

# A ORDEM JURÍDICA TRABALHISTA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: REFLEXÕES SOBRE O DESMONTE DE DIREITOS SOCIAIS À LUZ DA TEORIA DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

## *THE LABOR LEGAL ORDER AND THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988: REFLECTIONS ON THE DISASSEMBLY OF SOCIAL RIGHTS IN THE LIGHT OF THE THEORY OF EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS*

Diego Carneiro Costa \*

Leandro Reinaldo da Cunha \*\*

RESUMO: O artigo propõe analisar o cenário jurídico trabalhista após as reformas promovidas pelo legislador pátrio sob a ótica do direito constitucional, notadamente à luz da teoria da eficácia dos direitos fundamentais. Defende-se neste trabalho a ideia de que as mudanças ocorridas no paradigma juslaboral por meio de legislação infraconstitucional não podem ser interpretadas de forma isolada, já que o Direito do Trabalho está inserido num sistema aberto de regras e princípios, constituído, inicialmente, pela própria Constituição Federal de 1988. Utilizar-se-á o método hipotético-dedutivo, através da revisão bibliográfica, como forma de delimitar o problema e compreender adequadamente o cenário social existente.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Trabalho. Constituição Federal. Direitos Fundamentais.

*ABSTRACT: The article proposes to analyze the labor legal scenario after the reforms promoted by the national legislator from the perspective of constitutional law, notably in the light of the theory of the effectiveness of fundamental rights. This paper defends the idea that changes in the juslaboral paradigm through infraconstitutional legislation cannot be interpreted in isolation, since Labor Law is inserted in an open system of rules and principles, initially constituted by Federal Constitution of 1988. The hypothetical-deductive method, through literature review, will be used as a way of delimiting the problem and adequately understanding the existing social scenario.*

KEYWORDS: Labor Law. Federal Constitution. Fundamental Rights.

---

\* Mestrando do PPGD da Universidade Federal da Bahia; pesquisador do grupo de pesquisa Direito e Sexualidade; especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Universidade Anhanguera-UNIDERP (Rede LFG); analista judiciário e assessor jurídico no Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região.

\*\* Pós-doutor e doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); professor titular-livre de Direito Civil da Universidade Federal da Bahia (UFBA); líder do grupo de pesquisa Direito e Sexualidade.

## 1 – Introdução

O presente artigo pretende demonstrar que as reformas atualmente empreendidas no ordenamento jurídico-trabalhista através da legislação infraconstitucional não estão de acordo com o projeto social idealizado pela Constituição Federal de 1988.

Pretende-se abordar a questão a partir da teoria dos direitos fundamentais, defendendo a hipótese de que a ordem jurídico-trabalhista prevista constitucionalmente vincula o legislador ordinário a editar normas que ampliem o patamar de direitos sociais, de forma a atender ao espírito do legislador constituinte.

No capítulo seguinte, tentar-se-á demonstrar que, de forma totalmente contrária ao espírito da Carta Social, o Estado brasileiro vem sendo guiado por uma “racionalidade neoliberal”, que adotou a precarização do trabalho e a fragilidade da proteção social como característica central da dinâmica do crescimento econômico a qualquer custo.

Em seguida, será apresentado um panorama do funcionamento da ordem constitucional trabalhista, expondo-se a tese de que os direitos sociais são cláusulas pétreas. Na mesma seção também se discute como o princípio da proteção e o princípio da vedação ao retrocesso social podem servir de fundamentos de controle de constitucionalidade e convencionalidade.

Posteriormente, aprofundar-se-á a teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais a partir da perspectiva da sua eficácia irradiante e dos deveres ativos de proteção do Estado ao Direito do Trabalho, articulando tais teorias com a vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais e suas nuances.

Por fim, discute-se a hipótese de o princípio da proporcionalidade servir como um limite à atuação do legislador pátrio que atente contra a eficácia dos direitos sociais trabalhistas, buscando, ao final, ampliar o leque de opções para o intérprete analisar a constitucionalidade das normas que suprimam ou reduzam direitos.

Para tanto, utilizar-se-á o método hipotético-dedutivo, através do procedimento da pesquisa bibliográfica.

## 2 – A racionalidade neoliberal e o desmonte de direitos trabalhistas

O momento histórico atual do Direito do Trabalho está cada vez mais distante da ideia clássica do trabalho assalariado, surgido nos moldes da organização produtiva tipo fordista/taylorista, no qual além da retribuição pelo labor prestado, o trabalhador tinha a garantia de uma proteção social ampla,

o que ocorreu, sobretudo, nos países centrais do capitalismo que adotaram o estado de bem-estar social (*welfare state*).

Dessa forma, vive-se em todo o mundo uma nova fase do capitalismo contemporâneo, denominado de acumulação flexível (HARVEY, 1995), marcada por um confronto direto com a rigidez do fordismo. Ela se apoia na flexibilidade dos processos de trabalho, dos mercados de trabalho, dos produtos e padrões de consumo (HARVEY, 1995, p. 140).

Swyngedouw (1986), citado por Harvey (1995), bem situou as mudanças no modo de produção e de organização industrial, cabendo pontuar algumas das principais: i) industrialização dos países do 3º mundo e desindustrialização de países centrais, que se voltam para a especialização dos serviços; ii) dispersão de relações capitalistas em muitos setores e regiões; iii) dispersão, diversificação da divisão territorial-espacial do trabalho; iv) declínio da dimensão da fábrica propiciado pela dispersão geográfica e aumento da subcontratação; v) configurações culturais-ideológicas do “pós-modernismo” (SWYNGEDOUW, 1986, *apud* HARVEY, 1995, p. 166).

Sob essa perspectiva, Druck (2011) assevera que na era da acumulação flexível, as transformações trazidas pela ruptura com o padrão fordista geraram outro modo de trabalho e de vida pautado na flexibilização e na precarização do trabalho, como exigências do processo de financeirização da economia, que viabilizaram a mundialização do capital num grau nunca antes alcançado (DRUCK, 2011, p. 42).

A mundialização do capital, por sua vez, está operacionalmente relacionada com o que Dardot e Laval (2016) identificaram como sendo uma “racionalidade neoliberal”, que pode ser conceituada como a ideia de que o neoliberalismo não é apenas uma ideologia ou política econômica, mas uma racionalidade que tem como característica principal a “generalização da concorrência como norma de conduta e a empresa como modelo de subjetivação” (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 17).

O modo de acumulação flexível e a racionalidade neoliberal desvincularam as relações sociais prevalecentes na era fordista e tornaram o sujeito trabalhador um ser estritamente individual: isolaram-no objetivamente dos demais trabalhadores através de práticas, como a terceirização, o trabalho a distância, a alta rotatividade dos contratos a prazo determinado etc., e subjetivamente através da concorrência entre os próprios trabalhadores pela fixação de objetivos meramente individuais.

Explicando o modo de produção da acumulação flexível, destaca-se Bourdieu (1998):

“(…) se instaura o reino absoluto da flexibilidade, com os recrutamentos por intermédio de contratos de duração determinada ou as interinidades e os ‘planos sociais’ de treinamento, e a instauração, no próprio seio da empresa, da concorrência entre filiais autônomas, entre equipes, obrigadas à polivalência, e, enfim, entre indivíduos, através da individuação da relação salarial: fixação de objetivos individuais; práticas de entrevistas individuais de avaliação; altas individualizadas dos salários ou atribuição de promoções em função da competência e do mérito individuais; carreiras individualizadas; estratégias de ‘responsabilização’ tendendo a garantir a autoexploração de certos quadros que, sendo simples assalariados sob forte dependência hierárquica, são ao mesmo tempo considerados responsáveis por suas vendas, seus produtos, sua sucursal, sua loja etc., à maneira dos ‘por conta própria’, exigência do ‘autocontrole’, que estende o envolvimento dos assalariados, segundo as técnicas do ‘*management* participativo’, bem além das atribuições características dos gerentes; eis algumas técnicas de submissão racional que, ao exigir o sobreinvestimento no trabalho, e não apenas nos postos de responsabilidade, e o trabalho de urgência, concorrem para enfraquecer ou abolir referências e as solidariedades coletivas.” (BOURDIEU, 1998, p. 35)

O autor salienta, todavia, que a dominação do discurso neoliberal não seria possível sem atual violência estrutural do desemprego, da precariedade e do medo inspirado na ameaça da demissão, bem como na existência de um “exército de reserva” formado pelos desempregados.

Ademais, observa-se que racionalidade que se faz presente na *psiqué* dos indivíduos está presente também no modelo de gestão das instituições, alcançando, inclusive, a conduta do Estado. Para Harvey (1995), a gradual retirada de apoio ao Estado do bem-estar social e o ataque ao salário real e ao poder sindical organizado foram simplesmente transformados pelos neoconservadores numa virtude governamental. Outrossim, o aumento da competição internacional em condições de crescimento lento forçou os Estados a se tornarem “empreendedores” e preocupados em manter um clima favorável aos negócios (HARVEY, 1995, p. 158).

Nesse mesmo sentido, Druck (2011) avalia que a esfera financeira se apoiou numa nova configuração do Estado, que passa a desempenhar um papel cada vez mais de “gestor dos negócios da burguesia”, agindo abertamente em

defesa da desregulamentação dos mercados, especialmente o financeiro e do trabalho (DRUCK, 2011, p. 42).

É nesse contexto de culto à “racionalidade neoliberal” que se insere o Brasil, que atualmente vive um processo de desmonte de direitos sociais nunca antes visto. Se bem verdade, foi iniciado nos anos 1990, tal processo foi acentuado a partir de 2017, principalmente com a edição das Leis ns. 13.429/2017 (alterações no trabalho temporário), 13.467/2017 (reforma trabalhista) e, mais recentemente, com a Lei nº 13.847/2019 (intitulada “declaração de direitos de liberdade econômica”) e a MPV nº 905, que instituiu o “contrato de trabalho verde e amarelo”, dentre outras alterações genéricas à CLT.

Nesse sentido, Galvão (2003), citado por Filgueiras (2012, p. 117), observou que as forças neoliberais no Brasil elegeram o direito do trabalho como um dos seus principais alvos de ataque, buscando diversas alterações legislativas para fragilizá-lo.

Com isso, o Brasil, que já foi considerado um dos países com a legislação trabalhista mais avançada do mundo, seguindo os ventos neoliberais do norte, passou a adotar de vez a precarização do trabalho e da proteção social como característica central da dinâmica do crescimento econômico a qualquer custo, nada obstante países vizinhos, como é o caso do Chile, tenham fracassado nessa tentativa. Tal postura não surpreende, visto que a máxima atual, que rege a simples retirada de direitos historicamente conquistados pelo operariado brasileiro é “ou todos direitos e desemprego ou menos direitos e emprego”.

Como veremos a seguir, o programa neoliberal de desmonte de direitos trabalhistas a partir da modificação legislação infraconstitucional, seja por lei ou medida provisória, vai de encontro aos princípios que regem a Constituição Federal de 1988. Partimos do pressuposto jurídico de que o Direito do Trabalho não pode ser lido de forma isolada, devendo ser inserido num sistema aberto de princípios e regras, constituído, inicialmente, pela própria Constituição Federal.

### **3 – A ordem constitucional trabalhista no Brasil: direitos trabalhistas como cláusulas pétreas, o princípio da proteção e da vedação ao retrocesso social**

A afirmação de José Albertino Rodrigues, em 1968, de que a CLT não era apenas “o mais amplamente divulgado documento legal no Brasil”, mas também seu texto era de longe “mais conhecido do que a Constituição Federal”, parece ainda se aplicar aos dias atuais, visto que o legislador infraconstitucional, ao instituir o programa neoliberal de desmonte de direitos sociais que atingiu

## DOUTRINA

a norma celetista, parece ter esquecido completamente o fato de que o direito do trabalho está protegido pela Constituição (FRENCH, 2007, p. 7).

É que a Carta Social de 1988, levantando a bandeira da redemocratização, reconheceu a relação de emprego celetista como o patamar mais elevado e seguro de contratação, visando à melhoria da condição social do trabalhador, nos termos do *caput* do seu art. 7º, como forma de promover a concretização do princípio da justiça social, prevista nos arts. 3º, I e III; 170, III e VIII, da CF/88.

A função civilizatória do Direito do Trabalho é fortalecida na relação de emprego celetista, já que esta vem acompanhada de normas de proteção que elevam o padrão jurídico e social do trabalhador, promovendo o exercício da cidadania, bem assim contribuindo para a distribuição de riquezas e o desenvolvimento do sistema econômico, por meio do incremento do mercado interno.

Pode-se dizer que a Constituição de 1988 elevou os direitos sociais dos trabalhadores, previstos nos arts. 7º a 11 da Constituição, à condição de verdadeiros direitos fundamentais, positivando um patamar civilizatório mínimo de trabalho com *status* de verdadeira cláusula pétrea, nos termos do art. 60, § 4º, IV, do Texto Constitucional.

Salientamos, todavia, que tal posição não é de todo pacífica na doutrina e jurisprudência, pois o dispositivo constitucional que trata da proteção contra a corrosão dos direitos e garantias através do processo legislativo (art. 60, § 4º, da CF/88) somente faz referência aos direitos e garantias individuais, sendo omissis quanto aos de cunho social. A interpretação literal, pois, é o principal argumento da corrente que rejeita a imutabilidade dos direitos sociais previstos constitucionalmente.

Por outro lado, a corrente pela qual nos filiamos entende que os direitos sociais também são cláusulas pétreas. Parte-se da ideia de que a dignidade da pessoa humana como núcleo essencial dos direitos fundamentais, a contemplar que os direitos individuais e sociais merecem idêntica proteção em face de eventuais alterações constitucionais. Assim, não há falar em dignidade da pessoa humana sem que sejam assegurados ao indivíduo os direitos sociais que configuram o mínimo existencial constitucionalmente assegurado. É o caso do direito social ao trabalho (digno), previsto no art. 6º da CF/88, bem como o rol de direitos previstos nos arts. 7º a 11 da CF/88.

Nesse sentido, o posicionamento paradigma do STF no julgamento da ADI 939-7, sendo importante destacar, dentre todos, o voto da lavra do Exmo. Ministro Celso de Mello:

## DOCTRINA

“Tivemos, Senhor Presidente, o estabelecimento de direitos e garantias de uma forma geral. Refiro-me àqueles previstos no rol, que não é exaustivo, do art. 5º da Carta, os que estão contidos, sob a nomenclatura de direitos sociais, no art. 7º e também em outros dispositivos da Lei Básica Federal, isto sem considerar a regra do § 2º do art. 5º, segundo o qual ‘os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados’.” (ADI 939-7, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 15.12.93, publ. 18.03.94)

Demais disso, o fracionamento ou divisão de direitos fundamentais em grupos distintos, em gerações ou mesmo em dimensões é meramente conceitual ou acadêmico, visando classificar os direitos com relação a suas particularidades ou momentos históricos. Afinal, é preciso lembrar da característica da complementaridade dos direitos fundamentais, o qual não permite que se dê distinta valoração jurídica a direitos individuais ou sociais.

Voltando-se mais especificamente aos direitos trabalhistas, espécies de direitos sociais, há, no *caput* do art. 7º da Carta de 1988, uma cláusula de abertura a direitos que visem à melhoria da condição social do trabalhador, o que alguns autores, como Sayonara Grillo e Carlos Henrique Horn (2008), identificaram como sendo a positivação constitucional do princípio da proteção.

Segundo esses autores, cada vez se reconhece mais que há um princípio da vedação ao retrocesso, utilizável, sobretudo, para preservar os direitos sociais (embora não somente), e que tal princípio visa projetar a segurança necessária a uma vida digna das pessoas também para o futuro, pois não são suficientes as medidas de proteção contra atos retroativos (GRILLO; HORN, 2008, p. 201).

Em resumo do que se analisou até o momento, tem-se as seguintes premissas: i) os direitos sociais, inclusive os trabalhistas, são cláusulas pétreas previstas no art. 60, § 4º, IV, da CF/88; ii) o art. 7º da CF/88 é a positivação, no plano constitucional, do princípio trabalhista da proteção; iii) é reconhecido, no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio do não retrocesso social. Partindo-se de tais premissas, deve-se questionar agora qual a função prática de todas essas constatações e quais os efeitos dela decorrentes.

Em primeiro lugar, é preciso deixar claro o seguinte: dizer que os direitos trabalhistas são cláusulas pétreas não representa óbice direto a toda e qualquer atuação do poder constituinte derivado reformador (através das emendas constitucionais) nem quer dizer que o legislador infraconstitucional não poderá alterar os direitos previstos nos arts. 6º a 11 da Constituição. Por óbvio, toda alteração benéfica dos direitos trabalhistas é possível, diante da cláusula de abertura

prevista no próprio art. 7º, *caput*, da Constituição. Questão polêmica gira em torno da alteração de cláusula pétrea que possa ser prejudicial. Como aduzem Souza Neto e Sarmiento (2017), trazendo posição majoritária da doutrina, o art. 60, § 4º, da CF/88 não deve ser concebido como vedação absoluta a qualquer tipo de modificação nos temas ali descritos. Segundo os autores:

“(...) quando a Constituição proíbe as emendas ‘tendentes a abolir’ as cláusulas pétreas, ela não impede mudanças redacionais, voltadas ao aperfeiçoamento dos institutos salvaguardados, nem alterações de menor monta, ainda quando importarem restrições a tais institutos (...) O poder constituinte reformador pode aprovar emendas que alterem esses conteúdos constitucionais, e pode até mesmo restringi-los moderadamente. Só não pode aboli-los, nem tampouco promover mudanças que cheguem a vulnerar o seu ‘núcleo essencial’.” (SARMENTO, 2017, p. 302)

Do ponto de vista hermenêutico, não há dúvida de que “núcleo essencial” é um conceito jurídico indeterminado, abrindo margem ao intérprete para extrair da norma jurídica o seu real significado. Na prática, há uma zona de incerteza diante das diversas interpretações possíveis. Basta lembrar, por exemplo, que a EC nº 20/98, sob a justificativa do equilíbrio financeiro e atuarial da Previdência Social, restringiu o salário-família, que na redação original do art. 7º, inciso XII, era direito de todo e qualquer trabalhador, apenas ao trabalhador de baixa renda, remetendo à legislação específica. Não houve declaração de inconstitucionalidade dessa alteração.

Do ponto de vista prático, a constatação de que os direitos trabalhistas são cláusulas pétreas serviria, por exemplo, para impedir que o legislador constituinte intentasse abolir o 13º salário, constante do art. 7º, inciso VIII, da CF/88 ou o pagamento de terço de férias, previsto no art. 7º, inciso XVII, da CF/88, hipóteses absurdas que recorrentemente vem sendo difundidas pelas *fake news* das redes sociais, e que, se vivêssemos em épocas de normalidade institucional, sequer seriam aqui mencionadas.

Por outro lado, é preciso ressaltar que, isoladamente, a natureza de cláusula pétrea dos direitos sociais trabalhistas, por si só, não impede que o legislador infraconstitucional realize alterações na regulamentação do trabalho, a exemplo da Lei nº 13.467/2017, pois, à primeira vista, os direitos constitucionais previstos no art. 7º foram preservados. Além disso, há de ser analisado, caso a caso, se houve restrição ao núcleo essencial dos direitos previstos na Constituição Federal pela norma infraconstitucional, o que iremos aprofundar nos tópicos seguintes.



Acerca do princípio da proteção, salientam Grillo e Horn (2008) que, no âmbito da teoria da constituição, a compreensão dos princípios constitucionais como normas jurídicas e, portanto, vinculativos, aliada a um processo de valorização da Constituição, permite que os valores, ideias de direito e princípios sejam utilizados por uma jurisdição constitucional para promover um controle de constitucionalidade das regras, reduzindo o espaço do legislador.

Ainda para Grillo e Horn, na esteira do constitucionalismo português, a concretização dos direitos fundamentais sociais, em regra, gera direitos subjetivos, não mais adstritos à vontade do legislador, motivo pelo qual o judiciário poderia, também com base no princípio da vedação ao retrocesso social, invalidar a revogação de regras que, a pretexto de regulamentar a Constituição, suprima direitos sem qualquer compensação, reduzindo o conteúdo de um direito social anteriormente concretizado. Para os autores:

“No âmbito de um constitucionalismo social, em que direitos fundamentais sociais são assegurados e que os trabalhadores são sujeitos de direito constitucional reconhecidos como titulares de um direito subjetivo à proteção com vistas à melhoria de sua condição social, o princípio da proteção do direito do trabalho se articula com a cláusula pétreia de vedação ao retrocesso social. A crise do direito do trabalho não reside na afirmação da proteção como princípio constitutivo, e sim na perda de apelo e de aceitação da ideia necessária de proteção social, que além de um princípio jurídico específico é causa e fundamento de todo o Direito do Trabalho.” (GRILLO; HORN, 2008, p. 201)

Nesse ponto, é importante destacar que o Brasil ratificou diversas normas internacionais no âmbito da ONU, OIT e OEA, dentre elas, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matérias de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (denominado também de Protocolo de San Salvador), firmado no âmbito da OEA. Esse documento prevê, expressamente, a progressividade dos direitos sociais, o chamado *efeito cliquet*<sup>1</sup>, que nada mais é do que o próprio princípio de vedação ao retrocesso social<sup>2</sup>.

---

1 “Art. 1º Os Estados-Partes neste Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo.”

2 Atente-se ainda, por oportuno, para o fato de que o art. 5º, § 2º, da CF/88 inclui os tratados internacionais em que o Brasil seja parte no rol de direitos e garantias fundamentais, tornando possível o controle de convencionalidade dos tratados internacionais.

Sob esse prisma, Beltramelli e Farias da Costa (2017) dizem que a proibição do retrocesso social mira não apenas as medidas supressoras de direitos sociais, mas também aquelas que acarretem atrofia do patamar de efetividade já obtido, gerando a instrumentalização de direitos na órbita internacional através do controle de convencionalidade dos tratados internacionais.

A título de exemplo, cita-se o art. 384 da CLT, que previa o intervalo de 15 minutos para a mulher trabalhadora em caso de prorrogação de jornada, que, inclusive, já havia sido declarado constitucional pelo STF e que foi simplesmente suprimido do texto celetista em total contrariedade ao princípio da vedação ao retrocesso social.

Do mesmo modo, mais recentemente, a MPV nº 905 retirou diretamente conquistas históricas dos bancários ao acabar com a jornada de seis horas e permitir o trabalho aos sábados e domingos, o que sem dúvida violou o princípio da vedação ao retrocesso social da categoria.

Destarte, a articulação da natureza de cláusula pétrea dos direitos sociais trabalhistas com o princípio internacional da vedação do retrocesso social e a constitucionalização do princípio da proteção (que também teria natureza de cláusula pétrea), por si só, já seriam argumentos plausíveis e suficientes para frear a sanha do legislador pátrio (e também do legislador atípico e provisório) pelo crescimento econômico através da redução do custo do trabalho com a supressão dos direitos sociais. Isso poderia ser feito através do controle de constitucionalidade ou pelo controle de convencionalidade dos tratados internacionais.

Porém, nada obstante a existência, no plano jurídico-normativo, de instrumentos à disposição do Poder Judiciário para conter o desmonte de direitos trabalhistas previstos na legislação infraconstitucional pela aplicação de normas de hierarquia superior, a realidade dá conta de que os operadores do direito, salvo raras e louváveis exceções, não têm se utilizado da Constituição para fundamentar suas decisões, preferindo silenciar sobre a interpretação constitucional e aplicar a nova legislação, em injustificável ode ao legislador. Mais rara ainda tem sido a aplicação das normas internacionais na seara trabalhista, que parecem fazer parte de um direito utópico e distante, direito “alienígena” no sentido não jurídico da palavra.

A explicação para a deferência do Poder Judiciário ao legislador, na nossa visão, talvez seja econômica e não jurídica, deitando suas raízes na citada “racionalidade neoliberal” que permeia as instituições e atinge os tribunais e seus membros. Talvez também tenha relação com as respostas humanas e estratégias defensivas ao medo da adversidade social gerada pelo discurso

economicista que insiste no fim da Justiça do Trabalho. Mas talvez seja simplesmente porque, como diz Karl Loewenstein (1986), em momentos de crise, as cláusulas pétreas seriam nada mais do que “pedaços de papel varridos pelo vento da realidade política”.

#### **4 – Direitos trabalhistas como direitos fundamentais: a vinculação do legislador pátrio aos direitos sociais previstos constitucionalmente**

A constatação de que os direitos fundamentais possuem uma dupla perspectiva, na medida em que podem ser considerados tanto como direitos subjetivos individuais quanto elementos objetivos fundamentais da comunidade, para Sarlet (2015), constituem uma das mais relevantes formulações do direito constitucional contemporâneo, de modo especial no âmbito da dogmática dos direitos fundamentais. Explica o autor:

“os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos executivos, legislativos e judiciários.” (SARLET, 2015, p. 149)

Nesse sentido, o autor aponta que a doutrina alemã traz alguns desdobramentos teóricos da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, do qual citamos dois: i) *eficácia irradiante* (*Ausstrahlungswirkung*) – no sentido de que os direitos fundamentais, como direitos objetivos, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional; ii) *deveres de proteção do Estado* (*Schutzpflichten*) – que é a obrigação do Estado de zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, o que desemboca na obrigação de adoção de medidas positivas com o objetivo de proteger de forma efetiva o exercício de direitos fundamentais.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, no art. 5º, § 1º, prescreveu a aplicação imediata das normas de direito constitucional, o que, segundo Sarlet, pode ser compreendido como “um mandado de otimização de sua eficácia, pelo menos no sentido de impor aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais, outorgando-lhes, nos termos desta aplicabilidade, a maior eficácia possível” (SARLET, 2015, p. 383).

Destarte, considerando-se a Constituição de 1988 como um sistema aberto de regras e princípios, os direitos sociais ali constantes, inclusive os trabalhistas, na sua perspectiva objetiva, seriam uma ordem dirigida ao Estado

que o vincularia no sentido de concretizar e efetivar, na maior medida possível, tais direitos.

Tratando-se especificamente do Poder Legislativo (e do Executivo na função atípica de legislar), essa vinculação implica clara renúncia à crença positivista de onipotência do legislador estatal, significando, por outro lado, a expressão jurídico-positiva da decisão tomada pelo Constituinte em favor da prevalência de valores intangíveis contidos nas normas de direitos fundamentais.

Sob esse prisma, Sarlet diz que “hoje não há mais falar em direitos fundamentais na medida da lei, mas, sim, em leis apenas na medida dos direitos fundamentais”, o que importaria para o legislador uma limitação material de sua liberdade de conformação no âmbito de sua atividade legislativa.

Assim é que, num sentido negativo, o legislador pátrio estaria proibido a editar normas que visam desmontar a proteção trabalhista e social prevista constitucionalmente. Por outro lado, no seu sentido positivo, a vinculação do legislador teria justamente o efeito contrário, de promover a edição de leis que realizem direito fundamental social, já que estes assumem a função de princípios informadores de toda a ordem jurídico-trabalhista.

Tal vinculação não atinge somente o legislador. Todos os demais poderes constitucionais estão vinculados à eficácia irradiante dos direitos trabalhistas e aos deveres ativos de proteção, devendo atuar no sentido de concretizá-los. Segundo Canotilho (1999), a condição peculiar do Poder Judiciário, sendo simultaneamente vinculado à Constituição (e aos direitos fundamentais) e às leis, possui o poder-dever de não aplicar normas inconstitucionais, revelando que eventual conflito entre os princípios da legalidade e da constitucionalidade acaba por ser revolido em favor deste último.

Sob essa ótica, não deve o Juiz, por exemplo, abster-se de realizar o controle difuso de constitucionalidade quando uma norma de flagrante inconstitucionalidade se apresentar num caso concreto. E é o STF, na condição de guardião da Constituição e estando ele próprio a ela vinculado, quem irá resolver de forma abstrata e/ou definitiva os casos postos em litígio. Trata-se do sistema de freios e contrapesos previsto pelo Constituinte sendo posto em prática.

Nessa linha, o STF, recentemente, decidiu que é inconstitucional o item da Lei nº 13.467/2017, que permitia que trabalhadoras grávidas e lactantes atuassem em atividades consideradas insalubres. Foram invocados os preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana, salvaguarda da mulher, da total proteção ao recém-nascido e também às normas de saúde, higiene e segurança

previstas no art. 7º da Constituição Federal. Importante destacar o voto da ministra Rosa Weber, nos seguintes termos:

“O legislador, ao alterar a redação do art. 394-A da CLT para autorizar o trabalho de gestantes e lactantes em condições insalubres, antes proibido, reduziu inadequadamente o nível de proteção à vida, à saúde, à maternidade, à infância e ao trabalho em condições dignas e seguras. Nessa ótica, a alteração legislativa revela sensível retrocesso social (art. 7º, *caput*).” (ADI 5.938/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJ 29.05.2019)

Em outro exemplo recente, o Órgão Especial do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região declarou a inconstitucionalidade de dois parágrafos da reforma trabalhista (Lei nº 13.467/2017, art. 844, §§ 2º e 3º), que obrigam o trabalhador que faltar à audiência inicial do processo a pagar custas, mesmo sendo beneficiário da justiça gratuita, e ainda estabelecem como pré-requisito para ajuizar uma nova demanda o cumprimento dessa obrigação.

Existem diversos outros dispositivos flagrantemente inconstitucionais na Lei nº 13.467/2017 em razão da inobservância do dever de aperfeiçoamento da legislação existente, havendo parâmetro constitucional para o reconhecimento da sua inconstitucionalidade material. Por exemplo, sustentamos que o art. 452-A, que traz a figura do contrato intermitente, viola frontalmente o art. 7º da Constituição Federal, seja porque simplesmente o contrato intermitente não veio para melhorar a condição social do trabalhador, seja porquanto esvaziou o conteúdo protetivo de diversos direitos ali previstos, como, por exemplo, o inciso IV do citado art. 7º, que prevê a remuneração mínima. Nesse sentido, saliente-se que a ADI 6.154, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI) já questiona, no STF, a constitucionalidade dos arts. 443, *caput* e § 3º, 452-A e 611-A, inciso VIII, que tratam do trabalho intermitente, processo que ainda se encontra pendente de julgamento.

### **5 – Direitos trabalhistas como direitos fundamentais: o princípio da proporcionalidade como parâmetro para limitação dos direitos sociais trabalhistas**

Para que seja possível controlar o desenvolvimento jurídico-normativo do legislador ordinário com relação à efetivação dos direitos fundamentais, faz-se necessário, inicialmente, identificar os limites desses direitos. Para Jorge Reis Novais, limites aos direitos fundamentais podem ser definidos como ações ou omissões dos poderes públicos ou particulares que “dificultem, reduzam ou

eliminam o acesso ao bem jurídico protegido, afetando o seu exercício (aspecto subjetivo) ou diminuindo deveres estatais de garantia e promoção (aspecto objetivo) que resultem dos direitos fundamentais” (NOVAIS, 2003, p. 157).

Os direitos fundamentais, por não serem absolutos, podem ser restringidos por expressa disposição constitucional, por reservas legais (simples ou qualificadas) e até mesmo por força de colisões com outros direitos fundamentais. Isso, porque os direitos garantidos mediante princípios são necessariamente restringíveis, porque seu grau de aplicabilidade depende das condições fáticas e jurídicas que se apresentam no caso concreto (HONÓRIO, 2017, p. 114).

Contudo, as limitações efetuadas aos direitos fundamentais só serão tidas por justificadas, ou seja, consideradas lícitas, se forem compatíveis formal e materialmente com a Constituição. Como explica Sarlet (2015), o controle formal diz respeito à investigação da competência, do procedimento e da forma adotados pela autoridade estatal. Já o controle material diz essencialmente com a proteção do núcleo essencial desses direitos, bem como ao atendimento das exigências do princípio da proporcionalidade que, segundo o autor, assumiria a função de “limite aos limites dos direitos fundamentais” (SARLET, 2015, p. 413).

A importância do princípio da proporcionalidade é tamanha que a doutrina alemã identifica como seu ponto de referência o próprio Estado Democrático de Direito, notadamente naquilo que veda as arbitrariedades estatais e o excesso de poder. No Brasil, o princípio estaria contido no próprio art. 1º da CF/88. Há também quem entenda que a proporcionalidade guarda relação com o art. 5º, inciso LIV, da CF/88, que assegura o devido processo legal substantivo, sendo esta uma tendência da Corte norte-americana e também do STF.

Sob esse prisma, é possível observar que o princípio da proporcionalidade possui uma dupla perspectiva. Por um lado, possui uma faceta da proibição de excesso (*übermassverbot*), em que atua como o principal limite aos limites dos direitos fundamentais, impedindo que a norma editada atue no sentido de atingir o núcleo essencial dos direitos. Por outro lado, há a faceta da proibição da proteção deficiente (*untermassverbot*), que traz a ideia de que o legislador positivo não pode atuar de modo insuficiente na proteção dos direitos fundamentais, coadunando-se, mais uma vez, com a já sufragada ideia de aperfeiçoamento da legislação existente, na medida dos direitos fundamentais.

A reforma trabalhista, sem dúvida alguma, trouxe diversas restrições, limitações e supressões de direitos sociais dotados de fundamentalidade. A

título de exemplo, o art. 442-B da CLT<sup>3</sup>, inserido pela Lei nº 13.467/2017, que traz a figura do trabalho autônomo, esvazia o conteúdo protetivo do direito fundamental ao trabalho protegido (arts. 6º e 7º da CF/88) e o seu valor social (arts. 1º, IV, 170 e 193), violando o princípio da proporcionalidade na vertente da proibição de proteção insuficiente.

Outro exemplo está no art. 444 da CLT<sup>4</sup>, que criou a figura do “trabalhador hipersuficiente”, que são os empregados portadores de diploma de nível superior e que percebam salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, algo em torno de R\$ 11.000,00 (onze mil reais). Para tais empregados, segundo a nova lei, seria possível a livre pactuação com o empregador, com a mesma força de uma norma coletiva.

Tal dispositivo flagrantemente viola o art. 7º, inciso XXXII, da CF/88, que proíbe a “distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos”. Ressalta Honório (2017) que não pode haver distinção, do ponto de vista dos direitos fundamentais nas relações de emprego, pelo trabalho realizado, rendimento do trabalhador ou seu grau de escolaridade, pois “o núcleo dos direitos fundamentais no sistema brasileiro é a noção de dignidade inerente a toda pessoa” (HONÓRIO, 2017, p. 124). Agindo assim, o legislador infraconstitucional violou novamente o princípio da proporcionalidade, dessa vez na vertente da proibição de excesso, por atingir o núcleo fundamental do direito previsto no citado artigo constitucional.

## 6 – Considerações finais

O presente artigo buscou analisar, sob a ótica do direito constitucional e da teoria dos direitos fundamentais, as alterações na legislação infraconstitucional realizadas pelo legislador pátrio que visam esvaziar o conteúdo da proteção social do trabalhador.

Mostrou-se que, por detrás das alterações promovidas na legislação, há uma “racionalidade neoliberal” que utiliza do discurso de crescimento econô-

---

3 CLT: “Art. 442-B. A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação”.

4 CLT: “Art. 444. (...) Parágrafo único – A livre estipulação a que se refere o *caput* deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social”.

mico para impulsionar o Estado a promover verdadeiro desmonte de direitos dos trabalhadores.

As mudanças no ordenamento jurídico pátrio estão sendo promovidas através de legislação infraconstitucional, tendo o legislador “esquecido” que está vinculado à Constituição Federal de 1988 e, em última medida, aos direitos fundamentais sociais.

Observou-se que através da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais que o legislador possui o dever de aperfeiçoamento da legislação existente, em atenção à eficácia irradiante dos direitos fundamentais e aos deveres ativos de proteção dos poderes estatais.

Para a teoria da eficácia irradiante, os direitos constitucionais sociais fornecem impulsos e diretrizes que devem guiar o legislador à concretização dos direitos trabalhistas na legislação infraconstitucional e não à sua desregulamentação, como vem se observando, por exemplo, nas alterações promovidas pela Lei nº 13.467/2017 e pela MPV nº 905.

Segundo a teoria dos deveres ativos de proteção, existe, para o legislador, verdadeira liberdade de conformação que impede a sua ação erosiva contra direitos fundamentais. Já para o intérprete, há um condicionamento que o leva à interpretação da lei conforme a Constituição Federal.

Ressaltou-se a importância do princípio da proporcionalidade com um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais, através da sua dupla faceta: proibição de excesso (face negativa), que impede a restrição do núcleo ineliminável dos direitos fundamentais e proibição de proteção deficiente (face positiva), que obriga o dever de promoção e proteção dos direitos fundamentais.

Verificou-se ainda, exemplificativamente, que o legislador reformista pátrio, em várias passagens, violou direitos fundamentais dos trabalhadores, seja suprimindo-os, seja reduzindo a sua eficácia ao ponto de esvaziar a proteção social existente, conclamando o Poder Judiciário a declarar as inconstitucionalidades e inconveniências.

Destaca-se, em conclusão, que não se desconhece a dificuldade inerente ao atual cenário – político, econômico, social, moral e jurídico – nem o poder que a racionalidade neoliberal exerce sobre o Poder Judiciário (e, em geral, por toda sociedade) através do discurso economicista, evidenciado na atual discrepância entre a preponderância da força do capital e do trabalho no Brasil.

Contudo, há de se recordar que a Constituição de 1988 possui força normativa e estabelece um projeto social de viés igualitário, que visa construir



uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Em tempos de desmonte da legislação trabalhista, o direito constitucional pode constituir uma verdadeira “trincheira de resistência” através da dogmática da efetividade da Carta Social.

### Referências bibliográficas

BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BRASIL. STF. *ADI 939-7*. Rel. Min. Sydney Sanches, j. 15.12.93, publ. 18.03.94. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590>>. Acesso em: 17 nov. /2019.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Recurso Extraordinário 477.554/MG*. Rel. Min. Celso de Mello (DJe 01.07.2011). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE477554.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2019.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016.

DEJOURS, Christophe. *A banalização da injustiça social*. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getulio Vargas, 2006.

DRUCK, Graça. Trabalho, precarização e resistências: novos e velhos desafios. *Caderno CRH*, Salvador, v. 24, 2011.

FILGUEIRAS, Vitor. *Estado e direito do trabalho no Brasil: regulação do emprego entre 1988 e 2008* (Tese de Doutorado). Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da UFBA. Orientadora: Graça Druck, 2012.

FRENCH, John D. *Afogados em leis: a CLT e a cultura política dos trabalhadores brasileiros*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002.

HARVEY, David. *A condição pós-moderna*. São Paulo: Loyola, 2003.

HONÓRIO, Cláudia. Derrogação de proteção jurídico-trabalhista aos empregados com maior remuneração e diploma de nível superior. In: COSTA, Ângelo Fabiano Farias da; MONTEIRO, Ana Claudia Rodrigues; BELTRAMELLI NETO, Silvio (Org.). *Reforma trabalhista na visão de procuradores do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2017.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1986.

NOVAIS, Jorge Reis. *Restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pelo constituinte*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

RAMOS, Izabel Christina Baptista Queiroz. A reforma trabalhista e o trabalho da mulher. In: COSTA, Ângelo Fabiano Farias da; MONTEIRO, Ana Claudia Rodrigues; BELTRAMELLI NETO, Silvio (Org.). *Reforma trabalhista na visão de procuradores do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2017.

## DOCTRINA

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.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da; HORN, Carlos Henrique. O princípio da proteção e a regulação não mercantil do mercado e das relações de trabalho. *Revista de Direito do Trabalho (RDT)*, São Paulo, RT, ano 34, vol. 32, out./dez. 2008.

SOUZANETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

Recebido em: 11/12/2019

Aprovado em: 26/02/2020