eis que a abordagem se dá em análise a preceitos constitucionais. Oportuno ver ainda que a adequação se mostra ainda à área de concentração, Novos Paradigmas do Direito, ao passo que o problema a ser enfrentado se trata de discussão absolutamente atual, como há pouco era referido, sendo um problema jurídico efetivamente relevante.

Assim, o estudo inicia com a apresentação da matéria. No primeiro capítulo serão apresentados os direitos sociais no Brasil, dando-se ênfase ao caráter de direito fundamental dos direitos sociais. No mesmo plano, é abordado o núcleo essencial dos direitos fundamentais. A seguir, e como fechamento é apresentado, efetivamente, o princípio que serve de base para o problema do presente estudo, princípio da proibição (ou vedação) do retrocesso social, abordando-se então as origens, conceitos e interpretação do princípio.

No segundo capítulo será apresentado o direito do trabalho no Brasil, o qual o próprio título ressalta o caráter de direito social. Trata-se então da formação do direito do trabalho, da globalização como fenômeno mundial atual e a decorrente flexibilização do direito do trabalho. É aspecto histórico que, ao contrário do que se poderia pensar, para o presente estudo é deveras relevante, obrigatório. Não há

como se entender – e isso se pode dizer desde já porque notório – o Direito do Trabalho sem que se entenda a história da formação das relações de trabalho e ainda a evolução do direito do trabalho.

Vai ser ali apresentado ainda o princípio da proteção, o qual será trabalhado como uma das razões de ser do próprio direito do trabalho. Será visto que tal princípio é tão importante quanto ao história das relações de trabalho a ponto de se confundir com a própria razão de ser do Direito do Trabalho.

Já no terceiro capítulo, o que se apresentará será a relação entre a flexibilização do direito do trabalho com o princípio da vedação do retrocesso social, especificamente. Para tanto, iniciará com a abordagem do princípio da aplicação da norma mais favorável ao obreiro eis que pertinente para a compreensão do problema. Será apresentado ainda como um dos fundamentos para a solução do trabalho, o princípio a dignidade da pessoa humana, que coaduna, certamente com a previsão de proibição do retrocesso. Por derradeiro, será abordada, de modo ainda mais específico, a relação direta entre a flexibilização do direito do trabalho e o princípio da proibição do retrocesso social, chegando-se ao final da pesquisa científica.

Tendo em vista que a pesquisa atrela vários ramos do direito bem como o fato de que para o problema apresentado é possível construir duas hipóteses distintas – e diga-se de passagem, realmente viáveis - o método de abordagem será o hipotético-dedutivo. É o mais adequado e que leva o leitor de modo mais fácil e objetivo ao final do estudo com uma evolução lógica.

Como métodos de procedimento o presente estudo utilizará, eis que pertinentes e necessários, o histórico, comparativo e tipológico. Todos são de abordagem obrigatórias no presente caso. O método de interpretação a ser utilizado na presente pesquisa será o método sistêmico pelas mesmas razões já apontadas. Trata-se do mais adequado na ocasião em que, como aqui, estão sendo analisados vários institutos do direito em convergência.

No que tange a técnica de pesquisa, mais uma vez em razão da natureza do tema bem como a problemática apresentada, deverá ser, quanto à natureza da pesquisa, qualitativa. Em relação aos objetivos, descritiva. Ainda, acerca dos

procedimentos utilizados, necessária a pesquisa bibliográfica através da análise da doutrina e interpretação de jurisprudência.

Nesta Dissertação as categorias principais estão grafadas com a letra inicial em maiúscula e os seus conceitos operacionais são apresentados no texto.

1 O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL NO BRASIL

Para tratar do princípio da vedação do retrocesso social impende que se tenha a posição que ele assume no direito brasileiro. É necessário conhecê-lo, claro, em sua essência, entender o porquê de se tratar dele como princípio efetivamente, bem como a origem. São aspectos relevantes do instituto para resolução do problema proposto.

Para tanto impende que seja abordado, no presente capítulo, o conhecimento acerca do que são direitos sociais. A essência dos direitos sociais, o surgimento de tal entendimento bem como a forma como estão eles estabelecidos no Brasil nos dias de hoje.

Imperioso aqui falar acerca do caráter de direito fundamental dos direitos sociais eis que tal noção, do mesmo modo, será relevante para que se entenda o todo do conteúdo estudado, sobretudo tendo isso como base para a tentativa de resolução do que aqui se pretende estudar. Também será aqui abordada a questão do núcleo essencial dos direitos fundamentais, trabalhando-se, então, os direitos sociais, efetivamente, como direitos fundamentais.

Para findar o capítulo, aí sim, já contextualizado, será apresentado efetivamente o princípio da proibição do retrocesso como essência. Há de se salientar que tal expressão, aliás, será tratada como sinônima. Assim, o que será feito é uma abordagem às origens do princípio, trazendo então notas conceituais e formas de interpretação para os dias atuais a fim de entender as hipóteses, se é que existem, de aplicação do instituto no direito Brasileiro.

1.1 Os Direitos Sociais no Brasil

É pertinente conhecer a previsão dos Direitos Sociais no Brasil para se possa trabalhar o princípio que veda o retrocesso nesta seara. Ora, se vai se tratar de vedação de retrocesso social, além e conhecer o que seria tal retrocesso, impende conhecer o que são os direitos assim considerados. Não há como analisar a vedação da redução de direitos sem conhecer exatamente quais direitos são

esses que se pretende preservar ou garantir. Aí a relevância de se analisar o aspecto aqui trazido.

Para tanto, o que se faz no presente tópico é apresentar, inicialmente, notas conceituais em que além dos conceitos propriamente, traz a origem de tais denominações. Após a afirmação dos direitos sociais como direitos fundamentais, com apresentação das razões de tal aspecto doutrinário. Ao fim do tópico as dimensões dos direitos fundamentais, com a observância do local em que se inserem os direitos sociais nesse contexto.

1.1.1 Notas conceituais

É importante, para que se compreenda o tema, trazer algumas considerações conceituais dos Direitos Sociais. Ainda a demonstração de como se consideram eles no Brasil.

José Afonso da Silva refere que os direitos sociais:

são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações desiguais¹.

O conceito apresenta a importância desse ramo do direito, salientando como se apresentam, de que forma pretendem agir e qual o objetivo de sua existência, ou seja, sua finalidade. E é relevante conhecer a conceituação haja vista que dele pode se extrair ainda a forma de analisar e lidar com o instituto de direitos sociais.

O que pode se tirar do conceito acima, de início, é que tais direitos decorrem de posituação estatal, ou seja, emanam necessariamente do Estado. Ainda que o modo de tal posituação, ou seja, o modelo com que são inseridos no corpo legislativo é através de norma constitucional, ou seja, as constituições é que tratam de incorporar à lei de cada país os direitos sociais.

¹ SILVA, José Afonso. Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição. São Paulo: Malheiros, 2002, p.199

Ainda daquele pode se extrair o objetivo de tais direitos. Note-se que são os objetivos nobres, visando uma proteção estatal, jurisdicional, legislativa, aos mais fracos, aos mais pobres. Esse aliás, é o meio para se chegar ao objetivo, também referido na citação inicial – e veja-se que tal se fez de grande propósito – que é a igualização dos desiguais, ou seja, utilizar mecanismos decorrente das previsões constitucionais para que pessoas desiguais tenham diminuída tal desigualdade, tratando-se claro, dos aspectos sociais.

No Brasil os Direitos Sociais estão inseridos no Capítulo II, aberto pelo artigo 6º da Constituição Federal. De acordo com a recente Emenda Constitucional nº 90 de setembro de 2015, a redação é seguinte:

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.²

A pertinência de se apresentar a literalidade do texto constitucional decorre do próprio título do capítulo, ou seja, o que se pretende aqui é verificar como se dão os Direitos Sociais no país. Ainda não menos relevante é observar que o constituinte brasileiro optou por colocar tais previsões em um capítulo todo dedicado à matéria já no segundo título do texto constitucional. O segundo capítulo do segundo título do texto constitucional tem tais direitos declinados expressamente. Há de se notar que o capítulo inicia já fazendo referência, na própria titulação como Direitos Sociais.

Não se pode deixar de notar, nesse contexto que o constituinte brasileiro de 1988 apontou já no artigo 3º da Constituição Federal a previsão dos objetivos fundamentais da república como sendo:

² BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;³

É relevante tal referência. Isso porque tendo como fundamento da república a erradicação da pobreza conjuntamente com a redução das desigualdades sociais denota que é um dos objetivos do constituinte a efetivação, a garantia plena e, por que não dizer, a defesa dos ditos então direitos sociais. Aponta que esses devem ser garantidos a fim de diminuir as desigualdades sociais, ou seja, aponta claramente que são eles mecanismos de se chegar ao fim da equidade, da igualdade entre iguais, como posto no conceito introdutório do presente tópico.

Agora, como é possível perceber, o trabalho está elencado dentre os Direitos Sociais no Brasil. Voltando ao capítulo da Constituição Federal que os prevê, nota-se que tal ramo é integrante da previsão constitucional.

Em sequência, então, cuide-se que a Constituição Federal traz no artigo 7º a previsão dos direitos dos trabalhadores, apontando que os direitos dos trabalhadores no Brasil do seguinte modo:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;

III - fundo de garantia do tempo de serviço;

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

³ Idem.

- V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;
- VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;
- VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;
- VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;
- IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;
- X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;
- XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;
- ~~XII - salário-família para os seus dependentes;~~
- XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei;
- XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;
- XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;
- XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;
- XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;
- XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
- XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;
- XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;
- XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;
- XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;
- XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;
- XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;
- XXIV - aposentadoria;

XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas;

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei;

XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social.

Ora, são trazidos vários direitos dos trabalhadores elencados efetivamente como Direitos Sociais, na essência. Lembre-se que embora o caput do artigo não faça referência específica, está ele inserido no capítulo dos Direitos Sociais.

Mas cuide-se que já que o que se quer como objetivo final, integral, do presente estudo é ver se um dos fenômenos atuais do Direito Laboral, qual seja, a flexibilização (como se verá adiante) afronta ou não o princípio da vedação do retrocesso social, pertinente prosseguir observando o que são direitos sociais. Ora, a essência de tais direitos, além de serem aqueles ali positivados, é importante para

que se compreendam eles. Ainda mais. Entender o porquê de ali estarem inseridos é necessário. Para tanto cumpre cuidar ainda o seguinte.

1.1.2 Caráter fundamental dos Direitos Sociais

A previsão dos Direitos Sociais antes citada está inserida do Título II da Carta Magna, que traz a previsão dos Direitos e Garantias Fundamentais. Como a simples interpretação literal do texto constitucional denota, os Direitos Sociais integram o rol dos Direitos Fundamentais. Ora, mesmo que se proceda o método teleológico de interpretação, difícil crer que tais direitos estão ali posicionais por simples acaso. Ora, falar em direitos sociais é falar, de modo global, então, em direitos fundamentais no Brasil.

Ingo Wolfgang Sarlet, acerca dessa inserção refere que:

Embora aparentemente estejamos diante de uma obviedade, o fato de existirem segmentos da doutrina, ainda que bem intencionados e mesmo amparados em argumentos de relevo, que estejam negando a condição de autênticos direitos fundamentais dos direitos sociais (existe até quem negue a própria existência de direitos sociais!) torna oportuna a lembrança de que ao se tratar de direitos fundamentais na Constituição não há como abrir mão de uma perspectiva dogmático-jurídica (mas não necessariamente formal-positivista) da abordagem, reafirmando-se, de tal sorte, a necessidade de uma leitura constitucionalmente adequada da própria fundamentação (inclusive filosófica) tanto da assim designada fundamentalidade quanto do próprio conteúdo dos direitos sociais.⁴

É pertinente a colocação. Isso porque não se pode ter por acaso a inserção das previsões da norma. Mas não somente por isso, ainda que respeitosa, como aponta a doutrina citada, a lógica denota o entendimento

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PE_TROPOLIS_final_01_09_08.pdf. Acessado em 18/01/2016.

exposto. A perspectiva dogmática-jurídica referida é o correto modo de abordagem do assunto. E tal não deixa dúvida acerca da fundamentalidade.

Então se tem a certeza de que o Constituinte no Brasil optou por deixar clara a fundamentalidade dos Direitos Sociais. A inserção é mais um dos mecanismos de não deixar dúvida do caráter fundamental desses direitos. Ora, mesmo que se permita outra interpretação tem-se que aqui a perspectiva é essa, senão por outro motivo, pela opção expressa do Constituinte. Assim o fez, ao que se mostra, para afirmar esses direitos.

É nesse sentido, coadunando com o que está aqui exposto o comentário de Clèmerson Merlin Clève:

A Constituição Federal de 1988 adotou, do ponto de vista da técnica legislativa, uma metodologia distinta com relação à matéria. Ninguém desconhece que, no Brasil, outros textos constitucionais já dispuseram, de maneira fragmentada, a propósito deste tema. Ocorre que, insere-se um dispositivo contemplando esses direitos como verdadeiros direitos fundamentais, introduzindo-o, portanto, no título adequado. Não são, pois, meras normas-programa residentes em outro capítulo constitucional. Evidente que esta previsão explica-se, em parte, pelo momento especial pelo qual passava, na década de oitenta, a experiência constitucional brasileira. Explica-se, mais, pelo compromisso do Constituinte com os postulados do Estado Democrático de Direito, compromisso que implica determinadas redefinições conceituais no universo dos direitos fundamentais. Explica-se, também, pelo especial modo de elaboração da Constituição Federal de 1988 (favorecendo ampla discussão e disputabilidade) e, mais do que isso, em virtude da demanda dos movimentos sociais que estavam a reivindicar esses direitos. Verifica-se, desta maneira, que os direitos fundamentais sociais devem ser compreendidos por uma dogmática constitucional singular, emancipatória, marcada pelo compromisso com a dignidade da pessoa humana e, pois, com a plena efetividade dos comandos constitucionais.⁵

Como visto, não é à toa a previsão constitucional acerca dos direitos sociais. Denota sobre tudo, o momento histórico em que se deu a constituinte. Ainda, o atendimento dos clamores sociais pela defesa da dignidade humana

⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 54, p. 28-39, 2006. p. 28. Disponível em <http://www.clemersoncleve.adv.br/ola-artigos>. Acessado em 20/12/2015.

(princípio que será abordado adiante, merecendo análise singular) somado ainda à perspectiva de efetividade do que vem a Constituição Brasileira a tratar a partir de então.

Aliás, tais observações demonstram o posicionamento acerca da matéria seguindo a doutrina que no olhar do pesquisador denota o melhor entendimento. O que se vê é que a ideia de Direitos Fundamentais como direitos individuais não são suficientes para garantir a igualdade, no sentido material entre os indivíduos, e com isso ter-se, efetivamente, justiça social. Os Direitos Sociais assim, tanto fundamentais como os demais apontados no texto constitucional tem a conotação de direitos de todos. Lembre-se que um dos objetivos é a efetivação da diminuição das desigualdades sociais. Nada mais claro que a existência de direitos com a fim de contribuir com tal efetividade.

Nesse sentido, a lição de Alexandre de Moraes, que ao tratar dos Direitos Sociais, diz que

[...]são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando a concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamento do Estado democrático, pelo art.1º, IV, da Constituição Federal.⁶

Em se tratando de liberdades positivas tem-se que tais direitos se constituem em obrigação para com os hipossuficientes. Ou seja, reconhecem-se os Direitos Sociais como fundamentais, reconhecendo que tão importantes quanto esses também são aqueles. E tal reconhecimento não é pouco. Denota o efetivo direitos das pessoas de considerar como básicos, premissivos, as garantias sociais.

E não é em âmbito individual que se melhora condição de vida social. A garantia do cumprimento dos objetivos constitucionais da igualdade social, igualdade essa que poderia merecer ainda estudo específico, depende da efetivação de direitos de conotação coletiva. São os direitos da sociedade, os direitos de garantias sociais a todos.

⁶ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 197.

Ainda, é importante observar que os direitos fundamentais como um todo têm nas garantias dos direitos sociais mecanismos de efetividade dos demais. De outro modo, tais direitos podem servir para dar efetividade aos demais Direitos Fundamentais. É isso que aponta Paulo Bonavides, quando trata da crise dos direitos sociais no Brasil. Diz ele ao analisar a questão que:

O Estado social no Brasil aí está para produzir as condições e os pressupostos reais e fáticos indispensáveis ao exercício dos direitos fundamentais.⁷

Ora, a proteção e efetividade dos direitos sociais é tão relevante quanto a dos demais direitos fundamentais. E, como dito, serve ainda de base para defesa dos demais. É que garantia de direito social leva às pessoas a condição de pensar, preocupar-se, com os demais direitos. Poder-se-ia fazer a seguinte analogia: pensar de barriga cheia é mais fácil que pensar de barriga vazia.

Como bem afirma George Marmelstein ao comentar o mesmo assunto, os *direitos fundamentais devem ser vistos como direitos interdependentes e indivisíveis. Não basta proteger a liberdade sem que as condições básicas para o exercício desse direitos sejam garantidas.*⁸ Note-se que diferentes autores coadunam com o entendimento.

Tomando-se então, a natureza fundamental desse ramo do direito, não se pode olvidar de apontar a relevância dos Direitos Fundamentais à análise do problema proposto. É que a análise do todo, ainda que não aprofundada serve para que se possa compreender o contexto, por lógico.

1.1.3 Direitos Sociais nas dimensões dos Direitos Fundamentais

De acordo com Ingo Sarlet, *desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, tanto*

⁷ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direitos Constitucional. 26. ed. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 378.

⁸ MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2008. P. 178.

*no que diz com o seu conteúdo, quanto no que concerne a sua titularidade, eficácia e efetivação.*⁹ Dentre essas transformações está a análise em uma perspectiva de gerações, como prossegue o autor:

Costuma-se, neste contexto marcado pela autêntica mutação histórica experimentada pelos direitos fundamentais, falar da existência de três gerações de direitos, havendo inclusive quem defenda a existência de uma quarta e até mesmo de uma quinta e sexta gerações.¹⁰

Embora não seja especificamente o objeto do presente estudo, é relevante para se compreender as hipóteses do problema proposto, conhecer as diferentes gerações dos direitos fundamentais. É que conhecer a inserção do Direito do Trabalho como direito fundamental em sua geração específica permite a correta interpretação da interligação de tal ramo com os demais do direito.

Para Gilmar Mendes

A visão dos direitos fundamentais em termos de gerações indica o caráter cumulativo da evolução desses direitos no tempo. Não se deve deixar de situar todos os direitos num contexto de unidade e indivisibilidade. Cada direito de cada geração integra com os da outra e, nesse processo, dá-se a compreensão.¹¹

Efetivamente, é o que se espera, como dito, com a análise das dimensões, a compreensão da importância deles, direitos fundamentais dentre os quais está o direito social do trabalho. Não se pode esquecer que se está a tratar neste ponto, dos direitos sociais no Brasil com o intuito de demonstrar o direito do trabalho como direito social e a importância, relevância, de tal inserção.

⁹ 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. 45.

¹⁰ *Idem*

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direitos Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 138

Vale ressaltar que a terminologia dimensão de direitos fundamentais, encontra controvérsia de Ingo Sarlet que refere ser mais adequada a expressão gerações de direitos fundamentais, sob o fundamento de não passar a falsa noção de que uns decorressem da evolução de outros.¹²

Neste mesmo diapasão é a ideia de Jorge Miranda, que apontou:

Conquanto essa maneira de ver possa ajudar a apreender os diferentes momentos históricos de aparecimento dos direitos, o termo geração, geração de direitos, afigura-se enganador por sugerir uma sucessão de categorias de direitos, umas substituindo-se às outras – quando, pelo contrário, o que se verifica em Estado social de direito é um enriquecimento crescente em resposta às novas exigências das pessoas e das sociedades¹³

Seja qual for a nomenclatura tratada (e isso não retira a relevância da discussão acerca dela) o que se tem é divisão organizacional de conjunto de direitos. A análise em conjunto demonstra-se mais fácil, mais entendível, mais didática, tanto para o interprete como para o constituinte.

Gilmar Mendes ao tratar dos direitos de primeira geração, salienta que *referem-se a liberdades individuais, como de consciência, de reunião, inviolabilidade de domicílio... O paradigma de titular desses direitos é o homem individualmente considerado.*¹⁴ Nota-se aqui que o bem tutelado é o indivíduo, ou seja, pessoa humana, individualmente.

Acerca deles aponta Sarlet que

¹² 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. 101

¹³ MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 24.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direitos Constitucional. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 137

São, por esse motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. Assumem particular relevo no rol dos direitos especialmente pela notória inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, a propriedade e à igualdade perante a lei.¹⁵

Ou seja, os direitos de primeira dimensão ou primeira geração são os individuais, tendo o ser humano como tutelado em face do Estado, obrigando esse a condição de não fazer, ou seja, prestações negativas.

Já os direitos de segunda geração têm conotação diferente. De acordo com Bonavides:

São os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado Social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão anti-liberal do século XX¹⁶.

Aqui é fácil verificar que se tratam, diferentemente daqueles de primeira dimensão, geração, de direitos não individuais mas sim coletivos. O que se tem é uma coletividade de titulares de tal direito. E isso não tira, claro, o direito individual à efetivação de tais direitos. Ocorre que se tem, como aponta o autor referido, um viés diferente, eminentemente social. Não a toa, que estão aqui, assim nominados os direitos sociais.

Gilmar Mendes afirma que

¹⁵ 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. 47

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direitos Constitucional. 26. ed. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 564

O princípio da igualdade de fato ganha realce nessa segunda geração dos direitos fundamentais, a ser atendido por direitos a prestação e pelo reconhecimento de liberdades sociais – como a de sindicalização e direito de greve. Os direitos de segunda geração são chamados de *direitos sociais*, não porque sejam direitos de coletividades, mas por se ligarem a reivindicações de justiça social.¹⁷

Ao que se nota, os direitos sociais representam meios de afirmação do princípio da igualdade, efetivamente. Ainda, a relevância de tal verificação no presente estudo não pode ser olvidada, ao se ver pelos exemplos apontados pelo autor, quais sejam, direitos sociais do trabalho, a sindicalização e a greve. Iminente então, que a positivação bem como a eficácia de tais ramos do direito, dos direitos sociais representam, como referido, a busca de garantias e efetivação da justiça social.

Ingo Sarlet, acerca da ligação entre os direitos sociais previstos e a efetivação da justiça social explica:

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas sociais e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social.¹⁸

Nota-se que o autor traz a relação entre os direitos sociais e a questão econômica apontando que tanto os problemas sociais como problemas econômicos foram os vetores que geraram as reivindicações pela positivação e efetivação de direitos sociais. Aqui se percebe ainda que os direitos de segunda geração, ao invés de trazerem prestações negativas, ou seja, garantias de não fazer, pelo Estado, traz prestações positivas, obrigações de fazer do Estado.

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direitos Constitucional. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 137

¹⁸ 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. 47

Nos direitos de segunda geração, então, onde se inserem os direitos sociais, e lógico, dentre eles, como já visto, o direito do trabalho, estão previstas obrigações Estatais que buscam a efetividade dos direitos sociais. Isso é o que se interpreta do conjunto das exposições.

Ainda Sarlet aponta a existência de direitos fundamentais de terceira dimensão, explicando do seguinte modo:

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de desprenderem, em princípio, da figura do homem indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa.¹⁹

O que se vê, então, é a existência da terceira dimensão de direitos fundamentais previstos como vetores de efetivação, ou ainda garantidores da efetivação de direitos difusos que são inerentes à coletividade, à grupos de pessoas. As obrigações dele decorrentes apontam à garantia de paz social, além da efetiva justiça social buscada pelos direitos de segunda dimensão.

Nesse sentido é pertinente o comentário de Virgílio Afonso da Silva:

O grande problema, aqui, é a definição dessa "terceira geração de direitos". É possível, neste passo, afirmar que tal definição costuma ser tão difusa quanto os próprios direitos. A característica comum que uniria uma gama de direitos tão diversos como o direito à paz, ao desenvolvimento, ao patrimônio comum da humanidade ou ao meio-ambiente seria o fato de que todos eles, além de não terem titularidades definíveis, como ocorre com as liberdades públicas e os direitos sociais, destinar-se-iam a realizar o terceiro dos pilares da Revolução Francesa. Assim, enquanto as liberdades públicas realizariam a *liberdade* e os direitos sociais, a *igualdade*, os direitos de ²⁰terceira geração tenderiam a realizar a *fraternidade*.²¹

¹⁹ Idem, p. 48

²¹ SILVA, Virgílio Afonso da. A evolução dos direitos fundamentais. Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais. 2005. p. 551.

Há, conforme mencionado alhures, o objetivo de concretização da fraternidade em sentido amplo, ou seja, a efetivação, como bem observa o autor, do terceiros dos pilares da Revolução Francesa.

Mas, além desses, há doutrina já consolidada apontando a existência de quarta geração dos direitos fundamentais. Ingo Sarlet aponta Paulo Bonavides como o precursor de tal pensamento doutrinário no Brasil.²² Efetivamente, salienta Paulo Bonavides que

A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. É direito de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.²³

Em que pese a importância de se conhecer e observar a inserção de todos esses aspectos dos direitos fundamentais estudados em gerações ou dimensões, há que se notar que o objetivo maior aqui proposto é entender os direitos sociais, onde se insere o direito do trabalho, em sua específica dimensão. Tal entendimento é pertinente para que se possa seguir com a análise do tema proposto a ponto de chegar a tentativa de solução para o problema, ou ainda a verificação das hipóteses válidas à solução do problema proposto.

Tendo-se presente então os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais, e sendo o presente estudo uma proposta de análise de um dos direitos sociais, o trabalho, frente a vedação do retrocesso, impende avançar para, desde já se ter presente o que realmente está protegido, tutelado, centrado efetivamente como Direito Fundamental.

²² 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. 50

²³ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direitos Constitucional. 26. ed. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 572

Ainda, tendo-se em vista que será aqui trabalhado o Direito do Trabalho como Direito Social, impende, e em se tratando da proteção desses direitos pertinente ver se há limite à proteção desses. Para tanto, impende verificar a doutrina acerca do chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais.

1.2 Núcleo Essencial dos Direitos Fundamentais

Há necessidade de analisar, quando se pensa em proteção dos Direitos Fundamentais, o quanto deles dever ser protegido em face de alterações pelo legislador ou ainda pelo intérprete. Para tanto, para analisar tal questão, pertinente conhecer algumas teorias que tratam da proteção de um tanto ou todo, desses direitos. A questão é ver o que efetivamente é essencial nas previsões de direitos fundamentais, aqui, claro, tendo mais relevância, dada a discussão proposta, os direitos fundamentais sociais.

Ainda, relevante, a exemplo do que se faz em demais tópicos do presente estudo, é analisar o tratamento dado à matéria no direito europeu tanto pelo fato de lá historicamente ter essa matéria sido discutida antes, como da mesma forma pela necessidade de se conhecer como outros países utilizam os institutos jurídicos.

Canotilho, à título de conceito do instituto refere que

o recorte de um “núcleo essencial” de direitos, liberdades e garantias perfilava-se como o último reduto de garantia contra as leis e as medidas agressivamente restritivas desses direitos.²⁴

Não se pode esquecer aqui que tal análise deve ser extensiva aos direitos sociais, conforme abordar-se-á em seguida, eis que, como se viu, os direitos sociais

²⁴ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. O Direito Constitucional como ciência e direção – o núcleo essencial das prestações sociais ou a localização incerta da sociedade (contributo para a reabilitação da força normativa da “Constituição Social”. In. GOMES CANOTILHO, José Joaquim et. al. Direitos Fundamentais Sociais. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 26

são, efetivamente, direitos fundamentais. Agora, o que se deve cuidar desde já com o conceito é que o que se pretende é ter uma garantia em face das previsões da própria lei. Ou seja, a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais vai se fazer necessária desde a previsão de determinado direito em face da legislação existente como ainda nas novas previsões legislativas.

O que se vê nitidamente é que a ideia é de limite. É a imposição de um tanto de intocabilidade ao direito fundamental determinado. Ainda a seguir ver-se-á o porquê de tal previsão de intocabilidade, de manutenção, de garantia de determinada essência dos direitos fundamentais bem como que tanto, que essência, é esse a ser preservada.

No Brasil a Constituição Federal de 1988 não traz de modo expreso nenhum comando de proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. Tampouco faz referência à questão, sendo então por aqui a aplicação através de outra fonte do direito, qual seja, a doutrina. É o que se tem pela simples leitura do texto constitucional, o que se diz a fim de justificar a afirmativa. Agora, o mesmo não ocorre em todos os países. É diferente em outras esferas, em especial no direito constitucional europeu.

Gilmar Mendes, analisando acerca dessa matéria o direito alemão, lembra que

alguns ordenamentos constitucionais consagram a expressa proteção do núcleo essencial, como se lê no art. 19, II da Lei Fundamental alemã de 1949, que estabelece que “em nenhum caso poderá ser um direito fundamental violado em sua essência²⁵.”

Efetivamente vê-se na Alemanha, há tempo, a previsão de proteção ao núcleo essencial. Note-se a importância então da análise do direito lá acerca da matéria. Decorrendo da história e das experiências experimentadas antes da edição da Constituição de Weimer, tem-se que

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direitos Constitucional. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 211-212

No art. 19, II, consagrou-se, por seu turno, a proteção do núcleo essencial (*In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesengehalt angestattet werden*). Essa disposição, que pode ser considerada uma reação contra os abusos cometidos pelo nacional-socialismo, atendia também aos reclamos da doutrina constitucional da época de Weimar, que, como visto, ansiava por impor limites à ação legislativa no âmbito dos direitos fundamentais.²⁶

De fato, a proteção ao núcleo essencial tem previsão expressa. Mas nem por isso sua interpretação se torna mais fácil naquele país. É que, como se verá, há ainda discussão doutrinária acerca da forma de interpretar e aplicar o princípio. A interpretação não é absoluta, não se tratando de matéria fácil, realmente. E isso se compreende pelo simples fato de ser notório que a fixação de limite nuclear, ou seja, de limite do que já é limite, não é matéria fácil, não é tarefa simples nem tampouco de compreensão comum.

Exemplificando a interpretação do princípio na Alemanha, George Marmelstein aponta julgado do Tribunal Constitucional Alemão acerca constitucionalidade da prisão perpétua para o crime de homicídio qualificado naquele país. Lembra ele que não há lá proibição expressa à pena perpétua. A questão contrapunha o direito à liberdade eis que a previsão da prisão perpétua não permitia a individualização da pena. Na solução ao caso, o Tribunal Constitucional Alemão entendeu pela constitucionalidade da norma questionada, ou seja, da previsão de prisão perpétua. Outrossim, ressaltou que deveria restar a possibilidade legal do condenado alcançar a liberdade por meio de suspensão da execução da pena. Salienta o autor que com isso, evidentemente, o Tribunal Constitucional Alemão, mesmo declarando constitucional a prisão perpétua conseguiu proteger o núcleo essencial do direito fundamental de liberdade.²⁷

O que se vê também no julgado é também a existência de uma harmonização de normas, essa a partir de uma colisão de direitos, fator que será analisado também adiante no presente estudo. Por outro lado, o que se pode notar de forma importante é a utilização da norma constitucional expressa de proteção ao núcleo do direito fundamental e sua efetiva importância. Tem-se então certeza,

²⁶ Idem. p.212

²⁷ MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2008. p. 400-401.

desde já, da relevância de se positivar a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Ainda acerca do direito estrangeiro Mendes salienta a previsão constitucional da proteção do núcleo essencial em Portugal e na Espanha. Lá também se estuda, analisa, e trabalha tais institutos sendo de grande relevância para a interpretação correta das normas constitucionais. Lembra o Ministro ao tratar do assunto que:

Na mesma linha e por razões assemelhadas, a Constituição portuguesa e a Constituição Espanhola contêm dispositivos que limitam a atuação do legislador na restrição ou conformação dos direitos fundamentais (cf. Constituição portuguesa de 1976, art. 18º, n. 3, e Constituição espanhola de 1978, art. 53, n. 1).²⁸

Relevante verificar que ambos os textos constitucionais europeus, datados da década de setenta, talvez com inspiração no modelo alemão preocuparam-se em positivar a previsão de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Agora, não há referência, também nestes países, de previsão de forma de interpretação ou, seja, de positivação acerca do que seria o exatamente o limite do limite.

Canotilho, ao tratar em artigo específico acerca do tema que aqui também se pesquisa, ou seja, a aplicação do da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais aos direitos sociais, porque assim também o são, faz referência à previsão da Constituição italiana. E refere que

Os pontos de partida para a compreensão do chamado Lep (*Livelli essenziali delle prestazioni*) consagrado no art. 117º/2 da Constituição italiana (revista), parecem formulados em um linguajar clássico: (i) o nível essencial de uma prestação referente a um direito social consubstancia um autêntico direito individual irrestringível fundado nas normas constitucionais...(iii) o nível essencial de prestação condicionada as políticas económicas e financeiras.²⁹

²⁸ MENDES. p.212

²⁹ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. O Direito Constitucional como ciência e direção – o núcleo essencial das prestações sociais ou a localização incerta da sociedade (contributo para a reabilitação da força normativa da “Constituição Social”. In. GOMES CANOTILHO, José Joaquim

Há a apresentação de critérios para se chegar ao conhecimento do que é realmente o núcleo essencial do direito fundamental, ou como se disse antes, o limite do limite. E tal preocupação é de extrema relevância para o direito brasileiro, do qual se tratará, por necessário aqui, de modo mais singular. O que se percebe pela citação é a existência, lá, de efetiva divisão em níveis de essencialidade, níveis de garantia, ou o que ainda pode se dizer, níveis de limite do limite.

Pois bem. No Brasil diferentemente dos países citados, não há, conforme já dito de início, previsão expressa na Constituição Federal de 1988 de norma protetiva do núcleo essencial dos direitos fundamentais. O constituinte não positivou a matéria, não sendo expreso acerca do assunto. Mas não é por essa razão que aqui não se utilize o instituto protetivo, quanto menos que se estude e se pretenda com o que se tem, buscar a existência de essencialidade. Usa-se eis que não se pode impedir o reconhecimento da existência do referido núcleo. E a existência é razão suficiente, diante da relevância, para proteção.

Neste caminho, salienta mais uma vez Ingo Sarlet:

a Constituição Federal de 1988 não agasalhou expressamente uma garantia do núcleo essencial, o que, pelo perfil eminentemente declaratório de tais cláusulas expressas, nunca impediu – e nem teria como – o reconhecimento entre nós, de tal garantia.³⁰

Claro que a proteção do núcleo tem a ver com a própria razão de ser dos direitos fundamentais. O reconhecimento da existência de um núcleo coaduna com a origem da positivação dos direitos fundamentais.

Conforme Gilmar Mendes

et. al. Direitos Fundamentais Sociais. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 27

³⁰ 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. 421.

embora omissa no texto constitucional brasileiro, a ideia de um núcleo essencial decorre do próprio modelo garantístico utilizado pelo constituinte. A não admissão de um limite ao afazer legislativo tornaria inócua qualquer proteção fundamental.³¹

E o Supremo Tribunal Federal, no Brasil, já teve exemplo de fundamentação na proteção do núcleo essencial. Acerca disso, Marmelstein aponta como exemplo o julgado do Habeas Corpus 83.959 relatado no Supremo Tribunal Federal pelo Ministro Marco Aurélio Mello, em que o Ministro Gilmar Mendes abriu no voto tópico específico acerca da abordagem à proteção do núcleo essencial. Tratava o processo da arguição de inconstitucionalidade do artigo 2º § 1º da Lei 8.072/90 que determinava o cumprimento da pena em regime integralmente fechado em caso de crime hediondo.³²

Ainda Mendes salienta a existência de duas teorias acerca da proteção do núcleo essencial, sendo uma a teoria absoluta, em que haveria um espaço e susceptível de limitação por parte do legislador e outro insuscetível de limitação; e outra a teoria relativa, em que o núcleo essencial haveria de ser definido para cada caso, tendo-se em vista o objetivo da norma de caráter restritivo.³³ Note-se que a falta de previsão específica na Constituição Federal de 1988 é que leva às análises interpretativas.

No que toca à forma de interpretação, Ingo Sarlet salienta não caber a análise acerca do processo de ponderação que daria duas teorias principais sobre o núcleo essencial dos direitos fundamentais, salienta ele a existência das duas teorias, sendo a absoluta e a relativa³⁴, descrevendo

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direitos Constitucional. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 215

³² MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2008. p. 402.

³³ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direitos Constitucional. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 213

³⁴ 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. 420

Na primeira hipótese. O respeito ao núcleo intangível dos direitos fundamentais poderia desempenhar o papel de um “filtro” (muitas vezes subsidiário) ao exame de proporcionalidade; na segunda estaria muito provavelmente fadado a ser absorvido por este exame.³⁵

A existência de tais teorias é abordada também por Gilmar Mendes em âmbito doutrinário, que salienta a existência de dois modelos, o que se pode dizer, duas teorias interpretativas. Aponta acerca de uma:

Os adeptos da chamada *teoria absoluta (absolute Theorie)* entendem o núcleo essencial dos direitos fundamentais (*Wesengehalt*) como unidade substancial autônoma (*substancieller Wesenkern*) que, independentemente de qualquer situação concreta, estaria a salvo de eventual decisão legislativa...Em outras palavras, haveria um espaço que seria suscetível de limitação por parte do legislador e outro seria insuscetível de limitação³⁶

Aqui, se verifica, por tal, a ideia de efetiva imutabilidade do núcleo essencial, com a existência de ponto imutável dos direitos fundamentais de todo modo.

E segue o autor tratando da segunda teoria:

Os defensores da chamada *teoria relativa (relative Theorie)* entendem que o núcleo essencial há de ser definido para cada caso, tendo em vista o objetivo perseguido pela norma de caráter restritivo. O núcleo essencial seria aferido mediante a utilização de um processo de ponderação entre meios e fins (*Zweck-Mittle-Prufung*) com base no princípio da proporcionalidade. O núcleo essencial seria aquele mínimo insuscetível de restrição ou redução com base nesse processo de ponderação.³⁷

O que se tem então, pela teoria, é como o nome diz, uma relativização do núcleo protegido. Não haveria então um tanto essencial definido mas sim a

³⁵ Idem

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direitos Constitucional. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 212

³⁷ Idem

percepção da essencialidade, e conseqüentemente a observância desse tanto nuclear, com a utilização do processo ponderativo.

E acerca do sistema de ponderação, Ingo Sarlet afirma

A técnica da ponderação...tanto no âmbito de direito público quanto na seara do direito privado, a despeito das toneladas de papel e dos verdadeiros oceanos de tinta gastos com o tema, não chega a apresentar maiores novidades, visto que, com o passar do tempo, consolidou sua posição como instrumento apto a determinar a solução juridicamente correta em cada caso, com destaque a solução de conflitos entre direitos e princípios fundamentais, embora não se aplique exclusivamente nesta esfera.³⁸

Efetivamente, não é tarefa fácil chegar ao tanto protegido nuclearmente quanto ao direitos fundamentais. Em que pesem as diferentes técnicas de verificação do tanto nuclear, o que se tem por certo, é que há um núcleo essencial a ser protegido, inalcançável. A proteção se dá em face de eventuais restrições de direitos fundamentais, ou seja, em caso de restrição há um tanto, o núcleo, que não pode ser retringido, não pode ser modificado a ponto de minorar a previsão daquele dito direito fundamental.

Neste sentido, coadunando com o entendimento exposto Marmelstein salienta que

É importante observar que a proteção do núcleo essencial é uma ferramenta argumentativa contra leis que restrinjam direitos fundamentais. Nenhuma lei pode, abstratamente, restringir um direito fundamental a tal ponto que seu conteúdo fique completamente esvaziado.³⁹

O problema que não parece resolvido é saber exatamente quanto é desse direito o núcleo, ou seja, que tanto o caracteriza por essência. Tem-se que tentar buscar o quanto desse direito deve ser preservado para que não se veja o chamado

³⁸ 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. 420

³⁹ MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2008. p. 403.

esvaziamento do direito fundamental. Ainda, o quanto do direito fundamental poderia ser restringido a ponto de não tocar na essência desse direito.

De fato a doutrina brasileira não avança muito na análise das teorias sendo, ao que salienta Ingo Sarlet que

[...]o mais importante é que doutrina e jurisprudência, sigam desenvolvendo parâmetros que sirvam, sem prejuízo de sua consistência argumentativa, e portanto, de sua sempre possível controlabilidade, para assegurar aos direitos fundamentais a sua máxima proteção, potencializando a noção de limite aos limites dos direitos fundamentais.⁴⁰

A análise do núcleo essencial no presente tópico denota a importância da proteção dos direitos fundamentais bem como a importância da noção de limite dos limites. É que a proteção de ao retrocesso social abordado no presente capítulo passa pela análise do quanto deve ser protegido. Ao questionar-se adiante, o quanto de alteração pode ser considerado retrocesso, é pertinente conhecer a questão do núcleo essencial. Ora, isso porque o que se está buscando ver é a possibilidade de caracterização de retrocesso social com fenômeno atual do direito social do trabalho.

Importante ainda, dada a temática do capítulo, que se veja a caracterização dos princípios constitucionais e forma como trata-los no âmbito do presente trabalho. Conhecer o princípio da proibição do retrocesso então é tão importante quanto conhecer os institutos trabalhados até então.

1.3 A proibição do retrocesso: origens e aplicação no Brasil

Para tratar especificamente do assunto o tópico, para melhor entendimento, será dividido em outros três itens, que tratarão, especificamente, das

⁴⁰ 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

origens do princípio, de notas conceituais e de sua interpretação. Isso a fim de melhor organizar a análise da questão que é deveras relevante para a tentativa de solução do problema proposto.

Há de se considerar que a questão da proibição do retrocesso social é um dos cerne do presente estudo. Impende conhecer o instituto jurídico, o princípio, como se ver é tratado, para que se possa, a seguir interpretar a dita flexibilização do direito laboral à luz desse. Conforme já disse em guisa de introdução do trabalho, o objetivo aqui é ver se a flexibilização do direito do trabalho no Brasil afronta o princípio da vedação do retrocesso social. E para tanto, é imperioso que se conheça a matéria, e se verifique, já que se tem no presente estudo o limite territorial de análise – Brasil, como se trata aqui a questão.

Ainda, é de se saber que há terminologias diferentes que, ao cabo se tratam de simples sinônimos para tratar do assunto como proibição do retrocesso social ou ainda vedação do retrocesso social. Ambos são tratados indistintamente no presente trabalho.

1.3.1 As origens na Alemanha e Portugal

Para tratar do princípio da proibição do retrocesso social impende cuidar de sua origem, ao menos para se ter noção de onde e como surge o instituto. A importância é saber se da origem do instituto há relação com a interpretação que hoje se faz dele no Brasil. Ou seja, trata-se de princípio aqui criado ou é reflexo, utilização, do que já existe em outros países. Quem primeiro falou em vedação de retrocesso e como conceituou a matéria.

Pablo Castro Miozzo aponta que *o princípio da proibição do retrocesso foi inicialmente desenvolvido pela doutrina e jurisprudência estrangeira, sobretudo na Alemanha e Portugal.*⁴¹ E é a jurisprudência daqueles países que apontam para a utilização do princípio.

Ingo Sarlet ao apresentar as experiências alemã e portuguesa, informa que

⁴¹ MIOZZO, Pablo Castro. A dupla face do princípio da proibição do retrocesso social e os direitos fundamentais no Brasil: uma análise hermenêutica. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010. p. 88

Em termos gerais, constata-se pelo menos no que diz respeito à doutrina e à jurisprudência constitucional europeia continental, uma postura amistosa relativamente ao reconhecimento de uma proibição do retrocesso social, muito embora não se possa dizer que exista um consenso a respeito desta problemática, notadamente quanto a aspectos pontuais vinculados especialmente ao alcance da proteção das conquistas sociais.⁴²

Na Alemanha, em julgado que tratava da Seguridade Social, conforme aponta Luisa Cristina Pinto e Netto,

O Tribunal Constitucional Federal alemão teria afirmado que o Legislador não pode simplesmente dismantelar o sistema de Seguridade Social, não pode eliminar o que seja vital para as pessoas que dele dependem e sobre ele programam sua existência; a expectativa de direito, o direito a uma pensão e os status similares encontram proteção constitucional no art. 14 da Lei Fundamental. Trata-se de conferir proteção a estes direitos por meio da propriedade privada, que funciona, assim, como garante da existência.⁴³

Efetivamente o estudo na Europa é mais antigo que no Brasil. A questão lá parece ter sido tratada mais como análise do que se entende por proteção do núcleo essencial. A mesma autora faz referência às críticas a teoria protetiva na Alemanha. Aponta que tais críticas foram suficientes para que a proteção se limitasse ao núcleo essencial das regulações sociais estabelecidas.⁴⁴

Acerca disso, também Sarlet, que se dedicou ao estudo específico do caso, comenta:

⁴² 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. 458

⁴³ NETTO, Luísa Cristina Pinto e. O princípio da proibição do retrocesso social. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2010. p. 102

⁴⁴ Idem.

Aderindo a estas críticas, o Prof . Hans-Jürgen Papier, da Universidade de Munique, ressalta o fato de que as posições patrimoniais jurídico-privadas alcançam sua força direta e exclusivamente a partir da norma contida no art. 14 da LF (garantia da propriedade), de tal sorte que, se as posições de direito público já obtiveram sua especial força jurídica a partir de outras normas constitucionais, a aplicação supletiva da garantia da propriedade não apenas se revela desnecessária, mas relativizante, visto que, de acordo com o art. 14, inc. III, da LF, estaria, em princípio, sujeita a ser desapropriada mediante uma indenização.⁴⁵

Aqui há a evidente análise da proibição do retrocesso sob a ótica do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Ou seja, se vê que a forma de interpretar o princípio, ao que se percebe na questão histórica alemã, é com tal ênfase.

E Ingo Sarlet também comenta

Muito embora não seja o caso de aqui retomar, em toda amplitude, a discussão a respeito da proibição do retrocesso social na Alemanha, vale destacar que lá, a despeito da ausência de uma proteção expressa até mesmo dos direitos adquiridos no plano constitucional, tanto a doutrina, quanto o Tribunal Constitucional Federal, sempre chancelaram 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 do retrocesso.⁴⁶

A questão é que na Alemanha a utilização das teorias protetivas dos direitos fundamentais também enfrentou controvérsia, o que não é exatamente o foco do presente estudo. Mas a forma como lá é tratada pode gerar reflexo de interpretação no Brasil, como adiante será observado.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de Direito a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental de Propriedade. Revista Eletrônica Sobre Reforma do Estado. p. 9. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/rere-9-mar%C3%87o-2007-ingo%20sarlet.pdf>, Acessado em 20/12/2015.

⁴⁶ 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. 459

É de se salientar, como comenta Luisa Cristina Pinto e Netto que a situação alemã quanto ao enfrentamento da questão da proibição do retrocesso social apresentou influência para o direito em Portugal e após, para também para o direito brasileiro.⁴⁷

Aqui não se descuida que a ênfase é tratar da questão no Brasil mas vale, para compreensão do tema, cuidar de como a questão é tratada em Portugal. É que por lá, a maior atenção ao estudo do tema foi dado a partir de julgado do Tribunal Constitucional, no ano de 1984, que tratava do direito à saúde. O tema ali foi enfrentado ao detalhe. Fiteli, ao estudar a história da aplicação do princípio explica:

Nessa linha, o Tribunal Constitucional português reconheceu a existência do princípio da proibição de retrocesso social. Em 11.04.84, o tribunal proferiu o paradigmático Acórdão nº 39/84, que declarou a inconstitucionalidade de lei infraconstitucional que revogara parte considerável da Lei nº 56/79, que instituíra o Serviço Nacional de Saúde daquele país. O relator da questão, Conselheiro Vital Moreira, rejeitou a tese de inconstitucionalidade formal e passou à análise da inconstitucionalidade material do art. 17 do Decreto-lei nº 254/82. Entendeu o Conselheiro que, ao instituir o SNS, a Lei nº 56/79 era um meio de realização do direito fundamental à proteção à saúde com consagração no art. 64º da Constituição e que, mediante o art. 17º do Decreto-lei nº 254/82, o Governo legislara sobre direito à saúde e extinguiu o SNS. Ao proferir seu voto, Vital Moreira tratou dos direitos sociais, especialmente os de proteção à saúde, como direitos fundamentais, observando que estes não possuem natureza semelhante a dos direitos, liberdades e garantias, isto é, dos direitos de liberdade, dos direitos políticos e das garantias constitucionais. Em relação aos direitos sociais, aduziu o relator que se acentua o seu carácter positivo ao exigir prestações positivas do Estado, sem que se negue a jusfundamentalidade desses direitos sociais. Partindo dessas manifestações, o relator desenvolveu os argumentos da proibição de retrocesso social, afirmando a inconstitucionalidade do debatido art. 17º do Decreto-lei nº 254/82.⁴⁸

Vale aqui apontar trecho daquele julgado que aponta a questão a ser enfrentada à luz da proibição do retrocesso:

⁴⁷ NETTO, Luísa Cristina Pinto e. O princípio da proibição do retrocesso social. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2010. p. 103

⁴⁸ FITELI, Narbal Antônio Mendonça. O princípio da proibição do retrocesso social. Jus navigandi. 2009. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/12359/o-principio-da-proibicao-de-retrocesso-social#ixzz3ZqxXj022>. Acessado em 18/07/2015

Se a Constituição impõe ao Estado a realização de uma determinada tarefa – a criação de uma certa instituição, uma determinada alteração na ordem jurídica -, então, quando ela seja levada a cabo, o resultado passa a ter protecção directa da Constituição. O Estado não pode voltar atrás, não pode descumprir o que cumpriu, não pode tornar a colocar-se na condição de devedor.⁴⁹

Nota-se com a justificativa, o caminho do resultado comentado pelo autor anterior, ou seja, o que decide o Tribunal Constitucional português é pela vedação do retrocesso na área social. A proibição do retorno à condição de Estado devedor, de Estado que não mantém a conduta ativa na perspectiva dos direitos sociais. Após tomada tal conduta, após iniciada, o que se pode chamar de obrigação de fazer do Estado, não pode ele voltar atrás.

O que se verifica ainda é a aplicação do princípio absolutamente ligado à interpretação de direitos sociais como direitos fundamentais. E, realmente, o são.

1.3.2 Notas conceituais

No mesmo sentido em que é importante conhecer a origem do princípio e como se dá no Direito alemão e português, também é conhecer, teoricamente, como diferentes autores conceituam o princípio da vedação do retrocesso social. Desde já se salienta que é tratado aqui de modo sinónimo as expressões vedação e proibição do recesso social.

Conceituar o princípio talvez não seja o mais relevante, mas sim verificar sua forma de atuação e aplicação no direito Brasileiro que é o foco do presente estudo. Por outro lado, através dos conceitos é possível verificar como diferentes autores veem o instituto, por isso a pertinência.

⁴⁹ PORTUGAL. Acórdão 39/84. Processo 6/83. Tribunal Constitucional. Disponível em <https://dre.pt/application/conteudo/384993>. Acessado em 18/07/2015

Canotilho conceitua o princípio com o a garantia de preservação do núcleo essencial dos direitos sociais.⁵⁰ Aqui já foi abordado o assunto do núcleo essencial dos direitos fundamentais, e claro, dentre o núcleo essencial dos direitos sociais. O conceito do professor português já denota que na visão dele não há vedação a qualquer alteração de direitos sociais mas sim a proteção, pelo princípio de um núcleo central do direito constitucional, ou seja, um mínimo a ser garantido.

Quando Canotilho faz referência à garantia de proteção do núcleo essencial dos direitos sociais, já denota que não defende a vedação de qualquer alteração em âmbito de conquistas sociais mas sim que, em eventuais alterações o núcleo essencial daquele direito social deve ser mantido. Não trata ele, efetivamente, de que eventual lei incorpore-se ao conteúdo jurídico de modo a não poder ser modificada mas sim que a modificação é que está restrita a proteção da essencialidade daquele direito através da proteção do respectivo núcleo essencial do direito social, fundamental.

Luis Roberto Barroso diz que

[...]por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido.⁵¹

Embora seja tratado em seguida a questão da interpretação e aplicação do princípio, note-se que o jurista não faz distinção em face de a quem o princípio é aplicável. Há, como refere, uma obrigação de respeito ao sistema jurídico constitucional, de modo a ser observado tanto pelo legislador infraconstitucional como pelo judiciário. Deixa claro ele ainda o fato do princípio não estar expresso na Constituição Federal mas tem aplicação decorrente do sistema jurídico constitucional, ou seja, é aplicável.

⁵⁰ CANOTILHO, José Joaquim. Direito Constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 490

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas Normas. 9.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 159

Em sentido semelhante no âmbito protetivo, mas com solução paliativa, Ana Paula de Barcellos traz o conceito como

a possibilidade de invalidação da revogação de normas que, regulamentado o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva equivalente.⁵²

Note-se que a referência aqui é para a proteção do bem tutelado no direito fundamental, deixando mostrar que, quanto aos direitos sociais, na visão dela, necessário que as alterações no sentido de revogar direito social devem ser acompanhadas, necessariamente de política ou ação de substituição daquela garantia. Finda por coadunar com os conceitos já trazidos.

1.3.3 Interpretação do princípio

Mas o princípio não está expresso na Constituição Portuguesa, como também não está no Brasil. Canotilho, quando trata do que chama de parametricidade do direito suprapositivo, aponta que o

princípio da proibição do retrocesso social ou princípio da proibição da evolução reacionária não é um princípio constitucional expresso, mas contribui para a densificação das normas e princípios constitucionais referentes aos direitos econômicos, sociais e culturais.⁵³

Percebe-se a terminologia utilizada como denotação de entendimento protetivo quando refere Canotilho à proibição da evolução reacionária.

E ainda acerca disso, Sarlet aborda a análise dos direitos sociais como

⁵² BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 69

⁵³ CANOTILHO, José Joaquim. Direito Constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 826-827

direitos fundamentais, e ao fazê-lo, aponta que a proibição do retrocesso deve se aplicar em todo o rol de direitos fundamentais. Diz:

Se tomarmos a ideia da proibição de retrocesso em um sentido amplo, significando toda e qualquer forma de proteção de direitos fundamentais em face de medidas do poder público, com destaque para o legislador e o administrador, que tenham por escopo a supressão ou mesmo restrição de direitos fundamentais (sejam eles sociais, ou não) constata-se, em termos gerais, que, embora nem sempre sob este rótulo, tal noção já foi, em maior ou menor medida, recepcionada no âmbito do constitucionalismo latino-americano.⁵⁴

Trata o autor da recepção e com isso, efetivamente, a aplicação do princípio no direito latino americano, sem olvidar, claro, do que se tem como precursor na Europa. E a amplificação por ele posta é clara na medida em que não somente os direitos sociais são aqui protegidos mas também os demais do rol de direitos fundamentais.

Ainda, Canotilho exemplifica a utilização da seguinte maneira:

consagradas legalmente as prestações de assistência social, o legislador não pode eliminá-las posteriormente retornando sobre seus passos; reconhecido através de lei, o subsídio do desemprego como dimensão do direito do trabalho, não pode o legislador revogar este direito.⁵⁵

Eficaz o exemplo, na medida em que se vê consonância das normas trabalhistas e, no caso do exemplo, de proteção ao desempregado, como questão eminentemente social. Claro. Não foi à toa que o constituinte, no Brasil, optou por inserir expressamente o Direito do Trabalho no rol dos direitos sociais. Ainda, o comentário de Canotilho coaduna com a fundamentação do já citado aqui julgado

⁵⁴ SARLET. Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição do retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. Revista do TST. Vol. 75 nº 3, Setembro de 2009. Brasília. (Disponível em <http://www.tst.jus.br>) p. 121

⁵⁵ CANOTILHO. p. 490

português precursor da jurisprudência na utilização principiológica, como se denota do que antes se citou.⁵⁶

Efetivamente, há dúvida acerca do limite da aplicação do princípio. Ou seja, será que qualquer alteração que restrinja direitos sociais, por si só, já represente afronta? Sarlert refere necessidade de parcimônia na observação. Aponta que nem todo ajuste, ainda que represente eventual restrição de direito fundamental vai afrontar o direito, mas que haverá retrocesso quando forem transpostos certos limites.⁵⁷

É o que já referiu Canotilho, quando aqui se apontou a nota conceitual. Ora, a conceituação dele já denota o intuito de preservação do limite.⁵⁸

Fiteli, ao cuidar do conteúdo do princípio, aponta que

O conteúdo do princípio da proibição de retrocesso social está centrado na possibilidade de reconhecimento do grau de vinculação do legislador aos ditames constitucionais relativos aos direitos sociais, significando que, como já afixado anteriormente, uma vez alcançado determinado grau de concretização de uma norma constitucional definidora de direito social - aquela que descreve uma conduta, omissiva ou comissiva, a ser seguida pelo Estado e por particulares -, fica o legislador proibido de suprimir ou reduzir essa concretização sem a criação de mecanismo equivalente ou substituto.⁵⁹

Assim, se tem que, mesmo não estando expressamente positivado, o princípio da vedação do retrocesso social deve ser respeitado observando-se os limites impostos pela razoabilidade. Deve ele ser um dos princípios norteadores, uma das preocupações do legislador, como meio de se dar efetividade ao caráter social da Constituição Federal, diante do caráter fundamental de tais direitos.

⁵⁶ PORTUGAL. Acórdão 39/84. Processo 6/83. Tribunal Constitucional. Disponível em <https://dre.pt/application/conteudo/384993>. Acessado em 18/07/2015

⁵⁷ Idem. P.123

⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim. Direito Constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 490

⁵⁹ FITELI.

2 O DIREITO SOCIAL DO TRABALHO NO BRASIL

O capítulo em tela do presente estudo tem o intuito de demonstrar as origens e conotação do Direito Laboral, a fim de que se possa ter noção de sua importância para a sociedade. A abordagem histórica se faz importante ao passo que não há como entender o Direito do Trabalho sem conhecer a forma como foi ele criado. Ainda, desde já se salienta que o entendimento acerca das conotações de formação das relações de trabalho são deveras importantes para se conhecer a futura formação do direito relativo a tal ramo.

O primeiro tópico trata dos Direitos Sociais, ambiente em que está inserido o Direito do Trabalho. Como se verá, o trabalho e os problemas sociais dele decorrentes é um dos fatores determinantes do próprio conceito de Direitos Sociais. Ainda nesse primeiro tópico é abordado o caráter fundamental desse ramo dos Direitos. O contexto de direito do trabalho é o contexto dos direitos sociais, ou seja, é imperioso entender a formação, classificação dos direitos sociais e conhecer como e porque o direito do trabalho está entre eles.

Já o segundo tópico do presente capítulo trata, em consonância com o primeiro, da evolução histórica do Direito do Trabalho. Ou seja, demonstra como o surgiu esse ramo de direito que hoje é reconhecido como Direito Social. Aqui é pertinente demonstrar o aspecto antigo bem como a evolução ou mutação até os dias atuais. A abordagem é rápida eis que o conhecimento dos direitos sociais do trabalho denotaria motivo para estudo específico, detalhado, em análise uníssona.

O terceiro tópico, em ligação imediata, trata da atualidade, observado o fenômeno atual da globalização e suas consequências para as relações de trabalho no mundo. Uma dessas consequências, como se verá o fundamento, é a flexibilização do Direito Laboral. E toda essa análise coaduna com o entendimento acerca de flexibilização nesse ramo, apontando um dos aspectos do problema proposto.

A flexibilização é questão muito relevante às hipóteses de solução do problema proposto. Merece destaque por se tratar do cerne do trabalho, cuidando, claro que a evolução histórica faz chegar a tal fenômeno atual.

2.1 Formação das relações de trabalho

É possível afirmar, sem qualquer receio, que o direito do trabalho, analisado somente relacionado à sociedade atual e aplicado a essa, seria absolutamente incompreensível, com uma falsa conotação de que seria até de certa forma injusto. Entende-se que somente demonstrando a axiologia dos institutos que se pretende discutir é que se poderá levar ao verdadeiro entendimento da matéria.

Conforme tem-se por conhecimento notório, o Direito do Trabalho é direito tutelar, ou seja, protege uma das partes da relação jurídica existente entre ambas. É em razão disso a importância de se analisar o presente tópico. Isso sem olvidar que adiante falar-se-á especificamente da proteção como princípio, ou seja, efetivamente do princípio da proteção do direito do trabalho. Mas aqui o objetivo é deixar claro como e porque se chegou a tal proteção, porque há tutela, neste ramo dos direitos sociais a uma das partes na relação jurídica.

Inicialmente, cumpre dizer que o trabalho, por óbvio, advém da necessidade de sobrevivência. É ato inerente do ser humano, do ser vivo, aliás. Ora, os animais trabalham para viver. Os animais caçam para matar a fome, montam abrigo para se protegerem do frio.

Sérgio Pinto Martins faz, inclusive, referência ao sentido bíblico do trabalho, lembrando do Genesis que traz a que *Adão teve que trabalhar par comer em razão de ter comido a maçã proibida*.⁶⁰ Inicialmente, é de se perceber que a interpretação literal de tal livro leva a crer que o trabalho seja punição. Ora, como comeram o fruto proibido, têm que trabalhar.

É claro que a afirmação acima não traz o início científico na necessidade de trabalho, mas aponta de forma lúdica, que o trabalho em si é algo necessário, como dito, condicionante da sobrevivência. Ora, até mesmo nas alegorias tem-se o início dos tempos com trabalho, sendo ele condicionante da vida.

Agora, não se pode olvidar que se há quem sobreviva sem trabalho é

⁶⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 28.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 3

porque outros há que trabalham.

Em se tratando de trabalho subordinado, ou seja, sujeitos trabalhando para outros sujeitos, a forma de trabalho mais conhecida na antiguidade foi a escravidão. É certo que, ainda na antiguidade, havia outros trabalhadores que não os escravos, sendo eles, por exemplo, pensadores, intelectuais da época, artistas, mas a prática, era de fato o trabalho escravo. Lembra-se que aqui se está a referir o trabalho na idade antiga. Todo o mundo ocidental antigo serviu-se da escravidão. Diz Segadas Viana:

A escravidão, entre os egípcios, os gregos e os romanos, atingiu grandes proporções. Na Grécia havia fábricas de flautas, de facas, de ferramentas agrícolas e de móveis, onde o operariado era todo composto de escravos. Em Roma os grandes senhores tinham escravos de várias classes, desde os pastores gladiadores, músicos, filósofos e poetas⁶¹

Há de se lembrar que nesses tempos remotos o trabalho não trazia o sentido de dignidade que traz hoje. O trabalho era necessário mas não se tinha efetivamente a ideia de dignidade dele advinda. Ao contrário, o trabalho era marginalizado, principalmente o trabalhador braçal. *Havia total desprezo ao trabalhador braçal, mas era comum atribuírem-se privilégios e prestígio aos escravos cultos, dedicados às artes e a ciência.*⁶²

Desde então se nota que havia, ainda no modelo da escravidão, trabalho mais valorizado que os demais. Pode-se dizer que havia então já uma hierarquia laboral mesmo entre os trabalhadores escravos, tanto no que toca a camadas sociais distintas entre esses como em atividades mais ou menos penosas.

Agora, é nítido, não há como se falar, nessa época, em direito do trabalho. Os trabalhadores, sendo em sua maioria como eram, escravos, não tinham qualquer

⁶¹ VIANA, Segadas. In SÜSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2003. p. 27

⁶² CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. Porto Alegre: Síntese, 2003. p. 28

direito senão os mínimos garantidores de sua sobrevivência, quando tanto. Conforme José Catharino:

Falar-se do Direito do Trabalho na Antiguidade, na Idade Média e mesmo antes do século XVIII, não é verdadeiro. É falar de sua pré-história, de passado longínquo, quando sequer poderia ser imaginado qualquer direito laboral.⁶³

Em que pese o fato de que o trabalho escravo existe até os dias de hoje, há de se considerar que o contexto que aqui se está a utilizar é o temporal, ou seja, tratando da época em que o corriqueiro era tal modelo. A análise neste particular é voltada para a antiguidade.

Contemporaneamente, em algumas ocasiões um pouco adiante na história, mas não com termo determinado, é possível registrar ainda dois modos de trabalho, quais sejam, a servidão e as corporações de ofício. Isso se deu, de regra, na Idade Média.

Carmen Camino registra sobre a servidão o seguinte:

A servidão de gleba foi o regime de trabalho consagrado nos feudos, grandes propriedades privadas nascidas na negociação entre reis dos povos bárbaros e a nobreza romana, dando origem à vassalagem...Os servos não eram livres, mas se diferenciavam dos escravos por não serem simples objeto de direito.⁶⁴

Como se pode observar, o trabalhador em regime de servidão, de certa forma, estava um passo adiante dos escravos quanto aos direitos pessoais. Não era mais tratado como *res* e sim como pessoa de direito. Nota-se uma evolução no

⁶³ CATHARINO, José Martins. *Compêndio de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 3

⁶⁴ CAMINO, 2003. p. 30

direito, mas ainda não se pode falar em direito do trabalho. *Aos servos era assegurado o direito de herança de animais, objetos pessoais e, em alguns lugares, o de uso de pastos.*⁶⁵ Não se vislumbra uma preocupação com a regulação das condições de trabalho a fim de, nesse sentido, atribuir ou garantir direitos aos trabalhadores no sistema. Claro que deixando a condição de coisa (atribuída aos escravos) o servo tinha direito a vida, mas não se dispunha de proteção dela em relação ao trabalho.

Já com as corporações de ofício se pode verificar mais expressamente alguns graus hierárquicos entre os trabalhadores. Davam-se em três níveis hierárquicos. Percebe-se o poder controlador dos níveis mais elevados em relação aos mais inferiores. Existiam nesse modelo três níveis de trabalhadores, sendo eles: os mestres, os companheiros⁶⁶ e os aprendizes, níveis hierárquicos bem definidos, divididos hierarquicamente. Refere Sérgio Pinto Martins:

Os mestres eram os proprietários das oficinas, quer já tinham passado pela prova da obra-mestra. Os companheiros eram trabalhadores que recebiam salários dos mestres. Os aprendizes eram os menores que recebiam dos mestres o ensino metódico do ofício ou profissão.⁶⁷

Fica fácil perceber, até mesmo pelo modelo posto, que nas corporações de ofício os trabalhadores tinham mais direitos do que no modelo feudal da servidão e, claro, muitos mais direitos do que no modelo escravista. Agora, ainda aqui não há que se falar especificamente em direito do trabalho, ou de qualquer proteção ao trabalhador eis que o fito de proteger veio surgir mais tarde, como se verá a seguir. O que se pode notar de ligação com a atualidade, ou seja, herança da época, é a hierarquização das tarefas laborais.

⁶⁵ VIANNA, 2003. p. 29

⁶⁶ Alguns autores, como por exemplo, a professora Carmen Camino, preferem para a camada intermediária das corporações de ofício a terminologia *oficiais*, ao invés de companheiros.

⁶⁷ MARTINS, 2012. p.4

Surgem, porém, talvez até mesmo em decorrência da referida divisão hierárquica do trabalho, nas corporações de ofício, as primeiras notícias concretas de conflito organizado de classes de trabalhadores. Camino aponta que *é no seio das corporações de ofício que se registram as primeiras manifestações de confronto de classes, em movimentos ascendentes.*⁶⁸

Tais irrisignações e confrontos de classes são registrados, ainda que sem determinação de marco exato, como o nascimento das discussões entre classes, discussões essas que vão refletir, posteriormente, na conquista de direitos e na própria formação, mais tarde, dos primeiros direitos trabalhistas. O conflito entre níveis de trabalhadores apontam para a união das classes obreiras. E isso é de extrema relevância para o que no futuro será a formação do direito do trabalho no mundo.

Ao abrir o Manifesto do Partido Comunista, Marx e Engenls fazem exatamente essa referencia, salientando a luta de classes que até aquela data, 1847, havia se dado e sido mote de mudanças socais. Algo estava por vir, na visão dos autores. Vale conhecer as expressões, que abrindo, servem como justificativa para o manifesto:

A história de todas as sociedades que existiram até hoje é a história de luta de classes. Homem livre e escravos, patrício e plebeu, barão e servo, mestres e companheiros, numa palavra, opressores e oprimidos, sempre estiveram em constante oposição uns aos outros, envolvidos numa luta ininterrupta, ora disfarçada, ora aberta, que terminou sempre ou com uma transformação revolucionária de toda a sociedade, ou com o declínio comum das classes em luta.⁶⁹

Efetivamente, os autores referidos atribuem à própria existência de classes diferente, em âmbito do trabalho, aos problemas da sociedade da época. E

⁶⁸ CAMINO, 2003. p. 31

⁶⁹ MARX, Karl, ENGELS, Friedrich. Manifesto do Partido Comunista. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2013. p. 45

apontam, ao menos em suas visões naquele momento, que a luta de classe sempre existiu e sempre existirá.

Para a análise de nova fase, que daqui surge, é pertinente o comentário de Maximilianus Führer que diz: *A história do trabalho humano é uma história de terror.*⁷⁰ De fato, as condições que já não eram boas, mas talvez coadunassem com o modelo de vida da época, de modo geral, iriam ficar ainda piores, com adventos históricos posteriores. A evolução tecnológica que está por vir finda por causar o referido terror nas relações de trabalho.

Neste sentido, Amauri Mascaro Nascimento, fazendo análise específica da influência do liberalismo nas corporações de ofício, aponta que tal fenômeno justificou ainda mais a necessidade de surgimento de proteção dos trabalhadores. Trata das ideias liberais em relação ao trabalho e força dele, relacionando, de certa forma já o capital e o trabalho. Refere expressamente que

A ideia de liberdade de comércio também pesou na reação contra as corporações, pondo-se dentre os pensadores que propugnaram pela sua supressão, dentre outros, Clicquot, que, com o pseudônimo de Dlesle, publica *Mémoire sur les corps de métiers*, formulando crítica direta às corporações, acusando-as de serem causa do encarecimento dos produtos e pregando “nada de aprendizagem, nem de companheirismo, nem de obra mestra, liberdade para todos.” Nada de associação, era o lema. O agrupamento do homem em associações prejudica a sua liberdade. Também Diderot, em *Lettre sur le commerce de la librairie*, pôs-se contra as corporações.⁷¹

Efetivamente, as ideias liberais têm efeitos devastadores em qualquer expectativa protetiva dos trabalhadores no que toca aos meios de produção. Afinal, como observa Will Kymlicka, *os libertários defendem as liberdades de mercado e*

⁷⁰ FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo e Outro. *Resumo de Direito do Trabalho*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 17

⁷¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 87

*exigem limitações ao uso do Estado para a política social.*⁷² A ideia é que o Estado seja mínimo, não atrapalhe o mercado com políticas das quais não haja o incremento do valor libertário.

E é nesse contexto histórico que eclode a Revolução Industrial, fenômeno não isolado, mas representado por um conjunto de acontecimentos, emanado, sem dúvida, da evolução científica, que vai representar o fomento de grandes mudanças sociais em nível mundial à época. É representada pela invenção da máquina a vapor. Com a invenção da máquina a vapor surge a Revolução Industrial. É a energia do vapor utilizada para a produção que leva a evolução das indústrias, bem como dos meios de transporte da época. Nesse contexto histórico, vale ver o que refere Carmen Camino:

O advento da máquina, em 1812, aperfeiçoada por James Watt, em 1848, ensejou rápido crescimento industrial e este acarretou profundas alterações na Economia e nas relações entre capital e trabalho. Surgiram as grandes concentrações de operários, nasceram os primeiros centros industriais, formando terreno propício à expansão do capitalismo emergente à época dos grandes descobrimentos, favorecido pelas idéias liberais da Revolução Francesa de 1789.⁷³

Há de se observar que surgem os centros urbanos, aonde pessoas vêm a possibilidade de trabalhar sem ter de se sujeitar ao modelo feudal ou das corporações de ofício. Ainda, há de se lembrar que a Revolução Industrial, como se observa da citação supra, é posterior à Revolução Francesa, acontecendo em parte, como consequência daquela. É a perspectiva de trabalho ligado ao ideal revolucionário de liberdade, nesse contexto, liberdade para contratar. Veja-se, aqui a percepção dos ideais liberais, libertários, inseridos nas relações de trabalho da época. Segadas Vianna assim refere:

⁷² KYMLINCKA, Will. Filosofia política contemporânea: uma introdução. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 119.

⁷³ CAMINO, 2003. p. 32

A igualdade e a liberdade, como conceitos abstratos, importavam na aceitação do conceito de Fouillé – “quem diz contratual diz justo” – e permitiam que se instituisse uma nova forma de escravidão, com o crescimento das forças dos privilegiados da fortuna e a servidão e a opressão dos mais débeis. Entregue à sua fraqueza, abandonado pelo Estado, que o largava à sua própria sorte, apenas lhe afirmando que era livre, o operário não passava de um simples meio de produção.⁷⁴

Ora, tinha-se a liberdade da contratação. Dita liberdade, não interferência, que se apresentava benéfica à época em alguns aspectos sociais, para as relações de trabalho denotavam cada vez mais um afastamento de qualquer ideia protetiva. A contratação livre fazia com que partes desiguais tivessem, por falsa perspectiva, tratamento igual, ou seja, melhor dizendo, tomadores de serviço, detentores de meio produtivos, negociavam livremente – sob o falso argumento da igualdade – com trabalhadores, detentores somente da força própria de trabalho.

Surge, nessas condições, uma massa de trabalhadores oprimidos e insatisfeitos, vivendo nas cidades da época, que até por seu contexto histórico temporal, em análise de tecnologia, não mantinham as mais adequadas condições de sobrevivência. Isso sequer em âmbito sanitário, minimamente.

A constatação é simples. Como era grande a procura pelo trabalho, e pequena a oferta, as fábricas – no modelo produtivo nascido com a Revolução Industrial – selecionavam trabalhadores pela capacidade produtiva ou pelo preço – cada vez mais barato –, fazendo com que laborassem horas a fio, com um salário miserável.

Era comum ainda o trabalho de mulheres e crianças que, como tinham uma menor capacidade produtiva, recebiam salários ainda menores. Eram, contratados em razão do custo. Eram mais baratos. Para que contratar um homem, se para ele ter-se-ia que pagar mais caro? Tudo em nome da liberdade de contratar.

Agora como lembra Fühner: *Ao mesmo tempo em que despontavam as teorias sociais, surgiam os movimentos sindicais operários, com inúmeras mortes[...]*⁷⁵

⁷⁴ VIANNA, 2003. p. 34

⁷⁵ FÜHRER, 2004. p. 22

Mas como dito, os trabalhadores agora eram muitos, reunidos em um mesmo centro urbano industrial e todos passando pelas mesmas opressões. Desde já, bastava que se organizassem para começar a lutar por seus direitos. É exatamente nessas condições que se tem aquilo que a maioria dos autores referem como o berço do direito do trabalho. *Aquela “liberdade” formal e não real, iria criar o campo propício, já no século XVIII, onde iriam ser lançadas as sementes do Direito do Trabalho.*⁷⁶

Começa a formar-se a consciência de grupo social oprimido na busca de seus direitos. Os trabalhadores começam a se unirem e de alguma forma exigirem, reclamarem, por direitos, direitos esses mínimos.

Nascimento conta a história do surgimento dos sindicatos apontando sua importância à época e referindo que

Em 1824, na Inglaterra, Place, com o auxílio do Partido Radical da Câmara dos Comuns, principalmente com o de Joseph Hume, conseguiu a aprovação de projeto dando existência legal aos sindicatos. Uma série de greves trouxe a revogação da medida em 1825. Em 1834 fundou-se a união dos *Grandes Sindicatos Nacionais Consolidados*, congregando meio milhão de trabalhadores, inspirada por Robert Owen...Também na França, em gradativamente, consolidou-se o movimento sindical, inicialmente com as *sociétés de résistance*, na década de 1830-1840.⁷⁷

Os trabalhadores, nessas condições, e organizados, receberam o apoio de algumas camadas da sociedade, o que fortaleceu sua luta, tornando pouco menos desigual. Como se nota, conseguiram eles que viessem do Estado algumas normas protetivas. É de se notar desde já que as primeira normas laborais surgem então com a conotação protetiva.

Mas os trabalhadores não estavam exatamente sozinhos. Ipojuacan Demétrius Vecchi diz o seguinte:

⁷⁶ CATHARINO, 1982. p. 5

⁷⁷ NASCIMENTO, 2009. p.29

Em virtude de todas essas condições subumanas de trabalho, pensadores (socialistas utópicos – Saint-Simon, Fourier e Lois Blanc, na França e Robert Owen, na Inglaterra – e científicos – Manifesto Comunista de 1848 de Marx e Engels), alguns empresários, políticos e a Igreja (*Encíclica Rerum Novarum*, do papa Leão XIII de 1891) começaram a contestar a situação.⁷⁸

Agora, não se pode pensar que essas outras camadas sociais foram determinantes para a formação do direito do trabalho. Esse surgiu pela força do operariado, por atos como greve, sabotagem e boicote. Exemplos de sociedade trabalhadora organizada é que deram efetivamente a origem ao direito do trabalho. São as alterações sociais que dão ensejo ao nascimento dos direitos operários. Como refere Eva Maria Lakatos:

O sistema de produção provoca uma divisão de trabalho (proprietários e não-proprietários das ferramentas de trabalho ou dos meios de produção) e o choque entre as forças produtivas e os proprietários dos meios de produção determina a mudança social.⁷⁹

Tais circunstâncias leva ao aparecimento de algumas regulamentações estatais acerca da utilização do trabalho no processo produtivo. Pode-se registrar como algumas regulamentações, referidas pelos mais diversos autores, como a Lei de Peel, na Inglaterra em 1802; A regulamentação, na França, em 1813 do trabalho de menores em minas e em 1814 a vedação do trabalho em domingos e feriados.

Agora, mais um passo importante para a efetivação do direito do trabalho foi o término da Primeira Guerra Mundial. Com o mundo abalado pelos desastres inerentes da guerra, passam a surgir, emanadas do Estado, normas mais sociais. É o que chamam de constituições sociais. Sérgio Pinto Martins ensina:

⁷⁸ VECCHI, Ipojucam Demétrius. *Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional*. Passo Fundo: UPF, 2004. p. 22

⁷⁹ LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Sociologia Geral*. 7.ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 48

A partir do término da Primeira Guerra Mundial, surge o que pode ser chamado de constitucionalismo social, que é a inclusão nas constituições de preceitos relativos à defesa social da pessoa, de normas de interesse social e de garantia de certos direitos fundamentais, incluindo o Direito do Trabalho.⁸⁰

Fato histórico de suma importância para a consolidação dos direitos trabalhistas foi a previsão da norma protetiva ao obreiro posta no Tratado de Versalhes. *O Tratado de Versalhes, assinado em 28-6-1919, do qual surgiu a Sociedade das Nações, foi precedido de um movimento sindical de grande influência.*⁸¹ E com referido tratado surge a Organização Internacional do Trabalho, órgão de análise, elaboração e proteção mundial dos direitos trabalhistas.

Como o presente estudo tem por objetivo analisar o princípio protetivo cumpre relacionar, para uma análise posterior, quais foram os princípios elencados no Tratado de Versalhes, e vigentes até hoje por previsão da Organização Internacional do Trabalho:

São os seguintes os princípios do Tratado de Versalhes: 1) o trabalho não há de ser considerado mercadoria ou artigo de comércio; 2) tanto patrões como empregados têm direito de associação visando a alcançar qualquer objetivo lícito; 3) o salário a ser pago aos trabalhadores deverá assegurar um nível de vida conveniente, em relação à época e aos seu país; 4) o trabalho será limitado a oito horas por jornada e a quarenta e oito horas semanais; 5) o descanso semanal será de , no mínimo, vinte e quatro horas e preferencialmente aos domingos; 6) supressão do trabalho das crianças e imposição de limitações ao trabalho dos menores de ambos os sexos, necessárias para permitir-lhes continuar a instrução e assegurar seu desenvolvimento físico; 7) salário igual sem distinção de sexo para o trabalho de igual valor; 8) tratamento econômico eqüitativo nas leis relativas a condições de trabalho, promulgadas em cada país, para trabalhadores que nele residem legalmente; 9) organização, em cada Estado, de um serviço de inspeção, que inclua mulheres, a fim de assegurar a aplicação das leis para a proteção dos trabalhadores.⁸²

A alteração cronológica do Direito do Trabalho, por óbvio, não se estanca por aí. Vai além. É ramo de constante mudança. Tais mudanças nem sempre são no

⁸⁰ MARTINS, 2004. p. 41

⁸¹ CATHARINO, 1982. p. 12

⁸² CAMINO, 2003. p. 37

sentido evolutivo de garantias. E é nesse contexto todo, que surge, com o próprio nascimento do direito do trabalho, a necessidade de proteção do trabalhador.

Agora, tendo certa de que não se estanca por aí evolução das relações de trabalho e respectiva necessidade de regulação, é importante ver fenômenos atuais que têm relevância para tais relações sociais, quais sejam, a globalização e a flexibilização do Direito do Trabalho. É que, como a própria sociedade, as relações de trabalho e aspectos de sua regulação se modificam com o tempo sofrendo influencias diferentes, umas com mais outras com menos rigor. Alguns fenômenos, outrossim, não passam sem deixar rastros.

2.2 Globalização e Flexibilização do Direito do Trabalho

Para trata de globalização no mundo e flexibilização de normas, é pertinente desde já saber, como melhor ficará evidenciado, que a segunda tem plena ligação com a primeira. Ou seja, em razão do mundo globalizado, é que se dão os argumentos pela flexibilização do Direito Laboral, como melhor se verá adiante.

Então se torna importante aqui se ver a globalização e seus eventuais reflexos nas relações trabalho, analisando especificamente adiante a questão da flexibilização. Essa, aliás, é uma das questões nodais do presente estudo. Ora, se se está aqui a tratar do flexibilização em face da vedação do retrocesso, é imperioso que se entenda o que se entende por flexibilização. Nesta mesma seara, há de se apresentar o princípio da proteção no direito laboral.

2.2.1 Globalização e relações de trabalho

São muitos hoje os estudos acerca da globalização, sendo vários os enfoques. É possível dizer que se trata, sem dúvida, de fenômeno histórico atual que, de uma ou outra forma, reflete na vida da maioria das pessoas no mundo.

Ideia simples do fenômeno pode ser observado com a exposição de Eloywaldo Ribeiro, que conceitua:

Globalização é um conceito surgido em meados dos anos 80 para expressar um movimento complexo de abertura de fronteiras e de desregulamentação que permite às atividades econômicas capitalistas estenderem seu campo de ação ao conjunto de todo o planeta.⁸³

O conceito, como dito, simples, pode servir de base para entendimento do fenômeno. Há de se fazer a ressalva de que, na realidade, o conceito surge na década de oitenta, sendo que há muito pode se ver na história formas de globalização.

Thomas Friedman divide a globalização mundial em três etapas. Chama de primeira globalização aquela decorrente das colonizações, apontando como exemplo a descoberta da América por Cristóvão Colombo na busca do caminho para as Índias. Refere ser a segunda globalização a ocorrida a partir de 1800 com a Revolução Industrial pela busca no mundo, desde aquela época de mercados consumidores e fornecedores. Aponta como terceira globalização, o que se pode chamar de terceira fase, a ocorrida a partir do ano 2000 com o advento da internet.⁸⁴

No entendimento do autor, aquela globalização que se vislumbrou nos anos oitenta é a mesma que vem ocorrendo desde a Revolução Industrial. Tratam-se de fases de um mesmo fenômeno decorrente da modificação, em algum modo, de meios produtivos, meios de comunicação, ou seja, meios de interação entre as pessoas.

Interessante a análise para o tema em estudo aqui na medida em que tem no mesmo período temporal o surgimento do direito do trabalho e a onda de segunda globalização. Ora, decorrente daquela onda, decorrente da Revolução Industrial, se massifica a necessidade de proteção do trabalhador. O direito do trabalho vai surgir, como se viu, em decorrência da necessidade de regulação diante do fenômeno ocorrido com a Revolução Industrial.

⁸³ RIBEIRO, Eloywaldo Lartelli. O Direito do Trabalho frente a Globalização e a Integração Econômica no Mercosul In. DOROTHEE, Susanne Rüdiger. (Coord.) Tendências do direito do trabalho para o século XXI: globalização, descentralização produtiva e novo contratualismo. São Paulo: LTr, 1999. p. 115.

⁸⁴ FRIEDMANN, Thomas. O mundo é plano: Uma breve história do século XXI. Tradução de Cristiana Serra e S. Duarte. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005. p. 18-19.

Ao tratar dos tempos atuais, Friedrich Muller diz que

O que denominamos – com um diminutivo eufemístico- “globalização”, não é apenas uma integração econômica do mundo que transcorre, por assim dizer, de modo meramente técnico; não é apenas uma divisão complexa de trabalho em escala mundial, uma reestruturação vertiginosa dos sistemas de gestão e das economias nacionais e o aumento da dependência econômica recíproca. Trata-se, sobretudo, de um novo jogo de violência e poder, de um Executivo planetário não-democrático que opera nos bastidores e é formado pelo FMI, pelo Banco Mundial, pela OMC, pela OCDE e pelas cúpulas do G8.⁸⁵

Efetivamente, o alerta é forte mas pertinente. É possível dizer, por se tratar de simples constatação, que hoje o conceito de soberania fica subjugado. Os interesses das grandes corporações, como por exemplo, as citadas pelo autor em comento, via de regra, falam mais alto que o próprio Estado. Ou seja, pelo que refere o autor, não são as corporações que se adequam ao Estado, mas sim esses que se adequam às corporações. E isso em decorrência do dinheiro, do poder que emana da detenção do dinheiro, poder econômico.

Janaina Santin, no mesmo sentido, refere que

desde a Segunda Guerra Mundial, houve aceleração em nível mundial dos processos por meio dos quais as instituições capitalistas libertam-se das soberanias nacionais e promoveram a organização do mercado segundo seus próprios interesses.⁸⁶

É nesse contexto que se fala em modo produtivo atual. Grandes empresas costumam escolher onde produzir. O fazem onde melhor lhes convém. E a conveniência se dá, via de regra, em países onde são mitigadas sobre tudo as

⁸⁵ MÜLLER, Friedrich. A Limitação das Possibilidades de Atuação do Estado-Nação Face à Crescente Globalização e o Papel da Sociedade Civil em possíveis estratégias de resistência. In. BONAVIDES, Paulo. DE LIMA, Francisco Gérson Marques. BEDÊ, Fayga Silveira. Estudos em Homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 210.

⁸⁶ SANTIN, Janaina Rigo. As novas fontes de poder no mundo globalizado: flexibilização ou sonegação de direitos. Disponível em http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sirj/article/view/3. Acessado em 09/08/2014.

proteções ambientais e trabalhistas. Esse é um exemplo da subjugação dos Estados às corporações ainda que de forma velada. Há de se questionar, inclusive, o que leva alguns Estados a mitigarem as proteções facilitando o acesso de tais corporações.

Dorothee Rügiger comentando os aspectos positivos da globalização, apontado dentre elas a liberdade de contratação faz a ressalva, que

percebemos que essa imagem de liberdade e igualdade entre nações é tão ideológica quanto a igualdade entre os indivíduos e grupos que constituem suas sociedades.⁸⁷

Resta claro que vale, na globalização, a lei do mais forte. As relações entre os Estados, se dá, claro, como se dão as relações pessoais, há mais ricos e mais pobres, mais desenvolvidos em âmbito tecnológico e menos desenvolvidos, e ainda, claro, mais protetivos ou menos protetivos em âmbito legislativo, como ainda, por que não dizer, mais ou menos democráticos.

Gabriel Ferrer e Paulo Márcio Cruz vão além, apontam ainda que

o que está em jogo é a própria Democracia: a globalização rompe seu habitat...e, ao mesmo tempo, gera exclusão social, indo contra a raiz de toda ordem democrática, negando a cidadania.⁸⁸

Aqui a observação vem como mais um pertinente tom de alerta. O efeito do fenômeno globalizante, no aspecto social é preocupante, o que justifica, inclusive, o estudo ora proposto. Quando se diz que está em jogo a democracia está a se dizer que não importa o que determinado povo – no sentido de nação – escolhe entre seus pares, eis que estão subjugados às já referidas grandes corporações. E a pertinência aqui do tema decorre do fato de que vai se analisar então o papel do

⁸⁷ RÜDIGER, Dorothee Susanne. (Coord.) Tendências do direito do trabalho para o século XXI: globalização, descentralização produtiva e novo contratualismo. São Paulo: LTr, 1999. . p. 17

⁸⁸ FERRER, Gabriel Real; CRUZ, Paulo Márcio. Os novos cenários transnacionais e a democracia assimétrica. p. 38. Disponível em <http://revistas.unopar.br>. Acessado em 29/07/2014.

Estado brasileiro quando tais corporações de certa forma, seja qual for, exigirem a flexibilização das proteções laborais.

Agora, cumpre observar qual o reflexo advindo da globalização nas relações e trabalho, em especial no que toca à proteção do trabalhador, efetivamente.

Como se pode até agora ver tem-se de um lado normas protetivas do direito dos trabalhadores advindas do Estado, mas como conquista da classe operária, em reivindicações e lutas de classes. De outro se tem a globalização que representa, dentre outras formas, a abertura de mercado consumista e produtivo. Aí está a questão. Como os interesses produtivos se relacionam com as normas de proteção do trabalhador.

É aqui pertinente o comentário de Vecchi:

Apenas sentimos que o Estado se afasta da regulamentação de vários setores da economia, os quais são tomados pelas grandes corporações; que uma crise estrangeira pode afetar a nossa vida; que direitos antes tidos como mínimos e mais do que consagrados são hoje questionados; que empresas buscam a chamada “qualidade total” e em nome dela despedem.⁸⁹

Aqui se tem um panorama breve do que representa para o direito laboral a globalização. Há, pelo que se vê, um efeito maligno desse fenômeno nas relações de trabalho. Efeitos positivos podem ser encontrados, como, por exemplo, a facilitação do trabalho decorrente da evolução dos meios de comunicação, para se ficar no senso comum. Mas os efeitos maléficos são também de fácil verificação, constatação.

E, nesta senda, a título de exemplo, coadunando com o que antes se disse, refere António Casimiro Ferreira que:

⁸⁹ VECCHI, 2004. p. 26

As greves como método de acção coletiva, diminuíram entre 1979 e 1999 de uma forma muito evidente nos países da União Europeia em resultado da perda de influência dos sindicatos, ou como sucedeu no Reino Unido, por força das medidas legislativas que minimizaram o poder dos sindicatos.⁹⁰

Pois bem. É natural ver que a pressão das grandes empresas se dá para a mitigação das garantias dos trabalhadores nas relações de emprego. Claro, tento como mote, a diminuição dos custos de produção. O exemplo acima denota que a ocorrência de medidas legislativas que culminaram com a minimização do poder de atuação dos sindicatos restou por diminuir a ocorrência de greves. E não se deve imaginar que não restam mais motivos para realização de greves. Não há como se chegar a tal conclusão quando a premissa é a da diminuição do poder sindical, com redução evidente da atuação de tais órgãos de classe.

As grandes empresas então, para cumprirem com seu desiderato do lucro utilizam, como é cediço, o argumento que esse é o meio para poder produzir em determinado país. Fazem muitas vezes política de terror, apontando, via de regra, que com garantias protecionistas aos empregados não é possível produzir. Colocam o falacioso argumento de que com a proteção estatal dos trabalhadores o custo produtivo se torna demasiado. E advertem: Não poderemos produzir em tal lugar, se não forem flexibilizadas as garantias dos trabalhadores.

2.2.2 Flexibilização

Seguindo a mesma linha de pensamento fica fácil observar que alterações nas relações econômicas e comerciais, bem como a existência de grandes grupos econômicos ditando regras acerca de produção ou comércio, o que se pode chamar de “lei de mercado”, trazem consequências às relações de trabalho. Tais consequências, fato conseqüente, implicam no outro fenômeno, qual seja, a flexibilização.

Oscar Ermida Uriarte define flexibilização do seguinte modo:

⁹⁰ FERREIRA, António Casimiro. Para uma concepção decente e democrática do trabalho e seus direitos: (Re) pensar o direito das relações laborais. In. SANTOS, Boaventura de Souza. A Globalização e as Ciências Sociais. Cortez: São Paulo, 2005. p. 276.

Em termos gerais e no âmbito do Direito do Trabalho, a flexibilidade pode ser definida como eliminação, diminuição, afrouxamento ou adaptação da proteção trabalhista clássica, com a finalidade – real ou pretensa – de aumentar o investimento, o emprego ou a competitividade da empresa.⁹¹

Já a partir desse conceito resta claro que o objetivo da flexibilização é a diminuição do preço do trabalho. Tal barateamento, então, se justificaria por aumento produtivo, aumento de investimento, de postos de trabalho. É o que até então se comentava acerca da globalização. A flexibilização das normas trabalhistas se reveste de um fenômeno decorrente daquela.

Amauri Mascaro Nascimento aponta, nesta linha, as motivações o fenômeno, deixando clara a relação com o fenômeno da globalização e poder das corporações decorrentes dela. O faz da seguinte forma:

Os principais fatos que motivaram são conhecidos: as modificações dos processos de produção, a nova tecnologia, a robotização industrial, o desemprego e o subemprego, o desenvolvimento do setor de serviços, a economia de mercado e a evidência do desgaste da legislação operária ou industrial para uma sociedade nova.⁹²

Aqui se vê a falta de emprego como motivador, dentre outros fatores decorrentes da globalização, da aludida necessidade de flexibilizar a norma laboral.

Uriarte faz referência, em suma, a dois modelos de flexibilização, quais sejam, heterônoma e autônoma. A primeira imposta unilateralmente pelo Estado através da lei (em sentido amplo), sendo essa, efetivamente, o modelo de desregulamentação. A segunda, como aquela introduzida pela autodeterminação

⁹¹ ERMIDA URIARTE, Oscar. A flexibilidade. São Paulo: LTr. 2002. p. 9.

⁹² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Direito Contemporâneo do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 54.

coletiva, ou seja, através da negociação sindical.⁹³

Os modelos apontados diferenciam-se em razão da origem. Uma decorrente do Estado diretamente e outra através da iniciativa das partes diretamente ligadas a condição, quais sejam, as classes laborais. Agora, não se pode deixar de perceber que a segunda somente pode se dar se houver previsão para tanto, sendo que a própria previsão pode se caracterizar como norma flexibilizadora.

No Brasil há exemplo de previsão do segundo modelo na própria Carta Magna. O artigo 7º, inciso VI da Constituição Federal prevê que:

São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:...irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo.⁹⁴

Aqui se nota que, de acordo com a Constituição Federal, fica autorizada a redução salarial mediante negociação coletiva mesmo sendo a irredutibilidade direito social fundamental do trabalhador. É exemplo de norma flexibilizadora que somente se valida com a autodeterminação coletiva.

Outro exemplo que denota a utilização das duas modalidades no direito pátrio é a pertinente à compensação de horas. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º, inciso XIII, traz a previsão da possibilidade de compensação de horas mediante acordo ou convenção coletiva, colocando entre o rol dos direitos a

duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.⁹⁵

⁹³ ERMIDA URIARTE, Oscar. A flexibilidade. São Paulo: LTr. 2002. p. 11.

⁹⁴ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988

⁹⁵ BRASIL, 1988.

A legislação infraconstitucional prevê a compensação no prazo de 12 meses, conforme se denota do artigo 59, §2º da CLT que prevê:

Art. 59. A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de 2 (duas), mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho...§ 2º Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas de um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de 1 (um) ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias[...] ⁹⁶

Ocorre que o prazo nem sempre foi esse. Até o ano de 2001 o tempo máximo para compensação era de três meses. E mais, o instituto da compensação teve início com a supressão do trabalho aos sábados adicionando-se poucos minutos na jornada dos dias da semana.

Note-se o que disse a esse respeito Sússekind:

A eliminação do trabalho aos sábados (semana inglesa) poderá ser obtida pela distribuição de quatro horas nas jornadas de segunda a sexta-feira. A Carta Magna autoriza essa compensação mediante acordo ou convenção coletiva. E foi com fundamento nessa autorização constitucional que o art. 6º da Lei 9.601, de 21 de janeiro de 1998, deu nova redação ao art. 59 da CLT, para admitir, mediante convenção ou acordo coletivo de trabalho, que a compensação de horários, antes restrita ao lapso semanal, pudesse verificar-se no período de cento e vinte dias. Posteriormente, no entanto, a MP n. 1.709, de 6 de agosto de 1998, renovada até a MP n. 2.164 de 2001, alargou esse período para doze meses.⁹⁷

Note-se na hipótese citada, a qual aqui é trazida à título de exemplo, que se operaram as duas formas de flexibilização. A heterônoma, ao passo que a Medida Provisória 2.164/2001 prevê a dilação do prazo de compensação de horas, medida que, indiscutivelmente, privilegia o empregador. A autônoma também resta evidente,

⁹⁶ BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Organizado por Nylson Paim de Abreu Filho. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2003.

⁹⁷ SÚSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 230

já que a efetiva compensação depende de norma coletiva.

O que resta ver, e será objeto de análise posterior, é se a flexibilização no Brasil afronta o princípio da proibição do retrocesso social. Ou seja, conhecendo-se o instituto flexibilizatório, imperioso questionar se sua operação, tanto na forma autônoma quanto heterônoma, tem óbice na proibição do retrocesso. Tal questão é o mote do presente trabalho e será melhor enfrentada no capítulo findouro.

Agora, se faz relevante tratar de modo específico acerca do princípio da proteção eis que é, como já se pôde evidenciar com a questão histórica, uma das razões de ser do Direito do Trabalho, confundindo-se com a própria existência de tal ramo.

2.3 O Princípio da Proteção como Razão de ser do Direito Laboral

Não seria possível, como dito ainda no início do presente estudo, tratar de princípio da proteção sem conhecer a evolução das condições de trabalho bem como o surgimento do direito do trabalho. É imperioso perceber que o direito laboral surge da necessidade de proteção da parte mais fraca na relação jurídica, ou seja, o trabalhador em face do capital. Em decorrência dessa necessidade, surge, concomitantemente e como razão de ser do direito do trabalho o princípio da proteção do trabalhador.

Assim, tratar-se-á do princípio fazendo uma análise, por primeiro, de seus fundamentos e posteriormente, dos desmembramentos referidos na doutrina. É claro que os fundamentos do princípio aqui serão tratados de modo mais específico sendo que os desmembramentos referidos vão se tratar das interpretações decorrentes.

Verificou-se no início deste estudo que o direito do trabalho surge da evolução das relações de trabalho no intuito de regular as relações que na época eram absolutamente desiguais. Viu-se ainda que o fator preponderante no nascimento do direito do trabalho, em especial da criação de normas estatais protetivas foi o clamor social dos trabalhadores da época, bem como os fortes conflitos sociais decorrentes desse clamor. Desse modo é pertinente e verdadeira a

observação de Plá Rodrigues quando diz que *O fundamento deste princípio está ligado à própria razão de ser do Direito do Trabalho.*⁹⁸

Isso já foi objeto de comentário anterior. E resta tão óbvio que, por vezes, poder-se-ia pensar que é redundante tanto referir a mesma questão. Ocorre que o princípio da proteção é tão relevante para o direito do trabalho exatamente pela confusão existente entre ele a história das relações laborais. Ou seja, resta desde já evidente, de fácil verificação que a necessidade de proteção do trabalhador, dadas as condições de trabalho da época em que se iniciou a positivação.

O mesmo autor, o qual, aliás, serve de embasamento para a maioria dos doutrinadores laborais pátrios quanto ao tema, traz também o conceito mais observado acerca do princípio protetivo, dizendo que

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.⁹⁹

Verifica-se desse modo que o princípio da proteção orienta o direito do trabalho. Tem a função de igualar os desiguais, dando ao trabalhador, parte mais frágil na relação laboral, uma vantagem no momento em que se vai interpretar ou aplicar a norma. Nesse sentido, poder-se-ia, tranquilamente nominar o ramo de direito do trabalhador. Ora, o mote da positivação é a proteção de uma das partes, sendo essa hipossuficiente.

No dizer de Carmen Camino: *A partir da percepção do valor da igualdade, o direito do trabalho adota um princípio compensador de desigualdade (de proteção) consagrando um favorecimento do trabalhador, sujeito mais fraco na relação de capital.*¹⁰⁰

Ao que parece o princípio da proteção faz prevalecer o conceito de equidade. Admite o princípio o tratamento desigual de desiguais na medida de suas

⁹⁸ PLÁ RODRIGUES, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3. ed. Trad. Wagner Giglio. São Paulo: LTr, 2000. p. 85

⁹⁹ Idem. p. 83

¹⁰⁰ CAMINO, 2003. p. 110

desigualdades. Com isso o que se objetiva, é colocar ambas as partes na relação jurídica, em pé de igualdade. Quando se fala em compensação de desigualdades está apontando uma forma de vetor (princípio da proteção) que empurra acima o trabalhador como forma de compensar, dirimir, a desigualdade econômica existente entre ele e o empregador.

Nesse contexto, refere Luciano Martinez:

Há relações jurídicas em que os sujeitos estão em postura de igualdade substancial e, conseqüentemente, em posição de equivalência contratual. Diante dessas relações, a atuação estatal esperada é exatamente a de não privilegiar um contratante em detrimento do outro. Esse figurino contratual, entretanto, não pode ser conservado quando evidente a dessemelhança de forças ou oportunidades entre os sujeitos das relações contratuais.¹⁰¹

A liberdade de contratação antes evidenciada, nas relações laborais, após o surgimento do direito do trabalho perde força. As normas laborais, em especial decorrente do princípio protetivo, têm o condão de assegurar direitos mínimos aos trabalhadores. Não se fala mais, com a existência do princípio da proteção, em regulação de relação jurídica entre iguais em que o Estado não interfere, não privilegia ninguém. Aqui se está a tratar de uma relação desigual sendo que, desse modo, o Estado necessita sim, tratar de modo diferente as partes, privilegiando uma delas. Essa a ser privilegiada não o é por simples escolha, mas sim por uma situação peculiar que lhe toca, a condição de inferioridade, hipossuficiência, de minoria de condições em relação à outra. Mas não se dá necessariamente privilégio, dá-se, sim proteção.

Tendo em vista que também aqui a maioria dos autores do direito do trabalho brasileiro baseiam-se na previsão de Plá Rodrigues, é dele que colaciona-se para o presente estudo a previsão de desmembramento do princípio da proteção em outros princípios dele decorrentes, ou como se pode também chamar, sub-princípios. É a seguinte previsão: *a) a regra do in dúbio pró operário...b) a regra da*

¹⁰¹ MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.80

*norma mais favorável...c) a regra da condição mais benéfica.*¹⁰² São os conhecidos princípios da decisão em prol do trabalhador no caso da dúvida, da aplicação da norma mais favorável ao obreiro e da observância da condição mais favorável ao trabalhador na interpretação das normas.

Acerca dessa divisão, pertinente o comentário de Cíntia de Oliveira e Leandro Dornelles ao salientarem que devido ao alto grau de abstração do princípio protetivo é que se tem desdobramentos que dão contorno à essência protetiva¹⁰³. Ora, há necessidade de bem interpretar as subdivisões do princípio exatamente para que bem se possa compreendê-lo e corretamente utilizá-lo.

O princípio do *in dubio pró operário* na visão de Sússekind é aquele que

aconselha o intérprete a escolher, entre duas ou mais interpretações viáveis, a mais favorável ao trabalhador, desde que não afronte a nítida manifestação do legislador, nem se trate de matéria probatória.¹⁰⁴

O comentário acerca da matéria probatória é pertinente eis que, há de se lembrar, o princípio protetivo tem o interesse de equiparar as partes, protegendo o trabalhador. Não tem ele a conotação de alcançar ao obreiro uma vantagem ilícita. Do mesmo modo, não pode o interprete, logicamente, simplesmente desconsiderar o que previu o legislador. Isso não seria aplicar corretamente o instituto do princípio. Agora, o que faz o interprete é, no momento de utilizar efetivamente da interpretação da lei, havendo mais que uma hipótese viável, a escolha, à luz do princípio deve utilizar aquela mais favorável ao obreiro.

Acerca do princípio da norma mais favorável, Sérgio Pinto Martins refere: *A regra da norma mais favorável está implícita no caput do art. 7º da Constituição quando prescreve “além de outros que visem à melhoria de sua condição social”.*¹⁰⁵

¹⁰² PLÁ RODRIGUES, 2000. p. 107

¹⁰³ OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELLES, Leandro do Amaral. Direito do trabalho. Porto Alegre: Verbo Jurídico. 2013. p. 29

¹⁰⁴ SÚSSEKIND, 2003. p. 145

¹⁰⁵ MARTINS, 2004. p. 95

Trata-se da normatização do princípio da proteção. Vale verificar que o princípio não privilegia qualquer hierarquia normativa, o que leva a entender que a regra é, de fato, a aplicação da mais favorável ao obreiro, não importando seu grau hierárquico.

Nesse ponto se vê exatamente a análise do princípio na hipótese de se verificar mais que uma norma aplicável. Ora, a ser aplicada, à luz do princípio é a mais favorável ao obreiro. E tal previsão principiológica foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, no capítulo dos direitos sociais, como já se viu, no artigo 7º da Constituição Federal.

No que tange à aplicação da condição mais benéfica ensina Maurício Godinho Delgado que *importa na garantia de preservação, ao longo do contrato, da cláusula contratual mais vantajosa ao trabalhador, que se reveste do caráter de direito adquirido (art. 5º, XXXVI, CF/88)*.¹⁰⁶ O autor refere nesse caso o confronto entre cláusulas contratuais. As condições já conquistadas pelo empregado, quando mais benéficas, não podem ser modificadas. Não se pode deixar de observar a previsão constitucional dando mais um suporte ao princípio, embora, como já dito, seria desnecessário.

Alguns autores referem outros princípios do direito do trabalho também como derivados do princípio da proteção. É o caso de Arnaldo Süssekind¹⁰⁷ que diz que são decorrentes dele também o princípio da primazia da realidade e o princípio da intangibilidade do salário. O que se nota nesses casos é, efetivamente a confusão diante do caráter histórico que se verifica com o princípio, ou seja, com a origem do princípio da proteção. Havendo necessidade de proteger o trabalhador e sendo isso uma das razões de ser do direito do trabalho, tem-se os demais princípios como decorrentes deste.

Ainda, exatamente neste sentido, Godinho Delgado fala que *o princípio tutelar não se desdobraria em apenas três outros, mas seria inspirador amplo de todo o complexo de regras, princípios e institutos que compõem esse ramo jurídico especializado*.¹⁰⁸

¹⁰⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 201

¹⁰⁷ SÜSSEKIND, 2003. p. 145

¹⁰⁸ DELGADO, 2003. p. 198

A informação é pertinente. Ora, se o Direito do Trabalho surge como meio de proteção dos trabalhadores em face da desigualdade de condições negociais no contrato de trabalho. E se tal proteção visa estabelecer direitos mínimos a serem respeitados pelos empregadores na contratação de trabalhadores empregados, o que se nota é que a ideia de proteção tem relação direta com o próprio direito.

Em outras palavras, o direito do trabalho só existe em razão da necessidade de proteção dos trabalhadores. E existe para essa finalidade. É esse seu escopo, essa é sua razão de ser. Não se pode, desse modo, em tempo algum, se tratar de direito laboral sem considerar com ele, e como razão de ser dele, o princípio da proteção.

3 RELAÇÃO ENTRE A FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL E A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

Como capítulo derradeiro do presente estudo faz-se uma abordagem acerca do problema proposto, apresentando a relação entre a flexibilização do Direito do Trabalho e o princípio da proibição do retrocesso social. A partir de tal ponto, quando já se tem a ideia posta na pesquisa do que seja o dito retrocesso social bem como a previsão de sua vedação. E tem-se ainda possibilidade de conhecer o que representa a flexibilização do Direito do Trabalho, é pertinente a análise dos institutos convertidos, ou seja, um em relação ao outro.

Para tanto, o que se apresenta no primeiro tópico é outro princípio, qual seja, o da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador, eis que coaduna como norte do estudo. Trata-se, como se verá, de previsão constitucional vigente do direito laboral pátrio. E tal análise se faz relevante eis que, como será possível observar, serve o princípio para entender a aplicação do Direito do Trabalho.

Este capítulo traz também o princípio da dignidade da pessoa humana, porque também tem conexão com a resolução do problema. A dignidade é inerente ao ser humano, inerente aos trabalhadores em consequência. Ora, a relação entre o trabalho e a dignidade é evidente. E tal princípio é inerente aos direitos sociais, o que é também, como bastante já tocado aqui, o direito do trabalho. E a relação entre ambos pode ter como um dos meios de ligação a vedação do retrocesso. E, por pertinente, é trazido também algumas decisões jurisprudenciais, as quais são esparsas, sem busca direta por tribunais determinados, mas de modo a possibilitar claramente a verificação da utilização pela jurisprudência dos institutos aqui apresentados.

Ao cabo, o capítulo apresenta a relação proposta desde a formulação do problema com a análise específica do conjunto de tudo que se apresentou durante o trabalho. Aborda especificamente os institutos em conexão um com o outro, apontando então a forma como devem ser abordados. Trata-se então da tentativa de apresentar uma solução para a análise do tema. É que a vedação do retrocesso social é aqui apresentada de modo a evidenciar sua relação com o Direito do Trabalho e todos os princípios nele aplicáveis. Neste ponto também a apresentação

de decisões jurisprudenciais são elucidativas para ver como os tribunais interpretam a matéria.

3.1 O Princípio da Aplicação da Norma Mais Favorável como preceito constitucional

Em consonância com o que se vinha abordando no capítulo anterior, em especial ao apontamento da proteção do trabalhador como razão de ser do próprio Direito do Trabalho, surge a necessidade de melhor abordar um dos princípios decorrentes da proteção.

Conforme posto já na citação anteriormente apresentada, o princípio da aplicação da norma mais favorável foi positivado no ordenamento jurídico brasileiro no *caput* do artigo 7º da Constituição Federal o qual estabelece que “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social”¹⁰⁹. Nota-se que a expressão “além de outros que visem a melhoria de sua condição social” é o que deixa clara, pelo menos no âmbito de previsão, que o trabalhador tem apontado como direitos mínimos aqueles elencados nos incisos do referido artigo, sendo que os demais, devem ser, efetivamente, mais favoráveis.

O texto é deveras relevante, como se verá pela abordagem à seguir. É nítido o que o constituinte aponta a possibilidade de existência de vários outros direitos aos trabalhadores urbanos e rurais salientando que todos esses outros devem visar a melhoria da condição social desses trabalhadores, ou seja, devem ser melhores em relação a proporcionar uma melhoria de condições em vários aspectos a eles e, claro, em consequência, a quem deles dependam.

Ricardo Cavalcante aponta que

¹⁰⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988

Em verdade, o critério da norma mais favorável ao empregado rege a hierarquia das fontes do direito do trabalho. Mesmo norma hierarquicamente superior dentro da escala clássica Kelsiana, deve ceder para a norma inferior, na exata medida em que esta seja mais benéfica para o trabalhador.¹¹⁰

A ideia aqui é nitidamente, textualmente, que os demais direitos dos trabalhadores têm que cumprir como desiderato de melhorar a condição social do trabalhador. E note-se que não há referência aos existentes ou vindouros, ou seja, prevê que a forma de conexão do Direito do Trabalho deve promover a melhoria da condição social desse, sendo o desiderato constitucional.

Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado salienta claramente que

O critério normativo hierárquico vigente no Direito do Trabalho opera da seguinte maneira: a pirâmide normativa controla-se de modo plástico e viável, elegendo seu vértice dominante a norma que mais se aproxima do caráter teleológico do ramo justralhista. Na medida em que a matriz teleológica do Direito do Trabalho aponta na direção de conferir solução às relações empregatícias segundo um sentido social de restaurar, hipoteticamente, no plano jurídico, um equilíbrio não verificável no plano da relação econômico-social de emprego, objetivando, assim, a melhoria das condições socioprofissionais do trabalhador, prevalecerá, tendencialmente, na pirâmide hierárquica, aquela norma que melhor expresse e responda a esse objetivo teleológico central justralhista.¹¹¹

Resta clara a aplicação do artigo 7º da Constituição Federal na interpretação da hierarquia das normas com a positivação ali, do princípio em comento. Não se trata de vértice corriqueiro de hierarquia mas sim de hierarquia de normas à luz da mais favorável ao obreiro.

E não se pode olvidar da pertinência do presente tópico para entendimento do problema proposto no estudo em tela eis que o princípio aqui abordado tem ligação direta com a ideia de proibição de retrocesso social. É o que lembra, Ipojucan Vecchi quando apresenta o tema salientando “*O princípio da norma*

¹¹⁰ CAVALCANTE. Ricardo Tenório. Jurisdição, direitos sociais e proteção do trabalhador: a efetividade do direito material a processual do trabalho desde a teoria dos princípios. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p147.

¹¹¹ DELGADO. Maurício Godinho. Introdução ao direito do trabalho. São Paulo: LTr. 1995. P135.

mais favorável, intimamente ligado ao princípio da proibição do retrocesso social..."¹¹². Não há dúvidas acerca da conexão entre ambos, ou seja, a previsão da norma mais favorável acaba por ser, possivelmente, uma forma de expressão do próprio princípio da vedação do retrocesso social no Brasil atualmente.

A ideia de norma mais favorável é abrangente e tem relação com a aplicação e confronto delas na interpretação e aplicação do direito laboral. É de extrema relevância para que se entenda como trabalhar com o Direito do Trabalho. Amauri Mascaro Nascimento, bem refere acerca disso, lembrando:

De um modo geral é possível dizer que, ao contrário do direito comum, em nosso direito, a pirâmide que entre as normas se forma terá como vértice não a Constituição Federal ou a lei federal ou as convenções coletivas de modo imutável. O vértice da pirâmide da hierarquia das normas trabalhistas será ocupado pela norma vantajosa ao trabalhador, dentre as diferentes em vigor.¹¹³

Aqui se verifica até então uma maneira diferente de abordar a hierarquia das normas. Ao passo que na maioria dos demais ramos do direito tem-se a constituição como norte, o que se tem no Direito do Trabalho é a norma mais favorável como norte. E há de se lembrar que isso assim é em razão do desmembramento do princípio protetivo. Ora, a necessidade de proteção do trabalhador tem como um de seus vértices a previsão de que a norma hierarquicamente superior é aquela mais vantajosa ao obreiro.

Luciano Martinez, que prefere utilizar a expressão fonte mais favorável ao invés da corriqueiramente utilizada, norma mais favorável, também de forma simples aborda o tema salientado que

¹¹² VECCHI, 2004. p. 274

¹¹³ NASCIMENTO, 2009. p. 341

O princípio da aplicação da fonte mais favorável baseia-se no mandamento nuclear protetivo segundo o qual, diante de uma pluralidade de fontes com vigência simultânea, há que se preferir aquele que seja mais favorável ao trabalhador.¹¹⁴

Nota-se então que o princípio da aplicação da norma mais favorável decorre do princípio a proteção, já abordado no presente trabalho. E não há de se esquecer que o princípio da proteção é a razão de ser do Direito do Trabalho. O princípio da aplicação da norma mais favorável então, é um dos meios de dar efetividade à proteção, ao objetivo do Direito do Trabalho.

Agora, também pelo comentário do autor apontado, se vê já a ideia de núcleo de direito, o que ele chamou de elemento nuclear a ser protegido. Trata-se, certamente, do tanto do direito a ser protegido, o mínimo nuclear que se pode considerar mais favorável ao trabalhador.

Em se tratando de norma, vale salientar que já na própria criação da Organização Internacional do Trabalho, já se tinha a previsão no sentido aqui abordado. A Constituição da Organização Internacional do Trabalho, da qual o Brasil é membro, traz a mesma previsão, o que se verifica no artigo 19, 8 da referida norma:

Em caso algum, a adoção, pela Conferência, de uma convenção ou recomendação, ou ratificação, por um Estado-Membro, de uma convenção, deverão ser consideradas como afetando qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que assegurem aos trabalhadores interessados condições mais favoráveis que as previstas pela convenção ou recomendação.¹¹⁵

Note-se que a previsão constitucional referida no parágrafo introdutório do presente, tem já como pressuposto a própria previsão referida na Constituição da Organização Internacional do Trabalho. E correto está diante da condição de

¹¹⁴ MARTINEZ, 2011. p. 81

¹¹⁵ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Constituição. Filadélfia. 1944. Disponível em http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf. Acessado em 10.06.2016.

membro da referida organização. Não se olvide que os objetivos daquela é sempre a efetiva proteção do trabalhador, o que é de conhecimento notório e coaduna com a própria razão de ser da organização.

E no mesmo sentido, Amauri Mascaro Nascimento, aponta de modo exemplificativo algumas normas internacionais que tratam do tema. Faz referência ao direito laboral mexicano, reproduzindo o artigo 18 da Lei Federal do Trabalho: “Na interpretação das normas de trabalho serão consideradas as suas finalidades” e “em caso de dúvida prevalecerá a interpretação mais favorável ao trabalhador”. Ainda à previsão na Argentina do artigo 9 da Lei do Contrato de Trabalho: “*Em caso de dúvida acerca da aplicação de normas legais ou convencionais, prevalecerá a mais favorável ao trabalhador...*” Do mesmo modo a previsão da Diretiva 77/187 pela União Européia:

a presente diretiva não prejudica a faculdade dos Estados-membros de aplicar ou introduzir disposições legislativas, regulamentares ou administrativas mais favoráveis aos trabalhadores.¹¹⁶

A abordagem, em que pese não se dê com a pesquisa direta nas referidas normas internacionais ou ainda especificamente na doutrina do direito estrangeiro, serve para que se tome conhecimento de que o instituto é inerente à matéria proteção do trabalhador, consubstanciada aqui no referido princípio. E é natural que assim seja ao passo que todos os citados são membro da Organização Internacional do Trabalho.

Agora, como e quando estabelecer o que é, efetivamente, mais favorável ao trabalhador, é uma questão a ser enfrentada. São vários os enfoques como são vários os resultados possíveis. É que há que se pensar se a norma mais favorável deve se dar no todo ou individualmente.

O princípio deve ser analisado, segundo Carmen Camino, em três aspectos: O primeiro quando da dúvida acerca de qual a melhor interpretação da norma, ou seja, aplica-se quando se interpreta a norma laboral, considerando então a mais

¹¹⁶ NASCIMENTO, 2009. p. 344-345

favorável como aplicável; Segundo, quando se confronta normas que regulam a mesma situação, independentemente do plano em que estejam no plano clássico da hierarquia formal, ou seja, no confronto de normas, o que é mais clássico, inclusive, se considera a norma mais favorável ao trabalhador; O terceiro com a própria criação de norma nova, ou seja, quando se está a criar ou se pretende criar normas novas em âmbito do Direito do Trabalho deve-se necessariamente observar a norma mais favorável, a norma nova tem, no entender dela, obrigação de ser mais favorável.¹¹⁷

Agora, a questão da interpretação da norma, em consonância com o comando estabelecido pelo princípio, não parece apresentar maiores problemas. Trata-se da utilização dos métodos hermenêutica para interpretação das normas.

O segundo aspecto, atinente ao confronto de normas, faz com que a análise tenha que se dar no sentido de quanto das normas confrontadas devem ser aplicadas. Explica-se. É possível que uma norma traga em seu bojo parte mais favorável ao trabalhador e parte menos favorável. Como analisar? A norma mais benéfica é aquela que traz um conjunto de previsões mais favoráveis ou é necessário que para se chegar a mais favorável se tenha que extrair parte de cada uma das normas confrontadas? Ou seja, é possível escolher um tanto mais favorável de cada norma para aplicação?

A resposta aos questionamentos anteriores, nos dizeres de Nascimento, passa pela abordagem das teorias da acumulação ou do conglobamento.¹¹⁸ No mesmo sentido, Martinez apresenta as teorias, salientando que *pelo método da acumulação ou da atomística, o aplicador da norma pinça de cada uma das fontes em confronto os itens mais favoráveis ao trabalhador, reunindo-os todos para a aplicação do caso em concreto.*¹¹⁹ E *pelo método do conglobamento ou da incidibilidade, ao cotejar as fontes, o aplicador da norma deve verificar qual delas, em conjunto, é a mais benéfica ao trabalhador.*¹²⁰ Essa discussão se mostra bastante pertinente na medida em que é corriqueiro no Direito do Trabalho o confronto entre a legislação e normas coletivas de trabalho, mas não representa

¹¹⁷ CAMINO, 2004. p. 110-111

¹¹⁸ NASCIMENTO, 2009. p. 348

¹¹⁹ MARTINEZ, 2011. p. 81

¹²⁰ Idem

correlação direta com a análise final aqui proposta.

E a análise da jurisprudência não deixa dúvida. No abito do Tribunal Regional do Trabalho esse entendimento é amplamente aplicado e pode ser demonstrado, por exemplo, pelo julgado monocrático em Agravo de Instrumento, de lavra da Ministra Rosa Maria Weber Candiota Rosa:

O v. acórdão proferido em recurso ordinário traduz, a rigor, a aplicação do princípio da norma mais favorável, derivação do mega-princípio da proteção que informa o Direito do Trabalho. Por força do princípio da norma mais favorável, havendo mais de uma norma a regular a mesma situação de fato, aplica-se a mais favorável ao trabalhador. Assim, cabível o adicional de horas extras mais elevado do que o legal, praticado pela empresa, consoante os recibos, segundo assenta a Corte Regional, independentemente de resultar, tal pagamento, do cumprimento de norma coletiva ou de condição contratual expressa ou tácita.¹²¹

O que se nota é facilmente a referencia à correção entre o princípio da proteção, já referido aqui, com o princípio da aplicação da norma mais favorável. A proteção aqui é referida como mega princípio, o que coaduna com o que já foi tratado da decorrência dos demais princípios desse.

O último aspecto abordado é o que necessariamente tem maior relação com o problema que o presente estudo apresenta. Quando se fala em criação de norma nova em matéria laboral, e se tem luz no princípio da norma mais favorável, tem-se que, necessariamente, a norma nova não pode ser menos benéfica ao trabalhador que a anterior. Isso é o que se extrai citação que anteriormente se apresentou e comentou.

Gilmar Mendes, ao comentar a previsão constitucional do direito labola, aponta que

¹²¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento. TST-AIRR-277/2002-064-03-00.5. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa. Brasília. 21 de maio de 2008.

É notório que a Constituição procurou estabelecer limites ao poder de conformação do legislador e dos próprios contratantes na conformação do contrato de trabalho. O Constituinte definiu a estrutura básica do modelo jurídico da relação de emprego com efeitos diretos sobre cada situação concreta.¹²²

Resta evidente que o legislador, ao elaborar norma nova em direito do trabalho deve observar o preceito constitucional de aplicação da norma mais favorável. O que se pensa é, se há previsão já no texto constitucional de aplicação de norma mais favorável qual seria o efeito de lei em caráter menos favorável. Tal questão é que norteia a previsão de aplicação do princípio ainda quando se vai criar a norma.

É aqui que mais uma vez se afirma a notoriedade do tema em questão com o princípio da proibição do retrocesso social. É que a previsão posta no artigo constitucional referido, que vai primar pela previsão expressa da melhoria da condição social do trabalhador, tem, por tudo que já se viu, um fundo subjetivo de previsão de vedação ao retrocesso social. Ou seja, pode-se dizer que o princípio da vedação do retrocesso social encontra também guarida no artigo 7º, *caput* da Constituição Federal Brasileira.

O Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, tem julgado que aponta na ementa a fundamentação pela aplicação do princípio da proibição do retrocesso social com relação direta com o artigo 7º da Constituição Federal, que positiva o princípio da aplicação da norma mais favorável. Trata-se de julgado de relatoria da Desembargadora Federal do Trabalho Denise Pacheco. Veja-se

¹²² MENDES, 2015. p. 648

Acidente de trabalho fatal. Indenização por danos morais. Sucessores. Quantum indenizatório. Patamares alcançados na Justiça Comum. Deslocamento de competência para a Justiça do Trabalho. Princípio da vedação ao retrocesso social. Efeito *cliquet*. O deslocamento de competência para o julgamento das ações indenizatórias decorrentes de acidente do trabalho para a Justiça do Trabalho – cujo papel primordial é assegurar a dignidade humana do trabalhador - não pode causar uma diminuição nos patamares indenizatórios já alcançados na Justiça Comum. Admitir tal situação, no âmbito da jurisprudência laboral, seria violar inclusive o princípio da vedação ao retrocesso social, estampado no caput do artigo 7º da Constituição Federal. É o que aponta a doutrina especializada em direitos humanos como efeito *cliquet* (Canotilho), tomando por empréstimo expressão francesa utilizada pelos alpinistas em que, alcançado determinado ponto, só é permitido ao praticante subir, não podendo retroceder em seu trajeto.¹²³

A questão acima se tratava do quanto de indenização por danos morais decorrentes de acidente do trabalho na relação entre os valores corriqueiramente fixados pela Justiça Comum e os valores que até então se aplicavam no judiciário laboral. Surge a discussão a partir da atribuição da competência à Justiça do Trabalho para analisar a matéria.

E o mesmo ainda é o que se pode ver do julgado de relatoria do Juiz do Trabalho convocado Luiz Carlos Pinto Gastal, tratando da interpretação de artigo de lei que estabelece a proteção do trabalho da mulher em uma interpretação em consonância com a Constituição Federal. Chegou à seguinte ementa:

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMANTE. INTERVALO DO ARTIGO 384 DA CLT. Considerando que a **Constituição Federal** ao tratar dos direitos dos trabalhadores estabeleceu como premissa a melhoria de sua condição **social**, entende-se que a norma prevista no artigo 384 da CLT, em homenagem ao princípio do não- **retrocesso social**, não foi suprimida. Recurso provido¹²⁴

O que se pode verificar de modo claro é que a redação do artigo 7º da Constituição Federal ao mesmo passo que prevê a utilização da norma mais

¹²³ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. 7ª Turma. Recurso Ordinário. Processo nº 0000307.05.2011.5.04.0471. Denise Pacheco. Porto Alegre, 05 de março de 2015.

¹²⁴ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. 10ª Turma, Processo nº 0020528-29.2013.5.04.0401 RO, Juiz Convocado Luis Carlos Pinto Gastal. Porto Alegre, 19 de junho de 2015

favorável, também reflete a previsão da vedação do retrocesso social. É assim que se nota a interpretação jurisdicional nos julgados apontados.

E é no último tópico do presente capítulo que vai se verificar, em conjunto de tudo que se pôs, se a flexibilização do direito do trabalho vai representar ou não afronta a proibição do retrocesso tendo como um dos fundamentos de análise a aplicação da norma mais favorável. Para tanto, cabe verificar ainda outro ponto, qual seja, a relação entre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Princípio da Proibição do Retrocesso. É que o princípio abordado aqui no presente tópico é um modelo, um exemplo, ao que parece, da própria previsão de vedação do retrocesso.

3.2 A dignidade humana como fundamento para vedação do retrocesso

A dignidade da pessoa humana é princípio que tem relevante pertinência com o tema em debate. Como se verá sobre ele, o que se tem é a necessidade de proteção de um dos bens mais valiosos do ser humano, o qual é inerente a sua condição, a dignidade. Na medida em que se fala do já apresentado princípio da vedação do retrocesso, tem-se a questionar, se o retrocesso social acaba por afrontar a dignidade humana de quem for atingido pela medida.

É inerente, portanto, conhecer o que se tem por dignidade da pessoa humana. Ingo Sarlet fala acerca da dignidade que

Assim, compreendida como parte integrante e irrenunciável da própria condição humana, a dignidade pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que reconhecida e atribuída a cada ser humano como algo que lhe é inerente.¹²⁵

Há de se compreender que a dignidade não é algo a ser pleiteado, concedido ou conquistado, é inerente do ser humano, devendo simplesmente ser

¹²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 52

respeitado pela própria condição de ser humano. E quando se trata em inerência significa dizer que cada ser humano, pela simples condição de assim ser, humano, tem direito à dignidade.

Rizzatto Nunes refere, no mesmo sentido, que [...] *a dignidade nasce com a pessoa. É-lhe inata. Inerente à sua essência.*¹²⁶ Pelo que se tem, a dignidade é mais que direito, é essência da condição humana. Sendo o sujeito humano, pelo simples fato de assim ser, tem direito à dignidade.

Sem ser redundante, mas firmando a importância do tema em questão, vale ainda ver o que José Cretella Júnior refere acerca da dignidade da pessoa humana:

O ser humano, o homem, seja qual sua origem for...tem direito a ser tratado pelos semelhantes como “pessoa humana”, fundando-se, o atual Estado de direito, em vários atributos, entre os quais se inclui a “dignidade” do homem, repellido, assim, como aviltante e merecedor de combate qualquer tipo de comportamento que atente contra esse apanágio do homem.¹²⁷

Denota-se pelo pensamento do autor o que já se comentou de início, ou seja, que a dignidade é algo inerente, cabendo ao semelhante, o qual, aliás, é também detentor de dignidade, no mínimo, respeitar a do próximo. Trata-se de direito íntimo, e ao mesmo tempo, obrigação de observância em relação às demais pessoas, não sendo algo a ser conquistado mas sim existente pela simples condição de ser humano.

Ana Paula de Barcelos, no mesmo sentido diz que:

Um dos poucos consensos teóricos do mundo contemporâneo diz respeito ao valor essencial do ser humano. Ainda que tal consenso se restrinja muitas vezes apenas ao discurso ou que essa expressão, por demais genérica, seja capaz de agasalhar concepções as mais diversas, – eventualmente contraditórias -, o fato é que a dignidade da pessoa humana, o valor do homem como um fim em si mesmo, é hoje um axioma da civilização ocidental, e talvez a única ideologia remanescente.¹²⁸

¹²⁶ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 49

¹²⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. Volume I. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. p.139

¹²⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da

A evolução da sociedade compassada com a evolução do direito que, por óbvio é consequência da primeira, torna a dignidade da pessoa humana algo inerente. Mais próximo do tema que se estuda, e aproveitando o relato histórico inicial, é possível comparar o respeito à dignidade da pessoa humana, exemplificativamente, nas relações de trabalho.

Eduardo Rabenhorst faz uma boa análise do que se pode entender por dignidade:

O termo dignidade, do latim *dignitas*, designa tudo aquilo que merece respeito, consideração, mérito ou estima. Apesar de a língua portuguesa permitir o uso tanto do substantivo *dignidade* como do adjetivo *digno* para falar das coisas (quando dizemos, por exemplo, que *uma moradia é digna*), a dignidade é acima de tudo uma *categoria moral* que se relaciona com a própria representação que fazemos da condição humana, ou seja, ela é a qualidade ou valor particular que atribuímos aos seres humanos em função da posição que eles ocupam na escala dos seres.¹²⁹

Pertinente ressaltar que não se trata a categoria moral de qualquer escolha por classe social. O que se atribui como qualidade ou valor particular, conforme dito no comentário supra, é a condição de ser humano, e não a posição que esse ocupa na sociedade. Desse modo, não há outro entendimento se não a de que todo o ser humano merece tratamento digno, pelo simples fato de existir.

O princípio, embora desnecessário para sua aplicação, foi positivado. A Constituição Federal de 1988 prevê no artigo 1º o seguinte:

Art. 1º. A república Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana.¹³⁰

Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 103-104

¹²⁹ RABENHORST, Eduardo Ramalho. Dignidade Humana e Moralidade Democrática. Brasília: Jurídica, 2001. p. 14

¹³⁰ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

O texto constitucional positiva o direito à dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da república. Dentre as razões da norma constitucional está, por interpretação, a dignidade da pessoa humana.

Cabe ficar com a exclamação de Ingo Sarlet, que trata em tom de comemoração: *Ao menos nesse final de século, o princípio da dignidade da pessoa humana mereceu a devida atenção na esfera do nosso direito constitucional.*¹³¹

E nessa mesma toada, comentando acerca da previsão constitucional da dignidade posta no artigo primeiro da Constituição Federal de 1988 diz Flávia Piovesan:

É no valor da dignidade humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, assim, a dignidade humana como verdadeiro superprincípio a orientar o Direito Internacional e o Interno.¹³²

Veja-se que a autora trata da dignidade como super princípio constitucional. O que se nota é nada mais do que o reconhecimento do valor da dignidade pelo constituinte como um dos fundamentos da República, lançado logo no primeiro artigo da Constituição.

Rizzatto Nunes refere que: *É a dignidade que dá direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete.*¹³³ Isso quer dizer que o intérprete da norma jurídica deve partir de alguns pressupostos básicos, os quais deve ser de seu conhecimento preliminar. Desses, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser o primeiro.

Aliás, referido princípio decorre exatamente daquilo que se noticiou traduzir por dignidade. Trata-se, portanto, do que se pode chamar de direito pressuposto, de acordo com o ensinamento de Eros Grau: *Os princípios gerais de*

¹³¹ 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. 101

¹³² PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade Humana. In. LEITE, George Salomão (Org.). Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 193

¹³³ NUNES, 2002. p. 45

*determinado direito são encontrados no direito pressuposto que a ele corresponda.*¹³⁴ Nesse sentido tem-se a dignidade da pessoa humana como vértice que acompanha todas as demais análises de interpretação e aplicação de direitos.

Gilmar Mendes aborda essa abrangência quando analisa, sem, contudo, apontar opinião própria, acerca da condição de cláusula pétrea dos direitos sociais. Diz ele

[...]fala-se na dignidade da pessoa humana como fundamento da República e essa dignidade deve ser compreendida no contexto também com outras normas do mesmo Título em que se fala no valor social do trabalho, em sociedade justa e solidária, em erradicação da pobreza e marginalização e em redução de desigualdades sociais.¹³⁵

O raciocínio tem relação com o que se propõe aqui analisar. Ocorre que já que a flexibilização do direito do trabalho pode, em tese, modificar direitos que estão previstos Constituição Federal. Tais modificações têm que levar em conta o princípio da dignidade da pessoa humana.

E nesse sentido há de se ver que Ingo Sarlet refere que

Quando utilizamos a expressão *proteção pela dignidade*, estamos nos referindo à função do princípio da dignidade da pessoa humana no contexto dos assim denominados limites dos direitos fundamentais. De outra parte...de determinadas restrições à atividade limitadora no âmbito dos direitos fundamentais, justamente com o objetivo de coibir eventual abuso que pudesse levar ao seu esvaziamento ou até à sua supressão.¹³⁶

A proteção à dignidade da pessoa humana, ou ainda a garantia dela quando se trata de modificações de direitos fundamentais deve ser necessariamente observada sob pena de se estar afrontando o princípio.

¹³⁴ GRAU, Eros Roberto. O Direito Posto e o Direito Pressuposto. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 71

¹³⁵ MENDES, 2015. p. 129

¹³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 141

E segue nesta linha o autor dizendo

Neste mesmo contexto – ou seja, no âmbito de uma “função protetiva” (e, portanto, defensiva) da dignidade – situa-se a noção de que a dignidade da pessoa humana constitui um dos critérios materiais para a aferição da incidência de uma proibição do retrocesso em matéria de direitos fundamentais, notadamente (mas não exclusivamente) na esfera dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional.¹³⁷

Rodrigo Goldchmidt ao tratar da importância do princípio para a interpretação das normas constitucionais alerta que

O que se quer evidenciar, nesse diapasão, é a função hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa humana que, por possuir maior carga valorativa – basta ver que fundamento da República brasileira –, pode assumir a condição de meta-critério ou meta-princípio capaz de articular e de harmonizar outros princípios incidentes, dando mais densidade àquele que melhor soluciona, com menor prejuízo às partes envolvidas, um dado caso concreto.

Assim, reconhecendo a normatividade do princípio da dignidade da pessoa humana e dando-lhe o correto tratamento hermenêutico, é possível resgatar, de forma eficaz, a centralidade do homem no sistema jurídico. Com efeito, o trabalho é indissociável do homem. Logo, o trabalhador não pode ser tratado como um objeto, um mero fator de produção ou, ainda, como uma engrenagem da linha produtiva.¹³⁸

O autor trata da utilização do princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva de vislumbrar ações afirmativas para a defesa do direito do trabalho diante da flexibilização. E o que se vê é a importância do princípio para tanto. O que o autor pretende é evidenciar que o ser humano deve estar no centro das preocupações em âmbito jurídico (e pode-se entender legislativo) salientando,

¹³⁷ Idem, p. 146

¹³⁸ GOLDCHMIDT, Rodrigo. Flexibilização dos direitos trabalhistas: ações afirmativas da dignidade da pessoa humana como ações de resistência. Florianópolis. 2008. p. 118. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/91866/252613.pdf?sequence=1>. Acessado em 08/02/2016.

claro, que o trabalhador é ser humano. Daí da necessidade de interpretar as normas laborais sempre com norte a dignidade.

Mais uma vez Sarlet salienta ao tratar da dignidade da pessoa humana em consonância com os direitos fundamentais que

...verifica-se ser de tal forma indissociável a relação entre a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais que mesmo nas ordens normativas onde a dignidade ainda não mereceu referência expressa, não se poderá – apenas a partir deste dado – concluir que não se faça presente, na condição de valor informador de toda a ordem jurídica, desde que nesta estejam reconhecidos e assegurados os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.¹³⁹

E continua com mais aprofundamento apontando

Com efeito, sendo correta a premissa de que os direitos fundamentais constituem - ainda que com intensidade variável – explicitações da dignidade da pessoa, por via de consequência e, ao menos em princípio (já que exceções são admissíveis, consoante já frisado), em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo, ou, pelo menos, alguma projeção de dignidade da pessoa.¹⁴⁰

O autor então, na mesma linha já referida, aponta que a dignidade deve nortear ainda os direitos fundamentais. Salienta que todos os direitos fundamentais têm em si uma carga, um tanto, ou como trata diretamente, uma “projeção” de dignidade.

E o Tribunal Superior do Trabalho tem exemplo de julgado utilizando a dignidade da pessoa humana como fundamento para invalidar legislação infraconstitucional que finda por afronta-la. É o caso da decisão que gerou a seguinte ementa:

¹³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 101

¹⁴⁰ Idem.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA E/OU EMPRESA PÚBLICA. ADMISSIBILIDADE. RESPEITO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. Tendo em vista princípios insculpidos na Constituição da República de 1988, é impertinente legislação infraconstitucional excluindo a responsabilidade da Administração Pública quando essa, na qualidade de tomadora de serviços, não arca, de forma subsidiária, com os débitos trabalhistas devidos pelas empresas prestadoras de serviços para com seus empregados. O cidadão tem direito de receber, de acordo com o ordenamento jurídico vigente, o que lhe é devido pelo trabalho prestado, sob pena de aviltamento do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da Constituição Federal). Pertinência do item IV do Enunciado nº 331 do TST. Embargos não conhecidos.¹⁴¹ (ED-RR - 574059-22.1999.5.04.5555 , Relator Ministro: Carlos Alberto Reis de Paula, Data de Julgamento: 02/10/2000, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DJ 10/11/2000)

Ainda Ingo Sarlet, tratando da proteção ao núcleo essencial dos direitos sociais, questão bastante relevante para a análise aqui em comento e certamente um dos fundamentos para a solução ao problema jurídico proposto, afirma

...mediante a supressão pura e simples do próprio núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito social (especialmente dos direitos sociais vinculados ao mínimo existencial) estará sendo afetada, em muitos casos, a própria dignidade da pessoa, o que desde logo se revela inadmissível, ainda mais em se considerando que na seara das prestações mínimas (que constituem o núcleo essencial mínimo judicialmente exigível dos direitos a prestações) para uma vida condigna não poderá prevalecer até mesmo a objeção da reserva do possível e a alegação de uma eventual ofensa ao princípio democrático e da separação de poderes.¹⁴²

Observa-se aqui a preocupação da proteção de pelo menos o mínimo do direito social a ser, em tese, modificado. Quando se trata de flexibilização do direito do trabalho, está-se a tratar de flexibilização, alteração de direito social constitucionalmente tutelado. A invasão da essencialidade desse direito, tida essa então como seu núcleo essencial, afronta a dignidade da pessoa dos trabalhadores.

¹⁴¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. (ED-RR - 574059-22.1999.5.04.5555 , Relator Ministro: Carlos Alberto Reis de Paula, Data de Julgamento: 02/10/2000, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DJ 10/11/2000

¹⁴² SARLET. 2015.p462/462

Lembra-se que o direito do trabalho é destinado a proteção das pessoas que trabalham, como já se apontou aqui detalhadamente no presente estudo.

Afinal, chega-se mais próximo da apresentação do que se tem por solução para o problema proposto. Chega-se mais próximo à análise específica da flexibilização do direito do trabalho em relação ao princípio da vedação do retrocesso social, tendo-se por luz, os demais princípios aqui comentados.

3.3 A relação direta do princípio da vedação do retrocesso social com a flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil

Foi abordado no capítulo anterior a flexibilização do Direito do Trabalho como fator possível decorrente da globalização. Conforme já referido, existem dois sistemas possíveis de flexibilização, autônoma e heterônoma, do Direito do Trabalho sendo que, como refere Sérgio Pinto Martins que: *A constituição de 1988 prestigiou em vários momentos a flexibilização das regras do Direito do Trabalho[...].*¹⁴³

Aqui a flexibilização ruma para a supremacia da norma coletiva sobre a norma legislada. Lembra-se, para justificar o raciocínio, as previsões já existentes na própria Constituição Federal que estabelecem o princípio da autodeterminação coletiva, com a observância das normas negociadas pelas entidades de classe. É exemplo a previsão do artigo 7º inciso XXVI da Constituição que prevê o *reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.*¹⁴⁴

Em que pese tenha se dado já exemplo da aplicação de ambas, impende ver qual dos modelos, ou se ambos, de modo genérico, findam por afrontar o princípio da vedação do retrocesso. É que, como se viu, fazem-se possíveis, na condição de fenômenos jurídicos, ambas as formas de flexibilização. Tem-se aquela decorrente da negociação coletiva, já autorizada pelos preceitos constitucionais originais vigentes e ainda aquela decorrente de alterações legislativas, tanto da

¹⁴³ MARTINS, 2004. p. 516

¹⁴⁴ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988

própria Carta Magna, através de emendas ou ainda de modo infraconstitucional, essas pelo legislador.

Como foi comentado anteriormente, por flexibilização pode-se dizer desregulamentação estatal das relações de trabalho. É a acepção da palavra flexibilizar, tornar flexível. Resta evidente ainda a relação entre a globalização e a flexibilização das normas trabalhistas. Ora, com a noticiada interferência das grandes empresas nas relações produtivas e comerciais, com a tomada dos mercados por esses grandes grupos, necessário que se tomem medidas para facilitar a produção pelas pequenas empresas.

O raciocínio do parágrafo anterior, embora pareça lógico, não está plenamente correto. O fenômeno de flexibilização não decorre somente da busca de melhores condições de produção para a pequena indústria, mas sim também pela sede de lucro e mais lucro das grandes empresas.

Aqueles que defendem a flexibilização apresentam como sendo um meio de modernizar as relações de trabalho ante a dinamicidade do direito. Referem que há necessidade do direito laboral adequar-se as relações modernas entre capital e trabalho. Dizem ainda que flexibilização permite o controle do contrato de trabalho pelo próprio empregado, parte na relação contratual. Tais fatos realmente são verdadeiros e podem ser tomados como pontos positivos do fenômeno.

Mister observar a posição de Cristiane Calil, uma das defensoras da flexibilização do direito do trabalho:

A flexibilização das normas de direito do trabalho visa assegurar um conjunto de regras mínimas ao trabalhador e em contrapartida a sobrevivência das empresa, por meio de modificações de comandos legais, procurando outorgar aos trabalhadores certos direitos mínimos e aos empregadores a possibilidade de adaptação do seu negócio, mormente em épocas de crise econômica.¹⁴⁵

Não se pode olvidar que há quem defenda, efetivamente, a flexibilização das normas laborais, como se apontou exemplificativamente acima. Trata-se da

¹⁴⁵ CALIL, Cristiane Gomes. *O Impacto da Flexibilização das Normas Trabalhistas nas Obrigações Empresariais*. In RÜDIGER, 1999. p. 236

previsão de direitos mínimos aos trabalhadores com a possibilidade de adaptação dos padrões nas ocasiões de crise.

Agora há de se analisar os problemas que a flexibilização do direito do trabalho pode acarretar. Deve-se lembrar para tanto o modo com que foram construídas a maioria das normas do direito do trabalho, qual seja, pela conquista de direitos. Não há como ver a flexibilização, desse modo, sem perceber que o trabalhador estará abrindo mão de algo que fora conquistado, o que seja, a proteção estatal da relação de trabalho. Ante o argumento de que a flexibilização ressaltaria garantias mínimas de proteção estatal, é de se pensar: Será que as garantias existentes na atualidade são algo mais que mínimas para garantir a equidade da relação contratual?

Diz Ipojuca Vecchi:

Ocorre que a flexibilização acaba por atingir diretamente os trabalhadores e a maioria da população mundial, pois concentra renda e deixa milhões de pessoas em condições que agredem os direitos humanos mais fundamentais.¹⁴⁶

Fala-se assim, sem dúvida, da possibilidade de prejudicar a massa trabalhadora ante a supressão de normas protetivas. Não se pode olvidar que o empregador continuará, ao menos em países em desenvolvimento como o Brasil, a ter o poder de barganha sobre os trabalhadores, eis que é detentor do “objeto” de desejo da maioria da massa de pessoas pobres: a vaga para o trabalho, o que se pode ler por emprego. Lembre-se ainda que para a maioria dos trabalhadores o trabalho, emprego, significa pouco mais, ou tão somente, “comida na mesa”.

Efetivamente, acerca da divergência doutrinária, Sérgio Pinto Martins comenta:

¹⁴⁶ VECCHI, Ipojuca Demétrius. *Considerações Sobre a proposta de alteração do art. 618 da CLT*. In. FREITAS, José Mello de. (Org.). *Reflexões sobre direito do trabalho e flexibilização*. Passo Fundo: UPF, 2003. p. 22.

Para uns a flexibilização é anjo, para outros o demônio. 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, sendo uma forma de fazer com que o empregado pague a conta da crise econômica. Seria, assim, uma poção maléfica.¹⁴⁷

Ora, o autor trata dos modos como a questão vem sendo enfrentada por ambos os lados, ou seja, ambas as correntes de discussão acerca do assunto.

Uma das críticas ferrenhas ao modelo flexibilizatório do Direito do Trabalho é feita por Carmen Camino. Ela comenta acerca do modelo de autorização de negociação coletiva:

Nas condições atuais, a apregoada aposta na negociação coletiva esbarra na ausência de organização sindical uniforme e coesa no Brasil e, também, nas forças dispare das empresas, muitas delas sem condições de negociar. Grandes empresas que, que congregam a melhor fatia do produto interno bruto nacional, e algumas associações sindicais com histórica força política, nos grandes centros industriais praticam, desinibidas, a negociação, não raro com atropelo da lei.¹⁴⁸

Efetivamente, o que a autora ataca é o problema social decorrente da possibilidade de se permitir a negociação coletiva, norma autônoma acerca de direitos básicos. A crítica é acerca do que se pode fazer com a liberdade de contratar em âmbito liberal, exatamente como houve a preocupação, como se lembra na parte histórica, com a liberdade de contratação entre particulares em época de Revolução Industrial.

Luciano Martinez, apresenta exemplo de normas flexibilizadoras que vieram em sentido contrário à proteção do trabalhador, em Emendas Constitucionais, o que seja, alterações prejudiciais aos trabalhadores no próprio texto constitucional, citando:

¹⁴⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. Flexibilização das condições de trabalho. São Paulo: Atlas, 2000. p. 13.

¹⁴⁸ CAMINO, 2003. p. 60

[...]a constituição sofreu, no capítulo dos direitos sociais, emendas *in pejus* sobre o *salário família* (EC 20, de 15-12-1998); sobre a *dimensão do prazo prescricional dos trabalhadores rurais* (EC 28, de 25-5-2000) sobre a *idade máxima da criança para fins de assistência gratuita em creches e pré-escolas* (EC 53, de 19-12-2006) e sobre a limitação da *dimensão do salário maternidade para as altas empregadas* (adição do Art 248 no texto constitucional por meio da EC 20, de 15-12-1998)[...]

Há de se notar então o seguinte. A Constituição Federal no Brasil prevê desde o texto de 1988 a possibilidade de alguns direitos serem alterados de modo menos benéfico ao trabalhador mediante negociação coletiva. Prevê ainda direitos mínimos, os quais, a rigor não podem ser alterados. No sistema jus laboral há ainda a legislação infraconstitucional prevendo direitos dos trabalhadores. O que se tem pelo comando do já abordado artigo 7º, *caput*, da Constituição Federal é que as alterações dali a diante, ou seja, da promulgação daquele texto constitucional em diante, poderiam vir somente no intuito de promover a melhoria da condição social do trabalhador.

Bem, agora, a flexibilização, como fenômeno, representa afronta ao princípio da vedação retrocesso social, ou seja, a flexibilização do Direito do Trabalho, que é inerentemente direito social, direito fundamental, acarreta retrocesso no âmbito das garantias sociais?

Nesse sentido ainda é válido destacar o posicionamento da Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho – ANAMATRA, oriundos de estudos realizados na 1ª Jornada Nacional de Estudos de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho realizado ainda no ano de 2007, que dentre o grupo de estudos que pesquisou acerca de flexibilização do direito do trabalho chegou ao seguinte enunciado:

9. FLEXIBILIZAÇÃO.

I — FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS. Impossibilidade de desregulamentação dos direitos sociais fundamentais, por se tratar de normas contidas na cláusula de intangibilidade prevista no art. 60, § 4º, inc. IV, da Constituição da República.¹⁴⁹

E ainda tratando objetivamente da vedação do retrocesso social tem o seguinte enunciado:

66. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DE NORMAS DO PROCESSO COMUM AO PROCESSO TRABALHISTA. OMISSÕES ONTOLÓGICA E AXIOLÓGICA. ADMISSIBILIDADE.

Diante do atual estágio de desenvolvimento do processo comum e da necessidade de se conferir aplicabilidade à garantia constitucional da duração razoável do processo, os artigos 769 e 889 da CLT comportam interpretação conforme a Constituição Federal, permitindo a aplicação de normas processuais mais adequadas à efetivação do direito. Aplicação dos princípios da instrumentalidade, efetividade e não-retrocesso social.¹⁵⁰

Luísa Netto comentando acerca da vinculação do legislador aos direitos sociais, aponta que essa se dá de modo positivo, ou seja, com imposição de legislar em prol de direitos sociais, e também de modo negativo, o que seja, está proibido de produzir normas contrárias àquelas constitucionais de direitos sociais.¹⁵¹

Acerca dessa negativa, especifica

Trata-se de uma proibição; O legislador está proibido de produzir normas contrárias às normas constitucionais de direitos sociais, não pode violá-las por meio de sua produção normativa, o que redundaria na proibição de revogar ou alterar normas existentes de modo a aniquilar ou comprometer a eficácia do direito social.¹⁵²

¹⁴⁹ ANAMATRA, 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho. Enunciado 9. Disponível em https://www.conjur.com.br/2008-jan-28/enunciados_anamatra_mostram_tendencias_juizes?pagina=3. Acessado em 08/02/2016.

¹⁵⁰ Idem

¹⁵¹ NETTO, 2010. p. 171-172

¹⁵² Idem

O conjunto dos referidos entendimentos leva ao entendimento de que flexibilizar, ou seja, suprimir direitos já conquistados pelos trabalhadores, representa, efetivamente, afronta ao princípio da proibição do retrocesso. Ora, o legislador agindo no sentido de flexibilizar norma laboral, no sentido então de suprimir ou minimizar a regulamentação trabalhista está a inserir-se exatamente na condição posta, de violador de garantia posta por direito social, direito fundamental.

Rodrigo Goldchmidt abordando medidas afirmativas para a proteção da dignidade humana do trabalhador – e lembre-se a ligação já posta entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da vedação do retrocesso social – aponta que políticas públicas são necessárias para essa afirmação. Salienta

A afirmação do trabalho, principalmente do trabalho formal, constitui, pois, elemento fundamental para a inclusão social e a melhor distribuição de renda. Em outras palavras, as políticas públicas de emprego e a regulação do trabalho formal, papéis esses afetos ao Estado, são necessárias não só para afirmar a dignidade da pessoa humana, mas também para assegurar o desenvolvimento firme e consistente da economia do país, numa espiral positiva e crescente, redundando em benefícios para todos os envolvidos: trabalhadores, empresas e Estado.¹⁵³

De fato é possível pensar em medidas que estado possa tomar para garantir ainda a proteção do trabalhador como forma que garantir a proibição do retrocesso. E no entender do pesquisador, tais medidas passam pela valorização – e lembre-se que também há princípio acerca disso – do trabalho formal. A proteção do trabalho denota inclusão social das pessoas que trabalham e no aspecto econômico refletem em melhor distribuição de renda e até mesmo, em consequência, aumento das pessoas com poder de consumo.

Neste mesmo sentido, como fundamento para que se evite medida flexibilizatória a ponto de reduzir direitos já conquistados, pode-se tomar aqueles lançados por Pablo Miozzo para justificar a necessidade de concretização dos direitos sociais. Diz

¹⁵³ GOLDCHMIDT. 2008. P174.

O Princípio da proibição do retrocesso social se tomado no seu âmbito positivo...atua como uma imposição legiferante concreta e permanente, de modo que o legislador possui um dever *prima facie* contínuo de concretização da Constituição através de medidas normativas.¹⁵⁴

Ou seja, se pensar que mesmo aquelas normas constitucionais que ainda não estão concretizadas na legislação infraconstitucional têm a obrigação de se concretizarem a ponto de assim não sendo, afrontarem o princípio da vedação do retrocesso, representando, por óbvio, retrocesso social, ainda mais flexibilização do direito do trabalho. Isso porque flexibilizar significa ir ainda mais longe, significa alterar o que já está posto.

Bem, lembrando a questão de que todo direito fundamental tem núcleo essencial, um tanto a ser protegido, Vanessa Souza, ao contextualizar acerca da necessidade de observância do contexto econômico social, lembra que

Sob pena de ofensa ao princípio da proibição do retrocesso social, é importante que se observe o núcleo essencial de direitos trabalhistas conquistados – mesmo em face da crescente necessidade das empresas em conseguirem viabilizar a competitividade de seus produtos no mercado.¹⁵⁵

E segue explicando que *tais limitações têm o condão de garantir, justamente, condições dignas para o empregado, bem como a manutenção de direitos adquiridos historicamente por lutas e conflitos.*¹⁵⁶

Resta evidente, por tudo que se apontou acerca da evolução história das relações de trabalho, e conseqüentemente o surgimento e evolução do próprio direito do trabalho, que o contexto em que as normas foram elaboradas foi como forma de solução de conflitos. No máximo pode-se dizer que vieram elas para evitar conflitos diante do tanto que se conhecida dos conflitos até então existentes. E a

¹⁵⁴ MIOZZO, Pablo Castro. A dupla face do princípio da proibição do retrocesso social e os direitos fundamentais no Brasil: uma análise hermenêutica. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010

¹⁵⁵ SOUZA. Vanessa Roberta do Rocio. Flexibilização dos direitos trabalhistas e o princípio da vedação do retrocesso social. Curitiba: Juruá. 2011. p230.

¹⁵⁶ Idem

flexibilização, em tese, não poderia tornar a existência de conflitos? É questão que fica a partir do raciocínio pela análise integral do que até aqui se colou pragmaticamente acerca da matéria em debate.

E a proteção o núcleo essencial do direito social, fundamental, do trabalho é, no entender de outros ainda o caminho para verificação da proteção. É o que se entende pelo que diz Mario de Conto,

Dessa forma, a atribuição de sentido do Princípio da Proibição do Retrocesso Social...implica no reconhecimento de uma seara de proteção aos Direitos Fundamentais Sociais, no que tange ao seu núcleo essencial. Dessa forma, a liberdade de conformação legislativa – inerente à noção de Estado de Direito – deve ser ponderada, em virtude de outros princípios constitucionais.¹⁵⁷

A flexibilização do direito do trabalho, ainda que no modelo que se comentou anteriormente mais evidente no Brasil passa, necessariamente, pelo legislador. E o norte de proteção do núcleo essencial, e claro, a óbvia necessidade de conhecimento deste tanto, é tarefa do legislador, à luz o que lhe indicam os preceitos constitucionais, sobre tudo os direitos fundamentais.

Vale ver exemplificativamente, decisão tomada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região acerca da invalidação de norma coletiva flexibilizadora. É a ementa:

NULIDADE DE CLÁUSULA COLETIVA. EMPREGO DESDOBRADO. SUPRESSÃO DE DIREITOS. Em que pese a regra constitucional que reconhece a legitimidade do instrumento coletivo como fonte normativa do Direito do Trabalho, a cláusula presente em acordo coletivo que estabelece a possibilidade de realização de trabalho em eventos específicos para o mesmo empregador, sem vinculação salarial e sem o cômputo de jornada regular ou extraordinária, deve ser declarada nula por não representar autêntica **flexibilização** em consonância com os demais dispositivos constitucionais, além de não gerar qualquer tipo de melhoria para a condição **social** dos trabalhadores. Mantida a sentença.¹⁵⁸

¹⁵⁷ CONTO. Mario de. O princípio da proibição do retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008. p102.

¹⁵⁸ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, 1ª Turma, Processo nº 0020410-68.2014.5.04.0029 RO, Desembargador Marçal Henri dos Santos Figueiredo – Relator. 20 de outubro de 2015.

Ainda, é pertinente a análise de Ingo Sarlet ao tratar do que ele chama de vinculação mínima necessária do legislador com o núcleo essencial do direito social, lembrando, que dentre esses, direitos, sociais, está o direito do trabalho. Aponta ele que

...em se admitindo uma ausência de vinculação mínima do legislador (assim como dos órgãos estatais em geral) ao núcleo essencial já concretizado na esfera dos direitos sociais e das imposições constitucionais em matéria de justiça social, estar-se-ia chancelando uma fraude à Constituição, pois o legislador – que ao legislar em matéria de proteção social apenas está a cumprir um mandamento do constituinte – poderia pura e simplesmente desfazer o que fez no estrito cumprimento da Constituição....Em outras palavras, mesmo tendo em conta que o “espaço de prognose e decisão” legislativo seja efetivamente sempre variável, ainda mais no marco dos direitos sociais, não se pode admitir que em nome da liberdade de conformação do legislador o valor jurídico dos direitos sociais, assim como sua própria fundamentação, acabem sendo esvaziados.¹⁵⁹

Ora, a conformação que traz o autor é exatamente a imposição de limite ao legislador em matéria de direitos sociais salientando ser esse limite o núcleo essencial do direito fundamental. E salienta que tal imposição não significa interferir no poder de legislar, ou seja, na subjetividade envolvida no âmbito legislativo. Não. A subjetividade é que deve respeitar o limite.

Não é difícil ligar o raciocínio à flexibilização do direito do trabalho. Ora, a flexibilização, por meio legislativo, está exatamente a tratar do direito social do trabalho. E tal trabalho deve ter sempre por norte o dito núcleo essencial do direito social do trabalho.

E tal análise deve transcender ainda para a verificação do conjunto de direitos fundamentais, ou seja, além disso, a flexibilização não pode ser dar a ponto de afrontar, logicamente outro direito fundamental. É o que se pode tirar do comentário de Luiza Cristina Pinto e Netto quando aponta

¹⁵⁹ SARLET. 2015. p462

A defesa de um núcleo essencial para os direitos sociais - e para os demais direitos fundamentais – parte da consideração de que, para concretiza-los, é imprescindível inseri-los sistematicamente na ordem constitucional, confrontando-os com os demais direitos fundamentais, bens e valores protegidos constitucionalmente, para determinar, dentro do âmbito de normas e posições que se adscrevem *prima facie* às disposições jusfundamentais, as que se tornam definitivas em cada caso.¹⁶⁰

Não se pode olvidar, assim que a flexibilização dos direitos sociais, flexibilização do direito do trabalho encontra limites, encontra barreiras. Essas não tiram a possibilidade de alterações legislativas, mas vedam, de modo sistemático, reforma legislativa prejudicial ao trabalhador. E tais limites foram impostos, escolhidos, apontados, positivados pelo constituinte que moldou tal sistema.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal é pertinente o exemplo do julgado com repercussão geral do RE 658312, no voto proferido pelo Ministro Celso de Mello. O que se trata lá é a recepção ou não pela Constituição Federal do artigo 384 da CLT, que prevê tempo de intervalo para a mulher entre o labor ordinário e extraordinário, ou seja, descanso obrigatório de quinze minutos antes de realizar horas extras.

A previsão daquele artigo é *Art. 384 - Em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso de 15 (quinze) minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário do trabalho.*¹⁶¹

O voto do Ministro Celso de Mello naquele feito denota a utilização do princípio da vedação do retrocesso como fundamento para convalidar a recepção da norma. Diz ele

¹⁶⁰ NETTO, Luísa Cristina Pinto e. O princípio da proibição do retrocesso social. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2010. p178

¹⁶¹ BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho.

O art. 384 da CLT traduz uma das inúmeras medidas que, adotadas pelo Estado brasileiro em respeito aos compromissos que assumiu no plano doméstico e no âmbito internacional, objetivam eliminar todas as formas não só de violência, mas, igualmente, de discriminação contra as mulheres, quer na vida pública, quer na vida privada. A “mens” revelada pela norma legal em questão justifica, Senhora Presidente, que se faça breve reflexão – que reputo indissociável do debate ora em julgamento – em torno da condição feminina e da expansão dos direitos fundamentais da mulher, notadamente contra tratamentos discriminatórios no contexto das formações sociais contemporâneas.

...

Se esta Suprema Corte, por absurdo, julgasse não recepcionado o art. 384 da CLT, tal decisão implicaria frontal transgressão ao princípio que veda o retrocesso social. O exame desse importante postulado constitucional, consideradas as razões que lhe são subjacentes e sobre as quais já discorri, longamente em votos proferidos nesta Corte (ADI 3.105/DF – ADI 4.350/DF – ARE 727.864-AgR/PR – RE 581.352-AgR/AM– RE 795.749-AgR/CE – STA 223-AgR/PE, v.g.), permite-me afirmar que a pretensão ora deduzida pela empresa recorrente, caso acolhida fosse, provocaria inadmissível efeito perverso traduzido, no caso em julgamento, no desrespeito e na ofensa ao princípio que veda o retrocesso social. Como se sabe, o princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive, consoante adverte autorizado magistério doutrinário (GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, “Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais”, 1ª ed./2ª tir., p. 127/128, 2002, Brasília Jurídica; J. J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, p. 320/322, item n. 03, 1998, Almedina; ANDREAS JOACHIM KRELL, “Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha”, p. 40, 2002, Sergio Antonio Fabris Editor; INGO W. SARLET, “Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988”, “in” Interesse Público, p. 91/107, n. 12, 2001, Notadez; THAIS MARIA RIEDEL DE RESENDE ZUBA, “O Direito Previdenciário e o Princípio da Vedação do Retrocesso”, p. 107/139, itens ns. 3.1 a 3.4, 2013, LTr, v.g.). Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional, impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos.¹⁶²

Dá para observar, com a leitura completa do julgado que o Ministro faz citação da teoria de Canotilho, e o utiliza como doutrina nas razões de decidir. Faz a aplicação do princípio da vedação do retrocesso ao interpretar que não é possível a supressão de direito da mulher trabalhadora ao ponto de se entender que a Constituição Federal recepcionou o referido artigo mesmo com a previsão da igualdade posta no artigo 5º daquela Carta.

¹⁶² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Reclamação 658312. Ministro Celso de Mello. Voto. 27 de novembro de 2014.

E mais uma vez é pertinente o que salienta Sarlet quando trata da proteção dos direitos fundamentais frente ao legislador

A partir do exposto, verifica-se que a proibição o retrocesso, mesmo na acepção mais estrita aqui enfocada, também resulta diretamente do princípio da maximização da eficácia de (todas) as normas de direitos fundamentais. Por via de consequência, o artigo 5º, § 1º da nossa Constituição, impõe a proteção efetiva dos direitos fundamentais não apenas contra a atuação do poder de reforma constitucional...mas também contra o legislador ordinário e os demais órgãos estatais... que, portanto, além de estarem incumbidos de um dever permanente de desenvolvimento e concretização eficiente dos direitos fundamentais não pode – em qualquer hipótese – suprimir pura e simplesmente ou restringir de modo a invadir o núcleo essencial do direito fundamental ou atentar, de outro modo, contra as exigências de proporcionalidade.¹⁶³

E há, nesse sentido, a lembrança de Ricardo Cavalcante quanto ao fato de que a valorização do trabalho precede na Constituição Federal a livre iniciativa. Diz acerca disso

...o constituinte brasileiro fez uma clara opção entre os valores apontados, tendo se direcionado a sobrepor a proteção do empregado em detrimento do direito de empreender livremente. A colocação do valor social do trabalho como diretriz anterior à livre iniciativa evidentemente tem um sentido bem propositado em sua sintonia com a qualificação do Estado brasileiro, já no pórtico da Carta Política como Democrático de Direito (CF/88, artigo 1º, *caput*)¹⁶⁴

O comentário é útil à análise do problema em questão. Trata-se de mais um ponto de proteção, mais um fundamento protetivo dos direitos dos trabalhadores em face da flexibilização do direito do trabalho.

Não se pode deixar de perceber que tal princípio, embora não tenha previsão expressa na Constituição Federal, encontra, no mínimo aspecto subjetivo no artigo constitucional, já citado, que positiva o princípio da aplicação da norma

¹⁶³ SARLET. 2015. p466

¹⁶⁴ CAVALCANTE. 2008. P156

mais favorável ao obreiro. Ambos andam em consonância, e se dão mutuamente ares de efetividade dos direitos. Do mesmo modo, a vedação do retrocesso coaduna intimamente com o princípio da dignidade da pessoa humana sendo essa uma das razões de sua aplicabilidade.

CONCLUSÃO

Inicialmente, há de se ressaltar que a matéria estudada deixa margem para posteriores análises. Isso por dois fatores básicos: O primeiro porque o direito do trabalho, social como é, assim como a maioria os outros ramos, está em constante mutação, visto que decorre de acontecimentos sociais. A sociedade modifica meios produtivos, formas de se relacionar, devendo, estar em compasso com o direito laboral. O segundo, porque existem várias formas e enfoques de se perceber um mesmo tema. Qualquer teoria está sujeita a reparo quando apresentada ao caso concreto.

Pode-se verificar durante a exposição que fenômenos atuais sociais, como a globalização, têm influência direta nas relações de trabalho, refletindo, por consequência, no direito do trabalho. Trata-se de fenômeno histórico e social, atual, com desdobramentos em vários ramos da sociedade e do direito. A flexibilização do direito do trabalho, um dos enfoques básicos do presente estudo, é decorrente da globalização.

Desse modo, o que se pôde ver no presente trabalho foi a previsão dos direitos sociais no Brasil como direitos fundamentais. Não resta dúvida de que o são diante de seu conteúdo bem como diante até mesmo da parte em que foram organizados pelo constituinte. Foi verificado de modo inequívoco a consagração do direito do trabalho como direito social no Brasil. Pode-se concluir, sem dúvida, que o direito trabalho, naquilo que está previsto no texto constitucional se trata, efetivamente, de direito fundamental.

Em razão de tal condição, abordou-se ainda no primeiro capítulo do presente estudo os direitos sociais (direito do trabalho) como direito fundamental passando para a análise do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Notou-se que todo direito fundamental traz em seu bojo um tanto de inviolabilidade, ou seja, um tanto, aqui chamado núcleo, que não pode ser atingido pelas modificações legislativas.

Viu-se que, em que pese a inexistência de norma específica acerca da efetiva proteção do núcleo, o que não acontece, como posto, em outros países que já trazem, não significa que o núcleo do direito possa ser abalado. É o núcleo

essencial do direito fundamental aquilo que se pode ter por razão de ser do próprio direito fundamental, e abala-lo significaria desconsiderar sua existência.

Foi nesse sentido apresentado, de modo específico ainda no primeiro capítulo, porque a razão das notas anteriores era exatamente para nele chegar, o princípio da vedação do retrocesso social. Fizeram-se pertinentes as abordagens sobre os direitos sociais como fundamentais e a proteção do núcleo essencial no modelo em que o conhecimento do princípio em comento e sua interpretação necessitavam daqueles conceitos.

Assim, foi possível trabalhar o princípio que foi trazido com variação de nomenclatura, como proibição do retrocesso social e vedação do retrocesso social, tendo, claro, as expressões o mesmo sentido. Com a análise conheceu-se as origens de sua utilização observando, sem sombra de dúvida, a relação direta entre sua aplicação e a proteção do referido núcleo essencial dos direitos sociais fundamentais.

As notas conceituais apresentadas acerca do princípio ensejador do presente estudo deixam clara sua característica de previsão que privilegia o estado social. Notou-se haver com o princípio uma obrigação de respeito ao sistema jurídico constitucional, de modo a ser observado tanto pelo legislador infraconstitucional como pelo judiciário.

Do mesmo modo a interpretação do princípio tornou possível ter-se certeza da aplicabilidade dele no direito brasileiro. Tendo-se que mesmo não estando expressamente positivado, o princípio da vedação do retrocesso social deve ser respeitado observando-se os limites impostos pela razoabilidade. Deve ele ser um dos princípios norteadores, uma das preocupações do legislador, como meio de se dar efetividade ao caráter social da Constituição Federal, diante do caráter fundamental de tais direitos.

Mas como a ideia posta para problemática no estudo era a utilização do princípio em face da flexibilização do direito do trabalho, tornou-se necessário que se conhecesse o exatamente é ou o que representa, como se dá, a dita flexibilização. Para tanto, ao iniciar o segundo capítulo houve uma abordagem dos fatores históricos do direito do trabalho. É que esse ramo do direito não pode ser compreendido sem que se conheça, realmente, sua formação. O modo como surgiu

o ramo direito do trabalho coaduna com a inserção dele no âmbito dos direitos sociais.

Ou seja, o que se pretendeu fazer aqui foi demonstrar o caminho histórico do direito laboral para, com isso poder o leitor entender o porquê estar ele inserido dentre os direitos sociais. Notou-se de plano que tal ramo decorre de conquista da classe trabalhadora. Tudo que se tem em matéria de proteção dos trabalhadores - e aí poderia se conceituar tranquilamente o ramo no Brasil como direito do trabalhador, assim como a normativa de consumo se denomina direito do consumidor – existe não com o simples propósito de regular a relação existente entre partes mas sim como meio efetivo de proteger a parte hipossuficiente na relação de trabalho.

Foi abordando o trabalhador como hipossuficiente que se analisou o princípio da proteção como razão de ser do direito do trabalho. É que o intuito de tal ramo, como dito há pouco é, efetivamente, a proteção do trabalhador. Referido princípio, que representa o valor do trabalho para a evolução da sociedade, serve de embasamento para análise e aplicação de outros que também servem de embasamento para conclusão do problema que foi aqui proposto.

Abordou-se a globalização como um dos fenômenos históricos, sociais e culturais que têm relevante relação com o problema. É que, conforme trabalhado, a flexibilização do direito laboral, foco do presente estudo, tem íntima relação com a globalização. Hora, a globalização econômica acompanhada com a tecnológica alteram os meios de produção. A partir do momento em que grandes grupos econômicos assumem posturas empreendedoras em diferentes países, esses são levados a repensar suas legislações que, de um ou outro modo, não corroboram com os interesses daqueles.

É nesse sentido que se tem como uma das possibilidades a flexibilização do direito do trabalho. A redução de direitos, ou ainda pior, a desregulamentação, como fator a modificar os direitos dos trabalhadores no Brasil. Apontou-se de modo exemplificativo, que a Constituição Federal desde sua promulgação em 1988 já trouxe algumas previsões flexibilizadoras, o que fez privilegiando, em alguns planos, em especial redução salarial e alteração de jornada de trabalho, a negociação

coletiva, ou seja, a negociação de direitos entre os sindicatos de classes em prol de suas categorias.

No mesmo norte, foram apresentadas formas de flexibilização, deixando claro que uma delas é a alteração legislativa de direitos consagrados nos textos infraconstitucionais. A pergunta até então permanece. Tal fator flexibilização afronta o princípio da proibição do retrocesso social?

Para chegar ao termo da pesquisa, no terceiro capítulo se fez necessária a abordagem de dois outros princípios consagrados que servem também de base para as soluções quando se trata de direito social do trabalho. Um, o princípio da aplicação da norma mais favorável ao obreiro como decorrente do princípio da proteção, antes tratado. O segundo, o princípio da dignidade da pessoa humana que aborda os direitos sociais com a ótica dos direitos humanos.

Tratando de princípio da aplicação da norma mais favorável, verificou-se que, no que tange ao direito do trabalho, a hierarquia de normas tratada classicamente dá espaço a outro modo de verificação, estando no topo sempre a norma mais benéfica ao trabalhador não importando o local que ocupa no ordenamento jurídico. A relação com esse e o problema do presente estudo é que tal condição deve ser observada na própria criação de normas novas, ou seja, é necessário, por respeito ao princípio, que uma norma nova seja mais favorável ao trabalhador.

Tanto é correto o raciocínio do parágrafo anterior, e tanto tem ele relação com o problema proposto, que, conforme já citado no desenvolvimento do texto, a Constituição Federal de 1988 trouxe no caput do seu artigo 7º tal previsão, elencando os direitos básicos dos trabalhadores e referindo que têm os obreiros aqueles direitos *além de outros que visem a melhoria de sua condição social*, ou seja, positiva o princípio.

Como uma das respostas à questão representada pelo problema é possível dizer que a previsão do referido artigo 7º, *caput*, da Constituição Federal que positiva aquele princípio também traz de modo subjetivo, a própria previsão de proibição do retrocesso social. Ora, se o objetivo do legislador deve ser a previsão de direitos que promovam a melhoria da condição social do trabalhador, tal texto se mostra proibitivo do contrário, da piora nos direitos sociais dos trabalhadores.

No mesmo sentido a previsão do princípio da dignidade da pessoa humana. A condição humana do trabalhador é o fator que dá ensejo à previsão protetiva, ou seja, ao princípio da proteção e tudo que dele decorre. Mais uma vez se percebe a pertinência da análise histórica aqui realizada. Os precedentes históricos das relações de trabalho fazem com que os estudos acerca da dignidade da pessoa humana tenham como fáceis exemplos as questões *jus* laborais.

Quando, através de normas flexibilizadoras, está se suprimindo direitos sociais dos trabalhadores está nitidamente sendo afrontado o princípio da dignidade da pessoa humana. E a afronta a tal princípio denota, por mais um enfoque, o desrespeito à evolução dos direitos sociais, representando então, à guisa de conclusão, mais uma forma de retrocesso social.

Tem-se, desde já então, que a flexibilização representa, sim, afronta ao princípio da vedação (ou proibição) do retrocesso social, tornando-se afirmativa a resposta ao questionamento formulado no problema, e sendo desse modo rechaçada a segunda hipótese aludida.

BIBLIOGRAFIA

ANAMATRA, 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho. Enunciado 9. Disponível em https://www.conjur.com.br/2008-jan-28/enunciados_anamatra_mostram_tendencias_juizes?pagina=3. Acessado em 08/02/2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas Normas. 9.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direitos Constitucional. 26. ed. São Paulo: Malheiros. 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Consolidação das Leis do Trabalho. Organizado por Nylson Paim de Abreu Filho. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2003.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Reclamação 658312. Ministro Celso de Mello. Voto. 27 de novembro de 2014

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. 7ª Turma. Recurso Ordinário. Processo nº 0000307.05.2011.5.04.0471. Denise Pacheco. Porto Alegre, 05 de março de 2015.

_____. 1ª Turma, Processo nº 0020410-68.2014.5.04.0029 RO, Desembargador Marçal Henri dos Santos Figueiredo – Relator. 20 de outubro de 2015

_____. 10ª Turma, Processo nº 0020528-29.2013.5.04.0401 RO, Juiz Convocado Luis Carlos Pinto Gastal. Porto Alegre, 19 de junho de 2015

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento. TST-AIRR-277/2002-064-03-00.5. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa. Brasília. 21 de maio de 2008.

CALIL, Cristiane Gomes. O Impacto da Flexibilização das Normas Trabalhistas nas Obrigações Empresariais. In RÜDIGER, 1999.

CAMINO, Carmen. Direito Individual do Trabalho. Porto Alegre: Síntese, 2003.

CATHARINO, José Martins. Compêndio de Direito do Trabalho. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

CAVALCANTE, Ricardo Tenório. Jurisdição, direitos sociais e proteção do trabalhador: a efetividade do direito material a processual do trabalho desde a teoria dos princípios. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 54, p. 28-39, 2006. p. 28. Disponível em <http://www.clemersoncleve.adv.br/ola-artigos>. Acessado em 20/12/2015.

CONTO, Mario de. O princípio da proibição do retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. Volume I. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003.

_____. Introdução ao direito do trabalho. São Paulo: LTr. 1995.

ERMIDA URIARTE, Oscar. A flexibilidade. São Paulo: LTr. 2002.

FERREIRA, António Casimiro. Para uma concepção decente e democrática do trabalho e seus direitos: (Re) pensar o direito das relações laborais. In: SANTOS, Boaventura de Souza. A Globalização e as Ciências Sociais. Cortez: São Paulo, 2005.

FERRER, Gabriel Real; CRUZ, Paulo Márcio. Os novos cenários transnacionais e a democracia assimétrica. p. 38. Disponível em <http://revistas.unopar.br>. Acessado em 29/07/2014.

FITELI, Narbal Antônio Mendonça. O princípio da proibição do retrocesso social. Jus navigandi. 2009. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/12359/o-principio-da-proibicao-de-retrocesso-social#ixzz3ZqxXj022>. Acessado em 18/07/2015

FREITAS, José Mello de (Org.). Reflexões sobre direito do trabalho e flexibilização. Passo Fundo: UPF, 2003.

FRIEDMANN, Thomas. O mundo é plano: Uma breve história do século XXI. Tradução de Cristiana Serra e S. Duarte. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo e Outro. Resumo de Direito do Trabalho. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GOLDCHMIDT, Rodrigo. Flexibilização dos direitos trabalhistas: ações afirmativas da dignidade da pessoa humana como ações de resistência. Florianópolis. 2008. p. 118. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/91866/252613.pdf?sequence=1>.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Direito Constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

_____. O Direito Constitucional como ciência e direção – o núcleo essencial das prestações sociais ou a localização incerta da sociedade (contributo para a reabilitação da força normativa da “Constituição Social”. In. GOMES CANOTILHO, José Joaquim et. al. Direitos Fundamentais Sociais. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 26

GRAU, Eros Roberto. O Direito Posto e o Direito Pressuposto. São Paulo: Malheiros, 2002.

KYMLINCKA, Will. Filosofia política contemporânea: uma introdução. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. Sociologia Geral. 7.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 28.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. Flexibilização das condições de trabalho. São Paulo: Atlas, 2000.

MARX, Karl, ENGELS, Friedrich. Manifesto do Partido Comunista. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direitos Constitucional. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIOZZO, Pablo Castro. A dupla face do princípio da proibição do retrocesso social e os direitos fundamentais no Brasil: uma análise hermenêutica. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MÜLLER, Friedrich. A Limitação das Possibilidades de Atuação do Estado-Nação Face à Crescente Globalização e o Papel da Sociedade Civil em possíveis estratégias de resistência. In. BONAVIDES, Paulo. DE LIMA, Francisco Gérson Marques. BEDÊ, Fayga Silveira. Estudos em Homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho. 24. ed. São Paulo:

Saraiva, 2009.

_____. Direito Contemporâneo do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 2011.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. O princípio da proibição do retrocesso social. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2010.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Cínthia Machado de; DORNELLES, Leandro do Amaral. Direito do trabalho. Porto Alegre: Verbo Jurídico. 2013.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Constituição. Filadélfia. 1944. Disponível em http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf. Acessado em 10.06.2016.

PLÁ RODRIGUES, Américo. Princípios de Direito do Trabalho. 3. ed. Trad. Wagner Giglio. São Paulo: LTr, 2000.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade Humana. In. LEITE, George Salomão (Org.). Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003.

PORTUGAL. Acórdão 39/84. Processo 6/83. Tribunal Constitucional. Disponível em <https://dre.pt/application/conteudo/384993>.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. Dignidade Humana e Moralidade Democrática. Brasília: Jurídica, 2001.

RIBEIRO, Eloywaldo Lartelli. O Direito do Trabalho frente a Globalização e a Integração Econômica no Mercosul In. DOROTHEE, Susanne Rüdiger. (Coord.) Tendências do direito do trabalho para o século XXI: globalização, descentralização produtiva e novo contratualismo. São Paulo: LTr, 1999.

RÜDIGER, Dorothee Susanne. (Coord.) Tendências do direito do trabalho para o século XXI: globalização, descentralização produtiva e novo contratualismo. São Paulo: LTr, 1999.

SANTIN, Janaina Rigo. As novas fontes de poder no mundo globalizado: flexibilização ou sonegação de direitos. Disponível em http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/3. Acessado em 09/08/2014.

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 na

Constituição Federal de 1988. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf. Acessado em 18/01/2016.

_____. O Estado Social de Direito a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental de Propriedade. Revista Eletrônica Sobre Reforma do Estado. p. 9. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/rere-9-mar%C3%87o-2007-ingo%20sarlet.pdf>, Acessado em 20/12/2015.

_____. Notas sobre a assim designada proibição do retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. Revista do TST. Vol. 75 nº 3, Setembro de 2009. Brasília. (Disponível em <http://www.tst.jus.br>)

SILVA, José Afonso. Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. A evolução dos direitos fundamentais. Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais. 2005.

SOUZA, Vanessa Roberta do Rocio. Flexibilização dos direitos trabalhistas e o princípio da vedação do retrocesso social. Curitiba: Juruá. 2011.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito Constitucional do Trabalho. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VECCHI, Ipojucan Demétrius. Considerações Sobre a proposta de alteração do art. 618 da CLT. In: FREITAS, José Mello de. (Org.). Reflexões sobre direito do trabalho e flexibilização. Passo Fundo: UPF, 2003.

_____. Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional. Passo Fundo: UPF, 2004.

VIANA, Segadas. In SÜSSEKIND, Arnaldo. Instituições de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2003.