

A TUTELA CONSTITUCIONAL DO TRABALHO:

A RELEVÂNCIA E OS EFEITOS DO PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E DOS TRABALHADORES

Adriana Amberger Araújo*

RESUMO

O presente artigo se destina a analisar, historicamente, a evolução da tutela constitucional do trabalho, debruçando-se especificamente sobre a importância da constitucionalização dos direitos sociais e dos trabalhadores nas ordens jurídicas brasileira e internacional. Para tanto, apontam-se o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da Constituição Federal) e os direitos fundamentais, com destaque aos sociais e dos trabalhadores, como elementos essenciais ao embate em torno do substrato do sistema capitalista e da dimensão estrutural do Estado Democrático de Direito, tendo sido o seu processo de positivação na ordem constitucional brasileira de essencial importância para lhes garantir contornos de maior eficácia. Por fim, trata-se também do princípio de proibição de retrocesso social, uma garantia de proteção dos direitos fundamentais sociais e dos trabalhadores (e, a depender do caso, da própria dignidade da pessoa humana) contra a atuação do legislador, tanto no âmbito constitucional quanto infraconstitucional, relativamente a eventuais medidas que impliquem supressão ou restrição desarrazoada no plano das garantias e dos níveis de tutela já existentes.

Palavras-chave: Tutela constitucional do trabalho. dignidade da pessoa humana. Constitucionalização dos direitos sociais e dos trabalhadores. Proibição de retrocesso social.

1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UM PANORAMA HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL

Para que seja possível tratar da tutela constitucional do trabalho no ordenamento jurídico brasileiro, inicialmente, é essencial a compreensão acerca do princípio da dignidade da pessoa humana enquanto elemento fundamental do sistema capitalista e da dimensão estrutural do Estado Democrático de Direito¹. A proteção a este princípio, conforme se verá

*Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – FDUFBa (2016). Pós-graduada e Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Faculdade Damásio Educacional (2019).

¹ O Estado Democrático de Direito tem raízes que remontam ao Estado de Direito instaurado a partir da Revolução Francesa, ocorrida em 1789. É caracterizado pela legitimidade, que deve ser entendida em seu sentido mais amplo, devendo a origem do poder estar na vontade do povo e, principalmente, no seu consentimento. Segundo José Afonso da Silva (SILVA, 2001, p. 111), “a superação do liberalismo colocou em debate a questão da sintonia entre o Estado de Direito e a sociedade democrática. A evolução desvendou sua insuficiência e produziu o conceito de Estado Social de Direito, nem sempre de conteúdo democrático. Chega-se agora ao Estado Democrático de Direito, que a Constituição acolhe no art. 1º como um conceito-chave do regime

adiante, é um dos fatores que mais fortemente contribuíram para a constitucionalização dos direitos sociais (de prestação ou positivos) e dos trabalhadores, visando à proteção daqueles considerados hipossuficientes, sem que houvesse a dissociação da (necessária) possibilidade de crescimento e desenvolvimento econômico do país.

Entende-se impossível a conceituação completa e objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista o seu altíssimo nível de complexidade. Em geral, para a tarefa, as fontes internacionais recorrem a um viés jusnaturalista atemporal e mais generalista, entendendo o princípio como se este não fosse um processo contínuo de construção, mas um dado estático. A Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948, em seu art. 1º, por exemplo, determina que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direito. São dotadas de razão e consciência e devem agir umas em relação às outras com espírito de fraternidade”.

As doutrinas nacionais, por outro lado, adotam como base para formação da sua concepção um viés menos jusnaturalista atemporal e mais contextual em relação às realidades vividas dentro de cada país. No Brasil, em especial, o esforço tem sido no sentido de entender o princípio como “reitor do sistema” ou “motivo conceitual”² (BONAVIDES, 2000, p. 88) a partir do qual a cadeia semântica de sentidos se estabelece nos processos hermenêuticos e de elaboração dos demais princípios e regras.

Neste mesmo sentido, Flávia Piovesan (2000, p. 145) leciona que:

A dignidade da pessoa humana [...] está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.

De forma similar tem entendido o Supremo Tribunal Federal, que vem tentando delinear um conceito para o referido princípio ao longo do tempo, mesmo que timidamente,

adotado, tanto quanto o são o conceito de Estado de Direito Democrático da República Portuguesa (art. 2º) e o de Estado Social e Democrático da Constituição Espanhola (art. 10)”.
2

A maioria dos doutrinadores brasileiros eleva o princípio da dignidade da pessoa humana como sendo um princípio supremo, sendo obrigação do Estado garantir a condição de “ser humano” às pessoas que estão sob sua tutela. Paulo Bonavides (BONAVIDES, 2000, p. 90) assim entende: “sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser, portanto, máxima, e se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados”.

como fez, por exemplo, no julgamento do Recurso Extraordinário 477.554-AgR³, cujo trecho segue abaixo transcrito:

O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo.

Apesar de desprovido de conceito fixo, o princípio da dignidade transita livre pela grande maioria das ordens jurídicas democráticas, como uma espécie de conhecimento intuitivo; quase não há barreiras, oposição ou contraposição à sua entrada e incorporação. A dignidade é reconhecida como um grande espectro de questões das mais variadas complexidades, perpassando por interesses individuais e supra individuais, além de garantir a unidade axiológica, lógica e jurídica do sistema. Segundo Aldacy Coutinho (2014, p. 78), ele é princípio (ponto) de partida (e não de chegada) em relação ao qual, enquanto mito fundante da pessoa em um Estado Democrático de Direito, institui-se como algo absoluto, inalienável, intangível, intocável, irrenunciável, não ponderável, inafastável e inquestionável.

De acordo com André de Carvalho Ramos (2018, p. 178), a dignidade seria um atributo inerente a todo ser humano, independentemente de qualquer outra condição referente a nacionalidade, opção política, orientação sexual ou credo. Em sentido complementar, menciona-se a concepção trazida por Fachin e Ruzyk (2006, p. 97), segundo a qual o titular dessa dignidade é uma pessoa concreta, sujeito de necessidades, eis que “não pode ser vista como mera proclamação discursiva, lida em uma dimensão de abstração”. Assim, entendem que não é suficiente a condição de estar vivo, respirando, existindo; é imperioso que, para que seja possível a incidência do princípio da dignidade, se tome a vida como “possibilidade concreta de viver”.

Sem dúvidas, o processo de positivação do princípio da dignidade da pessoa humana em determinada ordem constitucional faz com que o mesmo ganhe contornos de maior eficácia (COUTINHO, 2014, p. 76). Se a dignidade foi introduzida como parâmetro da ordem econômica e social na Constituição Federal de 1934, em seu art. 115⁴, somente com a Constituição de 1988, em seu art. 1º, III, foi elevada a um dos princípios da República, de

³ No mesmo sentido, julgamentos da ADI 4.277 e da ADPF 132, de Relatoria do Ministro Ayres Britto, julgamento em 05.05.2011, Plenário, DJ de 14-10-2011.

⁴ Determinava o art. 115 da Constituição Federal de 1934: “a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos a existência digna”.

modo destacado, incisivo e vigoroso. A importância desse princípio é tamanha que, de acordo com Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 124), todos os direitos fundamentais possuem, como elemento comum, pelo menos um conteúdo mínimo de dignidade.

Determinar a relação que se estabelece entre o princípio da dignidade e os mencionados direitos fundamentais⁵ é também crucial para que se defenda, mais adiante, a importância do processo de constitucionalização do Direito do Trabalho⁶, bem como para que se compreendam os efeitos desse processo na tutela constitucional do trabalho, principal objetivo deste estudo.

Primeiramente, esclarece-se que os direitos fundamentais não derivam apenas da dignidade, mas também da solidariedade e da isonomia material, principalmente a partir do momento de surgimento do chamado Estado Social⁷.

De acordo com Miguel Calmon Dantas (2008, p. 183), a dignidade induz, em uma relação de mútua implicação, à solidariedade; enquanto esta funda os valores comunitários componentes do compromisso de compartilhamento de um sistema de proteção contra as intempéries que assolam os indivíduos, substituindo o princípio da competição, próprio às sociedades, aquela exprime a síntese desses valores. Ou seja, enquanto a solidariedade porta uma feição mais estrutural, dirigente e dirigida, a dignidade é síntese dos valores a que se reconduzem os direitos fundamentais.

A dignidade e a solidariedade se relacionam também à igualdade material, além de informarem conteudística e axiologicamente o princípio republicano, “pois nada mais impositivo do que a *res publica* se voltar ao que sustenta o ligame e a interdependência social, fortalecendo os vínculos associativos, projetados no Estado Social” (DANTAS, 2008, p. 184).

Feitos os esclarecimentos iniciais, o foco se volta agora à conceituação dos direitos fundamentais, que surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições

⁵ Não se diferenciam, neste artigo, os termos “direitos fundamentais”, “direitos humanos”, “direitos subjetivos públicos”, “direitos do homem”, “liberdades fundamentais” ou “liberdades públicas”. A própria Constituição Federal de 1988 apresenta diversidade terminológica na abordagem do tema. Opta-se, dessa forma, por adotar a terminologia “direitos fundamentais”, pois se entende que esse termo abrange todas as demais espécies de direitos.

⁶ Compreende-se a expressão “Direito do Trabalho”, neste contexto, como o conjunto de direitos sociais e dos trabalhadores.

⁷ O constitucionalismo social, típico do Estado Social, advém de um contexto em que o grande número de pessoas desempregadas e vivendo em condições desumanas, a experiência da crise oriunda no primeiro pós-guerra e a ameaça do capitalismo decorrente da Revolução Russa exigiram a modificação do paradigma constitucional até então vigente (constitucionalismo liberal, típico do Estado Liberal), destinando-se a viabilizar a incorporação dos direitos sociais, com a repercussão na compostura do Estado e na racionalização do poder político. O que se esclarece, neste momento, é a existência da relação entre os princípios da dignidade, da solidariedade e da isonomia material no que se refere aos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados ao longo do tempo.

arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosófico-jurídicos às ideias surgidas com o cristianismo e com o direito natural. A evolução do Direito ao longo do tempo e a sua sujeição aos acontecimentos histórico-sociais, principalmente relacionados às conquistas dos movimentos do século XVIII, contribuíram para a formação da teoria dos direitos fundamentais como ela é hoje conhecida, resultado de lenta e profunda transformação de instituições políticas e concepções jurídicas.

Até mesmo a expressão “direitos fundamentais” demonstra, de logo, que os mesmos são imprescindíveis à condição humana e ao convívio social. Este é também o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 70), que afirma que:

Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias (necessidade que se fez sentir da forma mais contundente no período que sucedeu à Segunda Grande Guerra) certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo.

Justamente por serem um produto do desenvolvimento histórico, cultural, político e social da humanidade, os direitos fundamentais não “surgiram” todos de forma simultânea; foram se desenvolvendo (e sendo desenvolvidos) aos poucos, em consonância com as demandas específicas de diferentes épocas e contextos. Justamente por conta desse desenvolvimento paulatino e em fases, os doutrinadores costumam dividi-los em “gerações” (ou, preferencialmente “dimensões”)⁸, conforme seu conteúdo e ingerência às respectivas Constituições, e sobre as quais se tratará a partir de agora.

São direitos fundamentais de primeira dimensão - também chamados de individuais ou clássicos - os direitos civis e políticos, frutos das revoluções liberais francesa e norte-americana do final do século XVIII e início do século XIX, tendo surgido na época em que se buscava, acima de tudo, a liberdade e o reconhecimento do indivíduo perante a autoridade do poder estatal. Os referidos direitos representaram uma resposta do Estado liberal ao Estado absolutista e corresponderam à fase inaugural do constitucionalismo no Ocidente. De acordo

⁸ A diferenciação terminológica - que, ressalte-se, é meramente didática - resta amparada no surgimento histórico dos direitos fundamentais. Parte doutrina tem evitado o uso do termo “geração” (cunhado originariamente por Karel Vasak em 1979), utilizando, ao invés dele, a palavra “dimensão”. Isso porque “geração” está diretamente associada à ideia de sucessão ou substituição; os direitos fundamentais, entretanto, não se sobrepõem e nem são suplantados uns pelos outros. A divisão serve apenas para situar os diferentes momentos em que esses grupos de direitos surgem como reivindicações acolhidas pela ordem jurídica. No presente artigo, adotar-se-á, preferencialmente, o termo “dimensão”, por uma questão meramente ideológica, pois se entende que não há hierarquia ou superação entre os direitos fundamentais.

com Paulo Bonavides, tais direitos têm como titular o indivíduo, são oponíveis em face do Estado, ostentam subjetividade e se traduzem como atributos ou faculdades das pessoas (BONAVIDES, 2007, p. 524-526). Têm *status* negativo - ou seja, representam uma obrigação de não fazer do Poder Público - e devem ser compreendidos como direitos de resistência ou de oposição ao Estado, visto, à época, como único capaz de violar direitos fundamentais.

Uma importante característica dos direitos individuais é a condição de terem surgido como “direitos naturais, anteriores ao Estado e superiores às leis positivas”, que deveriam observá-los e regulá-los de forma adequada para sua devida proteção e garantia (DANTAS, 2008, p. 103-104). Hoje em dia, entretanto, a concepção dos direitos fundamentais como direitos naturais resta superada pelo constitucionalismo contemporâneo, tendo sido substituída pela constante interação entre moral e direito, conferindo aos direitos fundamentais a noção de direitos morais, o que representa a convergência entre os dois sistemas normativos.

Apesar da inquestionável importância do estabelecimento de limites ao poder estatal antes absoluto, proposto pelos direitos fundamentais de primeira dimensão, logo se percebeu a insuficiência dessa construção no sentido de garantir a sobrevivência digna do ser humano. Com o avanço do liberalismo político e econômico, o mundo passou a assistir à sua própria deterioração social. O impacto da industrialização e os graves problemas sociais que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram ensejando, a partir do século XIX, amplos movimentos reivindicatórios, e atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social (SARLET, 2009, p. 47). Em outras palavras, o desenvolvimento econômico capitalista liberal, moldado pela garantia apenas dos direitos individuais, não se mostrou, por si só, capaz de garantir a qualidade de vida da população mundial, ficando a grande maioria das pessoas sujeita aos desmandos dos (poucos) detentores do poder econômico.

É neste contexto do final da Primeira e da Segunda Revoluções Industriais e como uma forma de reação à exploração da mão-de-obra em condições que caracterizam o que José Cláudio Monteiro de Brito Filho entende como trabalho indecente (2018, p. 51), que surgem os direitos fundamentais de segunda dimensão ou de igualdade. Eles são frutos do movimento do constitucionalismo social, que abarcam os direitos a serem implementados progressiva e internamente pelos Estados, tendo como principal objetivo a redução das desigualdades. Os referidos direitos reclamam do poder estatal ações que possam proporcionar condições mínimas de vida com dignidade, notadamente em proteção aos hipossuficientes. A nota distintiva desses direitos em relação aos direitos individuais é a sua dimensão positiva

(SARLET, 2009, p. 50), uma vez que se cuidam não mais a evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, a propiciar a todos, indistintamente, o direito ao bem-estar social⁹, tendo eles nascido “abraçados ao princípio da igualdade”, entendida esta em um sentido material (BONAVIDES, 2007, p. 518). Não se trata mais, portanto, da liberdade perante o Estado, mas sim da liberdade por intermédio do Estado¹⁰.

Sublinha-se, no contexto do presente artigo, que os direitos sociais - dentre os quais se destacam os direitos dos trabalhadores - surgiram a partir da constatação de que a liberdade, tão arduamente defendida pelos direitos fundamentais individuais, só poderia ser concretizada com a garantia simultânea de outra espécie de direitos, capaz de assegurar condições dignas de vida ao indivíduo. Ao longo do tempo, a eficácia desses direitos passou a abranger, também, as relações interprivadas, tendo como ponto de partida a previsão expressa do seu caráter fundamental em texto constitucional com a promulgação da Constituição de 1988¹¹.

Além disso, importante salientar que os direitos de segunda dimensão não negam, tampouco excluem, os direitos de primeira dimensão. Pelo contrário: a estes se somam. Celso Lafer (2006, p. 127) diz, quanto à necessária relação de complementariedade entre as diferentes dimensões dos direitos fundamentais, que:

A primeira geração de direitos viu-se igualmente complementada historicamente pelo legado do socialismo, cabe dizer, pelas reivindicações dos desprivilegiados a um direito de participar do “bem-estar social”, entendido como os bens que os homens, através de um processo coletivo, vão acumulando no tempo [...]. Daí a complementariedade, na perspectiva *ex parte populi*, entre os direitos de primeira e segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas.

⁹ O Estado do bem-estar social, surgido a partir da década de 1930, na Europa, coloca o Estado como agente responsável pela promoção social e organizador da economia, sendo ele regulamentador de toda a vida e saúde social, política e econômica do país em parceria com sindicatos e empresas privadas, em níveis diferentes, de acordo com o país em questão.

¹⁰ Há de se atentar para a circunstância de que os direitos de segunda dimensão não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as denominadas “liberdades sociais”, dentre as quais é possível destacar o reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores. A segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange, portanto, bem mais do que os direitos de cunho prestacional, inobstante o cunho “positivo” possa ser considerado como marco distintivo dessa nova fase de evolução dos direitos fundamentais.

¹¹ Outra característica marcante do constitucionalismo social foi o reconhecimento da aplicabilidade e da oponibilidade dos direitos fundamentais não apenas em relação ao Estado (eficácia vertical), como originalmente concebido pelo constitucionalismo liberal, mas também em relação aos próprios particulares (eficácia horizontal) e, especialmente no contexto deste artigo, às relações marcadas por uma alta desigualdade entre as partes (eficácia diagonal), como é o caso das relações de trabalho ou de consumo. É a eficácia diagonal dos direitos fundamentais que justifica a vedação à realização da revista íntima dos empregados pelos empregadores, por exemplo, funcionando, neste caso, como um limite ao poder diretivo do empregador. Sobre o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, conferir os julgamentos dos Recursos Extraordinários 160.222-8, 158.215-4, 175.161-4 e 201.819, todos pelo Supremo Tribunal Federal.

Relacionada ao surgimento das diferentes dimensões dos direitos fundamentais ao longo do tempo, após o fim da Segunda Guerra Mundial, e ligada à criação de entidades como a Organização Internacional do Trabalho (OIT), bem como à reação global de repulsa aos regimes totalitários do nazismo e do fascismo, surge a tutela internacional dos direitos fundamentais e o reconhecimento dos direitos de terceira dimensão.

Dotados de alto teor de humanismo e universalidade, os direitos de solidariedade ou de fraternidade se cristalizaram em meados do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um Estado determinado. A nota distintiva destes direitos reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela, por exemplo, no direito ao meio ambiente e à qualidade de vida, que, apesar de também possuir sua dimensão individual, reclama o desenvolvimento de novas técnicas de garantia e proteção. Eles têm como primeira destinatária a humanidade enquanto gênero¹², em uma momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de “existencialidade concreta” (BONAVIDES, 2007, p. 567-569). Com relação à sua positivação, salvo algumas exceções, a maior parte dos mencionados direitos ainda não encontrou seu reconhecimento na seara do direito constitucional, estando, por outro lado, em fase de consagração no âmbito internacional.

Pelo quanto explanado acima, de forma sucinta e assertiva, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2005, p. 57) relacionou as três primeiras dimensões de direitos fundamentais ao lema da Revolução Francesa: os direitos de primeira dimensão seriam os relativos à liberdade; os de segunda, à igualdade; e os de terceira, à fraternidade. Bonavides, de forma complementar, entende que as três primeiras dimensões funcionariam, em verdade, como “a base de uma pirâmide cujo ápice é o direito à democracia” (BONAVIDES, 2007, p. 571).

Com o intuito meramente ilustrativo, vale a pena citar também que Paulo Bonavides defende a existência de uma quarta dimensão dos direitos fundamentais, resultado principalmente do processo de globalização vivido pela humanidade a partir do final do século XX e início do século XXI. Seriam eles, em tese, os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta para o futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo se inclinar no plano de todas as relações de convivência.

Há também quem defenda a existência de quintas, sextas, sétimas, oitavas –

¹² Por isso, são caracterizados como direitos de titularidade coletiva ou difusa (LAFER, 2006, p. 131). Possuem implicação universal ou, no mínimo, transindividual, exigindo esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para a sua efetivação.

incontáveis – dimensões de direitos fundamentais¹³. Contudo, neste ponto, a disparidade de pensamentos entre os diferentes doutrinadores é tão grande que não é possível apontar sequer em uma mínima concordância conceitual ou de conteúdo que valha a pena ser mencionada. Por isso, ao mesmo tempo em que se aponta a existência de diversas outras dimensões de direitos fundamentais, esclarece-se que a sua conceituação é muito polêmica e que está além do objeto deste estudo.

Inclusive, tendo sido feito esse primeiro panorama geral, é necessário esclarecer que o presente artigo não tem como um dos seus objetivos esgotar o tema do princípio da dignidade da pessoa humana, ou analisar de forma completa a teoria dos direitos fundamentais e a sua relação com a evolução histórica mundial ou brasileira. Pelo contrário: ambos os temas são ricos o suficiente, neles mesmos, para que sirvam como objetos únicos de pesquisas e estudos aprofundados no que concerne à complexa matéria do Direito Constitucional.

Em verdade, o que se buscou com essa primeira parte introdutória foi proporcionar uma base teórica para que seja possível compreender qual o contexto de surgimento dos direitos fundamentais, em especial, os sociais, no que eles consistem e qual a sua importância. Tendo isso em mente, faz-se necessário analisar, agora, de que forma se deu o processo crucial de constitucionalização desses direitos, primeiro em âmbito mundial e depois, na ordem jurídica brasileira, com o devido destaque à Constituição Federal de 1988.

2 A TUTELA INTERNACIONAL DO TRABALHO E A ATUAÇÃO PROTETIVA DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

Da análise dos períodos de desenvolvimento das diferentes dimensões dos direitos fundamentais, conclui-se que os direitos sociais tomam a conotação de dignidade em si e por si no momento de surgimento de um regime econômico capitalista de livre mercado - que foi fruto, inclusive, do desenvolvimento da sociedade à luz dos direitos fundamentais de primeira dimensão, a partir do século XVIII.

O ritmo desumano de labor à época¹⁴ e as péssimas condições às quais eram submetidos os trabalhadores, associadas à baixa remuneração por eles percebida, acabou desencadeando a eclosão de diversos movimentos de cunho social¹⁵ que lutavam pela

¹³ Dentre os autores que tratam dos referidos direitos, é possível destacar expoentes tais como Paulo Bonavides, Celso Ribeiro Bastos, André Ramos Tavares, Norberto Bobbio e Ana Cláudia Silva Scalquette.

¹⁴ No auge da Revolução Industrial, as jornadas de trabalho chegavam a ser de 14 (quatorze) horas diárias para homens e mulheres, e de 12 (doze) horas diárias para crianças.

¹⁵ É possível citar como exemplos de movimentos sociais de resistência à Revolução Industrial o Ludismo (movimento extremista que lutava contra a mecanização e substituição da mão-de-obra humana e, como forma

modificação das estruturas econômicas através da atuação de sindicatos e partidos, os quais passaram a representar os interesses das classes trabalhadoras.

Surge, então, a problematização acerca da Questão Social, um produto da exploração exacerbada do trabalhador, com a estruturação excludente e característica do incipiente processo produtivo, causando a pauperização do trabalhador enquanto resultado das relações de produção do capitalismo industrial monopolista. De acordo com Miguel Calmon Dantas (2008, p. 176), os trabalhadores, que se sujeitavam às (desumanas) condições acima descritas, também eram submetidos ao risco de perda do emprego em virtude da formação de uma massa de desempregados. Por isso, passavam a sofrer com a insegurança social e, mesmo percebendo salário, eram vitimados por uma progressiva precarização do trabalho, à medida que a Revolução Industrial e a competição inerente ao sistema capitalista exigiam aumento de produção com menores custos. Assim, compunham o trágico da Questão Social a pobreza e a miséria, geradas pelas condições precárias de subsistência para quem não detinha propriedade e, assim, sujeitava-se a ser assalariado, como também, e mais gravemente, para quem não conseguia sequer o trabalho para que pudesse receber salário.

Tais circunstâncias acabaram obrigando os Estados a adotarem posturas com a finalidade de promover a diminuição da desigualdade social e a garantia de condições tidas como imprescindíveis ao gozo dos direitos básicos do ser humano. Foi a partir do momento em que se constatou que o desenvolvimento econômico jamais poderia estar desassociado do desenvolvimento social que alguns países passaram a prever, em seus textos constitucionais, normas que estipulavam condições mínimas de trabalho aos trabalhadores¹⁶, tendo essa inserção no texto constitucional funcionado como um meio de garantir maior eficácia e aplicabilidade a essas normas. Em relação à necessidade de intervenção estatal à época, leciona, mais uma vez, Miguel Calmon Dantas (2008, p. 238):

Os direitos sociais, e também os econômicos e culturais, resultariam da necessidade de intervenções do Estado para garantir a possibilidade real de satisfação das múltiplas exigências de existência da pessoa humana, especialmente no sentido de suprir as carências individuais relativas às situações de desigualdade social e econômica [...].

de protesto, invadia fábricas e quebrava equipamentos) e o Cartismo (movimento mais brando, que lutava pela inclusão política de classe operária e que surgiu a partir de documento intitulado “Carta do Povo”, dirigido ao Parlamento inglês e que continha uma série de exigências dos trabalhadores em prol de melhores condições de vida e de trabalho).

¹⁶ Salienta-se que, apesar de surgirem como uma das consequências de um mesmo conjunto de fatos (a expansão capitalista e as Revoluções Industriais do século XX), os direitos sociais foram se infiltrando e sendo incorporados aos diversos ordenamentos jurídicos em todo o mundo de formas e em intensidades muito diferentes, encontrando, inclusive, obstáculos fruto de construções doutrinárias e jurisprudenciais internas, como se verá mais adiante.

Logo, é possível concluir que o desenvolvimento e o reconhecimento internacional da relevância do Direito do Trabalho funcionou como marco regulatório do capitalismo, sendo, sem dúvidas, fruto do alargamento do espectro de direitos que surgiram a partir das questões sociais urgentes à época. Ou seja, o Direito do Trabalho é tido, por excelência, como revelador dos direitos sociais.

Neste contexto, face à crescente conscientização global em prol da necessidade e da utilidade de constitucionalização desses direitos, aliada ao descontentamento da classe operária com os excessos capitalistas liberais, foi promulgada, no México, em 5 de fevereiro de 1917, a chamada Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais (COMPARATO, 2007, p. 89), juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos, além de ter sido também a primeira a estabelecer a desmercantilização¹⁷ do trabalho, própria do sistema capitalista. Dentre outros aspectos relevantes¹⁸, a Constituição mexicana de 1917 previu, expressamente, o princípio da igualdade substancial de posição jurídica entre trabalhadores e empresários na relação contratual de trabalho, criou a responsabilidade dos empregadores por acidentes de trabalho e lançou, de modo geral, as bases para a construção do moderno Estado Social de Direito. Restaram deslegitimadas, com isso, as práticas de exploração mercantil do trabalho, e, portanto, da pessoa humana, cuja justificativa se pautava, naquele momento, na invocação do argumento da liberdade de contratar.

A Constituição alemã de 1919 veio como uma resposta quase imediata ao movimento que se iniciou com a promulgação da Constituição mexicana, tendo também exercido decisiva influência sobre a evolução dos direitos sociais e dos trabalhadores e sua elevação ao patamar de direitos fundamentais. A comumente chamada “Constituição de Weimar” criou o Estado da Democracia Social, que representou a melhor defesa do princípio da dignidade da pessoa humana até aquele momento na história, complementando os direitos civis e políticos com os

¹⁷ A desmercantilização consiste, essencialmente, na proibição de equiparação do trabalhador e do produto do seu labor a uma mercadoria qualquer, sujeita à lei da oferta e da demanda no mercado. Uma das principais características do liberalismo é a desvalorização do labor, tornando-o uma mercadoria como qualquer outra; ignora-se o fato de que o trabalho é realizado por um ser humano, cuja dignidade é, hoje, protegida por um núcleo de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos. A desmercantilização, portanto, é uma clara consequência do reconhecimento do caráter fundamental dos direitos dos trabalhadores, tendo este reconhecimento ocorrido em sede constitucional, pela primeira vez, conforme acima explanado, pela Constituição mexicana de 1917.

¹⁸ Outros fatores inovadores e relevantes para o cenário constitucional mundial trazidos pela Constituição mexicana de 1917 foram, por exemplo, a proibição de reeleição do Presidente da República, a garantia das liberdades individuais e políticas, a quebra do poder da Igreja Católica, a expansão do sistema de educação pública e a previsão da reforma agrária.

direitos econômicos e sociais¹⁹, ignorados durante toda a revolução industrial pelo regime liberal capitalista.

Ambas as Constituições traduzem, de forma irrefutável e em escala global, a consciência cada vez maior acerca da necessidade de garantia, por parte do poder estatal, da dignidade do ser humano, especialmente voltada ao ser humano enquanto trabalhador. Fizeram aflorar a ideia de que o Estado deveria se fazer presente e agir de forma a minorar os problemas não apenas econômicos, mas também sociais, buscando a melhoria de condições de vida dos hipossuficientes e visando, portanto, à concretização da igualdade social.

Foi nesse contexto e com base na convicção de que a paz universal só poderia ser mantida caso estivesse fundada no pilar da justiça social que, em 1919, no mesmo ano da promulgação da Constituição de Weimar, foi criada a Organização Internacional do Trabalho (OIT), agência do Sistema das Nações Unidas responsável pela formulação e aplicação das normas internacionais do trabalho.

Desde a sua criação, a OIT vem realizando uma obra meritória e de grande alcance no campo da atividade normativa, que compreende os mais diversos aspectos das questões trabalhistas e sociais de um modo geral e que vem contribuindo consideravelmente para o aperfeiçoamento da regulamentação das relações de trabalho (SÜSSEKIND, 2001, p. 106). Os seus principais instrumentos de deliberação são as convenções²⁰, que possuem natureza jurídica de tratados internacionais, devendo, portanto, para integrarem o ordenamento jurídico pátrio, serem aprovadas por Decreto Legislativo do Congresso Nacional e promulgadas e publicadas por Decreto Presidencial.

De acordo com o entendimento do STF sobre a matéria, os tratados e convenções internacionais que tratam de direitos humanos (como é, claramente, o caso das convenções da OIT) podem gozar de dois diferentes *status* hierárquicos no ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁹ Dentre os direitos de segunda dimensão que conferem o caráter social à Constituição de Weimar, destacam-se os seguintes: proteção e assistência à maternidade (arts. 119, § 2º e 161); direito à pensão para família em caso de falecimento e direito à aposentadoria, em tema de servidor público (art. 129); direito ao trabalho (arts. 157 e art.162); direito da classe operária a “um mínimo geral de direitos sociais” (art. 162); seguro desemprego (art. 163, § 1º) e direito à participação, mediante Conselhos – Conselhos Operários e Conselhos Econômicos –, no ajuste das condições de trabalho e do salário e no total desenvolvimento econômico das forças produtivas, inclusive mediante apresentação de projeto de lei (art. 165).

²⁰ A OIT possui dois tipos de instrumentos de deliberação: as convenções e as recomendações. As primeiras devem ser incorporadas pelo processo ordinário de internalização dos tratados internacionais, ao passo em que as segundas não estão sujeitas a este processo. As recomendações, ao contrário das convenções, são adotadas por meio de medidas legais produzidas internamente que visam a dar cumprimento às matérias nelas consagradas. Como bem expressa o art. 19, § 5º, “b” e § 6º, “b” da Constituição da OIT, “tratando-se de recomendação, para que, ciente do seu texto, legisle, total ou parcialmente, sobre o que nela se contém ou adote outras medidas que julgar aconselháveis”.

O primeiro é o *status* constitucional, desde que a sua aprovação tenha se dado pelo rito do art. 5º, § 3º da Constituição Federal²¹, inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Nestes casos, o conjunto normativo internalizado passa a funcionar, inclusive, como parâmetro para controle de constitucionalidade²².

Contudo, caso se trate de tratados ou convenções internacionais de direitos humanos não aprovados pelo rito do dispositivo acima mencionado (seja porque não atingiram o quórum exigido, seja porque foram internalizados antes da Emenda Constitucional nº 45/2004), é pacífico o entendimento de que possuem *status* supralegal²³. Prevaecem, portanto, sobre toda e qualquer norma interna infraconstitucional incompatível com o teor de tais documentos, em especial os de caráter universal. Assim, apenas no caso de conflito direto com o direito constitucional positivo (originário e derivado) é que poderá, a depender da interpretação de cada caso, prevalecer o direito interno constitucional, cuja supremacia continua sendo afirmada pelo STF. De todo modo, a hierarquia supralegal já impõe a todos os órgãos judiciais um controle de convencionalidade dos atos normativos internos (SARLET, 2014, p. 34), implicando a revisão geral de toda a jurisprudência à luz dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos sociais e dos trabalhadores.

Além da elaboração das convenções e resoluções, responsáveis em grande parte pelo avanço na proteção ao trabalhador no âmbito interno das diferentes ordens jurídicas nacionais, é possível destacar, da atuação da OIT ao longo dos anos, alguns pontos de grande relevância, que permitem determinar de que forma se opera a tutela internacional do trabalho desde a sua criação, em 1919, até os dias de hoje.

²¹ O §3º do art. 5º determina que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Isto é, caso o Congresso Nacional aprove determinado tratado ou convenção que verse sobre direitos humanos pelo mesmo rito que aprova proposta de emenda à Constituição, esta norma internacional terá, internamente, *status* constitucional.

²² Até hoje, no Brasil, só há 2 (dois) tratados internacionais que gozam de *status* constitucional: a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, internalizada pelo Decreto nº 6.949/2009; e o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso, internalizado pelo Decreto nº 9.522/2018.

²³ A hierarquia supralegal da qual gozam, atualmente, todas as convenções da OIT aprovadas pelo Brasil são produto dos julgamentos dos Recursos Extraordinários 349703 e 466343 e do Habeas Corpus 87585. Nestes julgados, dos anos de 2008 e 2009, o Supremo Tribunal Federal entendeu como inconstitucional a prisão civil do depositário infiel, até então admitida, por ser incompatível com as normas supralegais de direito internacional incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro (Convenção Americana dos Direitos da Pessoa Humana, também chamada de Pacto de San José da Costa Rica, e Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos). Conforme terminologia utilizada pelo próprio STF, foi “paralisada a eficácia” de toda norma infraconstitucional que possa instrumentalizar a mencionada prisão. Isto é, ainda que a norma constante do art. 5º, LXVII da Constituição não tenha sido revogada, apresenta-se, desde então, sem qualquer aplicabilidade.

A Declaração Referente aos Fins e Objetivos da Organização Internacional do Trabalho, também conhecida como “Declaração da Filadélfia”, de 1944, enuncia quatro princípios fundamentais do Direito Internacional do Trabalho, todos eles voltados à máxima proteção do trabalho humano (SÜSSEKIND, 2007, p. 28-30).

O primeiro princípio prega a máxima desmercantilização do trabalho nos marcos da sociedade capitalista, afirmando que o trabalho não é uma mercadoria; nota-se ser este princípio um nítido reflexo do quanto pioneiramente previsto pela Constituição do México de 1917. O segundo declara a liberdade de expressão e de associação como condições indispensáveis a um progresso ininterrupto. O terceiro princípio reforça a necessidade de regulamentação das relações de trabalho e do próprio Direito do Trabalho como meio de assegurar efetiva cidadania dos trabalhadores, ao dispor que “a penúria, seja onde for, constitui um perigo para a prosperidade em geral” (DELGADO, M., 2005, p. 142). O quarto princípio, por fim, reforça a estratégia do diálogo social internacional ou do tripartismo, ao prever que a luta contra a carência, em qualquer nação, deve ser conduzida com “infatigável energia”, e por um esforço internacional contínuo e conjugado, no qual os representantes dos empregadores e empregados discutam em igualdade com os do Governo, e tomem com eles decisões “de caráter democrático, visando ao bem comum” (DELGADO, G., 2012, p. 183).

Após quase 80 (oitenta) anos de importante atuação em âmbito internacional, em 1998, ao enfrentar o principal dilema da era da globalização²⁴, a OIT procurou sintetizar, em um único documento, os princípios basilares do Direito Internacional do Trabalho, do que resultou a consagração de 8 (oito)²⁵ de suas Convenções Internacionais, que, integradas, ensejaram a formulação da Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho. A referida Declaração assegurou, dentre outros direitos, a liberdade de associação e de negociação coletiva, a eliminação de todas as formas de trabalho compulsório ou forçado, a abolição do trabalho infantil e a eliminação da discriminação no que diz respeito ao emprego e à ocupação. Todos esses direitos foram assumidos, pela Declaração de 1998, na condição de Direitos Humanos dos Trabalhadores no cenário normativo internacional - o que,

²⁴ O dilema consiste na necessidade de conjugação, pelos Estados e suas respectivas Constituições, do crescimento econômico do país (viés capitalista) com a necessidade de preservação da dignidade da pessoa humana, em especial do trabalhador (viés social), o que constitui uma contradição em si e por si. Os mesmos dilemas foram enfrentados quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, 10 (dez) anos antes. Em ambos os momentos, ao viés social é dada maior relevância, principalmente em decorrência dos acontecimentos históricos anteriores e do desenvolvimento dos direitos fundamentais, em todas as suas dimensões.

²⁵ As 8 (oito) convenções que formam a Declaração de 1998 da OIT são as de números: 87 (não ratificada pelo Brasil); 29, 98, 100, 111, 105, 138 e 182 (todas as demais ratificadas pelo Brasil).

sem dúvidas, consistiu em outra conquista de grande relevância para o Direito do Trabalho, com repercussões internas inclusive no Brasil.

Em 1999, a OIT estabeleceu a chamada “Agenda do Trabalho Decente”, em um esforço político concentrado para manter atualizados os fundamentos de sua constituição, bem como o respeito aos pilares dos direitos fundamentais, ao emprego como fator de desenvolvimento e ao diálogo social. Inclusive, em 2006, o Brasil inseriu a mencionada Agenda no plano de políticas públicas de promoção do trabalho humano, estando o mesmo pautado nas seguintes prioridades: gerar mais e melhores empregos, com igualdade de oportunidades e de tratamento; erradicar o trabalho escravo e eliminar o trabalho infantil, em especial em suas piores formas; e fortalecer os atores tripartites e o diálogo social como um instrumento da governabilidade democrática.

Também em 2006, a OIT aprovou a Recomendação n° 198, que sintetiza basicamente as preocupações acerca do uso abusivo da subcontratação de serviços, já àquela época entendida como fator de precarização das relações de trabalho em escala mundial. A Recomendação se divide em 3 (três) eixos reciprocamente complementares, os quais reforçam a posição da Organização no sentido de estabelecer a proteção do trabalho humano e a implantação de uma agenda de trabalho decente como comando prioritário no marco de um Estado Democrático de Direito (AMORIM; DELGADO, 2015, p. 30): a fixação de uma política nacional de proteção dos trabalhadores vinculados por uma relação de trabalho; a determinação da existência de uma relação de trabalho; e o estabelecimento de mecanismos de observância e aplicação da Recomendação.

Note-se que todas as diretrizes internacionais do trabalho acima mencionadas protegem o trabalhador e o seu trabalho, tendo a sua grande maioria sido incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, em especial pela Constituição de 1988, que, conforme restará demonstrado logo adiante, contribuiu enormemente para a estruturação de um Direito do Trabalho cujos princípios fundamentais se fizeram constar no texto constitucional.

3 OS DIREITOS SOCIAIS E DOS TRABALHADORES COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

No Brasil, o processo de constitucionalização dos direitos sociais se deu, por óbvio, como um claro reflexo dos acontecimentos mundiais relacionados ao assunto, muitos dos quais já foram aqui abordados. Sem dúvidas, o reconhecimento da aplicação dos direitos fundamentais também às relações interprivadas, com destaque à relação de trabalho (eficácia diagonal ou horizontal, reconhecida pelo constitucionalismo social), é fruto do árduo e

contínuo processo de inserção das normas trabalhistas no texto constitucional - o qual será analisado minuciosamente a partir de agora, em cada uma das Constituições brasileiras, para que seja determinado o momento em que os mencionados direitos passaram a ser reconhecidos como fundamentais.

A Constituição Federal de 1934 teve a sua origem marcada pelos movimentos revolucionários ocorridos em 1930 e 1932, sendo a primeira a abrigar, na história do constitucionalismo brasileiro, a explícita disciplina da ordem econômica juntamente com a ordem social²⁶. O Título III da Constituição previa a Declaração de Direitos, contendo os direitos políticos e os direitos e garantias individuais, sucedido pelo Título IV, que versava sobre a ordem econômica e social, nele constando tanto as normas que indicavam a direção política do exercício do poder como as pertinentes aos direitos sociais (DANTAS, 2008, p. 219). Em seu preâmbulo, constava que a Constituição de 1934 foi promulgada com o fim de “organizar um regime democrático, que assegure à nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico”. José Afonso da Silva (2001, p. 82) dispôs, neste sentido, que:

Ao lado da clássica declaração de direitos e garantias individuais, [a Constituição de 1934] inscreveu um título sobre a ordem econômica e social e outro sobre a família, a educação e a cultura, com normas quase todas programáticas, sob influência da Constituição alemã de Weimar.

A Constituição de 1934 elevou os direitos e garantias trabalhistas ao nível de norma constitucional, instituindo normas de proteção social do trabalhador (art. 121, *caput*). Em seu art. 10, II, o texto constitucional disciplinava, por exemplo, que era competência concorrente da União e dos Estados prestar saúde e assistência pública de qualidade. Além disso, impôs também jornada de trabalho diária máxima de 8 (oito) horas, além de garantir a liberdade sindical e de proteger o trabalho de mulheres e crianças, que percebiam remuneração em média 75% (setenta e cinco por cento) inferior àquela percebida por um homem adulto, pelo mesmo labor realizado e em igual qualidade. Também criou a Justiça do Trabalho (art. 122), órgão ainda vinculado ao Poder Executivo que tinha como objetivo “dirimir questões entre

²⁶ As primeiras Constituições Brasileiras versavam apenas sobre a forma de Estado e sobre o sistema de governo. A Constituição do Império, outorgada em 1824, tratou apenas de abolir as chamadas “corporações de ofício”, associações hierárquicas que surgiram na Idade Média, a partir do século XII, para regulamentar o processo produtivo artesanal nas cidades. No campo dos direitos sociais, assegurava a igualdade de todos perante a lei (art. 179, XIII); a liberdade de trabalho (art. 179, XXIV); e a instrução primária gratuita (art. 179, XXXII). Em 1891, a Constituição da República brasileira reconheceu a liberdade de associação, determinando que a todos fosse lícita a associação e reunião sem armas, não podendo a polícia intervir, salvo para manutenção da ordem pública. Mesmo com importantes transformações em seu contexto, a Constituição de 1891 não disciplinava normas que condiziam com a realidade do Brasil, e por isso não foi considerada socialmente eficaz. A título exemplificativo, a primeira Constituição da República não previu o direito a instrução gratuita, como previa a Constituição de 1824.

empregadores e empregados”²⁷. A Constituição foi, sem dúvidas, uma resposta às péssimas condições de trabalho às quais eram submetidos os trabalhadores em todo o mundo, mais especificamente no Brasil, sendo influenciada pelo constitucionalismo social que culminou na promulgação das Constituições do México e de Weimar, alguns anos antes.

A Constituição Federal outorgada em 1937 durante o regime autoritário²⁸ de Getúlio Vargas traduzia os modelos fascistas de organização político-institucional em vigor em diversas partes do mundo, rompendo com a tradição liberal dos textos constitucionais anteriormente vigentes no país, sendo a sua principal característica a concentração de poderes nas mãos do chefe do Executivo. Estabeleceu algumas (poucas) vantagens aos trabalhadores brasileiros à época, como, por exemplo, seu art. 137, “I”, que determinava que a legislação do trabalho deveria observar, dentre outros preceitos, a assistência médica e higiênica ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta, sem prejuízo do salário, um período de descanso antes e após o parto. Como fator negativo, a referida Constituição prescrevia que tanto o Poder Executivo quanto o Poder Legislativo estariam concentrados nas mãos do Presidente da República, o que acabava por fulminar o princípio da harmonia e independência entre os poderes. Os partidos políticos foram extintos e a pena de morte foi reintroduzida no ordenamento jurídico pátrio; foi instituído também o chamado “estado de emergência”, que permitia ao Presidente, dentre outras prerrogativas, retirar do trabalhador o seu direito de greve.

A queda de Getúlio Vargas acabou por gerar um período de redemocratização no país, culminando com a promulgação da Constituição Federal de 1946, que, além de restaurar os direitos e garantias individuais, também reduziu as atribuições do Poder Executivo, reestabelecendo equilíbrio entre os poderes e ampliando o rol de direitos sociais previsto em seu texto²⁹. Em seu art. 157, XV, por exemplo, a Constituição estabelecia que a legislação do

²⁷ Apesar de prevista expressamente pela Constituição de 1934, a Justiça do Trabalho não chegou a ser implementada à época devido ao curto tempo de vigência do texto constitucional, que logo foi revogado com a outorga da Constituição de 1937.

²⁸ Em uma análise panorâmica acerca dos períodos ditatoriais no Brasil (de 1937 a 1946 e de 1964 até 1988), bem como dos períodos autoritários nos regimes português e espanhol, até o surgimento das respectivas Constituições de 1976 e 1978, resta demonstrado, segundo Miguel Calmon Dantas (2008, p. 247), que “a estrutura do Estado Social em regimes dessa natureza, impostos e mantidos pela violência e pela força, ainda que tenha ocasionado crescimento econômico, acarretou intensa concentração de riqueza, pois os movimentos populares perdem voz e representatividade, não havendo divergências ou contestação aberta e dialogicamente democrática”.

²⁹ A Constituição de 1946 estabeleceu, ainda, que o salário mínimo deveria atender às necessidades do trabalhador e de suas famílias (art. 157, I); a participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa (art. 157, IV); a proibição de trabalho noturno a menores de 18 anos (art. 157, IX); a fixação das percentagens de empregados brasileiros nos serviços públicos dados em concessão e nos estabelecimentos de determinados ramos do comércio e da indústria (art. 157, XI); a assistência aos desempregados (art. 157, XV); a

trabalho e da previdência social deveria visar à melhoria das condições dos trabalhadores e à assistência sanitária (inclusive hospitalar e médica preventiva, ao trabalhador e à gestante). No mais, o seu art. 145 (que introduzia o Título V: Da Ordem Econômica e Social) estabelecia que a ordem econômica deveria ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano. Ademais, a Constituição de 1946 transformou a Justiça do Trabalho, criada inicialmente em 1934, em órgão do Poder Judiciário, mantendo, porém, a estrutura que tinha como órgão administrativo, inclusive com a representação classista.

Em decorrência do golpe militar de 1964, em 24 de janeiro de 1967, foi outorgada nova Constituição Federal brasileira. Em relação aos direitos sociais, a referida Constituição apresentou inovações positivas e negativas. De forma negativa, o texto constitucional reduziu para 12 (doze) anos a idade mínima de permissão do trabalho (art. 158, X); suprimiu a estabilidade e o estabelecimento do regime de fundo de garantia como alternativa (art. 158, XIII); e voltou a restringir o direito de greve (art. 158, XXI). De forma positiva, a inseriu modestas inovações, como, por exemplo, a inclusão do direito ao salário-família aos dependentes do empregador (art. 158, II); a proibição de diferença de salários também por motivo de etnia (art. 158, III); a participação do trabalhador na gestão da empresa (art. 158, V); e a aposentadoria da mulher, após 30 (trinta) anos de trabalho, com salário integral (art. 158, XX).

Reestabelecido o regime democrático no Brasil, em 5 de outubro de 1988, foi promulgada a Constituição Federal brasileira hoje em vigor, também chamada de “Constituição Cidadã”, que surge (mais uma vez) como um produto do contexto histórico nacional e internacional vivido no final do século XX, e que dá aos direitos fundamentais - especialmente aos direitos sociais e aos direitos dos trabalhadores - uma posição de destaque sem precedentes. A ampliação do alcance dos referidos direitos se deu não apenas de forma quantitativa, ou seja, no que diz respeito ao aumento significativo do número de garantias expressa e implicitamente consagradas pela Constituição; a ampliação foi capaz de alcançar, inclusive, um aspecto qualitativo (SARLET, 2014, p. 15), sendo considerada a Assembleia Constituinte de 1987-1988, neste sentido, inequivocamente protecionista em relação ao trabalhador hipossuficiente.

obrigatoriedade da instituição, pelo empregador, do seguro contra acidente do trabalho (art. 157, XVII); o direito de greve; a liberdade de associação patronal ou sindical (art. 158); e a obrigatoriedade de manterem as empresas, em que trabalhassem mais de 100 (cem) pessoas, ensino primário para os servidores e respectivos filhos, obrigatoriedade de ministrarem as empresas em cooperação, aprendizagem aos seus trabalhadores menores (art. 168, III).

O que vem ocorrendo, em verdade, é que a constitucionalização dos direitos dos trabalhadores - estes merecem maior destaque, tendo em vista terem sido o maior “alvo” da revisão ampliativa do texto constitucional - tem sido questionada tanto em relação à sua extensão quanto em relação ao nível de regulamentação e de vinculação dos órgãos infraconstitucionais. Alguns desses discursos contrários à constitucionalização³⁰ visam, dentre outros aspectos, a justificar uma nova revisão constitucional - desta vez, restritiva -, que poderia vir até mesmo a extirpar, do texto constitucional, uma série de direitos fundamentais explicitamente consagrados pelo Constituinte em 1988³¹, o que não pode, em hipótese alguma, ser admitido, haja vista que estes direitos constituem cláusulas pétreas, resistentes até mesmo a revisões que objetivem restringir ou reprimir o seu âmbito de alcance e proteção.

A referida controvérsia, que alcança as esferas jurisprudencial, legislativa e administrativa do direito brasileiro, é, em verdade, reflexo de celeuma mais ampla e que enseja discussões em âmbito internacional: apesar da inquestionável evolução constitucional contemporânea em matéria de direitos fundamentais e do sistema internacional de direitos humanos, o fato é que diversas ordens jurídicas constitucionais ainda se recusam a prever os direitos sociais e dos trabalhadores em seus textos explicitamente. Nestes casos, o que ocorre é que a proteção social e dos trabalhadores em geral se opera por meio da legislação infraconstitucional e, de forma complementar, através de políticas públicas. Isso pode acabar servindo, para alguns, como um perigoso argumento “para justificar não apenas a desnecessidade, mas até mesmo a inconveniência da inserção de direitos sociais e dos trabalhadores nas constituições” (SARLET, 2014, p. 17).

Neste sentido, são 3 (três) as principais teses defendidas por quem adota essa corrente de pensamento. A primeira, que questiona a própria constitucionalização dos direitos sociais e dos trabalhadores e sustenta que, no todo ou em parte, tais direitos não deveriam sequer estar previstos no texto constitucional; a segunda, que, apesar de admitir a “mera constitucionalização” de tais direitos, nega a sua condição de autênticos direitos fundamentais; e a terceira, que, apesar de admitir sua condição enquanto direitos

³⁰ Entende-se que a existência da controvérsia, em nível doutrinário e jurisprudencial, é, inclusive, indispensável ao processo democrático-deliberativo no país. Faz-se necessário, entretanto, o registro acerca da preocupação que ainda causam alguns desses discursos, os quais buscam, muitas vezes, minar a legitimidade do processo constituinte, que é inquestionável.

³¹ Sobre a proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores em face da atuação do poder de reforma constitucional, recomenda-se a leitura de LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Poder constituinte reformador: limites e possibilidades de revisão constitucional brasileira*. São Paulo: RT, 1993; e de MAIOLINO, Eurico Zecchin. *Poder de reforma constitucional: limitações*. São Paulo: Revista Editora dos Tribunais, 2012.

fundamentais, afirma existir regime jurídico distinto e menos qualificado para os direitos sociais e dos trabalhadores, principalmente em relação à garantia de sua eficácia e efetividade.

Uma ponderação que precisa ser feita é no sentido de que, por se tratarem de direitos fundamentais na Constituição, não é possível abrir mão de uma leitura constitucionalmente adequada da fundamentação e do próprio conteúdo e alcance dos direitos sociais e dos trabalhadores.

Convém lembrar que a Constituição de 1988, ao positivizar uma série de direitos fundamentais em seu art. 1º (fundamentos da República Federativa do Brasil), previu os valores sociais do trabalho e a livre-iniciativa no mesmo inciso (IV), ambos com a mesma relevância e hierarquia axiológica, o que evidencia, no mínimo, uma simetria entre capital e trabalho. Eventual priorização da dignidade da pessoa humana, princípio previsto expressamente no inciso anterior (art. 1º, III), não servirá como justificativa para negação da condição de preceito fundamental aos valores sociais do trabalho ou à própria livre iniciativa³². A não priorização de um dos princípios constitucionais no plano abstrato e a ausência de hierarquia entre normas³³ não afasta, por óbvio, a possibilidade de priorização de um deles em detrimento do outro no caso de conflito em caso concreto, conforme, inclusive, estabelecido pela própria Constituição Federal em diversos momentos.

Mencionada (e ultrapassada) a discussão acerca da desnecessidade ou inconveniência da constitucionalização de direitos sociais e dos trabalhadores pela Constituição brasileira, passa-se à definição do que seriam esses direitos. Para que se possa tentar estabelecer um conceito para os direitos sociais que seja adequado, dessa vez, ao perfil constitucional brasileiro atual, é necessário que se diga que o Poder Constituinte de 1988 reconheceu, sob o rótulo de “direitos sociais”, um conjunto heterogêneo e abrangente de direitos de extrema relevância. É devido a essa (indiscutível) relevância que se entende, majoritariamente, que os direitos sociais são, também, fundamentais, inclusive pelo fato de o direito ao trabalho (arrolado entre os direitos sociais do art. 6º) e os direitos dos trabalhadores (arts. 7º e seguintes) terem sido inseridos no capítulo de direitos sociais. Desta forma, é possível que se fale em “direitos fundamentais sociais dos trabalhadores” sem que se aparente contrariedade ou redundância.

³² Tanto os valores sociais quanto a livre-iniciativa, juntamente com a valorização do trabalho e a busca pelo pleno emprego, constituem objeto de expressa menção no âmbito dos princípios da ordem econômica, de acordo com o art. 170, *caput* e VIII.

³³ Neste mesmo sentido, afirma Celso Bastos (1990, p. 138), que “as Constituições não são conglomerados caóticos e desestruturados de normas que guardam entre si o mesmo grau de importância. Pelo contrário, elas se afiguram entre si num todo, sem embargo de manter uma unidade hierárquica-normativa, é dizer: todas as normas apresentam o mesmo nível hierárquico”.

A conclusão, portanto, é a de que o qualificativo “social” não está exclusivamente vinculado a uma atuação positiva do Estado na promoção e na garantia da segurança como instrumento de compensação de desigualdades fáticas manifestas, de modo a assegurar, por meio de prestações materiais, um patamar pelo menos mínimo de condições para uma vida digna³⁴. De acordo com Ingo Sarlet (2014, p. 22), é possível afirmar também serem sociais aqueles direitos que protegem um espaço de liberdade ou determinados bens jurídicos para segmentos específicos da sociedade, em virtude de sua maior vulnerabilidade perante o poder estatal, como se verifica justamente no caso dos trabalhadores.

Afastam-se, aqui, as possíveis leituras reducionistas que afirmam que, ao advogar a condição de fundamentais de todos os direitos expressamente designados como tais pela Constituição, estar-se-ia adotando uma concepção “meramente formal” em torno de o que seriam os direitos fundamentais. Isso porque afirmar que são fundamentais todos os direitos consagrados como tais pelo texto constitucional não significa dizer que não haja outros direitos fundamentais, até mesmo pelo quanto disposto pela cláusula geral de abertura contida no art. 5º, § 2º, e, para os direitos dos trabalhadores, pela cláusula especial do art. 7º, *caput*. Os referidos dispositivos estabelecem que, além dos direitos expressamente consagrados na Constituição, existem outros direitos fundamentais decorrentes de outras fontes, como, por exemplo, dos princípios e dos direitos tipificados nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, com destaque para a atuação da OIT.

Da leitura específica do art. 5º, § 2º da Constituição³⁵, é possível afirmar não apenas o cunho aberto e inclusivo do catálogo constitucional de direitos, mas também que tal abertura abarca tanto direitos expressamente consagrados em outras partes da Constituição e outros documentos jurídicos (com destaque para os tratados internacionais de direitos humanos), quanto direitos deduzidos a partir do sistema constitucional, ou seja, direitos que podem ser designados como “implícitos”, pois não foram expressa e diretamente positivados pelo constituinte (SARLET, 2009, p. 79).

³⁴ Nas palavras de Miguel Calmon Dantas (2011, p. 19), “a defesa do máximo existencial enquanto direito fundamental e desiderato do Estado leva não apenas à percepção da necessidade de superação do mínimo vital, mas à renovação e à reconstrução da compreensão atinente aos direitos fundamentais, sob a perspectiva da indivisibilidade e da promoção das condições que habilitem as capacidades para o exercício real e efetivo das liberdades. É preciso, ainda, perceber que há uma mudança contínua e constante dos referenciais relativos a tais condições, tanto na perspectiva histórica, como na perspectiva social. Diante disso, o confronto do direito fundamental ao máximo existencial com as políticas e medidas implementadas pelo Estado enseja a análise da juridicidade dos níveis essenciais de prestação relativos aos direitos fundamentais e a sua suficiência ou não”.

³⁵ Determina a literalidade do dispositivo que: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Em complementaridade à cláusula geral de abertura, o art. 7º, *caput*, ao dispor que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”, pode ser considerado como cláusula especial de abertura em matéria de direitos fundamentais dos trabalhadores, sem prejuízo da necessária interpretação sistemática. Conclui-se, portanto, que o reconhecidamente generoso leque de direitos dos trabalhadores constitucionalmente consagrado não deve ser entendido, em razão da sua amplitude, como um rol taxativo, no sentido de *numerus clausus*³⁶; é permitida, inclusive, a sua ampliação, como ocorreu, por exemplo, com os empregados domésticos, a partir da aprovação da Lei Complementar nº 150, em 1º de junho de 2015.

A sustentação da fundamentalidade de todos os direitos assim designados no texto constitucional (que alcança todo o Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais - e, portanto, os direitos sociais do art. 6º e os assim designados direitos dos trabalhadores³⁷), por sua vez, implica no reconhecimento da presunção em favor da fundamentalidade também material desses direitos e garantias. Os argumentos sustentados pela parte da doutrina que refuta o caráter fundamental dos direitos sociais e dos trabalhadores não podem prevalecer - pelo menos não no atual quadro do direito constitucional positivo vigente no Brasil -, haja vista que se baseiam em alegações frágeis, como a de que parte dos direitos dos trabalhadores (como, por exemplo, o FGTS, o aviso prévio proporcional, o terço constitucional sobre as férias e o décimo terceiro salário) não guardaria conexão evidente com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em suma, a tese defendida pelo presente artigo é a de que, no âmbito do sistema de direito constitucional positivo brasileiro, todos os direitos sociais - tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados, estejam eles no Título II da Constituição ou em outras partes

³⁶ Quanto aos chamados típicos direitos fundamentais dos trabalhadores dispersos no próprio texto constitucional, importa referir 2 (dois) grandes exemplos: o de liberdade de associação sindical e o de greve dos servidores públicos civis (art. 37, VI e VII da Constituição). Em relação aos direitos dos trabalhadores elencados em tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, conforme já exposto anteriormente, a sua internalização importa aprovação pelo Congresso Nacional por dois procedimentos distintos, podendo eles adquirir status supraconstitucional (em caso de aprovação por maioria simples) ou de emenda constitucional (em caso de aprovação pelo procedimento previsto no art. 5º, § 3º, que exige maioria qualificada de três quintos mediante votação nas duas casas do Congresso em dois turnos de votação). Por fim, a existência de direitos fundamentais implícitos em matéria de direitos sociais e dos trabalhadores, apesar da generosidade do catálogo constitucional expressamente positivado, também não poderá ser desconsiderada, tendo em vista a necessidade de garantia do mínimo existencial.

³⁷ No art. 6º da Constituição, estão contemplados, dentre outros, os direitos ao trabalho, à alimentação, à moradia, à saúde, à educação, à assistência aos desamparados e à previdência social. Já no art. 7º e seus diversos incisos, a Constituição previu um expressivo número de direitos e garantias dos trabalhadores, desde a proteção contra a dispensa arbitrária, a garantia de um salário mínimo, a proteção da mulher, a proibição da discriminação nas relações de trabalho, além da garantia ao direito de greve, à liberdade de associação sindical e à participação dos trabalhadores nos lucros e na gestão das empresas, previstos pelos arts. 8º e seguintes.

do texto constitucional - são direitos fundamentais. A orientação adotada pelo próprio STF em matéria de direitos sociais tem sido no sentido de reconhecer a sua natureza fundamental³⁸, englobando, inclusive, o direito ao trabalho e os diversos direitos dos trabalhadores, como, por exemplo, o direito de greve dos servidores públicos, reconhecido como fundamental mesmo sem estar presente no texto do Título II. No caso, foi determinada, pela Suprema Corte, a aplicação substancial do regime jurídico pleno dos direitos fundamentais³⁹.

Destaca-se, oportunamente, a relevância da atuação do Poder Judiciário brasileiro nesta matéria, especificamente do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho, órgão de cúpula da Justiça do Trabalho, visto que a negação da fundamentalidade na esfera jurisprudencial esvaziaria o texto constitucional, a despeito da (muitas vezes) expressa previsão de que os direitos sociais e dos trabalhadores são fundamentais.

Tendo sido defendido o caráter fundamental dos direitos sociais e dos trabalhadores, bem como a sua relevância e evolução ao longo das décadas, analisar-se-á, agora, até que ponto os mesmos se encontram blindados contra eventual supressão textual pelo poder de reforma constitucional, considerando-se, em especial, o dever de progressividade (no sentido da progressiva realização dos direitos sociais) imposto aos Estado e a existência, seja no plano do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, seja na esfera interna da ordem jurídico-constitucional brasileira, de um princípio de proibição da regressividade ou do retrocesso social.

4 LIMITES E RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES E A PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL

Foi vista, até aqui, a trajetória traçada pelos direitos fundamentais ao longo do tempo, desde o seu surgimento, passando pelo reconhecimento da sua eficácia não apenas vertical, mas também horizontal e diagonal, até o *status* constitucional do qual gozam atualmente na maioria das ordens jurídicas - incluindo-se, aqui, a ordem jurídica constitucional brasileira. Por isso, é conclusão lógica extraível do próprio sistema o fato de que os direitos

³⁸ Aqui, destacam-se os julgados sobre os direitos à educação, à saúde e à moradia, além dos casos da assistência e da previdência social, nos quais, além do reconhecimento da sua condição de direitos fundamentais, o STF chancelou a tese de que tais direitos assumem a condição de direitos subjetivos, e, portanto, exigíveis (SARLET, 2014, p. 27). Neste sentido, é possível citar o julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 175, de março de 2010, no sentido da fundamentalidade do direito à saúde e de sua exigibilidade como direito subjetivo a prestações estatais.

³⁹ Neste sentido, os julgamentos dos Mandados de Injunção nº 670 (Relator Ministro Maurício Corrêa), nº 708 (Relator Ministro Gilmar Mendes) e nº 712 (Relator Ministro Eros Grau), todos julgados na Sessão do dia 25 de outubro de 2007.

fundamentais em geral, com destaque aos direitos sociais e dos trabalhadores, são blindados contra eventual supressão textual ou restrições desarrazoadas pelo poder constituinte derivado de reforma e, com ainda mais razão, pelo legislador infraconstitucional. Trata-se de conquistas históricas garantidas arduamente pelos jurisdicionados que não podem ser extraídas ou restringidas arbitrariamente pelo Poder Legislativo.

De forma complementar, é incontroverso o fato de que essa blindagem não é absoluta, pelo simples fato de os direitos fundamentais em si não serem absolutos. Limites a eles são constantemente estabelecidos ou pela própria Constituição Federal⁴⁰ ou por força de autorização expressa constitucional nos termos da legislação infraconstitucional. Além disso, é possível falar também em restrições implicitamente trazidas pela Constituição, que existem para assegurar a proteção de outros bens fundamentais individuais ou coletivos ou interesses constitucionalmente relevantes.

Ambas as questões (tanto a necessidade de proteção quanto a possibilidade de restrição, em algumas hipóteses) guardam relação direta com o princípio da proibição de retrocesso social, também chamada de proibição de evolução regressiva, que passou a ser objeto de intensa produção doutrinária no Brasil nos últimos anos.

A noção de proibição de retrocesso se relaciona diretamente ao princípio da segurança jurídica e aos seus respectivos desdobramentos, quais sejam, o princípio da proteção da confiança e as garantias constitucionais do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Isso porque tais institutos também têm como principal objetivo a tutela de direitos e bens de matriz constitucional em face de medidas de caráter restritivo que venham a afetar posições jurídicas de modo a criar uma situação de desvantagem para o titular do direito.

Na visão de Ingo Sarlet (2014, p. 64), a proibição ao retrocesso consiste em:

[...] uma garantia de proteção dos direitos fundamentais sociais e dos trabalhadores (e, a depender do caso, da própria dignidade da pessoa humana) contra a atuação do legislador, tanto no âmbito constitucional quanto - e de modo especial - infraconstitucional, quando em causa medidas legislativas que impliquem supressão ou restrição no plano das garantias e dos níveis de tutela já existentes, mas também proteção em face da atuação da administração pública.

Faz-se necessário esclarecer que, em relação a qualquer norma constitucional, existe um direito subjetivo negativo, o que torna possível a impugnação de qualquer medida contrária aos parâmetros estabelecidos por essas normas - até mesmo em se tratando de

⁴⁰ Como exemplo de limitação aos direitos fundamentais previsto pelo próprio texto constitucional, é possível citar a proibição de sindicalização dos integrantes dos servidores militares, prevista em seu art. 142, § 3º, IV.

normas constitucionais de eficácia limitada. Assim, independentemente da exigibilidade dos direitos sociais na sua condição de direitos positivos (ou de prestação), no âmbito da eficácia normativa, está-se em face da possibilidade de exigibilidade judicial de tais direitos também como direitos subjetivos de defesa (ou negativos), ou seja, como proibições de intervenção ou de eliminação de determinadas posições jurídicas já consolidadas (CANOTILHO; MOREIRA, 1991, p. 131). É possível afirmar, portanto, que a garantia de proibição de retrocesso preserva o bloco normativo em sede constitucional e infraconstitucional já consolidado pelo ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no que se destina a assegurar a fruição dos direitos fundamentais explícitos e implícitos, impedindo ou assegurando o controle de atos que venham a provocar a supressão ou restrição dos níveis de efetividade vigentes dos direitos fundamentais.

Conclui-se, a partir daí, que não é possível que se admita uma ausência de vinculação do legislador às normas de direitos sociais; se assim fosse, estar-se-ia chancelando uma fraude à Constituição, pois o legislador poderia simplesmente desfazer o que fez anteriormente no estrito cumprimento de comando constitucional. O que se pretende provar é que não é admissível que se eliminem as normas (legais) que concretizam os direitos fundamentais, visto que seria equivalente a subtrair, das normas constitucionais, a sua eficácia jurídica, já que o cumprimento de norma constitucional acaba por se converter em uma proibição voltada ao Poder Legislativo de destituir a situação instaurada (MIRANDA, 1998, p. 341). Defende-se a aplicação desta proibição na medida em que não se pode permitir que, em nome da liberdade de conformação do legislador, o valor jurídico dos direitos sociais e dos trabalhadores seja completamente esvaziado.

Sobre o tema, leciona José Joaquim Gomes Canotilho (2006, p. 177) que:

Neste sentido se fala também de cláusulas de proibição de evolução reacionária ou de retrocesso social, ex. consagradas legalmente as prestações de assistência social, o legislador não pode eliminá-las posteriormente sem alternativas ou compensações “retornando sobre seus passos”; reconhecido, através de lei, o subsídio de desemprego como dimensão do direito ao trabalho, não pode o legislador extinguir este direito, violando o núcleo essencial do direito social constitucionalmente protegido.

À vista do exposto, nota-se que o principal objetivo da proibição de retrocesso social é impugnar medidas que impliquem em supressão ou restrição de direitos fundamentais e que possam ser compreendidas como efetiva violação a tais direitos. Assim, na sua aplicação concreta, é necessário que sejam observados critérios, como é o caso, por exemplo, das reservas legais simples e qualificadas, da proteção da confiança e do correlato mínimo existencial, do núcleo essencial dos direitos fundamentais, da proporcionalidade, da isonomia

e da irretroatividade das medidas mais restritivas, que garantem a devida operatividade à noção geral de proibição de retrocesso no plano jurídico-constitucional (SARLET, 2014, p. 67).

A doutrina brasileira tem sustentado o ponto de vista de que, sobre qualquer medida que venha a provocar alguma diminuição dos níveis de proteção dos direitos sociais, recai a suspeição de inconstitucionalidade, acionando assim um dever de submeter tais medidas a rigoroso controle. Deste modo, em relação a todo e qualquer ato legislativo e administrativo que afete o âmbito de proteção dos direitos sociais, tanto o legislador quanto o administrador público devem sempre observar as exigências internas da proporcionalidade, quais sejam, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, bem como da razoabilidade.

Frisa-se que a proibição de retrocesso não é princípio-garantia de caráter autônomo (SARLET, 2014, p. 71). Na verdade, o que é colocado em questão aqui são as intervenções restritivas de direitos fundamentais sociais e dos trabalhadores, que devem ser submetidos a rigoroso controle de legitimidade constitucional mediante recurso aos diversos instrumentos que o sistema jurídico-constitucional brasileiro disponibiliza.

Em relação à aplicação do princípio da proibição de retrocesso social pelo Poder Judiciário brasileiro, os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal podem ser ilustrados com o julgamento de dois recursos. O primeiro deles é a medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 4543-MC/DF, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, julgada pelo Tribunal Pleno em outubro de 2011. Na oportunidade, questionava-se a constitucionalidade do art. 5º Lei nº 12.034/2009, dispositivo que pretendia estabelecer uma nova sistemática para o sistema eleitoral brasileiro (dúplice sistema de checagem de votos, uma por meio eletrônico e uma por meio impresso). Em seu voto, a Ministra relatora enfrenta a questão arguindo como fundamento em seu voto, dentre outros, o princípio da proibição de retrocesso político; segundo sua interpretação, retornar à impressão dos votos representaria um retrocesso ao direito adquirido pelo eleitor de que seu voto tenha o maior grau de sigilo possível, pois, ao imprimi-lo, estaria se deixando vulnerável a informação de sua escolha.

Embora o pedido da medida cautelar tenha sido deferido por unanimidade de votos, foi amplamente debatido pelos Ministros o argumento relativo ao princípio da proibição de retrocesso, por temerem que fosse o julgado interpretado como uma nova sistemática de controle de constitucionalidade. Da leitura da íntegra dos votos, observa-se que, nesta oportunidade, o STF não considerou o referido princípio como parte implícita ou explícita da

Constituição Federal, servindo apenas como argumento subsidiário a outros que estão expressamente previstos para embasar decisões por ele proferida.

Entretanto, situação diferente foi a do julgado do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário (ARE) nº 639337 AgR/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, também em outubro de 2011. No caso, este mesmo princípio foi utilizado como fundamento para negar provimento ao recurso interposto pelo Município de São Paulo. Entendeu a Suprema Corte pela manutenção da decisão que considerou a educação um dever jurídico que compete ao poder público efetivar, sendo constitucional a intervenção do Poder Judiciário sempre que houver omissões estatais na implementação de políticas públicas, pois compete ao Judiciário a proteção de direitos sociais.

Em seu voto, o Ministro Celso de Mello arguiu o seguinte em relação à aplicação do princípio ora analisado:

[...] O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados.

Vale ressaltar que, embora os posicionamentos do STF quanto ao grau de relevância do princípio de proibição de retrocesso tenham sido diferentes, a diferença de tempo entre os julgados é de apenas 4 (quatro) dias. Com posicionamento diverso do primeiro caso analisado, neste segundo, o Ministro Relator elencou a proibição do retrocesso como obstáculo constitucional, que impede que se frustrem direitos fundamentais de caráter social já alcançados pelo cidadão, defendendo que as prestações positivas do Estado - como o direito à educação, à saúde ou à segurança pública -, uma vez atingidas em sua concretude, não podem ulteriormente ser reduzidas ou suprimidas por ato do poder público, de forma desarrazoada.

Por fim, salienta-se que a vedação ao retrocesso é um tema muito rico, em relação ao qual não se busca esgotamento no presente artigo. Contudo, a sua menção no contexto da evolução dos direitos fundamentais (especialmente, dos direitos sociais e dos trabalhadores) e do seu processo de constitucionalização se mostra essencial, tendo em vista que funciona

como instrumento de garantia de que o patamar civilizatório conquistado - a duras penas, é possível dizer - pelos trabalhadores não poderia, em tese, ser desconstruído por uma atuação arbitrária do Poder Legislativo.

Além disso, é um tema que se encontra atualmente em voga na doutrina e na jurisprudência brasileiras, o que torna o seu estudo ainda mais relevante. Isso porque o mencionado princípio tem sido utilizado frequentemente como fundamento para a construção da argumentação a favor da declaração de inconstitucionalidade de uma série de dispositivos da Lei nº 13.467/2017, chamada de “Reforma Trabalhista”. Diversas foram as alterações promovidas na Consolidação das Leis do Trabalho e em outras legislações trabalhistas esparsas, a maioria das quais promoveu uma inquestionável flexibilização das relações de emprego no país, indo de encontro, inclusive, a uma série de entendimentos consolidados ao longo dos anos pelo Tribunal Superior do Trabalho⁴¹.

Parte significativa da doutrina e até mesmo de juízes do trabalho entendem que a mencionada flexibilização iria de encontro ao princípio da vedação ao retrocesso, pois desconstruiria uma série de direitos conquistados pelos trabalhadores brasileiros, sem que houvesse qualquer tipo de contraprestação que poderia, em tese, torna-la proporcional. Funcionaria, portanto, como um obstáculo à efetivação de direitos fundamentais sociais e dos trabalhadores previstos na Constituição Federal - o que, conforme estudado, não seria possível.

CONCLUSÃO

Conclui-se, ao final deste artigo, que o processo de constitucionalização dos direitos fundamentais, com destaque, no presente contexto, aos direitos sociais e dos trabalhadores, contribuiu não apenas para lhes garantir maior eficácia, mas também para imputar-lhes um *status* que inviabiliza a sua supressão ou redução desarrazoada, o que garante o patamar mínimo de direitos conquistados pelos trabalhadores ao longo dos anos. O princípio da vedação ao retrocesso social, cuja aplicação somente é possível justamente por conta da previsão dos mencionados direitos como direitos fundamentais - e, por isso, cláusulas pétreas

⁴¹ Como exemplos, menciona-se a expressa vedação à contabilização das chamadas horas *in itinere* na jornada de trabalho do trabalhador, feita pela Lei nº 13.467/2017, que modificou a redação do art. 58 da CLT e tornou inócua a previsão da Súmula nº 90 do TST. Além disso, a Lei 13.429/2017 modificou a Lei nº 6.019/1974, que passou a prever, em seu art. 4º-A, a possibilidade de terceirização legal das chamadas “atividades-fim” das empresas tomadoras, o que também vai de encontro ao entendimento do TST, consolidado em sua famosa Súmula nº 331. Sobre o tema, recomenda-se a leitura de DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil Com os Comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017.

(art. 60, §4º da Constituição) que funcionam como limites materiais ao poder constituinte de reforma, e, com ainda mais razão, ao legislador infraconstitucional -, é importante instrumento que coíbe eventuais “ataques” sofridos pelo sistema de proteção ao trabalhador. Sem dúvidas, trata-se de tema extremamente atual, tendo em vista as recentes alterações na legislação trabalhista promovidas pela Lei nº 13.467/2017, também chamada de “Reforma Trabalhista”, que, em alguns pontos, poderá ter a sua constitucionalidade questionada tendo como base a vedação ao retrocesso e o caráter fundamental dos direitos sociais e dos trabalhadores na ordem jurídica constitucional brasileira.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Helder Santos; DELGADO, Gabriela Neves. *Os limites constitucionais da terceirização*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: Brasil, 1934. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 4 abr. 2021.

_____. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: Brasil, 1937. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em 4 abr. 2021.

_____. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: Brasil, 1946. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em 6 abr. 2021.

_____. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, Brasília: Brasil, 1967. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 6 abr. 2021.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, Brasília: Brasil, 1988.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Trabalho decente: análise jurídica da exploração do trabalho – trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno. 5ª ed. São Paulo, LTR, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COUTINHO, Aldacy Rachid. A dimensão do princípio da dignidade e a relação de trabalho. In: SARLET, Ingo; FILHO, Luiz Philippe Vieira de Mello; FRAZÃO, Ana de Oliveira (Coord.). *Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.

DANTAS, Miguel Calmon Teixeira de Carvalho. *Constitucionalismo dirigente brasileiro e a pós-modernidade: resistência e projeção do Estado Social enquanto dimensão do Estado Democrático de Direito*. 2008. 402 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008.

_____. *Direito fundamental ao máximo existencial*. 2011. 595 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil Com os Comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Gabriela Neves. Direitos humanos dos trabalhadores: perspectiva de análise a partir dos princípios internacionais do direito do trabalho e do direito previdenciário. In: DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: LTr, 2005.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: *Constituição, direitos fundamentais e direitos privados*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 6 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Poder constituinte reformador: limites e possibilidades de revisão constitucional brasileira*. São Paulo: RT, 1993.

MAIOLINO, Eurico Zecchin. *Poder de reforma constitucional: limitações*. São Paulo: Revista Editora dos Tribunais, 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. Os direitos dos trabalhadores como direitos fundamentais na Constituição Federal brasileira de 1988. In: SARLET, Ingo; FILHO, Luiz Philippe Vieira de Mello; FRAZÃO, Ana de Oliveira (Coord.). *Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT e outros tratados*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007.

_____. *Direito constitucional do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.