

# REFORMAS TRABALHISTAS E O DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO: ENTRE O PROGRESSO E O RETROCESSO SOCIAL

## *LABOR REFORMS AND THE FUNDAMENTAL RIGHT TO WORK: BETWEEN PROGRESS AND SOCIAL RETROCESS*

Gabriela Costa e Silva\*

**RESUMO:** Trata-se de artigo que busca questionar a atuação do Supremo Tribunal Federal brasileiro na esfera dos julgamentos de controle de constitucionalidade/concensionalidade sobre a legislação trabalhista, mormente aquela editada com cunho reformista. Pretende-se demonstrar, por meio do estudo teórico sobre o princípio da vedação do retrocesso, que determinadas modificações no arcabouço justralhista vieram desprovidas de debate democrático, na origem, e de esquemas alternativos de compensação, no plano das consequências, o que denota legitimação do rebaixamento de direitos historicamente conquistados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Fundamental ao Trabalho. Princípio da Vedação ao Retrocesso. Supremo Tribunal Federal. Interpretação Constitucional.

**ABSTRACT:** *This article seeks to question the performance of the Brazilian Federal Supreme Court in the sphere of constitutionality / conventionality control judgments on labor legislation, especially that edited with a reformist nature. It is intended to demonstrate, by means of a theoretical study on the principle of prohibition of retrogression, that certain changes in the labor legislation framework came without democratic debate, in the origin, and of alternative compensation schemes, in consequence, what denotes legitimation of the demotion of rights historically conquered.*

**KEYWORDS:** *Fundamental Right to Work. Principle of Prohibition of Retrogression. Federal Supreme Court. Constitutional Interpretation.*

### 1 – Introdução

O desenvolvimento do Direito do Trabalho, assim como dos demais ramos da ciência jurídica, é intrinsecamente ligado ao paradigma geracional vivenciado, sendo recorrente entre os operadores jurídicos a ideia de que a construção dos diplomas normativos não acompanha a velocidade dos fatos sociais no contexto em que se inserem.

---

\* *Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia; graduada em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz; analista processual do Ministério Público da União (2015), atualmente lotada na Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região (Campinas/SP); editora-assistente da Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano, Revista da Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região; professora convidada da pós-graduação lato sensu, Especialização em Direito e Processo do Trabalho da Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP.*

## DOCTRINA

Esse anacronismo patogênico faz com que injustiças sejam perpetuadas, seja quando existe recusa na regulamentação de situações lesivas, seja quando outras são legitimadas por meio da criação de novas leis, à revelia dos patamares sociais mínimos consolidados, a pretexto de produzir determinados efeitos concretos na realidade, especialmente econômicos. Não por isso, o que se vê em escala mundial, atualmente, é o convívio de formas flexibilizadas e precarizantes de trabalho, que têm por escusa a fluidez dos mercados em detrimento do paradoxal acúmulo de riquezas e capital em cada vez menos mãos.

As tendências ora citadas podem ser evidenciadas, a título exemplificativo, pelas figuras dos trabalhadores em plataformas digitais, reputados autônomos apesar de não possuírem qualquer domínio sobre o algoritmo administrado por empresas de pujança econômica em nível internacional e, bem ainda, trabalhadores de empresas terceirizadas que, com a chancela do Judiciário pátrio, podem hoje prestar serviços em atividades finalísticas de grandes empreendimentos sem o devido acesso direto aos benefícios financeiros decorrentes disso, uma vez que seu vínculo trabalhista é translucidado por intermediárias, comumente desprovidas de qualquer estrutura física ou capacidade econômica para arcar com a responsabilidade empregatícia havida.

Essas constatações podem ser somadas a muitos outros exemplos práticos do fenômeno do aprofundamento da dissonância entre a autonomia do trabalhador e o poder de controle patronal, revelada também nas figuras do trabalho intermitente, e no enfraquecimento das relações sindicais, motivado, dentre outras razões, pelo agravamento da desconfiança nas instituições e a dissolução dos laços de solidariedade, atributos da pós-modernidade, que vão muito além das relações trabalhistas.

A situação, que já é ultrajante pelos próprios contornos que impõe ao contexto social, agrava-se ainda mais quando se nota que instituições públicas chancelam esses tipos de comportamento e até mesmo os incentivam, seja pela edição de leis e atos normativos ditos “reformistas”, seja pela conivência em se aceitar essas modificações, quando questionadas judicialmente, sem a estruturação do devido raciocínio lógico-hermenêutico nas decisões do controle abstrato.

Considerando tais percepções, este artigo se debruça sobre o problema da ausência de resistência jurisdicional à implantação dos regimes reformistas, apesar de o arcabouço constitucional e convencional indicarem para direções contrárias ao intuito precarizante destas, perpetuando situações de maior lesividade ao trabalhador, que se vê investido em relações jurídicas cada vez menos seguras, em todas as acepções do termo.

## 2 – A precarização oriunda das reformas

A flexibilização das leis trabalhistas não é um fato de constatação inédita na história recente do mundo e, mais precisamente, do Brasil. A tendência, no contexto nacional, remonta às décadas de 1960 e 1970, nas quais houve a substituição, ainda que facultativa em um primeiro momento, do regime das estabilidade pela criação do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, por meio da Lei nº 5.107/66. Além disso, naquela década houve a aprovação da Lei nº 6.019/74, introduzindo no Brasil o trabalho temporário<sup>1</sup>, sendo hoje, o referido diploma normativo, arcabouço das previsões legais sobre a “prestação de serviços a terceiros”, ou terceirização (art. 4º-A), incluídas por meio da Lei nº 13.429/2017.

O movimento pode ser explicado pela corrente neoliberal que se implantou nos países de regime capitalista, desde o período mencionado, acentuando-se, no caso do Brasil, após o *impeachment* da Presidente Dilma Rousseff, ocorrido em 2016. Aqui, há de se ressaltar que apesar de o Poder Executivo federal ter sido ocupado por mais de uma década por integrantes da chamada “esquerda”, responsáveis pela implantação de políticas públicas de redistribuição de renda, retirada de parte da população da extrema pobreza<sup>2</sup>, e do aumento da criação de postos formais de trabalho, tais medidas econômicas não foram capazes de conter, efetivamente, a precarização do trabalho. Cite-se:

“Os dados da pesquisa demonstraram que esse fenômeno também se faz presente na realidade brasileira, tornando-se mais visíveis nos governos Lula e Dilma, pois se por um lado o emprego formal foi ampliado de forma significativa, por outro nos deparamos com uma rotatividade extremamente elevada, em decorrência da flexibilização do trabalho e de um setor produtivo muito reduzido que absorve uma parcela ínfima de trabalhadores. Dessa forma, parte significativa dos trabalhadores tem migrado para o Comércio e o Setor de Serviços, que possuem vínculos mais instáveis, de caráter sazonal e, muitas vezes, terceirizados/subcontratados. Esse fenômeno revela cada vez mais a substituição do trabalho vivo por trabalho morto, pois a força de trabalho perde cada

---

1 FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Curso crítico de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 88-89.

2 “O Estado de São Paulo conseguiu reduzir os níveis de pobreza extrema durante os últimos anos, de 2,2%, em 2006, para 1,7%, em 2012. Assim, São Paulo se situa entre os estados nos quais a incidência da pobreza é menor, junto dos Estados Paraná e Goiás (1,7%), Rio Grande do Sul (1,8%), Mato Grosso, Distrito Federal (1,9%), Mato Grosso do Sul (1,6%) e Santa Catarina (1,2%). O Estado com maior nível de pobreza é o de Maranhão, embora tenha reduzido notavelmente de 20,2%, em 2006, para 13,8%, em 2012. Os demais estados apresentam níveis inferiores a 10% (...)” (ETULAIN, Carlos Raul. *Desafios às políticas de transferência de renda implementadas nas últimas décadas na América Latina: avanço da política sobre a economia ou políticas pro mercado?*. In: *XXXIV International Congress of the Latin American Studies Association (LASA 2016)*, 2016. LASA2016, 50 years, anais e memórias. New York: LASA, 2016. v. 1. p. 1-20).

## DOCTRINA

vez mais espaço em meio ao emprego da tecnologia, com uma grande parcela migrando fortemente para o Setor de Serviços, enquanto outra parte convive com os empregos ‘flexíveis’ ou enfrenta o desemprego estrutural, que tem crescido desde a reestruturação produtiva.”<sup>3</sup>

A ascensão neoliberal, portanto, apenas reforçou o afrouxamento dos vínculos trabalhistas, tendo trazido consigo um rápido e não dialógico período de reformas, que pode ser simbolizado pelas Leis ns. 13.429/2017, que regulamentou as relações terceirizadas de trabalho e alterou disposições sobre o trabalho temporário, e 13.467/2017, *que alterou mais de 100 artigos da CLT*, e cuja tramitação no Congresso durou menos que um ano<sup>4</sup>. Além disso, atuando no mesmo sentido, estão as malfadadas MPs ns. 881/2019, ou MP da Liberdade Econômica, que foi convertida na Lei nº 13.874/2019 e tem por um dos seus princípios norteadores “a intervenção subsidiária, mínima e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas” (art. 2º, III), a 905/2019, hoje decaída e que, a pretexto de “criar novos postos de trabalho”, instituiu o chamado “contrato verde-amarelo”, que implicava tratamento menos benéfico a jovens recém-ingressos no mercado de trabalho, e mais recentemente as MPs ns. 927 e 936, ambas de 2020, que trataram de assuntos atinentes ao regime de calamidade pública instalado após a eclosão da pandemia de coronavírus (Covid-19), e têm como características marcantes a esquivia oficial à negociação coletiva e à participação dos Sindicatos na adoção das medidas tendentes à preservação do emprego e da renda durante o período.

Tudo isso demonstra que os movimentos flexibilizatórios independem das posturas partidárias dos dirigentes nacionais, apesar de poderem ser agravados e aprofundados pela ideologia daqueles que pretendem “passar a boiada”<sup>5</sup>. Quer-se dizer, portanto, que a flexibilização é um fenômeno, e, como tal, deve ser analisado de maneira holística, em todas as suas causas, consequências e repercussões.

Crítica lançada, não se quer defender com isso que as reformas sejam necessariamente lesivas aos obreiros. Apesar de muito se questionar sobre a

---

3 PAZ, Fernanda Alves Ribeiro. *Mercado de trabalho e condições de trabalho no Brasil nos governos Lula e Dilma: entre a ampliação e a flexibilização*. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) – Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes (CCHLA), Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa, 2017. p. 141. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/16810/1/Arquivototal.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2020.

4 SEVERO, Valdete Souto; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Manual da reforma trabalhista: pontos e contrapontos*. São Paulo: Sensus, 2017.

5 Alusão à fala do atual Ministro do Meio Ambiente, Ricardo Salles, em reunião ministerial do dia 22 de abril de 2020, ao considerar que a pandemia da Covid-19 seria uma oportunidade para mudar regras ligadas à proteção ambiental e à área de agricultura e evitar críticas da mídia e processos na Justiça. (Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/05/22/ministro-do-meio-ambiente-defende-passar-a-boiada-e-mudar-regramento-e-simplificar-normas.ghtml>. Acesso em: 30 ago. 2020)

efetiva voluntariedade do empregado em matérias como a adesão ao trabalho por tempo parcial, aos programas de demissão voluntária, e à extinção do contrato de trabalho por vontade bilateral das partes, por exemplo, deve-se ter em mente que a lesividade (no plano individual) ou o retrocesso (no plano coletivo) devem ser averiguados diante dos efetivos prejuízos que tais institutos venham a causar, ainda que esta análise se dê no plano meramente abstrato, no segundo caso.

Sendo assim, eventuais reduções aos direitos trabalhistas, para que não sejam prejudiciais exclusivamente à parte hipossuficiente da relação, devem ser acompanhadas das respectivas justificativas e compensações, sob pena de representarem violação ao que se chama, na doutrina constitucional, de *princípio da vedação ao retrocesso*, conforme conceituado por José Joaquim Gomes Canotilho<sup>6</sup>:

“O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (‘lei da segurança social’, ‘lei do subsídio de desemprego’, ‘lei do serviço de saúde’) 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.”

Diante disso, há que se ponderar que as escolhas do legislador/administrador, em termos de regulamentação dos direitos sociais e trabalhistas, não podem negligenciar a proteção já consolidada quando esta diminuição da densidade normativa estiver desacompanhada de uma fundamentação razoável ou, como reproduzido *supra*, da criação de esquemas alternativos ou compensatórios ao que tiver sido suprimido.

Assim, apesar de não participar diretamente da construção dos diplomas normativos reformistas, o Judiciário, ao exercer a função de controle mediante provocação, terá uma função fundamental de análise desses institutos à luz do princípio da vedação ao retrocesso, o qual demanda a utilização de métodos interpretativos que permitam, da maneira mais abrangente possível, descortinar a razoabilidade dos dispositivos modificativos, confrontando-os, não apenas com o texto constitucional, mas também com as demais fontes de direito, a exemplo das convenções e tratados internacionais, e com os aspectos da realidade prática vigente por meio da abertura dialógica do processo, essencial às demandas do controle abstrato.

---

6 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 339-340.

Nesse caminhar, é possível perceber que, desde a alavancagem do movimento reformista, diversas ações do controle abstrato de constitucionalidade foram ajuizadas em face dos dispositivos modificados/acrescidos ao âmbito das normas justralhistas, estando algumas já julgadas pelo plenário do STF, como foi o caso da ADPF 324, que versou sobre os contornos da terceirização no cenário pós-reformista, e da ADI 5.938, na qual o plenário declarou a inconstitucionalidade da previsão incluída pela Lei nº 13.467/2017 ao art. 394-A da CLT, que admitia a possibilidade de trabalhadoras grávidas e lactantes desempenharem atividades em ambientes insalubres em algumas hipóteses.

Muitas outras estão pendentes de julgamento<sup>7</sup> ou ainda vêm sendo ajuizadas, de acordo com o próprio movimento legislativo, o que denota que o tema proposto desponta como um problema atual e de confronto necessário no cenário da jurisdição, principalmente em termos de desenvolvimento da hermenêutica jurídica, uma vez que as demandas suscitadas envolvem necessária revisão sobre o ônus argumentativo dos participantes do processo constitucional.

### 3 – O princípio da vedação ao retrocesso aplicado às leis trabalhistas

Investigar sobre o princípio da vedação ao retrocesso implica iluminar o seu conceito opositor: a ideia de “progresso”. Sob essa égide, e com base nas lições kantianas, a teoria da tendência progressiva da humanidade determina que a história deva ser conduzida desde o passado (signo rememorativo), atuando no presente (signo demonstrativo) e impulsionada para o futuro (signo prognóstico)<sup>8</sup>. A partir de uma análise não exatamente otimista, mas esperançosa de que, apesar das intercorrências, o gênero humano caminharia para o progresso em virtude do acúmulo da sua experiência racional, Kant leciona em *O Conflito das Faculdades*<sup>9</sup>:

“Afirmo agora que posso predizer ao gênero humano, mesmo sem o espírito de um visionário, segundo os aspectos e os augúrios dos nossos dias, a consecução deste fim e, ao mesmo tempo, a sua progressão para o melhor e não mais de todo regressiva. Com efeito, semelhante fenômeno não mais se esquece na história da humanidade, porque revelou na natureza humana uma disposição e uma faculdade para o melhor que nenhum

---

7 A título exemplificativo: ADI 6.069 (questiona a tarifação dos danos morais); ADI 6.154 (questiona o trabalho intermitente); ADI 6.188 (questiona os dispositivos inseridos pela Reforma sobre uniformização da jurisprudência no TST).

8 PEREIRA, José Aparecido. A ideia de progresso em Kant. *Tempo da Ciência*, (15) 30, p. 107-119, 2º sem. 2008, p. 114.

9 KANT, Immanuel. *O conflito das faculdades*. Covilhã: Lusosofia Press, 2008. p. 109.

político, com a sua subtilidade, extrairia do decurso das coisas até agora, e que só a natureza e a liberdade, reunidas no gênero humano segundo princípios internos do direito, podiam prometer, mas, quanto ao tempo, só de um modo indeterminado e como um acontecimento contingente. (...) É, pois, uma proposição não só bem intencionada e muito recomendável no propósito prático, mas válida, apesar de todos os incrédulos, também para a mais severa teoria: que o gênero humano progrediu sempre para o melhor e assim continuará a progredir no futuro.”

Assim, para Kant, o papel do Direito seria justamente o de ser o ponto de consolidação dessa trajetória progressista. Outras obras propedêuticas da ciência jurídica também prelecionam que o Direito Positivo nada mais é que uma série histórica de conquistas, e que se encontra em movimento de constante ampliação, de acordo com a dilatação e o aumento da complexidade das relações travadas em sociedade<sup>10</sup>. Seria esse o atributo da historicidade.

Dizer que direitos humanos e fundamentais são modificáveis durante a história, no entanto, não quer dizer que as conquistas previamente garantidas devam ser totalmente desconsideradas ou suprimidas por disrupções de um futuro imprevisível. Há que se refletir nos direitos como uma série de “aprendizados”, os quais se voltam à harmonização social, e que, por isso mesmo, devem ser, da melhor maneira possível, preservados.

Nesse sentido, imperioso se faz relacionar as ideias de vedação ao retrocesso àquelas consolidadas por J. J. Gomes Canotilho sobre o *dirigismo constitucional*, uma vez considerado que “a Constituição Dirigente é uma premissa de sua formulação, mas também que o princípio da proibição de retrocesso social é decorrência lógica do dirigismo constitucional”<sup>11</sup>. A discussão também deve avançar pela própria revisão do dirigismo, realizada mais tarde pelo autor lusitano, quando este questionara sobre a “morte” da Constituição Dirigente.

Apesar disso, embora Canotilho afirme que sua teoria não poderia desconsiderar aspectos revolucionários que alteraram a forma como é encarada em todo o mundo, isto não deveria significar, a nosso ver, a sua “morte”, mas, sim, a sua “evolução”. Dessa maneira, argumenta-se que os dois aspectos de revisão

10 “Também os direitos do homem são direitos históricos, que emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem (...) Sabemos hoje que também os direitos ditos humanos são o produto não da natureza, mas da civilização humana; enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação e ampliação.” (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 32)

11 DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 45.

do constitucionalismo dirigente, como apontados por Canotilho<sup>12</sup>, poderiam não o extirpar, mas, em verdade, auxiliá-lo em potência, a fim de também reforçar a aplicação do princípio da vedação ao retrocesso nesses novos contextos.

Sobre esses aspectos, em um primeiro ponto, embora Canotilho entenda que a existência da *comunidade plural de intérpretes* e operadores do texto constitucional possa ameaçar o dirigismo por pulverizar o poder de interpretação das suas cláusulas, é necessário reconhecer que a consolidação da autonomia social dos grupos de referência (e dentre eles os Sindicatos) é capaz de fortalecer o processo jurisdicional em sua base de heterorreflexão (audiências públicas, *amicus curiae*, pareceres opinativos, etc.).

Tal movimento, em verdade, faria com que em países como o Brasil, nos quais o vício de “centralização” retira a autonomia das comunidades locais, fosse possível melhor se atentar para as diferenças materiais que marcam a estrutura nacional em suas magnânimas dimensões territoriais, de maneira a se coadunar ao objetivo fundamental de redução das desigualdades regionais, nos termos do art. 3º, III, da CF. Para a perspectiva trabalhista, mais precisamente, essencial para o bom desempenho desse papel seria a definitiva aceitação do princípio da liberdade sindical plena, conforme estabelecido no âmbito da *Convenção nº 87 da OIT*, ainda não ratificada.

Em segundo lugar, embora Canotilho ainda se refira à influência do direito internacional no plano interno como outro fator de ameaça ao dirigismo, é preciso reconhecer que essa influência, em verdade, ajuda na compreensão dos conceitos e finalidades constitucionais, podendo colaborar na compreensão dos “problemas constitucionais”, já que estes não podem ser resolvidos em restrita leitura unilateral dos dispositivos da Carta Maior, mas devem ser situados em face de toda uma sistemática de valores que atuam de forma “progressiva” na condução humanitária.

Nesse sentido, as colaborações do direito internacional e da jurisprudência comparada trazem auxílio prático para questões ainda não resolvidas no país, antevendo possíveis efeitos decisórios, inclusive. A OIT, como instituição organizada para a defesa dos direitos dos trabalhadores em nível mundial, apresenta uma vasta gama de Convenções Internacionais, muitas delas já ratificadas pelo Brasil, e pelas quais se possibilita a obtenção desse patamar mais progressivo ideal. Nesse ponto, impende ressaltar que surge com força na doutrina pátria o reconhecimento do chamado “controle de convencionalidade”, o qual também deve ser ministrado nas ações de controle difuso e abstrato dos diplomas trabalhistas reformistas, senão, veja-se:

---

12 *Apud* DERBLI, *op. cit.*, p. 56-63.



“Com efeito, de modo a evitar que os tribunais internacionais sejam levados a exercer o controle de convencionalidade em face de normas domésticas, é imperioso que os juízes, nas respectivas searas nacionais e dentro de suas competências (material e territorial), já pratiquem esse juízo de convencionalidade, na medida em que o Direito Internacional dos Direitos Humanos integra o ordenamento jurídico interno (no caso do Brasil, por força, sobretudo, do § 2º do art. 5º da CF), bem assim porque todos os agentes estatais, incluindo os magistrados do Poder Judiciário, estão adstritos ao dever de respeitar, proteger e promover os direitos humanos, de acordo com os padrões adotados pelos tratados, pelas normas costumeiras e pela jurisprudência internacionais.”<sup>13</sup>

Em razão dessa ideia de dirigismo ao progresso, acrescida dos pontos de evolução *supra*, é que se faz possível justificar a existência jurídica do princípio da vedação ao retrocesso, invocando-se como base normativa os seguintes dispositivos de direito internacional incorporados ao ordenamento jurídico pátrio por expressa autorização constitucional (art. 5º, § 2º, da CF):

“Art. 26. Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de *conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura*, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, *na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.*” (grifo nosso)<sup>14</sup>

“Art. 2º, item 1. Cada um dos Estados Partes no presente Pacto compromete-se a agir, quer com o seu próprio esforço, quer com a assistência e cooperação internacionais, especialmente nos planos econômico e técnico, *no máximo dos seus recursos disponíveis, de modo a assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto por todos os meios apropriados, incluindo em particular por meio de medidas legislativas.*” (grifo nosso)<sup>15</sup>

13 BRASIL, Ministério Público do Trabalho. Temas da Lei nº 13.467/2017 (“Reforma Trabalhista”) à luz das normas internacionais. *Manual de apoio à atuação dos membros do Ministério Público do Trabalho*. p. 21. Disponível em: [https://www.academia.edu/38221181/Temas\\_da\\_Lei\\_n\\_o\\_13\\_467\\_2017\\_Reforma\\_Trabalhista\\_%C3%A0\\_luz\\_das\\_normas\\_internacionais](https://www.academia.edu/38221181/Temas_da_Lei_n_o_13_467_2017_Reforma_Trabalhista_%C3%A0_luz_das_normas_internacionais). Acesso em: 1º set. 2020.

14 BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992: promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. *DOU*, 09.11.92. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 27 set. 2020.

15 BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Atos internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. *DOU*, 07.07.92. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm). Acesso em: 27 set. 2020.

Com isso, pretende-se evidenciar que o reconhecimento jurídico do princípio da vedação ao retrocesso confere *força normativa e caráter vinculante* às prescrições de direito social, incluindo entre elas as disposições referentes ao direito fundamental ao trabalho.

No campo prático, Courtis<sup>16</sup> leciona que, para determinar o grau de regressividade de uma norma, “é necessário compará-la com a norma que esta tenha modificado ou substituído e avaliar se a norma posterior suprime, limita ou restringe direitos ou benefícios concedidos pela anterior”. Sendo assim, a supressão ou a regressão de direitos, deve ser plenamente justificada diante do patamar anteriormente existente. Significa dizer, então, que a “regressão de direitos”, quando despida de fundamento suficiente ou de mecanismos alternativos de conservação, tem o condão de ser – e é extremamente recomendável que assim o seja – invalidada pelos órgãos de controle jurisdicional competentes.

Para as finalidades do Direito do Trabalho, a realização prática desse cotejo já é até mesmo facilitada pela existência de princípios insitos a este ramo da ciência jurídica, como o princípio protetivo e seus desdobramentos: norma mais favorável, condição mais benéfica, e *in dubio pro operario*.

Para além disso, também há na doutrina a construção de um núcleo duro, relacionado aos direitos mínimos dos obreiros, intangíveis até mesmo à negociação coletiva, o que foi, ainda, objeto de ratificação pela própria Reforma Trabalhista com o acréscimo do art. 611-B à CLT. Trata-se da definição do *patamar civilizatório mínimo*, conceituado por Mauricio Godinho Delgado<sup>17</sup> nos seguintes termos:

“No caso brasileiro, esse patamar civilizatório mínimo está dado, essencialmente, por três grupos convergentes de normas trabalhistas heterônomas: as *normas constitucionais em geral* (respeitadas, é claro, as ressalvas *parciais* expressamente feitas pela própria Constituição: art. 7º, VI, XIII e XIV, por exemplo); as *normas de tratados e convenções internacionais vigentes no plano interno brasileiro* (referidas pelo art. 5º, § 2º, já expressando um patamar civilizatório no próprio mundo ocidental em que se integra o Brasil); as *normas legais infraconstitucionais que asseguram patamares de cidadania ao indivíduo que labora* (preceitos relativos à saúde e segurança no trabalho, normas concernentes a bases salariais mínimas, normas de identificação profissional, dispositivos antidiscriminatórios, etc.)”

16 COURTIS, Christian. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. In: *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Compilado por Christian Courtis. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2006. p. 4.

17 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 1.467.

Essas referências, tão seculares à Justiça do Trabalho e às reclamações trabalhistas individuais e aos dissídios coletivos, não podem ser olvidadas quando levadas ao palco de discussão das ações de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, realizado pelo STF. A iluminação dos novos termos legislativos sob esse enfoque evitaria que se utilizassem como argumentos determinantes pela validade dos dispositivos reformistas os princípios isoladamente considerados da “livre-iniciativa”, no plano privado, e da “discricionariedade do legislador/administrador”, no âmbito público.

Em verdade, o retrocesso da legislação trabalhista afeta, inevitavelmente, o arcabouço de outros direitos humanos, igualmente fundamentais, uma vez que é por meio do trabalho que os indivíduos garantem sua subsistência e o acesso mais amplo a outros direitos fundamentais reconhecidos, individuais ou sociais, e ainda exercem sua liberdade de exercício profissional. A *interseccionalidade* inerente aos direitos fundamentais trabalhistas é reconhecida pela Observação Geral nº 18 do Comitê de Direitos Econômicos, Social e Culturais (DESC) da ONU<sup>18</sup>, nos seguintes termos:

“O direito ao trabalho é essencial para a realização de outros direitos humanos e constitui um *parte inseparável e inerente da dignidade humana*. Todo mundo tem o direito de trabalhar para poder *viver com dignidade*. O direito ao trabalho serve, ao mesmo tempo, à *sobrevivência do indivíduo e de sua família* e contribui também, na medida em que o trabalho é livre escolhido ou aceito, para sua *plena realização e reconhecimento* dentro da comunidade.” (grifo nosso)

Dentre as diretrizes apresentadas na citada Orientação, ressalta-se a necessidade de que os Estados-Parte adotem todas as medidas necessárias, inclusive legislativas, para reduzir, da maior maneira possível, o número de trabalhadores na economia informal e desprovidos de proteção. E no rol das obrigações jurídicas, de caráter geral, impostas aos Estados-Partes, está exposta como a principal delas “velar pela realização progressiva do exercício do direito ao trabalho”<sup>19</sup>.

Avançando sobre o assunto, a Orientação ainda demonstra que os descumprimentos a essas diretrizes podem ser verificados, dentre outras circunstâncias, pela “aprovação de legislação ou políticas que sejam manifestamente incom-

---

18 Disponível em: <https://www.escri-net.org/es/recursos/observacion-general-no-18-derecho-al-trabajo>. Acesso em: 2 set. 2020. (tradução livre)

19 Disponível em: <https://www.escri-net.org/es/recursos/observacion-general-no-18-derecho-al-trabajo>. Acesso em: 2 set. 2020. (tradução livre)

patíveis com as obrigações internacionais relativas ao direito ao trabalho”<sup>20</sup>. E para aferir o sucesso das medidas que devam ser adotadas, o documento sugere que os Estados-Parte criem cronogramas e políticas de monitoramento, por meio de dados estatísticos, que possam evidenciar se as decisões políticas aplicadas, de fato, contribuem para a realização do pleno emprego e da implementação do trabalho digno e decente.

A despeito dessas diretrizes, o que se vê na jurisprudência atual é que os pedidos de declaração de inconstitucionalidade, quando desprovidos, embasam-se no simples critério da escolha política, e quando avançam para os argumentos econômicos buscam arrimo tão somente nos valores da livre-iniciativa para a emissão dos votos, conforme pode ser verificado naquele proferido pelo Ministro Gilmar Mendes em recente decisão expedida no âmbito da ADI 5.695<sup>21</sup>:

“Ou seja, aqui não se trata de optarmos entre um modelo de trabalho formal e um modelo de trabalho informal, mas entre um modelo com trabalho e outro sem trabalho; entre um modelo social utópico, como tão frequentemente nos alertou Roberto Campos, e um modelo em que os ganhos sociais são contextualizados com a realidade. A informalidade é um claro indicativo de que os agentes de mercado, não apenas empresas, mas também os trabalhadores, estão migrando para a margem do *sistema super-regulado que construímos*. (...) Se a Suprema Corte americana impôs freios a opções políticas definidas pelo legislativo, por aqui, o TST tem colocado sérios entraves a opções políticas chanceladas pelo Executivo e pelo Legislativo. Ao fim e ao cabo, a engenharia social que a Justiça do Trabalho tem pretendido realizar não passa de uma tentativa inócua de frustrar a evolução dos meios de produção, os quais têm sido acompanhados por evoluções legislativas nessa matéria.” (grifo nosso)

É preocupante que agentes da mais alta Corte pátria ataquem tão abertamente o arcabouço normativo vigente e a atuação dos magistrados especializados no assunto, ainda mais quando o argumento utilizado seja o da necessidade meramente abstrata de “salvar o mercado”, mediante a criação de novos empregos, ainda que precarizados. Trata-se de um esvaziamento argumentativo que deveria ser evitado tanto pelos participantes plurais do processo constitucional, quanto mais ainda pelos seus julgadores, uma vez que estes estão adstritos ao dever de fundamentação, previsto no art. 93, IX, da CF.

20 Disponível em: <https://www.escri-net.org/es/recursos/observacion-general-no-18-derecho-al-trabajo>. Acesso em: 2 set. 2020. (tradução livre)

21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.695. Rel. Min. Gilmar Mendes. Pesquisa de jurisprudência. Julgamento 16.06.2020. DJE 21.08.2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344110638&ext=.pdf>. Acesso em: 27 set. 2020.

Nesse caso, a aceitação da situação de regressividade demandará *ônus probatório ao Estado*, esteja ele representado na forma de regulamentador ou julgador. Veja-se que tal ônus funcional também foi incorporado ao CPC/2015 por meio do art. 489, que em seu § 2º institui a obrigatoriedade de racionalização e fundamentação das conclusões obtidas quando no exercício da ponderação entre normas. Nesses casos, “não basta que o Estado demonstre apenas a legitimidade do fim e a mera racionalidade da medida: deve justificar sua imperiosa necessidade”<sup>22</sup>.

Portanto, reconhecer a normatividade do princípio da vedação ao retrocesso e aplicar suas razões de existência e finalidade são poderosas armas de combate às malversadas investidas do poder público em face dos direitos fundamentais, ainda mais quando permanecem fortemente sonogados para grande parte da população, que em pleno século XXI não tem acesso ao emprego formal e ao trabalho digno e decente<sup>23</sup>.

É premente, portanto, que nas ações constitucionais que discutam sobre os direitos trabalhistas se faça o esforço hermenêutico de identificar e aplicar as razões próprias deste ramo da ciência jurídica, como bem se destaca no voto, vencido, do Ministro Marco Aurélio, na mesma ADI 5.695<sup>24</sup>, supracitada:

“Na busca da excelência na prestação jurisdicional, o magistrado, encarnando a figura do Estado-juiz, deve ter a atuação norteadada pelos princípios gerais do Direito e, *mais especificamente, do Direito do Trabalho*, considerada a história da legislação protetiva, sob pena de subverter-se aquilo que é o fundamento e a razão de ser da Justiça trabalhista. Muito já se caminhou no sentido da melhoria das condições gerais do trabalho e da fixação da remuneração mínima, *mas ainda é patente a desigualdade econômica em comparação com o empregador, agravada por excesso de mão de obra e escassez de emprego*. Tendo em vista a temática afeta à terceirização de serviços, *não pode o julgador afastar-se do que é mais próprio ao Direito do Trabalho, ou seja, a disparidade jurídica na qual se encontram as partes contratantes*, ante as particularidades de cada situação e o momento vivido.” (grifo nosso)

22 COURTIS, *op. cit.*, p. 29.

23 De acordo com pesquisa divulgada no ano de 2019 pelo IPEA, o número de desempregados de longo prazo cresceu 42,4% em quatro anos. “A parcela de desempregados que está nesta situação há mais de dois anos avançou de 17,4% no 1º trimestre de 2015 para 24,8% no mesmo período de 2019, atingindo 3,3 milhões de pessoas”. Os dados da referida pesquisa demonstram que há dissonância entre a exposição de motivos das Reformas Trabalhistas e a realidade vivenciada pelos cidadãos brasileiros. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=34817](https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=34817). Acesso em: 27 set. 2020.

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.695. Rel. Min. Gilmar Mendes. Pesquisa de jurisprudência. Julgamento 16.06.2020. DJE, 21.08.2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344110638&ext=.pdf>. Acesso em: 27 set. 2020.

Como referido por Amartya Sen<sup>25</sup> em seu estudo sobre a relação entre a pobreza e a ausência das liberdades, “entre os desafios cruciais do desenvolvimento em muitos países atualmente inclui-se a necessidade de libertar os trabalhadores de um cativo explícito ou implícito que nega o acesso ao mercado de trabalho aberto”. Ou, quando não se nega o acesso, restringe-se a possibilidade de que o trabalhador, por meio do desprendimento das suas energias físicas e mentais, possa exercer sua dignidade na condição de pessoa por meio do trabalho pela falta de reconhecimento da sua situação de vulnerabilidade, a qual lhe impõe situações vexatórias, acobertadas pelo manto da legitimidade meramente formal.

### 4 – Conclusão

O sistema de precedentes faz com que juízes, advogados e procuradores estejam sujeitos às decisões do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, é essencial avaliar como a Corte trata das questões atinentes ao Direito do Trabalho, tanto mais na “era reformista”. A forma de atuação e a análise dos argumentos trazidos ao processo constitucional denotam que pouco se traz da essência do Direito do Trabalho para essas demandas, reputando-se, quase sempre, que a liberdade do legislador se coaduna à liberdade do jurisdicionado que o legitima, motivo pelo qual não se deveriam invalidar regras “inovadoras” sobre as situações trabalhistas vivenciadas.

Não se pode fechar os olhos, obviamente, aos aspectos que redundam em inevitável decréscimo da empregabilidade, como são exemplos o desemprego estrutural causado pela evolução tecnológica e, bem ainda, as mudanças impostas pela própria realidade em tempos de crise, como é o caso do atual estado pandêmico causado pela Covid-19. Essas circunstâncias, no entanto, não poderão servir de escusas para legitimar a dilapidação de direitos consolidados, repita-se, quando não houver fundamento relevante para tal ou a criação de sistemas alternativos que busquem equilibrar a relação afetada de uma maneira menos lesiva ao hipossuficiente.

Não podem ser considerados avanços legislativos normas que permitam a “externalização dos riscos” em detrimento da “internalização dos lucros”, ou a falta de regulamentação que permita que esta situação ocorra sem que sejam colocados entraves pelo Estado, que deveria atuar em prol dos objetivos da República e da minimização das desigualdades por meio da busca pela justiça social. Nesse caso, fechar os olhos deliberadamente para o aumento da concentração de riqueza em detrimento da dilapidação das condições de trabalho

---

25 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia do Bolso, s.d, s.p. *E-book*.

não é uma alternativa que represente os desígnios encartados na Constituição Federal da República.

Em não tendo sido ouvidas com atenção as partes interessadas durante a tramitação dos projetos de lei reformistas nas instâncias “democraticamente eleitas”, é com gravidade que se vê o fechamento das portas para estes também no âmbito da tutela jurisdicional. Por isso, é essencial manter a criticidade e trazer para o debate permanente não só as causas, mas também as repercussões dos novos diplomas legislativos, efetivamente concretizadas no seio social.

A importância da discussão do tema abordado, portanto, reside na necessidade de se manter a atenção plena sobre essa relação, quase sempre não recíproca, entre o que seja jurídico e o que seja político, entre a economia e o trabalho, a fim de que situações de lesividade não sejam acobertadas pelo manto da legitimidade democrática, sem que tenha havido a efetiva participação e interesse popular nas discussões que ensejam as referidas decisões.

### 5 – Referências bibliográficas

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Atos internacionais. Pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais. Promulgação. *DOU*, 07.07.92. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm). Acesso em: 27 set. 2020.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992: promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. *DOU*, 09.11.92. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 27 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *DOU*, 17.03.2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm). Acesso em: 27 set. 2020.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. Temas da Lei nº 13.467/2017 (“Reforma Trabalhista”) à luz das normas internacionais. *Manual de apoio à atuação dos membros do Ministério Público do Trabalho*. p. 21. Disponível em: [https://www.academia.edu/38221181/Temas\\_da\\_Lei\\_n\\_o\\_13\\_467\\_2017\\_Reforma\\_Trabalhista\\_%C3%A0\\_luz\\_das\\_normas\\_internacionais](https://www.academia.edu/38221181/Temas_da_Lei_n_o_13_467_2017_Reforma_Trabalhista_%C3%A0_luz_das_normas_internacionais). Acesso em: 1º set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.938/DF*. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Pesquisa de Jurisprudência, Decisão 11 nov. 2019, Acórdão, 4 maio 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342986001&ext=.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.695*. Rel. Min. Gilmar Mendes. Pesquisa de Jurisprudência. Julgamento 16.06.2020. *DJE*, 21.08.2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344110638&ext=.pdf>. Acesso em: 27 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 324*. Rel. Min. Roberto Barroso. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdão, 30 ago. 2018. Disponível

## DOCTRINA

em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioTese.asp?tipo=TCC&tese=5900>. Acesso em: 22 ago. 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COURTIS, Christian. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. In: *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Compilado por Christian Courtis. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.

DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ETULAIN, Carlos Raul. Desafios às políticas de transferência de renda implementadas nas últimas décadas na América Latina: avanço da política sobre a economia ou políticas pro mercado? In: *XXXIV International Congress of the Latin American Studies Association (LASA 2016)*, 2016. LASA2016, 50 years, anais e memórias. New York: LASA, 2016. v. 1.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Curso crítico de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2013.

KANT, Immanuel. *O conflito das faculdades*. Covilhã: Lusosofia Press, 2008.

PAZ, Fernanda Alves Ribeiro. *Mercado de trabalho e condições de trabalho no Brasil nos governos Lula e Dilma: entre a ampliação e a flexibilização*. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) – Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes (CCHLA), Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa, 2017, p. 141. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/16810/1/Arquivototal.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2020.

PEREIRA, José Aparecido. A ideia de progresso em Kant. *Tempo da Ciência*, (15) 30, p. 107-119, 2º sem. 2008.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia do Bolso, s.d, s.p. E-book.

SEVERO, Valdete Souto; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Manual da reforma trabalhista: pontos e contrapontos*. São Paulo: Sensus, 2017.

*Sítios eletrônicos*

<https://g1.globo.com>

<https://www.escr-net.org>

<https://www.ipea.gov.br/portal>

<http://www.stf.jus.br/portal>

Recebido em: Achister

Aprovado em: Achister