

OS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS E A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMA JURÍDICA DISCRIMINATÓRIA

Geovane de Assis Batista¹

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 2.1. A inversão do ônus da prova na processualística civil-trabalhista. 2.1.1 A prova. 2.1.2. O ônus da prova. 2.1.3. A inversão do ônus da prova. 2.2. A inversão do ônus da prova no controle de constitucionalidade de norma jurídica discriminatória no âmbito dos direitos sociais fundamentais. 3. Considerações finais. 4. Referências bibliográficas.

RESUMO. O presente artigo tem como objeto os direitos sociais fundamentais sob a perspectiva do fenômeno processual da inversão do ônus da prova no âmbito do controle de constitucionalidade de norma jurídica discriminatória. O objetivo básico é noticiar, a partir dos estudos de Victor Abramovich e Christian Courtis, que, com esteio no princípio do não retrocesso social, a categoria da “inversão do ônus da prova” pode ser tomada de empréstimo da processualística civil-trabalhista com vistas à solução exegética judicial no percurso das ações declaratórias de inconstitucionalidade onde se questiona a aplicabilidade e eficácia de normas jurídicas discriminatórias de direitos sociais laborais fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE. Direitos sociais fundamentais. Princípio do não-retrocesso social. Norma jurídica discriminatória. Inversão do ônus da prova. Abramovich e Courtis.

1. INTRODUÇÃO.

A dogmática jurídica processual (legislativa, doutrinária e jurisprudencial) elegeu a *prova* (testemunhal, documental e material), o *ônus da prova* e a *inversão do ônus da prova* como meios hábeis potencialmente capazes de convencer o juiz da existência ou não de fatos em que se baseia o direito postulado. Na órbita dessas categorias, flutua o objeto comum a ser provado, a saber: o fato — donde emerge a primeira inquietude: *a quem incumbe o ônus da prova do fato?*

Malgrado intuitiva, a resposta se impõe, não, é certo, como algo novo, mas enquanto suporte elementar para alcance e compreensão de outra inquietude que move o presente artigo: — *seria razoável a crença na possibilidade da “inversão do ônus da prova” nos casos em que a coisa litigiosa não envolve um fato e sim uma norma jurídica?* Se afirmativa a resposta, *sobre quem recairia o ônus da prova, nos casos em que a eficácia da norma jurídica é questionada sob o fundamento de incorrer em manifesta regressão e discriminação na tessitura dos direitos sociais fundamentais?*

Pois bem. O objetivo básico do presente artigo é responder a problemática, noticiando que, com esteio no princípio do não retrocesso social, a categoria da “inversão do ônus da prova” aplicada na processualística civil e trabalhista serve de aporte exegético judicial para solução da coisa litigiosa substanciada nas ações declaratórias de inconstitucionalidade de normas jurídicas discriminatórias no âmbito dos direitos sociais fundamentais — mais precisamente, dos direitos prestacionais laborais.

Para consecução desse fim, o autor se valerá de um texto descritivo e explicativo, subdividido em três partes redutíveis entre si, onde, inicialmente, o leitor repousará a visão sobre as prévias considerações acerca dos institutos da *prova*, *ônus da prova* e *inversão do ônus da prova* na processualística civil-trabalhista, com as devidas anotações doutrinárias e jurisprudenciais. Em seguida, navegará, panoramicamente, sobre o conceito, a classificação e o princípio do não retrocesso dos direitos sociais fundamentais. Na terceira parte, conhecerá a questão meritória consubstanciada nos direitos

¹ Juiz do Trabalho do TRT da 5ª. Região. Mestre (UFBA) e Doutor (UCSF) em Filosofia. Pós-doutorando em Direitos Sociais: as gerações dos Direitos. (Universidad D. Salamanca – Espanha).

fundamentais sociais-laborais sob a perspectiva do fenômeno processual da inversão do ônus da prova no âmbito do controle de constitucionalidade de norma jurídica discriminatória.

Nas linhas finais, serão apresentadas breves considerações acerca da temática investigada, revelando sua importância para o arcabouço jurídico constitucional relacionado aos direitos fundamentais sociais laborais. As referências bibliográficas serão de utilidades para costumeira consulta dos textos seminais e interpretativos.

2. DESENVOLVIMENTO.

2.1. A inversão do ônus da prova na processualística civil e trabalhista.

2.1.1. A prova.²

Diz-se “prova” aquilo que demonstra que uma afirmação ou um fato é verdadeiro, constituindo assim uma evidência, uma comprovação.³ Provar é, pois, convencer o espírito de verdade respeitante a alguma coisa.⁴

Desde uma perspectiva filosófica, a prova constitui um procedimento apto a estabelecer um saber, um conhecimento válido; todo procedimento desse gênero, qualquer que seja sua natureza: mostrar uma coisa ou um fato, exhibir um documento, dar testemunho ou efetuar uma indução são prova tanto quanto as demonstrações da matemática e da lógica;⁵ ou ainda: uma demonstração logicamente válida realizada a partir de axiomas ou de outras premissas aceitas.⁶

Juridicamente, é a demonstração de que algo se verificou;⁷ tudo que pode convencer da certeza de algum fato, circunstância ou proposição controvertida.⁸ No viés processual, o meio hábil de convencer o juiz da existência de fato⁹ em que se baseia o direito do postulante, pois que ninguém vai a juízo alegar fato sem finalidade jurídica.¹⁰

Moacyr Amaral Santos lembra que a prova guarda dois sentidos: um *amplo* e outro, *restrito*. Naquele, provar é convencer o espírito da verdade respeitante a alguma coisa. Neste, *a prova judiciária*, tem *por objeto* os “fatos da causa” — “os fatos deduzidos pelas partes como fundamento da ação ou exceção”; *por finalidade*, a formação da convicção quanto à existência dos fatos da causa; e *por destinatário*, o juiz.¹¹

A *prova judiciária* consiste na convicção de que os meios probatórios produzidos pelas partes no processo geram no espírito do juiz a impressão da existência ou

² Gr. *tekunptov*; lat. *probatio*; in. *proof*; fr. *preuve*; al. *beteis*; it. *prova*.

³ HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, p. 2320, 2001.

⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao código de processo civil*, vol. IV. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 2. 1988.

⁵ ABBAGANNO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo. Martins Fontes, 2003, p. 805.

⁶ BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1977, p. 324.

⁷ MAGALHÃES, Humberto Piragibe & MALTA, Cristóvão Tostes. *Dicionário Jurídico*, vol. II, 7ª ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S/A, p. 724, 1990.

⁸ NÁUFEL, Jose. *Novo dicionário jurídico brasileiro*, 7ª. ed., vol. III. São Paulo: Parma, p. 766, 1984.

⁹ O termo “fato” (in. *Fact*; fr. *Fait*; al. *Talsache*; it. *Fatto*), em geral significa “[...] uma possibilidade objetiva de verificação, constatação ou averiguação, portanto, também de descrição ou previsão — objetiva no sentido de que todos podem fazê-la nas condições adequadas [...] Os fatos têm duas características fundamentais: a) referência a um método apropriado de confirmação ou verificação; b) independência em relação a crenças subjetivas ou pessoais de quem emprega o método. Precisamente em vista dessas duas características, a capacidade de “olhar os fatos”, de “considerar os fatos” ou de “aceitar os fatos hoje é considerado um dos requisitos fundamentais não só do cientista e do pesquisador em geral, mas de qualquer cidadão. (ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*, p.429).

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973*, vol. IV: arts. 332-475. Rio de Janeiro: Forense, p. 2, 1988.

inexistência dos fatos.¹² Enfim, a prova é destinada a levar o juiz ao conhecimento da verdade dos fatos da causa, através dos meios de prova. Daí a prova no *sentido objetivo*: meios destinados a fornecer ao juiz o conhecimento da verdade dos fatos deduzidos em juízo; e no *sentido subjetivo*: formar no espírito do juiz quanto à verdade dos fatos.¹³ Mas provar, impõe um ônus.

2.1.2. O ônus da prova.

Do latim *onus*, ônus quer dizer carga, fardo, peso;¹⁴ sobrecarga ou incumbência, dever, encargo, obrigação de alguém.¹⁵ Assim, se, numa dada situação, existe a pressuposição razoável de que algo é verdadeiro, quem procura provar o oposto, cabe-lhe o *ônus da prova*.¹⁶ Desde uma perspectiva jurídica, “ônus da prova” constitui o encargo a carga de provar, de produzir prova da afirmação ou do fato. Traduz-se, apropriadamente, por *dever de provar*, no sentido de *necessidade de provar*, isto é, do dever no sentido de interesse ou necessidade de fornecer a prova destinada à formação da convicção do juiz quanto aos fatos alegados pelas partes.¹⁷

Cumprе relembrar que o *ônus processual probatório* não significa que a parte está obrigada a praticar determinados atos no curso do processo, mas que a inexecução (culposa ou dolosa) pode acarretar prejuízos jurídicos.¹⁸ A propósito, Isis de Almeida destaca que o “dever” distingue-se do “ônus”, antes de tudo, porque, neste, não há a obrigação no sentido jurídico que caracteriza aquele; ao contrário, o *dever jurídico* vincula uma sanção externa, positiva, já que existe uma cominação ou ameaça legal de uma pena; já no *ônus da prova*, existe uma incumbência, um encargo.¹⁹ Seu conceito não contém uma ideia de pena e, por consequência, nada é cominado juridicamente a quem não prova. Em verdade, o que se pretende com o *ônus probandi* é definir responsabilidades processuais de demonstração legal de fatos que precisam vir à luz e cuja veracidade precisa ser evidenciada ou revelada ao juiz.²⁰

*[...] provar [...] consiste em um ônus. [...] de uma atividade a ser desenvolvida pela parte, com vistas a seu próprio benefício. A omissão em [...] provar gera um gravame para a parte que não se desincumbiu do ônus que lhe tocava. Diferente da obrigação, que é exigível, o ônus não o é. A obrigação pode ser convertida em pecúnia, ao passo que o ônus não. A ausência da prova produz, geralmente, uma desvantagem pelo não exercício do ônus. Isto porque, embora a parte estivesse onerada com a prova, nem por isso poderá vir a sucumbir pela ausência da sua demonstração, caso o adversário, desavisadamente, venha a preencher o espaço probatório que não lhe competia, fazendo prova contra o seu próprio interesse.*²¹

Logo:

Ao autor cabe dar a prova dos fatos constitutivos da relação jurídica litigiosa. O réu, por seu lado, deve prover a prova de suas afirmações, o que pode

¹² *Ibidem*, p. 4.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*, p. 21.

¹⁵ ABBAGANNO, Nicola. *Dicionário de filosofia*, p. 2067.

¹⁶ BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de filosofia*, p. 274.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2067.

¹⁹ ALMEIDA, Isis de. *Manual de direito processual do trabalho*. -4ª ed. São Paulo: LTr, p. 123-124, 1991.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Dalzimar Tupinambá *Apud* SOUZA, Otavio Augusto Reis de. *Direito e processo do trabalho*. R. J: Forense, p. 316-317, 1974.

*acontecer de dois modos: a) se alega fatos que atestam, direta ou indiretamente, a inexistência dos fatos alegados pelo autor (prova contrária, contraprova); b) se alega fatos impeditivos, extintivos ou modificativos, ou que obstem efeitos ao fato constitutivo (prova de exceção, no sentido amplo).*²²

Nesse contexto, pergunta-se: a quem incumbe o ônus da prova? O Código de Processo Civil vigente responde: ao “autor”, quanto ao fato constitutivo do seu direito; ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado pelo autor (Incs. I e II, do art. 373, do CPC/2015). Filiando-se à lição de CHIOVENDA, Moacyr Amaral esclarece que ao autor cabe dar a prova dos fatos constitutivos (*eficácia jurídica seminal*) da relação jurídica litigiosa.

Por seu lado, o réu deve prover a prova de suas afirmações (i) se alega fatos que atestam (direta ou indiretamente) a inexistência dos fatos alegados pelo autor (*prova contrária, contraprova*); (ii) se alega fatos impeditivos (circunstância que impedem decorra de um fato o efeito que lhe é normal, ou próprio, e que constitui sua razão de ser), *extintivos* (eficácia jurídica extintiva da relação jurídica) ou *modificativos* (eficácia de modificar a relação jurídica), ou que obstem efeitos ao fato constitutivo (prova da exceção).²³

Segundo Betti, Moacyr Amaral aclara: quem tem o ônus da ação, tem o de afirmar e provar os fatos que servem de fundamento à relação jurídica litigiosa; quem tem o ônus da exceção [defesa ou resposta do réu], tem o de afirmar e provar os fatos que servem de fundamento a ela. Logo, ao autor cumprirá sempre provar os fatos constitutivos; ao réu, os impeditivos, extintivos ou modificativos.²⁴

E para promover a prova dos fatos alegados, autor e réu podem se valer em Juízo de todos os meios admitidos na processualística, a saber: ou testemunhal (afirmação pessoal oral), ou documental (afirmação escrita ou gravada) ou material (qualquer materialidade que sirva de prova do fato probando; atestação emanada da coisa: exames periciais).

Respondendo à pergunta “a quem incumbe o ônus da prova?”, o legislador do texto consolidado (CLT), cambiando apenas os nomes dos litigantes, assera que o *ônus da prova incumbe ao reclamante*, quanto ao fato constitutivo de seu direito; e ao *reclamado*, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante.²⁵

*O ônus de provar o fato constitutivo do direito cabe ao autor, consoante estabelecem os art. 818 da CLT e 373, I, do CPC, enquanto ao réu incumbe fazer prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito perseguido, conforme art. 373, II, do CPC.*²⁶

Quando a Reclamada nega qualquer prestação de serviço em seu benefício, recai sobre o Reclamante o ônus da prova do vínculo empregatício, que

²² Chiovenda *apud* SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao código de processo civil*, p. 26.

²³ SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 26.

²⁴ *Ibidem*, p. 25

²⁵ Incs. I e II, do art. 818, da CLT/2017: “Art. 818. O ônus da prova incumbe: I - ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante. Cf.: BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso: 15.12.2019.

²⁶ In: Processo 000004973.2015.5.05.0641. RecOrd. Relator Desembargador EDILTON MEIRELES, 1ª. TURMA, DJ 10/12/2019 (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/>. Acesso em 16.12.2019)

correspondente ao fato constitutivo do direito postulado (inteligência extraída dos preceitos contidos nos artigos 373, I, do CPC e 818 da CLT).²⁷

Ao alegar a quitação do direito pretendido pelo Reclamante, a Reclamada atrai para si o ônus de comprovar o fato extintivo, nos termos do art. 818 da CLT e art. 373, II, CPC/15 (art. 333, II, do CPC/73). Neste sentido, inclusive, a Teoria da Aptidão para a prova e Súmula 461/TST.²⁸

2.1.3. A inversão do ônus da prova.

A concepção doutrinária clássica evidencia que a distribuição do ônus da prova se funda em dois sistemas teóricos, sendo um *estático* e outro, *dinâmico*. Pelo primeiro, o legislador estabelece regras fixas, objetivas e imutáveis, situação em que o juiz se encontra amalgamado às regras estabelecidas, quedando, portanto, impossibilitado de alterar o ônus da prova. Eis o sistema adotado por Chiovenda.²⁹ Pelo segundo, além das medidas fixadas *a priori* pelo legislador, o juiz, na busca da convicção racional frente às alegações fáticas articuladas, goza de poderes durante a investigação probatória para tornar menos rígidas *a posteriori* as regras de distribuição e inversão do ônus probandi, afastando do litigante o peso da prova, sobretudo quando surgirem peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprimento do encargo.

No balanceamento do jogo probatório, o direito potestativo encarnado no julgador não o transforma num déspota: não pode o juiz, tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito probatório. No lugar da força, o juiz deverá observar a racionalidade e a equidade; e no da arbitrariedade, a razoabilidade, isto é, o bom senso jurídico. Para além desses marcos, o juiz certamente atuará em flagrante desvio de poder e finalidade — portanto, em manifesto prejuízo à balança da Justiça.

Sem abrir mão do sistema estático encartado no código de ritos vigente, o Texto de 2015 recepcionou a teoria dinâmica, arrastando o juiz da inércia dogmática em que se encontrava na administração da distribuição do ônus da prova. Com efeito, ao prescrever que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado pelo autor (sistema estático — Art. 333, incisos I e II do CPC/1973), o legislador da novo CPC dispõe que, nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, *poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso*, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído (sistema dinâmico), sem gerar, contudo, situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil (*Caput* e §§ 1º e 2º., do art. 373, do NCPC/2015).

No que tange à distribuição do ônus da prova sob a perspectiva da Consolidação das Leis do Trabalho, o sistema adotado é, por assim dizer, misto, isto é, estático, mas com abertura positiva para o sistema dinâmico. Com efeito, sendo menos analítico e mais simples, o legislador de 1943 prescrevia que a prova das alegações incumbia à parte que

²⁷ In: *Processo 0000730-49.2014.5.05.0521 RecOrd, Origem LEGADO, Relator Desembargador MARCOS GURGEL, 1ª. TURMA, DJ 16/05/2017.* (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/>. Acesso em 16.12.2019).

²⁸ In: *Processo 0000866-07.2013.5.05.0028 RecOrd, Origem LEGADO, Relator Desembargador MARCOS GURGEL, 1ª. TURMA, DJ 23/11/2017.* (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/>. Acesso em 16.12.2019).

²⁹ *Apud Moacir Amaral Santos. Comentários ao código de processo civil de 1973, p. 26.*

as fizesse (Art. 818, da CLT): a cada parte competia fornecer os elementos de prova das alegações. Mas com o advento da “Reforma Trabalhista”, fez-se inserir no art. 818, da CLT, o sistema dinâmico:

Art. 818, § 1º. Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 3º. A decisão referida no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.³⁰

O ilustre José Augusto Rodrigues Pinto justifica que o princípio da proteção do hipossuficiente econômico tem impelido a jurisprudência trabalhista a abrandar o traçado rígido dessa divisão de ônus, invertendo-o, de referência a fato constitutivo, cuja comprovação seria problemática para o empregado, em razão de sua própria subordinação jurídica. O abrandamento, continua, se faz por meio de artifício de *presumir-se verdadeiro, juris tantum*, o fato constitutivo alegado, o que reverte ao empregador o dever da prova ilidente da presunção.³¹

*Negado o vínculo empregatício, mas admitida a prestação de serviços por parte do reclamante, **inverte-se o ônus da prova**, nesse sentido, **a cargo do reclamado**, porque ventilado o fato impeditivo do direito do autor, na forma dos artigos 818 da CLT e 333, II do CPC, ainda que tenha sido imposta a pena de confissão ao reclamante, posto que seus efeitos podem ser elididos pela prova pré-constituída nos autos, na forma da súmula 74, II do TST.³²*

*A não apresentação dos controles de jornada do período laborado ou, ainda, a juntada de controles sem a assinatura do obreiro, que foram tempestivamente impugnados, autoriza a **inversão do ônus da prova, que fica a cargo da empregadora**, consoante entendimento pacificado na Súmula 338, I, do Tribunal Superior do Trabalho.³³*

*São inválidos como meio de prova os cartões de ponto que registram horários sistematicamente invariáveis de entrada e saída, por atraírem a presunção de total desapego ao horário real de labor, haja vista ser humanamente impossível tamanha regularidade na vida cotidiana. Assim, há **inversão do ônus da prova** no que tange à jornada, que passa a ser do empregador (Súmula n. 338, III, do TST).³⁴*

O leitor que chegou até aqui já deve ter lembrado de que, para solução dos conflitos de interesses resistidos entre os litigantes nas esferas civil e trabalhista, a

³⁰ BRASIL *Consolidação das Leis do Trabalho: Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em 20.12.2019.

³¹ Pinto, J. A. Rodrigues. *Processo trabalhista de conhecimento, direito processual do trabalho, organização judiciária trabalhista brasileira, processo e procedimento, prática*. São Paulo: LTr, p. 352, 2001.

³² In: *Processo 0044600-72.2008.5.05.0031 RecOrd, Origem LEGADO, Relator Desembargador RENATO MÁRIO BORGES SIMÕES, 2ª. TURMA, DJ 17/06/2009*. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/>. Acesso em 16.12.2019).

³³ In: *Processo 0000489-08.2014.5.05.0511 RecOrd, Origem LEGADO, Relator Desembargador JEFERSON MURICY, 5ª. TURMA, DJ 24/09/2018*. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/>. Acesso em 16.12.2019).

³⁴ In: *Processo 0036100-40.2009.5.05.0012 RecOrd, Origem LEGADO, Relatora Desembargadora LUÍZA LOMBA, 2ª. TURMA, DJ 16/09/2011*. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/>. Acesso em 16.12.2019).

dogmática jurídica processual elegeu a *prova* (testemunhal, documental e material), o *ônus probandi* e a *inversão do ônus da prova* como categorias hábeis ao convencimento do juiz da existência de fatos em que se baseia o direito postulado; igualmente de que essa tríade possui como objeto comum o “*fato por provar-se*”.³⁵

Assim lembrado, é tempo, pois, de atentar para a seguinte questão: *seria razoável a crença na possibilidade da “inversão do ônus da prova”, nos casos em que a coisa litigiosa não envolve um fato e sim uma norma jurídica?* Se afirmativa a resposta, a quem então incumbiria o ônus da prova, nos casos de questionamento da eficácia de norma jurídica editada com a nódoa da discriminação relacionada a direitos sociais fundamentais?

2.2. A inversão do ônus da prova no controle de constitucionalidade de norma jurídica discriminatória no âmbito dos direitos sociais fundamentais.

Para resposta, anote-se de Paulo Gustavo Gonet Branco que os *direitos fundamentais* são firmados como “*núcleo da proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivizar as normas asseguradoras dessas pretensões*”, porquanto consagrados em preceitos de ordem jurídica, característica essa que serve de traço divisor entre as expressões direitos fundamentais e direitos humanos.³⁶

A propósito, a expressão *direitos humanos*, ou *direitos do homem*, é reservada para aquelas reivindicações de perene respeito a certas posições essenciais ao homem; são direitos postulados em base jusnaturalista, contam índole filosófica e não possuem como característica básica a positivação numa ordem jurídica particular. O Autor esclarece que, por sua vocação universalista e supranacional, a expressão *direitos humanos* é empregada para designar pretensões de respeito à pessoa humana, inseridas em documentos de direito internacional. Já a locução *direitos fundamentais*, aduz, é reservada aos direitos relacionados com posições básicas das pessoas, inscritos em diplomas normativos de cada Estado. Enfim, são direitos que vigem numa ordem jurídica concreta, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo.³⁷

A sedimentação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias é resultado da maturação histórica, o que permite compreender que os direitos fundamentais não sejam sempre os mesmos em todas as épocas.³⁸ Na lição de José Carlos Viera de Andrade, os direitos fundamentais podem ser considerados de diversas dimensões ou perspectivas, a saber: filosófica ou jusnaturalista, estadual ou constitucional e universalista ou internacionalista.³⁹

Malgrado os direitos fundamentais tenham começado a existir com a perspectiva filosófica ou jusnaturalista, o mais vasto reside no círculo de direitos que serão aqui analisados sob a rubrica dos direitos sociais laborais fundamentais. Para bem compreendê-los, ainda que de forma sucinta, mister trazer à luz algumas das classificações emergentes da dogmática dos direitos sociais fundamentais. A primeira delas leva em consideração à evolução histórica sob a *matriz liberal* (direitos de liberdade), a *matriz democrática* (direitos políticos) e a *matriz social* (direitos sociais).

Nessa mesma linha evolutiva, Paulo Branco alude à classificação sob a rubrica das “*gerações dos direitos fundamentais*” (evolução desses direitos no tempo), a saber:

³⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao código de processo civil de 1973*, p. 5.

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional* – 6 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, p. 157, 2011.

³⁷ *Ibidem*, p. 166.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. – 5ª. ed. Coimbra: Almedina, p. 15-36, 2016.

a) *os direitos de primeira geração*: seriam os primeiros direitos a serem positivados com objetivo de fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder, enquanto postulados de abstenções dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida escolar de cada indivíduo, referindo às liberdades individuais, como a de consciência, de culto, à inviolabilidade do domicílio, à liberdade de reunião; b) *os direitos de segunda geração* ou *direitos sociais*, assim chamados por se ligarem a reivindicações de justiça social; c) e, finalmente, *os direitos de terceira geração*, caracterizados pela titularidade difusa ou coletiva⁴⁰, porquanto concebidos para proteção não do homem isoladamente, mas das coletividades, de grupos — como o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural.⁴¹

Outra importante classificação reside na *Teoria do Status* de Georg Jellinek, fundada em quatro *status* em que o indivíduo pode se encontrar em face do Estado — a saber: *status subjectionis* (estado passivo), *status libertatis* (estado negativo), *status civitatis* (estado positivo) e *status activus* (estado de cidadania ativa). Robert Alexi explica que o termo “*status*” revela “*una relación con el Estado que califica el individuo*”, ou seja: “*una relación formada entre el individuo y el estado*”. Assim é que, no estado passivo ou de sujeição (*status subjectionis*), o indivíduo se encontra submetido ao Estado,⁴² detendo este a competência para vincular o indivíduo⁴³ por meio de mandamentos e/ou proibições jurídicas.⁴⁴

No estado negativo (*status libertatis*), a circunstância de o homem ter personalidade exige que desfrute de um espaço de liberdade com relação a ingerências dos poderes públicos: “Impõe-se que os homens gozem de algum âmbito de ação desvinculado do império do Estado; afinal, como o próprio Jellinek assinala, a autoridade do estado “é exercida sobre homens livres”.⁴⁵ Logo, um status negativo consiste em uma esfera de liberdade individual.⁴⁶ Nessa esfera, uma “*acción es libre cuando no está ni ordenada ni prohibida, es decir, cuando tanto su ejecución como su omisión están permitidas.*”⁴⁷

Relativamente ao estado positivo (*status civitatis*), há situações em que o indivíduo tem o direito de exigir do Estado que atue positivamente, ou seja, que realize uma prestação em seu favor.⁴⁸ Nesse *status*, o Estado confere ao indivíduo o “status de la civilidade”, garantindo-lhe “*pretensiones a su actividad*”, facilitando-lhe meios jurídicos para sua realização. Em outras palavras, o indivíduo não só tem “derecho a algo”, como também “competência” para hacer exigibles.⁴⁹

Já no estado de cidadania ativa (*status activus*), o indivíduo desfruta de competência para influir sobre a formação da vontade do Estado. O direito ao voto é exemplo desse *status*, onde o indivíduo exerce os poderes políticos.⁵⁰ Para Jellinek, aduz Robert Alexi, “*al status activo tienen que pertenecer sólo las competencias que tienen*

⁴⁰ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 155-156.

⁴¹ *Ibidem*, p. 157.

⁴² ALEXI, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. Ed. Madrid: Centro de Estudios Fundamentales, p. 220, 2017.

⁴³ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 177.

⁴⁴ ALEXI, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 221.

⁴⁵ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 177.

⁴⁶ ALEXI, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 223.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 228.

⁴⁹ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 178.

⁵⁰ ALEXI, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 228.

⁵⁰ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 178.

como objeto una “participación en el Estado”, que servem para “formación de la voluntad estatal”.⁵¹

Como que sintetizando os quatro *status* de Jellineck, fala-se ainda da classificação dos direitos sociais fundamentais sob o viés do “conteúdo” ou “proteção”. São *eles*: os direitos “de defesa”, os direitos “de participação” e os direitos “a prestação” ou direitos “prestacionais”.

Os *direitos de defesa* caracterizam-se por impor ao Estado um dever de abstenção, de não interferência, de não intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo; objetivam a limitação da ação do Estado: a evitar ingerência do Estado sobre os bens protegidos do indivíduo (liberdade, propriedade...) e fundamentam pretensão de reparo pelas agressões eventualmente consumadas. Na ordem jurídica brasileira, os *direitos de defesa* estão contidos no art. 5º, da CF/1988.⁵²

Já os *direitos prestacionais* partem do suposto de que o Estado deve agir para libertar os indivíduos das necessidades. Surgem da vontade efetiva de estabelecer “uma igualdade efetiva e solidária entre todos os membros da comunidade”. São direitos que se realizam por intermédio do Estado. Se, por um lado, os *direitos de defesa* asseguram as liberdades, por outro, os *direitos prestacionais* buscam favorecer a condições materiais indispensáveis do desfrute efetivo dessa liberdades; referem-se uma exigência de prestação positiva, e não de uma omissão.

Os *direitos prestacionais* podem corresponder a *prestação material* e a *prestação jurídica*. Paulo Gustavo Mendes doutrina haver direitos fundamentais cujo objeto se esgota na satisfação pelo Estado de uma prestação de natureza jurídica. Nesse caso, o objeto de prestação será a normação pelo Estado do bem jurídico protegido como direito fundamental, podendo consistir na emissão de normas jurídicas penais ou de normas de organização de procedimentos.⁵³ O direito à organização e ao procedimento⁵⁴ envolve não só a exigência de dição de normas que devem vida aos direitos fundamentais, como também a previsão de que elas sejam interpretadas de acordo com os direitos fundamentais que as justificam.

Assim, o direito de acesso à Justiça não dispensa legislação que fixe a estrutura dos órgãos prestadores desse serviço e estabeleça normas processuais que viabilizem o pedidos de solução de conflitos pelo Estado. Entrementes, não se poderá interpretar o direito processual de modo excessivamente rigoroso, a ponto de inviabilizar, por motivos menores, a intervenção efetiva do Judiciário na solução de um litígio: é que, as regras processuais devem ser entendidas como orientadas para proporcionar uma solução segura e justa dos conflitos, não podendo ser compreendidas de modo caprichosos, com o fito de dificultar, desnecessariamente, a prestação jurisdicional.⁵⁵

Já os *direitos a prestações*⁵⁶ *materiais* ou *direitos a prestação sem sentido estrito* ou *direitos prestacionais materiais*) são assim rotulados porque resultam da concepção social do Estado. São tidos como *os direitos sociais por excelência*. O seu objeto consiste numa utilidade concreta (bem ou serviço), tais como os constantes do catálogo do art. 6º,

⁵¹ ROBERT, Alexi. Teoría de los derechos fudamentales, p. 231.

⁵² “[...] não ser obrigado a agir ou deixar de agir pelos Poderes Públicos senão em virtude de lei (inc. II); não se submeter a tortura, nem a tratamento desumano ou degradante (inc. III); a liberdade de manifestação de pensamento (inc. IV); a liberdade de crença e de exercício de culto (inc.VI); a liberdade de expressão artística, científica e intelectual (inc. IX); a inviolabilidade da vida privada e da intimidade (inc. X); o sigilo de comunicações (inc. XIII); a liberdade de locomoção (inc. XV); a liberdade de associação para fins líticos (inc. XVII); a proibição de penas de caráter perpétuo (inc. XLVII, entre outros.” — cf.: MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 178-179.

⁵³ *Ibidem*, p. 181.

⁵⁴ Sobre a subsunção dos direitos fundamentais sob o aspecto jurídico-material ao “*status activus processualis*” cf.: HÄBELE, Peter. *Direitos fundamentais no estado prestacional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 53-56, 2019.

⁵⁵ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo *Curso de Direito Constitucional*, p. 181-182.

⁵⁶ Cf.: HÄBELE, Peter. *Direitos fundamentais no estado prestacional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

da Constituição Federal, a saber, o direito à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade, à infância e o direito dos desamparados à assistência.⁵⁷

Tem-se, portanto, que os *direitos a prestação material* são conectados propósito de atenuar desigualdades fáticas de oportunidades; envolvendo-se, assim, com a distribuição da riqueza na sociedade; e se notabilizando por uma decisiva dimensão econômica, já que satisfeitos segundo as conjunturas econômicas, de acordo com as disponibilidades do momento, na forma prevista pelo legislador infraconstitucional. Daí a argumentação dogmática defender, sem certa razoabilidade, que os direitos prestacionais materiais estão submetidos à *reserva do possível*.⁵⁸

Robert Alexy diz que, quando se fala de direitos sociais fundamentais, por exemplo, do direito à seguridade social, ao trabalho, à vivência e à educação, faz-se primariamente referência a *direitos prestacionais em sentido estrito*, ou seja, *àqueles direitos que o indivíduo tem de obter algo do Estado* — a exemplo do trabalho.⁵⁹

Os direitos sociais nascem a partir da ideia de que a garantia da liberdade do desenvolvimento pessoal depende do asseguramento simultâneo das bases materiais para uma vida digna.⁶⁰ O conjunto desses direitos estão sensivelmente disciplinados no *Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* (PIDESC), do qual o Brasil é membro signatário do desde 24 de abril de 1992, quando assumira o compromisso de adotar medidas —tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis— que visassem à assegurar, *progressivamente*, e por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos econômicos, culturais e sociais, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.⁶¹

Com a assinatura e ratificação do PIDESC, o Brasil avocara, livremente, a responsabilidade obrigacional de observar, executar e dar cumprimento a todo conteúdo programático e efetivo nele contido (Art. 1º, do Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992 c/c o art. 7º, do seu Anexo) — sobremaneira o relacionado aos direitos sociais laborais, passando a reconhecer aos trabalhadores brasileiros:

(a) o direito de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, capaz de assegurar, em especial, uma remuneração que proporcione, no mínimo, um salário equitativo e uma remuneração igual para um trabalho de igual valor, sem nenhuma distinção, devendo, em particular às mulheres, ser garantidas condições de trabalho não inferiores àquelas de que beneficiam os homens, com remuneração igual para trabalho igual; (b) uma existência decente para os próprios trabalhadores e suas famílias; (c) condições de trabalho seguras e higiênicas, além de iguais oportunidades para todos a serem promovidos no seu trabalho à categoria superior apropriada, sujeito a nenhuma outra consideração além da antiguidade de serviço e da aptidão individual; (d) o direito ao repouso-descanso e lazer, além de limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, bem como remuneração nos dias de feriados públicos. (Art. 7º, do PIDESC).

Sob a perspectiva sócio-político-econômico-filosófica e normativa do PIDESC, sublimado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, Carta Internacional dos

⁵⁷ Vieira de Andrade *apud* MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 182

⁵⁸ Maiores explicações, cf.: MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 183-188.

⁵⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 443.

⁶⁰ KRELL, Andreas J. Direitos Sociais. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo (RS): Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, p. 248-249. 2006.

⁶¹ ABRAMOVIC, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2ª. ed. Madrid: Trotta, p. 19, 2004.

Direitos Humanos, Carta das Nações Unidas e a Organização Internacional do Trabalho, o Brasil promulgou a Constituição Federal de 1988 com a declaração de que constitui um Estado Democrático de Direito e com a obrigação de dar ênfase à prevalência dos direitos humanos e aos valores sociais do trabalho inscritos nos artigos 1º e 4º, da Constituição Federal. Assim é que, na esteira dos textos consolidado, constitucional e dos pactos internacionais, o *trabalho* passara a compreender o sagrado direito de todo brasileiro de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito.

Ao eleger o “trabalho” como um dos primados dos direitos sociais inalienáveis, a par de outros que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores brasileiros, a constituição republicana de 1988 adotou medidas apropriadas para protegê-lo, consubstanciando-o no art. 6º do PIDESC e art. 6º, do Capítulo II (Dos Direitos Sociais), do Título I (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), como *direitos sociais fundamentais*. De maneira que, no esforço de contínua regulação⁶² fundada no Estado social dos direitos, o compromisso brasileiro acerca da efetividade dos direitos sociais laborais, na forma do art. 2º, do PIDESC, há de se alinhar ao compromisso de perseguir o máximo de recursos disponíveis que visem à assegurar, *progressivamente*, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos nele reconhecidos, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

Gilmar Mendes registra que a Constituição de 1988 consagra e expressa amplo catálogo de direitos sociais, seguindo, em parte, a tradição inaugurada pela constituição de 1934, que, pela primeira vez, incluiu os direitos sociais no seu texto.⁶³ Nos termos da Carta Constitucional vigente, são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.⁶⁴ Dentre esses direitos sociais, o legislador constituinte deu relevante destaque aos direitos sociais do trabalhador, conformemente se vê no catálogo do art. 7º, do Capítulo II dos Direitos Sociais e Título II Dos Direitos e Garantias Fundamentais, do Texto Constitucional.⁶⁵

⁶² Sobre “regulação” e “regulamentação”, cf.: Dutra, Renata Queiroz. *Trabalho, regulação e cidadania: a dialética da regulação social do trabalho*. São Paulo: LTr, 2018.

⁶³ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo *Curso de Direito Constitucional*, p. 681, 2011.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ “Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; fundo de garantia do tempo de serviço; salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho; irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável; décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria; remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei; salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva; repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; licença-paternidade, nos termos fixados em lei; proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei; aposentadoria; assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas; reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho; proteção em face da automação, na forma da lei; seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa; ação, quanto aos

A partir do percurso concernente à dogmática dos direitos sociais fundamentais, já se encontram maduras as condições de possibilidade para responder às questões: a) *seria razoável a crença na possibilidade das categorias do “ônus da prova” e da “inversão do ônus da prova”, nos casos em que a coisa litigiosa não constitui um fato e sim uma norma jurídica?”*; b) *se sim, na arguição de inconstitucionalidade de preceito normativo jurídico regressivo e discriminatório no âmbito dos direitos sociais fundamentais, a quem caberia o ônus da prova?*

Em *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Victor Abramovich e Christian Courtis defendem a tese de que a construção do modelo jurídico fundado no direito social constitui um veículo através do qual se realizam as funções do *Estado social*, *Estado de bem-estar* ou *Estado de providência*.⁶⁶ Entre tantos postulados que informam o modelo do direito social, destacam os seguintes: a “*consideração de desigualdades materiais*”, de “*poder político e econômico*” e de “*informação entre distintas classes de sujeitos de direito*”, com relevante “*trato desigual de sujeitos encontrados em distintas posições*” — situações que autorizam a geração de “*princípios de interpretação e regras processuais* (como a inversão da carga probatória acreditado o dano na relação laboral, ou o estabelecimento de presunções processuais a favor da parte considerada mais fraca) *acordes com esse tratamento desigual.*”⁶⁷

Deveras, os atos dos poderes constituídos (legislativo, executivo e judiciário) devem conformidade aos direitos sociais fundamentais e se expõem à invalidade se os desprezarem.⁶⁸ De modo que, no âmbito do Poder Legislativo, não somente a atividade legiferante deve guardar coerência com os sistemas de direitos fundamentais, como 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.

Conquanto não tenha aceitação universal na dogmática dos direitos fundamentais sociais, o Legislador está diretamente vinculado à *proibição do retrocesso social*. Quem admite tal vedação, sustenta que, no que tange a direitos fundamentais, dependem de desenvolvimento legislativo para se concretizar; e uma vez obtido certo grau de sua realização, legislação posterior não pode reverter as conquistas obtidas.⁶⁹

[...] o núcleo dos direitos já realizados e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas [...] que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam [...] numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação pura e simples desse núcleo essencial.”⁷⁰

*créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso. **Parágrafo único**, são assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social.*

⁶⁶ ABRAMOVIC, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, p. 53.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 55.

⁶⁸ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo *Curso de Direito Constitucional*, p. 167.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 168.

⁷⁰ *Ibidem* (Canotilho apud Paulo Branco).

Por conseguinte, observar e efetivar a exigibilidade de *progressividade* ou de *não-regressividade* dos direitos sociais fundamentais (e aí, os trabalhistas) constitui cláusula contratual multilateral da qual o Estado Brasileiro não pode se alijar, sendo-lhe mesmo vedado formular qualquer interpretação no sentido de se dedicar a quaisquer atividades ou práticas de atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no PIDESC; não podendo, inclusive, impor-lhe limitações mais amplas do que aquelas nele previstas, ou qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau (Arts. 2º e 5º do PIDESC).

A obrigação de progressividade dos direitos econômicos, culturais e sociais é cláusula escrita na alínea c, do artigo 2º, do PIDESC, que prescreve que cada um dos Estados Partes se comprometa a adotar medidas (por si ou mediante assistência e/ou cooperação internacional — especialmente, econômicas e técnicas — até o máximo dos recursos de que se dispõe) para conseguir *progressivamente* (por todos os meios apropriados, inclusive a adoção de medidas legislativas) a plena efetividade dos direitos econômicos, culturais e sociais reconhecidos no Pacto.

É verdade que, na exegese do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o conceito de realização progressiva guarda o sentido de que referidos direitos não podem ser alcançados pelos pactuantes em um período curto. A temporalidade deve ser significada como um “mecanismo necessariamente flexível”, que leva em conta as realidades do mundo real e a dificuldades que representa para todo país o asseguramento da plena realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem que implique retardo no mover-se tão rápida e efetivamente quanto seja possível para cumprimento da meta firmada.⁷¹

Em *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Víctor Abramovich e Christian Courtis asseveram que a noção de *progressividade* implica *progreso*, significando que o Estado Parte deve “*mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales*”, de maneira que as medidas adotadas para implementação dos direitos reconhecidos devem ser deliberadas, concretas e orientadas para efetivo cumprimento das obrigações ajustadas no Pacto. Advogam que a obrigação mínima, assumida por cada membro do Pacto, é de “*no regresividad*” — quer dizer, “*la prohibición*” de sancionar normas jurídicas ou desenvolver medidas e práticas políticas que precarizem a situação dos direitos econômicos, sociais e culturais existentes e gozados pela população à época da filiação ao tratado internacional.⁷²

Dado que o signatário se obriga a melhorar a situação destes direitos, acrescem que, “*simultáneamente, assume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes, o [...] de derogar los derechos ya existentes*”, razão pela qual a obrigação assumida pelo Estado deve ser sempre “*ampliatoria*”, haja vista “*la derogación o reducción de los derechos vigentes contradice claramente el compromiso internacional asumido*”.⁷³ Lembrem que, sob o véu do devir progressivo, o Comitê de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas adverte que “*cualquier medida deliberadamente regresiva al respecto*” requererá uma cuidadosa consideração, que deverá ser plenamente justificada referentemente à totalidade dos direitos no Pacto. Nesse sentido, anotam que:

[...] *los Principios de Maastricht consideran violatorias de los derechos económicos, sociales e culturales “la derogación o suspensión de la*

⁷¹ ABRAMOVIC, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, p. 93-95.

⁷² *Ibidem*, p. 93.

⁷³ *Ibidem*.

legislación necesaria para el goce continuo de un derecho económico, social y cultural del que ya se goza” (principio 14a) [...] y “la adopción de cualquier medida deliberadamente regresiva que reduzca el alcance en el que se garantiza el derecho” (principio 14e).⁷⁴

“*La obligación de no regresividad*” constitui uma limitação que os tratados de direitos humanos pertinentes e, eventualmente, a Constituição, “imponem sobre los Poderes Legislativo y Ejecutivo a las posibilidades de reglamentación de los derechos económicos, sociales y culturales”. É dizer, “*la obligación veda al legislador y al titular del poder reglamentario la adopción de reglamentación que derogue ou reduzca el nivel de los derechos económicos, sociales y culturales de los que goza la población*”.⁷⁵

Apesar da vedação, não são poucos os casos em que os poderes do Estado-Parte do PIDESC agem com culpa ou dolo no descumprimento da diretiva obrigacional pactuada, situação em que caberá ao Poder Judiciário (quando provocado pela vigilância e censura da opinião pública) rever a prática de atos contrários ao primado da não-regressividade social desses direitos.

A vigilância panóptica do Poder Judiciário sobre os demais poderes se impõe na medida em que a rapacidade de príncipes e reformadores legislativos está sempre a espreitar e expropriar rapidamente a desregulamentação normativa infra e constitucional com intuito de mitigar ou excluir dos trabalhadores direitos sociais laborais historicamente assegurados, impondo-lhes, quando alcançados, manifesta regressão — como parece ocorrer com a chamada “Reforma Trabalhista”.

Portanto, a vinculação do Judiciário aos direitos fundamentais implica estreita observância ao princípio do não retrocesso social, já que cabe a ele a tarefa clássica de defender os direitos violados ou ameaçados sob o cariz discriminatório (de raça, cor, religião, etnia...); de maneira que a defesa dos direitos sociais fundamentais é da essência de sua função.⁷⁶

Robert Alexy lembra que “*siempre que alguien tem un derecho fundamental, existe una norma válida de derecho fundamental que lhe atribui este derecho*”.⁷⁷ Destaca que a expressão “norma” — igualmente como outras similares, como, por exemplo, “regla”, “mandato” ou “prescrição” — tem um lugar próprio na linguagem ordinária e em outras ciências tais como a sociologia, a etnologia a filosofia moral e a linguística. De modo que a utilização da expressão “norma” em todos estes âmbitos, caracteriza-se pelo fato de que é usada com diferentes significados,⁷⁸ podendo a “norma” ser entendida como um ato mediante o qual se ordena, proíbe, permite, e, especialmente, se autoriza uma conduta.

A norma distingue de um “*enunciado normativo*”.⁷⁹ Exemplo de “*enunciado normativo*” é o disposto no inc. XXX, do art. 7º, da CF/88: “*proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil*”. Este *enunciado normativo* expressa uma norma com o significado de que “*está proibida a diferença salarial, funcional, admissional em razão do sexo, idade, cor ou estado civil*”. Uma “norma” é, pois, o significado ou sentido de um “*enunciado normativo*”.⁸⁰

Conforme Alexy, “*toda norma pode ser revelada por meio de um enunciado normativo*”. No exemplo de que se cuida, a norma do enunciado normativo constitucional “*proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão*

⁷⁴ *Ibidem*, p. 94.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 94-95.

⁷⁶ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo *Curso de Direito Constitucional*, p. 172.

⁷⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 31.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 32.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 33.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 36-37.

por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil” pode ser significada com as seguintes expressões: “não pode haver diferença de”, “não deve haver diferença de”, “é proibida a diferença de”. Logo, *norma é a significação deôntica do enunciado normativo de uma lei*.

É certo que, de acordo com a lição de Paulo Gustavo Gonet, no âmbito da interpretação das leis, há de ser considerado *o princípio da interpretação conforme a Constituição*, não devendo, assim, pressupor que o legislador haja querido dispor em sentido contrário à Constituição, pois que, ao contrário, as normas infraconstitucionais surgem com a presunção de constitucionalidade.⁸¹

Malgrado as leis editadas pelo Legislativo gozem *prima facie*⁸² da presunção de constitucionalidade, cumpre registrar, no âmbito da dogmática dos direitos sociais fundamentais as seguintes indagações de Abramovich e Courtis: “[...] *quais são as consequências que acarreta a sanção de uma lei ou de um regramento regressivo? A regressividade — insistem — constitui por si uma razão de invalidez ou inconstitucionalidade?*” Ao que, ato contínuo, respondem: “*a regressividade constitui um fator agravado da análise de razoabilidade*”; e que “[...] *a prova de que uma norma é regressiva determina uma presunção de invalidez ou de inconstitucionalidade, transferindo ao Estado a carga de argumentar a favor da racionalidade da legislação proposta.*”⁸³

Argumentam que, *no marco do direito antidiscriminatório*, desde o ponto de vista processual, corresponde ao demandante demonstrar a existência de uma discriminação normativa a partir do emprego de uma das denominadas “*categorías sospechadas*”; e que a justificativa reside na tentativa de erradicar ações do Executivo e Legislativo preñhas de “*prejuízos contra minorias discretas e insulares*”.⁸⁴ Assim, quando, em uma demanda, o autor acredita haver o emprego em uma norma jurídica de uma *categoria sospechada* como critério para efetuar uma distinção legal, a carga da prova para justificar a medida se inverte em detrimento do Estado.

[...] *cuando se crea una distinción en función de algun de los factores enumerados en normas que establecen una prohibición expresa de discriminación, se trate de previsiones constitucionales o de tratados internacionales de derechos humanos, existe una presunción de ilegitimidad de la norma o medida diferenciadora.*⁸⁵ [...] Así, se dice que en el artículo 14 de la Constitución española existe una “*interdicción de tener en cuenta como criterios de diferenciación aquellos elementos (nacimiento, raza, sexo, condición social) que el precepto expresamente menciona*”. [...] Así, la alegación de que el factor diferenciador há sido uno de los mencionados en el artículo 14 alivia al recurrente la carga de demostrar la “*relevancia*” constitucional de la desigualdad. *Otra consecuencia de que el factor diferencial este expresamente prohibido afecta en el derecho español a la carga de la prueba, cuya inversión opera en los casos de desigualdad de trato.*⁸⁶

Segue-se, então, que, no âmbito da analítica da não regressividade social, o autor corre com o ônus de demonstrar, inicialmente, o caráter regressivo da norma, acreditando que o grau de proteção oferecido pela nova norma constitui um retrocesso com respeito ao existente com a norma anterior. Uma vez demonstrado o caráter regressivo, Abramovich e Courtis preconizam que a norma se presume inválida, situação que enseja

⁸¹ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo *Curso de Direito Constitucional*, p. 110.

⁸² Sobre o caráter *prima facie* das regras e princípios, conferir: “ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 79 *usque* 95.

⁸³ ABRAMOVIC, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, p. 148.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 103.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 104.

a inversão do ônus argumentativo da prova (justificativa) em desfavor do Estado, quando terá a carga de acreditar que, em que pese ser regressiva, a nova norma é justificável.

En cuanto al estándar de juicio, manteniendo congruencia con la presunción de invalidez que pende sobre toda norma regresiva, la jurisprudencia estadounidense ha desarrollado el criterio denominado escrutinio estricto (strict scrutiny): la carga de demostración de la Administración es alta, y en caso de duda, el juez deberá inclinarse por la inconstitucionalidad. El estándar es aplicable ante las ya comentadas categorías sospechadas en caso de discriminación, y en general ante la revisión judicial de restricciones a un derecho fundamental: corresponde al Estado la demostración estricta de la necesidad y racionalidad de la distinción, la existencia de un “interés imperioso” [...] que justifique la medida adoptada. En estos casos, no basta con que el Estado demuestre sólo la legitimidad del fin y la mera racionalidad de la medida: debe justificar su imperiosa necesidad. De acuerdo con Tribe, una de las aplicaciones de este criterio consiste en la anulación de normas jurídicas, sea por la insuficiente relación medio-fin, sea por la debilidad del interés que pretenden satisfacer. Bajo esta luz, alegaciones tales como el interés estatal en la eficiencia, conveniencia o el ahorro, por su generalidad, serían insuficientes para justificar la medida impugnada.⁸⁷

Entre nós, o Plenário do Supremo Tribunal Federal vem se filiando à diretiva hermenêutica correspondente ao *princípio do não retrocesso social* e ao da *não discriminação normativa*. Com efeito, no julgamento da ADI 5.938/DF promovida pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos, que pleiteava a declaração de inconstitucionalidade da expressão “*quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento*”, contida nos incisos II e III, do art. 394-A, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), inseridos pelo art. 1º, da Lei 13.467/2017 — onde sustentava que: a) a norma consolidada em questão vulneraria dispositivos constitucionais sobre a proteção à maternidade, à gestante, ao nascituro e ao recém-nascido; b) vulneraria a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, o objetivo fundamental da República de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais; c) e afrontaria o primado do trabalho, bem-estar e justiça sociais, além de concorrer para manifesta violação do princípio da proibição do retrocesso social —, em memorável voto, a Ministra Rosa Weber asseverou que o princípio da vedação do retrocesso social não implica engessamento de todas as regras que assegurem direitos sociais.

Para a Ministra, 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; de modo que a alteração legislativa revelou sensível retrocesso social, na medida em que tentara reduzir inegavelmente a efetividade dos direitos fundamentais envolvidos. As balizas erigidas pela Constituição, continua, direcionam o legislador ao “aperfeiçoamento dos institutos protetivos já existentes, no sentido de otimização dos direitos fundamentais no trabalho”, de maneira que o princípio do não retrocesso social obsta o desmantelamento das conquistas normativas já alcançadas em determinado contexto social.

Seguindo a mesma linha argumentativa da Ministra Rosa Weber, mas com ênfase na questão de gênero substantiada no teor discriminatório da norma inquinada de inconstitucional, o Ministro Edson Fachin assim se posicionou:

A luta pela igualdade de gênero, marca indelével da Constituição da República atualmente em vigor no Brasil, é fruto de um longo processo histórico de reconhecimento de direitos às mulheres em igualdade de condições em que tais direitos foram reconhecidos aos homens. Merece ser reproduzido, pela sua importância real e simbólica, já o primeiro inciso do extenso rol de direitos e deveres constante do artigo

⁸⁷ *Ibidem*, p. 106

5º, da Constituição de 1988⁸⁸. [...] A mulher trabalhadora, com a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943, passou a ter proteção legal expressa e específica em capítulo especial daquele diploma legal⁸⁹. [...] Registre-se que importantes alterações foram feitas a tal regulação normativa, pelas Leis 7.855/1989 e pela Lei 9.799/1999, as quais revogaram normas já obsoletas e incluíram outras necessárias à efetividade da proteção da mulher no mercado de trabalho. *Dentre as normas incluídas, destacam-se as vedações impostas a partir de um olhar de discriminação de gênero: Art. 373 - A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999) I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999) II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999) III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999). IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999) V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999) VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias. (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999) Parágrafo único. O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher. (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999). Tais normas exemplificam a atenção que o legislador infraconstitucional tem dispensado à mulher, quanto se trata de sua proteção diante de possíveis discriminações, em razão do sexo, principalmente no que diz respeito ao acesso e permanência no mercado de trabalho.*

Na perspectiva argumentativa do Estado, o afastamento da gestante ou da lactante do exercício de atividades insalubres não implicaria supressão do adicional de insalubridade, sendo o texto atual mais benéfico à trabalhadora; e que a tese preambular de violação ao princípio da vedação do retrocesso social não poderia prosperar por não ter o condão de assumir uma feição absoluta — de verdadeira imutabilidade dos direitos — e, por conseguinte, imobilizar todo o sistema de proteção dos direitos, devendo, antes, assegurar o núcleo essencial das garantias.

O Plenário do STF, apoiando-se no *princípio do não retrocesso social e no princípio constitucional contrário a qualquer discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais*, não hesitou em refutar a pretensa justificativa estatal, para declarar a inconstitucionalidade do dispositivo consolidado questionado. Ao fazê-lo sinalizou, oblíqua e positivamente, para inteligência dos incisos XXX, XXXI e XXXII do Art. 7º, do Texto Constitucional:

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e

⁸⁸ “Art. 5º, da CF/88. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.”

⁸⁹ “Trata-se do Título III, capítulo III, da Consolidação das Leis do Trabalho, que estabelece normas cujo principal objetivo fora inserir as mulheres no mercado de trabalho em igualdade de condições com os homens, proteger as mulheres do preconceito e da discriminação no ambiente do trabalho remunerado, garantir às mulheres condições específicas, considerando principalmente as características próprias da mulher quanto à gestação e maternidade.”

intelectual ou entre os profissionais respectivos; proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de quatorze anos, salvo na condição de aprendiz.

A decisão do Plenário do STF não foi outra senão a de, reforçando a tese de Abramovic e Curtis, declarar que as possibilidades argumentativas do Estado Brasileiro não são livres, porquanto as *OG nº 3, 13 y 14 do Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais* “fijan los términos del posible marco argumentativo del Estrado”, porque, por um lado, “la medida regresiva sólo se justifica si el Estado demuestra que há considerado cuidadosamente medidas alternativas y que existen razones de peso para preferir aquélla”. Logo:

[...] el Estado Parte tiene la obligación de demostrar que fue implementada tras la consideración más cuidadosa de todas las alternativa”, OG 13, punto 45; “*corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles*”, OG nº 14, punto 32). [...] Esto significa que el Estado sólo puede justificar la regresividad de una medida demostrando: a) que la legislación que propone, pese a implicar retrocesos en algún derecho, implica un avance teniendo en cuenta la *totalidade de los derechos previstos en el Pacto*, y b) *que há empleado todos los recursos de que dispone*, y que, aun así, necesita acudir a ella para proteger los demás derechos del Pacto. Resultan sumamente importantes, ya que el Estado no puede utilizar argumentos generales de política pública, disciplina fiscal o referirse a otros logros financeiros o económicos, sino que debe señalar concretamente qué otros derechos previstos en el Pacto (es decir, derechos económicos, sociales y culturales, y no cualquier outro derecho) se vieron favorecidos por la medida.⁹⁰

Para esses ilustres professores, a verificação do carácter regresivo de uma norma tem efeitos similares à existência de um fator de discriminação dos expressamente vedados, dando azo a uma “*presunción de ilegitimidad*” da medida, o que conduz a necessidade de realizar um “*escrutinio estricto*” ou um severo controle da razoabilidade y legitimidade da medida e do proposito da norma, quedando “*a cargo del Estado la prueba de su justificabilidad*”; e que, havendo dúvida, haverá de se estar contra a validade da norma regressiva.⁹¹

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

1. Na *processualística civil e trabalhista*, o “ônus da prova” e a “inversão do ônus da prova” podem recair, indistintamente, sobre autor (reclamante) e réu (reclamado). Já na *processualística do controle de constitucionalidade de norma jurídica questionada de regressiva e discriminatória aplicada no âmbito dos direitos sociais fundamentais*, o ônus de provar a existência de uma discriminação normativa a partir do emprego de uma das denominadas “categorias sospechadas” é do demandante.

1.1. Mas nos casos de norma discriminatória a “categorias sospechadas”, a *inversão da carga probatória* recai direta e exclusivamente sobre o Estado, quedando com a incumbência de argumentar — de modo razoável, proporcional e ponderadamente — que a discriminação aplicada não é malfazeja. O não se desincumbir de tal encargo probatório implica inevitável declaração de inconstitucionalidade, o que poderá ocorrer por meio do controle de constitucionalidade difuso ou concentrado.

2. Diferentemente do que se sucede no direito material/substancial, onde a proteção teleológica a uma das partes é ontologicamente aceitável (como soi ocorrer com o cidadão

⁹⁰ ABRAMOVIC, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, p. 109.

⁹¹ *Ibidem*, p. 110

no direito consumerista e do trabalho — aqui e ali, em virtude do grau de inferioridade que anima um dos polos da relação jurídica), revela-se comezinho o entendimento de que, na *dogmática civil-trabalhista*, o direito processual deve observar tratamento isonômico aos litigantes.

2.1. Mas na *dogmática dos direitos sociais fundamentais*, o direito processual constitucional admite o tratamento desigual em desfavor do Estado, não devendo causar estranheza o fato de o processo constitucional incumbir ao Estado o ônus de justificar o tratamento normativo discriminatório relativo às chamadas “categorias suspeçadas”; de modo que, seja no âmbito do *direito material constitucional* (consubstanciado nos direitos sociais fundamentais) ou no do *direito processual constitucional*, o juízo (monocrático, ou colegiado) contará com os *princípios da proteção e da orientação* na interpretação e aplicação de normas infraconstitucionais discriminatórias.

3. Na *processualística civil-trabalhista*, a tríade “prova”, “ônus da prova” e “inversão do ônus da prova” têm como objeto analítico exegético judicial comum “o fato”. Mas, na órbita da *processualística correspondente ao controle de constitucionalidade (difuso ou concentrado) de norma jurídica questionada de regressiva e discriminatória no âmbito dos direitos sociais fundamentais*, o objeto analítico exegético judicial passa a ser o “argumento”.

4. É temerária a crença de que a *inversão argumentativa do ônus da prova* em detrimento do Estado implique um *mal*. Em verdade, a fundamentalidade da inversão implica um *bem*, já que, ao impô-la, a hermenêutica judicial não pode perder de vista a necessária perfectibilidade do Estado, cujo telos ficcional é o bem público encetado pela vontade geral qualificada pela benfeança sociabilidade política, econômica e cultural. Nessa omnisciência coletiva, *L'état c'est moi!* — por assim dizer.

5. A expectativa teleológica deste trabalho é daquelas que se filiam à dogmática jurisprudencial contrária a qualquer tentativa de retrocesso social normativo imputado a direitos sociais fundamentais, sobretudo laborais, que —infelizmente— hodierna e costumeiramente, vêm sendo descaradamente vilipendiados sob o espectro da rapacidade legislativa entranhada nos atos normativos discriminatórios à dignidade humana — na contramão, portanto, da estatalidade social, como sói ocorrer com a malfada “reforma” trabalhista.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ABRAMOVIC, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2ª. ed. Madrid: Trotta, 2004.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. 2. Ed. Madrid: Centro de Estudios Fundamentales. 2017.

ALMEIDA, Isis de. *Manual de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 1991.

ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. — 5ª. ed. Coimbra: Almedina, p. 15-36, 2016.

- BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.
- BRASIL. *Código de Processo Civil. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 15.12.2019.
- _____. *Consolidação das Leis do Trabalho: Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso: 19.12.2019.
- _____. *Consolidação das Leis do Trabalho. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso: 19.12.2019.
- _____. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <https://>. Acesso em 19.12.2019.
- DUTRA, Renata Queiroz. *Trabalho, regulação e cidadania: a dialética da regulação social do trabalho*. São Paulo: LTr, 2018.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.
- HÄBELE, Peter. *Direitos fundamentais no estado prestacional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.
- HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- JUNIOR, Antonio Umberto de Souza. *Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei 13.467/2017*. São Paulo: Rideel, 2017.
- KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais*. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo (RS): Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- MAGALHÃES, Humberto Piragibe & MALTA, Cristóvão Tostes. *Dicionário jurídico - vol. II, 7ª ed.* Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S/A, p. 724, 1990.
- MARTINEZ, Vinício. *Estado do bem estar social ou Estado social?* Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 656, 24 abr. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6623>. Acesso em: 18.12.2019.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional – 6 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, p. 157, 2011.*
- PINTO, José Augusto Rodrigues. *Processo trabalhista de conhecimento, direito processual do trabalho, organização judiciária trabalhista brasileira, processo e procedimento, prática*. São Paulo: LTr, 2001.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973, vol. IV: arts. 332-475*. Rio de Janeiro: Forense, p. 2, 1988.
- SOUZA, Otavio Augusto Reis de. *Direito e processo do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 01.12.2019.
- Salvador, 31 de dezembro de 2019.

