

A REFORMA TRABALHISTA À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS - ANÁLISE DA LEI Nº 13.467, DE 13 DE JULHO DE 2017

Ilse Marcelina Bernardi Lora

SUMÁRIO: Introdução; 1 Uma armadilha a ser evitada: precarizar em lugar de modernizar as relações trabalhistas; 2 A fundamentalidade dos direitos sociais; 3 Vinculação dos Poderes Públicos aos direitos fundamentais; 4 Proibição de retrocesso; 5 Dispositivos da Lei nº 13.467/2017 que afrontam os direitos fundamentais sociais e o princípio da proibição do retrocesso: dois exemplos; 5.1 Restrição do âmbito de análise, pela Justiça do Trabalho, de convenções e acordos coletivos de trabalho; 5.2 Aplicação à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas dos dispositivos da nova lei (Título ii-a); Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Em 13 de julho de 2017, foi sancionada, pelo Presidente da República, a Lei nº 13.467, publicada no Diário Oficial da União de

14.07.2017 e que entrará em vigor no prazo de cento e vinte dias após a sua publicação, ou seja, em 11 de novembro de 2017. A lei em questão estabelece a chamada reforma trabalhista, com significativo impacto no âmbito das relações de trabalho, na medida em que determina alterações profundas em institutos relevantes do Direito e do processo do trabalho.

Dentre as inúmeras inovações, foram destacadas para exame no presente estudo, por sua singular relevância, as seguintes: (1) restrição do âmbito de análise, pela Justiça do Trabalho, de convenções e acordos coletivos de trabalho; (2) estabelecimento de regras específicas e exclusivas para indenização dos danos extrapatrimoniais decorrentes das relações de trabalho.

Assuntos significativos são também aqueles relativos à terceirização em atividades finalísticas e à prevalência do negociado sobre o legislado. Quanto à terceirização,



Ilse Marcelina Bernardi Lora

Juíza do Trabalho no Paraná, Mestre em Direito pela Unoesc.

anteriormente, por meio da Lei nº 13.429, vigente a contar de 31.03.2017, já haviam sido introduzidas alterações na Lei do Trabalho Temporário (Lei nº 6.019/1974), ampliando significativamente as possibilidades de terceirização dos serviços da empresa contratante. Os dois temas mencionados - terceirização e prevalência do negociado sobre o legislado - já foram objeto de abordagem em estudo pretérito ¹. Atendida tal particularidade e diante dos limites do presente estudo, não serão nesta oportunidade examinados.

A rápida tramitação do PL 38/2017, que deu origem à Lei nº 13.467/2017, não permitiu o indispensável conhecimento prévio pela sociedade de seu teor e tampouco a reflexão adequada de parte de sindicatos de empregados e de empregadores, de juristas e doutrinadores, do que decorre a perplexidade que permeia a interpretação dos novos dispositivos.

Com o intuito de colaborar para que eventual leitura unicamente positivista - extremamente cômoda, na medida em que exime o jurista de se comprometer com a necessária análise abrangente, ponderada e equilibrada de cada caso - promova o distanciamento do Direito da real efetivação da justiça, preconiza-se que a lei mencionada seja interpretada à luz dos direitos fundamentais sociais consagrados no texto constitucional, sob pena de completo e irremediável aniquilamento do arcabouço de proteção dos direitos sociais duramente conquistados ao longo de décadas.

1. UMA ARMADILHA A SER EVITADA: PRECARIZAR EM LUGAR DE MODERNIZAR AS RELAÇÕES TRABALHISTAS

Apregoa-se incessantemente que a Lei nº 13.467/2017 tem como escopo principal

modernizar as relações trabalhistas. Entretanto, análise de seus dispositivos revela que grande parte de seu conteúdo, uma vez interpretado literalmente, pode encobrir séria e real ameaça à concretização dos direitos fundamentais do trabalhador, cuja constitucionalização, no âmbito brasileiro, somente ocorreu efetivamente com a Carta Magna de 1988.

O Tratado de Versalhes (1919), que pôs fim, em caráter oficial, à Primeira Guerra Mundial, promoveu a consagração dos princípios universais do direito do trabalho. Determinou também a criação da OIT - Organização Internacional do Trabalho e estabeleceu, no preâmbulo, que a “a Sociedade das Nações tem por objetivo estabelecer a paz universal e que tal paz não pode ser fundada senão sobre a base da justiça social”. A OIT, por sua vez, fomentou a ação legislativa de natureza internacional acerca das questões relativas ao trabalho, estabelecendo um rol de direitos do trabalhador havidos como fundamentais e obrigatórios para todos os estados signatários do Tratado.

No Brasil, consoante refere Sarlet (2013, p. 554), a Constituição Federal de 1988 foi a primeira, na história do constitucionalismo brasileiro, a estabelecer título especial para os denominados direitos e garantias fundamentais (Título II). No tópico, a par da consagração de direitos sociais básicos e de índole mais geral, houve previsão de vasto rol de direitos dos trabalhadores, igualmente hospedado no capítulo dos direitos sociais.

A história, entretanto, ensina que, em ambiente de progressivo e inquietante processo de crise econômica como vive o Brasil, as primeiras providências que são tracejadas com o suposto intento de refrear a deterioração

do cenário econômico-social são aquelas que afetam os trabalhadores.

Com efeito, diante de cenário de adversidade, a flexibilização é reiteradamente apresentada como medida para estancar a crise. A flexibilização é considerada pela doutrina

movimento impulsionado pela ideologia neoliberal, que pretende suprimir ou relativizar as normas jurídicas que garantem a proteção do empregado na relação contratual com o seu empregador, com vistas a “baratear” a mão de obra e o “custo” da produção, viabilizando, pretensamente, a competitividade das empresas no mercado globalizado. (Goldschmidt, 2009, p. 129)

Muitas das disposições insertas na nova lei podem ser consideradas como subproduto da flexibilização, sempre desejada e perseguida como hipotético meio de redução dos custos da produção, em especial diante das mudanças verificadas no processo produtivo. Citam-se, a propósito, além daquelas que serão aqui examinadas, as alterações introduzidas no Capítulo II do Título II da Consolidação das Leis do Trabalho, relativas à jornada de trabalho, bem como aquelas previstas nos arts. 611-A, pertinentes ao alcance das Convenções e Acordos Coletivos de Trabalho, que terão prevalência sobre a lei quando dispuserem sobre as matérias elencadas nos incisos daquele artigo.

Convém rememorar que os padrões de produção capitalista foram alvo de intensas transformações a partir do final do século XIX. Ao taylorismo, que teve início a partir do último quarto do século XIX, fundamentado na divisão do trabalho em níveis (gerentes e não

gerentes) e na eficiência, seguiu-se o fordismo, efetivado a contar do segundo quarto do século XX. Esse modelo estruturava-se na linha de produção em série, compartimentalização das atividades e pouca especialização. A redução da produtividade, o aumento do capital e a saturação do consumo em massa, com a conseqüente redução dos lucros, determinaram a crise desse padrão. O capital, então, passou a empregar a denominada reestruturação produtiva, que origina maior racionalização de máquinas e equipamentos e aumento do controle sobre o trabalho. O toyotismo reorganizou o processo de produção, exigindo trabalhadores de alta qualificação, aptos a executar diversas funções e dispostos a sugerir medidas capazes de impulsionar o processo produtivo. Uma de suas características é “a modificação de vários aspectos do processo de produção por meio da desregulamentação, da fragmentação da classe trabalhadora, da precarização do emprego e do trabalho, da terceirização da força de trabalho e da ruptura do sindicalismo” (Hoffmann, 2003, p. 153).

A flexibilidade e a desregulamentação passaram a ser proclamadas como expedientes indispensáveis para resolver desde a crise de empregabilidade e empregos até as dificuldades financeiras das empresas. Estas, sob o argumento de necessidade de redução de custos, lançaram mão de diversas estratégias, citando-se, a título de exemplo, o recurso às cooperativas de mão de obra (CLT, art. 442, parágrafo único), cujas atividades irregulares e danosas o tempo cuidou de comprovar, além da delegação de suas atividades, inclusive finalísticas, a terceiros.

Intimidado pelo capital, o Estado foi gradativamente reduzindo as normas de

proteção, afastando-se progressivamente das relações laborais e abrindo espaço para a atividade dos sindicatos, com incontestável estímulo à negociação coletiva. No entanto, a conjuntura econômica, com destaque para o agravamento do desemprego, determinou a perda, pelos sindicatos, de sua potencialidade de pressão e de negociação. O desamparo, determinado pela rarefação das normas estatais e pela prostração dos sindicatos, impele os trabalhadores a buscar nos direitos fundamentais, assegurados na Constituição Federal, os meios para recompor o equilíbrio entre os seus direitos e os poderes empresariais, bem assim para estabelecer freio à opressora precarização das relações laborais.

Nesta inquietante quadra, diante do iminente risco de desarticulação dos direitos sociais dos trabalhadores penosamente conquistados, faz-se absolutamente indispensável a efetiva compreensão acerca da fundamentalidade dos direitos sociais, de seu caráter vinculativo e da conseqüente proibição do retrocesso social, instrumentos relevantes para orientar a adequada interpretação e aplicação das novas normas, de forma a assegurar a necessária modernização das relações trabalhistas sem prejuízo a qualquer das partes envolvidas.

2. A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

A Constituição Federal de 1988 consagrou os direitos sociais no art. 6º, assim considerando, atendida a redação conferida pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015, 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. Topologicamente, o artigo em questão se encontra no Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo II, dos Direitos Sociais. O Brasil, ao assim agir, acompanhou a tendência verificada em âmbito mundial no sentido de constitucionalização dos direitos sociais após a Segunda Guerra Mundial.

Para Silva (2012, p. 288-289), os direitos sociais, como aspecto dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas disponibilizadas pelo Estado de forma direta ou indireta, previstas em normas constitucionais, que oportunizam melhor situação de vida aos mais necessitados. Tais direitos têm a aptidão de promover a igualdade social, guardando, portanto, vinculação com o direito de igualdade. “Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade”.

Segundo Marmelstein (2008, p. 174), tanto do ponto de vista formal como material, os direitos sociais devem ser havidos fundamentais. Afirma o autor textualmente que “os direitos sociais são, à luz do direito positivo- constitucional brasileiro, verdadeiros direitos fundamentais, tanto em sentido formal (pois estão na Constituição e têm status de norma constitucional) quanto em sentido material (pois são valores intimamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana)”.

Sarlet (2013, p. 476-478) assevera que a condição de direito social não se encontra exclusivamente ligada a uma atuação positiva

do Estado no incremento da segurança social, como meio de compensar desigualdades fáticas evidentes e instrumento para garantir nível mínimo de condições para uma vida digna. A afirmação de fundamentalidade de todos os direitos assim intitulados na Constituição Federal, circunstância que abrange todo o Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais e, desta forma, os direitos sociais previstos no art. 6º e os denominados direitos dos trabalhadores, impõe reconhecer presunção em prol da fundamentalidade também material de tais direitos e garantias. O doutrinador salienta que, segundo sua ótica, todos os direitos, expressa ou implicitamente positivados, localizados no Título II da CF (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) ou mesmo insertos em outras partes do Constituição Federal, são direitos fundamentais.

Para Bonavides (2007, p. 642), em razão de sua estreita vinculação com o princípio da dignidade da pessoa humana, os direitos sociais recebem do direito constitucional brasileiro garantia idêntica àquela prevista para os direitos e garantias individuais do art. 60 da Constituição Federal, inexistindo distinção de grau ou de valor entre os direitos sociais e individuais.

Sublinha-se o entendimento de que as vertentes que negam a fundamentalidade dos direitos sociais estão divorciadas do direito constitucional positivo, na medida em que se estribam em critérios de materialidade fundamental, não raro atreladas a teorias da justiça de caráter liberal, sem a indispensável harmonia com o sistema constitucional vigente. Também não tomam em consideração a expressa inserção dos direitos sociais, inclusive dos direitos dos trabalhadores, no texto da

Carta Magna como uma das espécies dos direitos e garantias fundamentais do Título II, a par do compromisso do constituinte com a justiça social (Canotilho *et al.*, 2013, p. 540).

3. VINCULAÇÃO DOS PODERES PÚBLICOS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são, concomitantemente, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Em razão de sua natureza de direitos subjetivos, facultam a seus titulares impor seus interesses em face dos órgãos que a eles se vinculam. Como elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva, estabelecem a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático (Mendes, 2007, p. 2).

Por se encontrarem previstos na Constituição Federal, os direitos fundamentais tornam-se parâmetros de sistematização e de limitação dos poderes constituídos (Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário). Sua constitucionalização não permite que sejam havidos simples autolimitações dos poderes constituídos, suscetíveis a alterações ou supressão ao arbítrio destes. “Nenhum desses Poderes se confunde com o poder que consagra o direito fundamental, que lhe é superior. Os atos dos poderes constituídos devem conformidade aos direitos fundamentais e se expõem à invalidade se os desprezarem” (Mendes *et al.*, 2007, p. 235).

Os direitos fundamentais foram concebidos originariamente como direitos de defesa, para colocar o cidadão a salvo de interferências indevidas do Estado. Atendida essa dimensão, ao Poder Público era conferida

competência negativa, o que determinava a obrigação de respeitar o núcleo básico de liberdades do cidadão. Trata-se da chamada eficácia vertical, necessária, ante a manifesta desigualdade do indivíduo perante o Estado, a quem são atribuídos poderes de autoridade. Para Canotilho (1999, p. 383), a função de direitos de defesa dos cidadãos, exercida pelos direitos fundamentais, compreende dupla perspectiva: 1) no plano jurídico-objetivo, representam normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo sua interferência na esfera jurídica individual; 2) no plano jurídico-subjetivo, significam o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir abstenções do Estado, a fim de evitar ações lesivas por parte deste (liberdade negativa).

Entretanto, com a transformação das relações sociais e o incremento de suas reivindicações, o mero dever de abstenção revelou-se insuficiente, circunstância que deu nascimento à chamada vinculação positiva dos poderes públicos. Esta implica ação do Estado, a quem incumbe adotar políticas e ações aptas a fomentar a preservação dos direitos e garantias dos indivíduos, concretizando assim o ideário do Estado Social.

A vinculação positiva do Estado abarca os Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo. Do primeiro, exige-se o fomento de políticas públicas destinadas à efetivação dos direitos e garantias do cidadão, além de interpretação e aplicação das leis em consonância com os direitos fundamentais. Ao Judiciário é confiada tarefa substancial na defesa dos direitos fundamentais, em especial diante do preceito insculpido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que consagra a inafastabilidade da

jurisdição, incumbindo-lhe, no exercício de suas atribuições, imprimir a esses direitos a máxima eficácia possível, a par de recusar aplicação a preceitos que desrespeitem os direitos fundamentais.

No âmbito do Poder Legislativo, a atividade legiferante deve atuar de forma a manter coerência com o sistema de direitos fundamentais. De outra parte, “a vinculação aos direitos fundamentais pode assumir conteúdo positivo, tornando imperiosa a edição de normas que deem regulamentação aos direitos fundamentais dependentes de concretização normativa” (Mendes, 2007, p. 235).

A vinculação aos direitos fundamentais expressa, para o legislador, uma marcação material de sua liberdade de conformação na esfera de sua ação regulamentadora e concretizadora. Além disso, a norma inserta no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal determina limitação das possibilidades de restrição, pelo legislador, no âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Embora apenas o legislador esteja autorizado a introduzir restrições aos direitos fundamentais, encontra-se ele vinculado a tais direitos, “podendo mesmo afirmar-se que o art. 5º, § 1º, da CF traz em seu bojo uma inequívoca proibição de leis contrárias aos direitos fundamentais, gerando a sindicabilidade não apenas do ato de edição normativa, mas também de seu resultado, atividade, por sua vez, atribuída à jurisdição constitucional” (Sarlet, 2008, p. 387).

A vinculação do legislador aos direitos fundamentais alcança a chamada proibição de retrocesso.

4. PROIBIÇÃO DE RETROCESSO

O princípio da proibição de retrocesso

social implica garantia ao cidadão contra a atuação regressiva do Estado, proibindo a elaboração de leis que, embora não sejam retroativas, determinem redução dos direitos sociais anteriormente assentados.

A corrente que defende a proibição de retrocesso afirma que, relativamente aos direitos fundamentais que dependem de ação legislativa para sua concretização, uma vez alcançando determinado grau de sua realização, normatização posterior não pode reverter os progressos obtidos. “A realização do direito pelo legislador constituiria, ela própria, uma barreira para que a proteção atingida seja desfeita sem compensações” (Mendes *et al.*, 2007, p. 236).

Mendes (2007, p. 236) informa que o segmento que admite a revisão, pela ação legislativa, de direitos conquistados argumenta que o princípio da proibição de retrocesso não pode ser genericamente acolhido, em razão da liberdade assegurada ao legislador de conformar tais direitos, afirmando ainda que a aplicação de forma indistinta de tal princípio conduziria à destruição da autonomia do Poder Legislativo.

Para Sarlet (2008, p. 436), a problemática da proibição de retrocesso guarda estreita vinculação com a noção de segurança jurídica, princípio inafastável do Estado de Direito e umbilicalmente associado à própria concepção de dignidade da pessoa humana. A dignidade não será adequadamente respeitada e protegida quando as pessoas estiverem sujeitas a um tal grau de instabilidade jurídica que não lhes seja possível, com um mínimo de segurança e serenidade, confiar nas instituições e numa certa perenidade das suas próprias posições jurídicas. “Dito de outro modo, a plena e descontrolada disponibilização dos direitos

e dos projetos de vida pessoais por parte da ordem jurídica acabaria por transformar os mesmos (e, portanto, os seus titulares e autores) em simples instrumento da vontade estatal, sendo, portanto, manifestamente incompatível mesmo com uma visão estritamente kantiana da dignidade” (Sarlet, 2008, p. 437). A dignidade da pessoa humana reclama proteção diante de atos de caráter retroativo e também em face de medidas retrocessivas, que não podem ser consideradas como propriamente retroativas, na medida em que respeitam os direitos adquiridos, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Emenda constitucional ou lei ordinária que conduza à supressão de certos conteúdos da Constituição ou à revogação de normas legais regulamentadoras de dispositivos constitucionais, destacadamente em matéria de direitos sociais, ainda que com efeitos tão somente prospectivos, podem configurar ofensa ao princípio da proibição de retrocesso.

A vedação de retrocesso também decorre do princípio da maximização da eficácia das normas de direitos fundamentais. O art. 5º, § 1º, da Constituição Federal estende sua proteção aos direitos fundamentais em face do poder constituinte reformador e também diante do legislador ordinário e demais órgãos estatais,

que, portanto, além de estarem incumbidos de um dever permanente de desenvolvimento e concretização eficientes dos direitos fundamentais (inclusive e, no âmbito da temática versada, de modo particular os direitos sociais), 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 da

proporcionalidade. (Sarlet, 2008, p. 452-453)

A proibição de retrocesso, embora não deva ser havida como regra geral de cunho absoluto, sob pena de ofensa à autonomia do legislador, não pode comprometer o núcleo essencial dos direitos sociais já realizados e efetivados pelo legislador. Para Canotilho (1999, p. 338-339), os direitos sociais e econômicos, como os direitos dos trabalhadores, o direito à assistência e à educação, uma vez alcançado determinado nível de concretização, passam a representar, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. O princípio da proibição de retrocesso social, segundo o mestre português, pode assim ser formulado:

O núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas [...] deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial. (Canotilho, 1999, p. 340)

Não se trata de assegurar, em abstrato, um *status quo* social, e sim de resguardar direitos fundamentais sociais, destacadamente no seu núcleo essencial.

A liberdade de conformação do legislador e inerente autorreversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado, sobretudo quando o núcleo essencial se reconduz à garantia do mínimo de existência condigna inerente ao

respeito pela dignidade da pessoa humana. (Canotilho, 1999, p. 340)

No sistema jurídico brasileiro, o princípio da proibição do retrocesso encontra-se manifestamente contemplado no *caput* do art. 7º da Constituição Federal, que prescreve que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social: [...]” (destacou-se). No dispositivo em questão, encontra-se elencado rol de direitos fundamentais sociais. Atendido o que consta no *caput*, imperativo concluir que é permitido ao legislador apenas estipular outros direitos que determinem avanço de tais direitos e nunca o retrocesso (Goldschmidt, 2011, p. 360).

Ao discorrer sobre as normas programáticas e a constitucionalidades das leis, Silva (2008, p. 159) afirma que a última parte do *caput* do art. 7º da Constituição Federal (“além de outros que visem à melhoria de sua condição social”) é de natureza programática, acrescentando que o legislador, ao outorgar outros direitos aos trabalhadores, tem ampla discricionariedade, achando-se, entretanto, condicionado ao objetivo proposto, qual seja, a melhoria da condição social do trabalhador.

Qualquer providência do Poder Público, específica ou geral, que contravenha a esse fim é inválida e pode ser declarada sua inconstitucionalidade pelo juiz, sendo de notar que este também goza de discricionariedade, já que a Constituição não deu o sentido do que se deva entender por melhoria da condição social do trabalhador. (Silva, 2008, p. 159)

5. DISPOSITIVOS DA LEI Nº 13.467/2017 QUE AFRONTAM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO: DOIS EXEMPLOS

Embora não se ignore que a legislação trabalhista deve acompanhar as novas realidades dos modelos produtivos, não menos certo é que as eventuais alterações não podem configurar ofensa aos direitos fundamentais sociais e ao princípio da proibição do retrocesso, sob pena de se lhe recusar aplicabilidade, por manifesta inconstitucionalidade.

Examinado o teor da Lei nº 13.467/2017, depara-se o intérprete com vários dispositivos que ostentam a mácula supramencionada. Apontam-se dois exemplos considerados de especial gravidade.

5.1 Restrição do âmbito de análise, pela Justiça do Trabalho, de convenções e acordos coletivos de trabalho

A Lei nº 13.467/2017 promoveu a inserção, no art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, do § 3º, delimitando a análise, pela Justiça do Trabalho, quando do exame de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente à “conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)” e prescrevendo que a Justiça Especializada deverá balizar “sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva”.

Manifesta a inconstitucionalidade do

dispositivo, na medida em que representa afronta a direito fundamental expressamente previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” e que consagra o direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva.

Segundo Marinoni e Mitidiero (2013, p. 712), a Constituição brasileira consagrou a máxima amplitude da tutela jurisdicional, englobando tanto a possibilidade de defesa de direitos individuais quanto dos direitos coletivos. No que respeita à abrangência, a Constituição somente subtrai à tutela jurisdicional, conforme previsto no art. 142, § 2º, a revisão do mérito de punições militares. Inclusive as chamadas questões políticas estão submetidas ao controle jurisdicional, bastando a tanto que, a partir delas, se verifique utilização abusiva de prerrogativas políticas e desrespeito aos direitos fundamentais. A Carta Magna permite, entretanto, aos particulares submeter, voluntariamente, certos litígios à solução arbitral. “O que a Constituição veda é a interdição da apreciação do Poder Judiciário pelo próprio Estado” (Marinoni; Mitidiero, 2013, p. 712-713).

Não se pode considerar efetiva a tutela jurisdicional que tem seus limites fixados em lei infraconstitucional que interdita a atividade do Poder Judiciário, sendo dado a este, em especial no exercício do controle difuso de constitucionalidade, proclamar a absoluta incompatibilidade do § 3º do art. 8º da CLT, introduzido pela Lei nº 13.467/2017, com o direito fundamental previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

5.2 Aplicação à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas dos dispositivos da nova lei (Título ii-a)

Neste particular aspecto, o legislador infraconstitucional demonstrou extraordinária e inquietante insciência, em razão de que foram desconsiderados os mais elementares preceitos que orientam a conformação do conteúdo das leis, com destaque para a efetividade das normas constitucionais e da força normativa da Constituição, a denominada nova hermenêutica constitucional, as teorias consolidadas acerca dos limites e restrições dos direitos fundamentais e, em especial, a absoluta inviabilidade de afrontar, nos termos supostamente desejados, o conteúdo essencial do direito fundamental ao trabalho digno.

A efetividade das normas constitucionais alcança a aspiração de máxima efetivação, na vida real, do ideário normativo abstratamente previsto. O princípio da força normativa da constituição, na seara da interpretação constitucional, exprime a pretensão de primazia dos pressupostos da constituição na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, assegurando sua eficácia e preservação (Sarlet, 2013, p. 193-195).

A nova hermenêutica constitucional, por sua vez, envolve as conexões entre valores, princípios e regras e a teoria dos direitos fundamentais, construída sobre o fundamento da dignidade humana. O reconhecimento dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pela constituição e a reconhecença pela ordem jurídica de sua normatividade integram a esfera de reaproximação entre

Direito e Ética. A prática dos princípios, da proeminência dos direitos fundamentais e do resgate da Ética deve refletir sobre o trabalho de juízes, advogados e membros do Ministério Público, sobre o agir do Poder Público em geral e sobre a vida das pessoas. “Trata-se de transpor a fronteira da reflexão filosófica, ingressar na dogmática jurídica e na prática jurisprudencial e, indo mais além, produzir efeitos positivos sobre a realidade” (Barroso, 2006, p. 336-337).

O preâmbulo da Constituição Federal revela o intenso comprometimento com a justiça social, o que é corroborado pelos princípios fundamentais previstos no Título I da Carta Magna, dentre os quais ganha relevo a dignidade da pessoa humana (art. 1º, I), fundamento do próprio Estado Democrático de Direito. O princípio em questão é autêntico fio condutor relativamente aos diversos direitos fundamentais,

reforçando a existência de uma recíproca complementariedade entre os direitos civis e políticos (por muitos designados de direitos individuais ou de liberdade) e os direitos sociais, na medida em que os direitos sociais (ainda que não todos e não da mesma forma) expressam parcelas do conteúdo e dimensões do princípio da dignidade humana. (Sarlet, 2013, p. 556)

Os direitos fundamentais sociais contemplam parâmetros para a interpretação e aplicação do amplo conjunto de normas que forma o arcabouço jurídico, em que se inserem aquelas que regulam as relações de trabalho. A própria Constituição Federal retrata a preocupação com essa natureza de direitos, tendo consagrado a valorização do

trabalho humano como fundamento da ordem econômica.

Na condição de direitos de defesa, os direitos fundamentais representam instrumento para coibir a intervenção indevida no Estado na esfera de liberdade do indivíduo e contra medidas legais restritivas.

Na sua concepção tradicional, os direitos fundamentais são *direitos de defesa* (*Abwehrrechte*), destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público, seja pelo (a) não impedimento da prática de determinado ato, seja pela (b) não intervenção em situações subjetivas ou pela não eliminação de posições jurídicas. (Mendes, 2007, p. 2)

Os direitos fundamentais, entretanto, não são absolutos, sujeitando-se a limites, impostos pela própria necessidade de equilibrar interesses divergentes. Mendes (2007, p. 2) ensina que a análise das restrições dos direitos fundamentais exige a identificação de seu âmbito de proteção. Para a definição do âmbito de proteção, necessário analisar a norma constitucional garantidora de direitos, tendo em vista: a) a identificação dos bens jurídicos protegidos e a amplitude da proteção e b) o exame das possíveis restrições previstas expressamente na Constituição (expressa restrição constitucional) e a verificação das reservas legais de índole restritiva. A reserva legal pode ser simples ou qualificada. Nesta, a Constituição não se limita a exigir previsão em lei para autorizar restrição ao âmbito de proteção, determinando, também, as condições especiais, os fins e os meios a serem empregados. Tratando-se de direitos fundamentais sem reserva legal expressa, não é dado ao legislador, como regra geral, ir além dos

limites fixados no próprio âmbito de proteção. A ação do legislador, no exercício de seu poder de restrição e conformação, é limitada pela própria Constituição, que impõe a proteção de um núcleo essencial do direito fundamental, além de exigir clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas. O princípio da proteção do núcleo essencial busca evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental que poderia ocorrer em razão de restrições impróprias ou desproporcionais.

No que respeita ao direito fundamental ao trabalho digno, Comparato (2013, p. 35-36) explica que, a exemplo do que ocorreu com o *Gulag* soviético e o *Lager* nazista, que foram monstruosas máquinas de despersonalização de seres humanos, a transmutação das pessoas em coisas ocorreu de forma menos ostentosa, mas não menos funesta, com o incremento do sistema capitalista de produção. Houve a inversão total da relação pessoa-coisa. Enquanto ao capital é conferida, por assim dizer, personificação e elevação à dignidade de sujeito de direito, o trabalhador é reduzido à condição de mercadoria, de simples insumo no processo de produção, para ser, no final, na etapa de culminância do capitalismo financeiro, dispensado e banido ao lixo social como peça descartável.

Para Delgado (2006, p. 23), o trabalho deve ser entendido em sua acepção ética, o que implica dizer que o homem deve ter garantido, por intermédio do trabalho digno, sua consciência de liberdade, a fim de que lhe seja possível desenvolver-se e realizar-se em sua identidade como pessoa trabalhadora. O trabalho pode ser, concomitantemente, instrumento de auxílio na edificação da identidade social do homem e fator de destruição de sua existência, ocorrendo

a última hipótese nas situações em que não são propiciadas condições mínimas para a execução das atividades em condições de dignidade. Não sendo asseguradas ao trabalhador “condições mínimas de saúde e de segurança no trabalho, por exemplo, não há espaço para o exercício do direito fundamental ao trabalho digno, que será mera abstração”.

A Constituição Federal brasileira de 1988 conferiu especial relevo ao trabalho, entrelaçando-os com os valores e princípios da dignidade da pessoa humana, da justiça social e do valor social do trabalho. O texto constitucional descreve as várias dimensões do princípio da dignidade, com destaque para o art. 170, quando determina que a ordem econômica assegure a todos existência digna, e para o art. 193, quando exige que a ordem social tenha por objetivos o bem-estar e a justiça social. Insiste referido texto na aplicação multidimensional do princípio da dignidade humana, o que permite à pessoa humana afirmar-se como sujeito de direitos no meio social, circunstância que exige a integridade dos direitos individuais e a promoção dos direitos sociais. Merece ênfase ainda o princípio da justiça social, com repercussão sobre as dimensões econômico-sociais. Além disso, o valor social do trabalho foi guindado à condição de fundamento da República Federativa do Brasil, o que implica afirmar que o texto constitucional determinou conteúdo para o Direito, para a sociedade e para o Estado em torno do valor trabalho. Vê-se, assim, que a Constituição de 1988 expôs novos paradigmas relativamente ao direito fundamental ao trabalho digno, abrindo possibilidades normativas de concretização do Estado Democrático de Direito, orientador da ordem constitucional brasileira (Delgado, 2006,

p. 79-80).

Por tudo isso, pretender estabelecer, por meio de lei ordinária, critérios rígidos e apriorísticos para o exame pelos juízes do alcance e dimensão dos danos extrapatrimoniais, vedando o recurso às demais fontes do Direito, com destaque para a Constituição Federal, significa completa subversão dos cânones elementares da ciência jurídica. Ainda, fixar os valores da indenização, considerando o último salário contratual do ofendido, representa a coisificação do trabalhador conduzida a seu paroxismo.

CONCLUSÃO

A Lei nº 13.467/2017, que estabeleceu a chamada reforma trabalhista, reclama análise à luz da fundamentalidade dos direitos sociais, de seu caráter vinculativo e da consequente proibição do retrocesso, a fim de que não seja aniquilado o arcabouço de proteção dos direitos sociais duramente conquistado ao longo de décadas.

Embora não se ignore que a legislação trabalhista reclama atualização, a fim de acompanhar as constantes transformações dos modelos socioprodutivos, tanto não pode se dar mediante pura e simples supressão de direitos sociais da classe trabalhadora, dotados de manifesta fundamentalidade.

A fundamentalidade dos direitos sociais, amplamente reconhecida pela doutrina, estabelece vinculação positiva dos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo. Ao primeiro incumbe fomentar políticas públicas aptas à efetivação dos direitos e garantias do cidadão. Ao Judiciário é atribuída, com suporte

especialmente no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, a tarefa de, no exercício de suas atribuições, imprimir a tais direitos a máxima eficácia possível, a par de recusar aplicação a preceitos que desrespeitem os direitos fundamentais. Ao legislador, por sua vez, a vinculação aos direitos fundamentais não lhe permite estabelecer leis contrárias aos direitos fundamentais, devendo ainda observância ao princípio da proibição do retrocesso. Este implica garantia ao cidadão contra a atuação retrocessiva do Estado, obstando a elaboração de leis que, embora não sejam retroativas, determinem redução dos direitos sociais preteritamente estipulados.

A restrição estabelecida pela nova lei do âmbito de análise, pela Justiça do Trabalho, de convenções e acordos coletivos do trabalho é manifestamente inconstitucional, na medida em que configura afronta a direito fundamental expressamente previsto no art. 5º, XXXV, que consagra direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva.

A fixação, pelo legislador ordinário, de critérios rígidos, exclusivos e apriorísticos para o exame pelos juízes do trabalho do alcance e dimensão dos danos extrapatrimoniais, bem como para a fixação do valor da indenização, evidencia extravagante e aflitiva insciência, em razão de que foram desconsiderados os mais elementares preceitos que orientam a conformação do conteúdo das leis, com destaque para a efetividade das normas constitucionais e da forma normativa da Constituição, a denominada nova hermenêutica constitucional, as teorias consolidadas acerca dos limites e restrições dos direitos fundamentais e, especialmente, a absoluta inviabilidade de ultrajar o conteúdo essencial

do direito fundamental ao trabalho digno.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

_____ et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos direitos humanos. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/comparatodireitoshumanos.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *Flexibilização dos direitos trabalhistas: ações afirmativas da dignidade da pessoa humana como forma de resistência*. São Paulo: LTr, 2009.

_____. O princípio da proibição do retrocesso social e sua função protetora dos direitos fundamentais. In: REIS, Jorge Renato do; GORCZEVSKI, Clóvis (Org.).

Constitucionalismo contemporâneo: desafios modernos. Curitiba: Multideia, 2011.

HOFFMANN, Fernando. *O princípio da proteção ao trabalhador e a atualidade brasileira*. São Paulo: LTr, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O sistema constitucional brasileiro. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. rev. e ampl. 3. tir. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008.