



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

BIANCA MOURÃO DOS SANTOS

**A LEI 13.467/17 E A REFORMA TRABALHISTA: UMA ANÁLISE DO
PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 611-B EM CONTRAPOSIÇÃO AO PRINCÍPIO
FUNDAMENTAL DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL**

Salvador
2017

BIANCA MOURÃO DOS SANTOS

**A LEI 13.467/17 E A REFORMA TRABALHISTA: UMA ANÁLISE DO
PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 611-B EM CONTRAPOSIÇÃO AO PRINCÍPIO
FUNDAMENTAL DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL**

Monografia apresentada ao Curso de graduação em
Direito da Faculdade de Direito da Universidade
Federal da Bahia, como requisito para a obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. André Batista Neves.

Salvador
2017



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

FACULDADE DE DIREITO

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

A monografia intitulada “A lei n. 13.647/17 e a Reforma Trabalhista: uma análise do parágrafo único do art. 611-B em contraposição ao princípio fundamental de proibição de retrocesso social”, desenvolvida pelo graduando **Bianca Mourão dos Santos** como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, foi julgada ADEQUADA (adequada/inadequada) e APROVADA (aprovada/reprovada) por todos os membros da banca examinadora.

Salvador, 13 de setembro de 2017.

Apresentada à banca composta pelos seguintes membros:

Prof. André Luiz Batista Neves (Orientador)

Prof^ª. Laíse Maria Guimarães Santos

Prof^ª. Rosângela Rodrigues Dias de Lacerda

RESUMO

O presente trabalho se almeja o aprofundamento do estudo parágrafo único do art. 611-B da Lei nº 13.467/17, notadamente no que consiste sua relação com o princípio constitucional implícito da proibição de retrocesso social. Com isso, se pretenderá demonstrar de que forma o dispositivo em destaque constitui um risco ao princípio da proibição de retrocesso social e como é prejudicial aos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Princípio da proibição de retrocesso social. Reforma Trabalhista. Direitos Fundamentais Sociais.

ABSTRACT

The present work seeks to deepen the study of the single paragraph of art. 611-B of the Law 13467/17, in particular its relation to the implicit constitutional principle of the prohibition of social retrogression. The aim was to demonstrate how the paragraph in question constitutes a risk to the principle of the prohibition of social retrogression and the detrimental to the fundamental rights of workers.

Keywords: Labor Law. Principle of the prohibition of social retrogression. Labor Reform. Fundamental Social Rights.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OIT	Organização Internacional do Trabalho
OJ	Orientação Jurisprudencial
OMS	Organização Mundial da Saúde
RO	Recurso Ordinário
RR	Recurso de Revista
SDI	Subseção de Dissídios Individuais
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	6
2	SOBRE O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL E SUA APLICAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	8
2.1	Noções Introdutórias.....	8
2.2	Análise da proibição do retrocesso no direito comparado.....	9
<i>2.2.1</i>	<i>Alemanha.....</i>	<i>9</i>
<i>2.2.2</i>	<i>Portugal.....</i>	<i>12</i>
2.2	Aporte teórico no Brasil.....	17
2.4	Do conceito adotado.....	28
3	OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DOS TRABALHADORES.....	29
3.1	A Constituição de 1988 e os direitos fundamentais do trabalhador brasileiro.....	30
<i>3.1.1</i>	<i>Constitucionalização dos direitos dos trabalhadores no Brasil.....</i>	<i>30</i>
<i>3.1.2</i>	<i>Da fundamentalidade dos direitos sociais trabalhistas na Constituição de 1988.....</i>	<i>34</i>
3.2	A peculiaridade da eficácia produzida pelos direitos fundamentais sociais.....	38
3.3	O princípio da proibição de retrocesso social e os direitos sociais dos trabalhadores.....	42
4	A REFORMA TRABALHISTA E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL.....	47
4.1	A jurisprudência e seu papel concretizador dos direitos fundamentais dos trabalhadores.....	48
4.2	A duração do trabalho e a segurança e saúde do trabalhador.....	55
4.3	O parágrafo único do art. 611-B sob a luz do princípio da proibição de retrocesso social.....	62
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	66
	REFERÊNCIAS.....	69

1 INTRODUÇÃO

O ramo jurídico do direito do trabalho tem suas raízes na questão social dos trabalhadores que antecedeu a Revolução Industrial do século XVIII¹. Buscou-se, à época, a humanização dos trabalhos praticados nas indústrias com a proteção dos obreiros, que sofriam com extensas horas nas linhas de produção, más condições de higiene sanitária no ambiente de trabalho, salários irrisórios, dentre outras condições prejudiciais. O direito do trabalho, então, desde sua gênese, ansiou pela busca da proteção do trabalhador, desenvolvendo-se em torno do crescimento e preservação dos direitos básicos da classe operária. Dentro desta mesma perspectiva o direito do trabalho se desenvolveu no Brasil, funcionando como instrumento de salvaguarda do princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito das relações de trabalho.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, uma gama significativa de direitos dos trabalhadores foi elevada à condição de direitos fundamentais, dentre os quais destaca-se o inciso XXII do art. 7º da Carta Magna que assegura aos trabalhadores, urbanos e rurais, o direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de segurança, higiene e medicina do trabalho. Com efeito, agasalhou-se o núcleo essencial desses direitos no manto da proteção dos princípios constitucionais e, notadamente, do princípio da proibição de retrocesso social.

No dia 23 de dezembro de 2016 o Poder Executivo apresentou o projeto de lei 6787/2016, batizado pelo Governo de “Reforma Trabalhista”. O Poder Executivo promoveu a denominada reforma, alegando a necessidade da atualização da legislação trabalhista, haja vista que a Consolidação das Leis do Trabalho data dos anos 70. Transformado na Lei Ordinária nº 13.467/17, a legislação estabelece alterações ao Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e à Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. Muito embora exista grande campanha favorável à legislação, faz-se necessário um estudo mais cauteloso de seus dispositivos, sob pena de serem aprovadas mudanças que contrariem os princípios do direito do trabalho e, sobretudo, garantias fundamentais.

Indaga-se, então, a possibilidade de o parágrafo único do art. 611-B da Lei nº 13.467/17, ao descaracterizar as regras sobre duração e intervalos de trabalho como normas sobre saúde, higiene e segurança, estar oportunizando a redução do núcleo essencial do direito fundamental dos obreiros a redução de riscos inerentes ao trabalho

¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 36.

e, com isso, desrespeitando o princípio constitucional implícito da proibição de retrocesso social.

Assim, o problema em destaque é levantado em razão da necessidade de análise do artigo, com escopo de se estudar as possíveis consequências de sua aplicação no direito brasileiro, recordando-se que é demasiadamente relevante, no momento político conturbado no qual o país se insere nos dias atuais, a preservação de direitos e garantias fundamentais e o respeito aos princípios que regem nosso ordenamento jurídico.

Finalmente, a presente monografia se estrutura em três capítulos principais. O Capítulo I cuida do princípio da proibição de retrocesso social, percorrendo seu estudo no Direito da Alemanha e Portugal (países que mais influenciaram a doutrina nacional) e, em seguida, sua sistematização dentro do ordenamento jurídico pátrio, percorrendo os principais autores que desenvolveram o tema, além de identificar receptividade desse princípio nos tribunais brasileiros.

O Capítulo II aborda os direitos fundamentais dos trabalhadores dentro da perspectiva da Constituição de 1988, procurando estabelecer uma relação entre o ramo jurídico do Direito do Trabalho e do Direito Constitucional. Inicialmente é retratada a temática da constitucionalização desses direitos e de seu aspecto jusfundamental. Após, o capítulo volta-se para o estudo da fundamentalidade dos direitos sociais e das peculiaridades que marcam sua eficácia para, em conclusão, traçar uma relação entre o princípio de proibição do retrocesso e o Direito do Trabalho de uma forma geral.

Ultrapassado a contextualização teórica sobre o tema nos capítulos anteriores, o terceiro Capítulo irá ocupar-se das premissas necessárias à análise proposta, preliminarmente discorrendo sobre o caráter normativo que a jurisprudência do trabalho possui em termos de concretização dos direitos fundamentais e acerca da relação entre as regras da duração do trabalho – e seus respectivos descansos – com a proteção do trabalhador, em face dos riscos inerentes ao labor. Somente então tentar-se-á compreender a conexão existente entre o parágrafo único do art. 611-B Lei nº 13.467/17 e o princípio constitucional implícito da proibição de retrocesso social, bem como suas possíveis consequências para os direitos fundamentais dos obreiros.

2 SOBRE O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL E SUA APLICAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

2.1 Noções Introdutórias.

O desenvolvimento teórico do princípio da proibição do retrocesso tomou diferentes rumos ao longo do tempo, de acordo com os aspectos históricos, sociais e culturais individuais de cada país, não sendo possível admitir uma única teoria prevalente quanto ao princípio. Fato este que se reflete nas inúmeras terminologias presentes no Direito. “Proibição de retrocesso social”², “vedação de retrocesso social”³, “princípio do não retrocesso social”⁴, “princípio do não retorno da concretização”⁵, “proibição da contrarrevolução social” e “proibição da contrarrevolução reacionária”⁶ são algumas das nomenclaturas adotadas.

Sem embargo, ainda é possível vislumbrar um propósito comum ao princípio, na medida que se entende a proibição de retrocesso como um instrumento protetor de direitos, obstando ao Estado qualquer prática que vise a aniquilação da eficácia de direitos fundamentais já implementados, sem que haja uma medida compensatória efetiva correspondente. Quer dizer, procura-se coibir o poder estatal de retroceder a um estado de coisas já superado pela ordem jurídica.

Sendo assim, pretende-se alcançar no presente capítulo uma definição para o princípio estudado e sua forma de aplicação mais adequada à Constituição de 1988 e realidade pátria, de sorte que seja possível – ao fim do trabalho – a realização de um paralelismo entre a vedação de retrocesso e os direitos fundamentais dos trabalhadores, com a indicação das consequências práticas dessa relação para o exercício do poder legislativo do Estado – em especial no que toca a Lei n° 13.467/17.

² Proibição de retrocesso social é encontrado em DERBLI, Felipe. O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988. São Paulo: Renovar, 2007; SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012 e BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. 5ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

³ Vedação de retrocesso social é visto em BARCELLOS, Ana Paula de. A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁴ Utilizado por FRAGA, Márcio André Keppler. O princípio do Não Retrocesso Social e a Constituição Federal de 1988. 119f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2001.

⁵ Sustentado por MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais, Vol. IV. 3.ed. Coimbra: 2000,

⁶ As expressões “proibição da contrarrevolução social” e “proibição da contrarrevolução reacionária” são ambas sustentadas por CANOTILHO, José J. Gomes. Direito constitucional. 7ª ed. revista, Almedina, Coimbra, 2003.

A primeira parte deste capítulo será destinada a tratamento da edificação e desdobramentos da proibição do retrocesso no direito comparado, notadamente na Alemanha e em Portugal, os quais influenciaram a doutrina brasileira de forma mais evidente. Após, será abordado o aporte teórico do princípio na doutrina nacional, bem como a proposta de delimitação do princípio, a qual servirá de alicerce para o desenvolvimento da presente monografia.

2.2 Análise da proibição do retrocesso no direito comparado.

Do estudo da proibição do retrocesso, nota-se que este princípio se desenvolveu de forma mais aperfeiçoada no direito estrangeiro. Em experiências passadas, já fizeram uso desse princípio, em alguma medida: Suíça, França, Itália, Alemanha e Portugal. No entanto, os dois últimos países se tornaram as maiores referências para a doutrina nacional, logo, serão aqui brevemente expostos.

2.2.1 Alemanha

A proibição de retrocesso surgiu na Alemanha como resposta à crise que sofria o país em relação ao seu sistema de seguridade social. À época, um dos principais temas que preocupava os Estados da Europa ocidental era o desmantelamento do estado social de direito, diretamente abalado pelo acelerado avanço do capitalismo e modernização da sociedade. A crise do Estado-provedor favoreceu a flexibilização dos direitos sociais, os quais se viram sob a ameaça do legislador frente a necessidade de adequação das políticas públicas às mudanças econômicas e políticas. Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, “a crescente insegurança no âmbito da seguridade social decorre, neste contexto, de uma demanda cada vez maior por prestações sociais e de um paralelo decréscimo da capacidade prestacional do Estado e da sociedade”⁷.

Neste cenário, a proibição de retrocesso objetivou, no Direito tedesco, impedir a supressão de prestações sociais e do sistema global de seguridade social do país⁸, sem que houvesse qualquer meio alternativo de compensação para seus beneficiários. Assim, para que fosse possível a preservação, ainda que mínima, dos direitos sociais já conquistados pelos cidadãos, reconheceu-se pelo Tribunal Constitucional Federal

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 17, 1999, p. 112.

⁸ *Ibidem*, p. 113.

germânico que a proteção das posições jurídico-subjetivas de natureza pública ocorreria através da garantia da propriedade⁹, contida no art. 14 da Lei Fundamental.

Nesse sentido, a manifestação da proibição de retrocesso que mais se destacou na Alemanha foi aquela desenvolvida em torno do conceito funcionalista de propriedade desenvolvido por Martin Wolff, professor de direito na Universidade de Berlin. Citando Peter Badura, Sarlet¹⁰ destaca que o conceito de propriedade para Wolff abarcaria quaisquer direitos subjetivos e privados de natureza patrimonial reconhecidos pela ordem jurídica, desviando-se da ideia tradicional dos direitos reais e oferecendo aos indivíduos segurança jurídica. Sobre o tema, bem resume Carlos Romeu Salles Correa, em dissertação de mestrado:

Na perspectiva adotada por Wolff, o direito a uma prestação do poder público, a partir do momento de sua eventual instituição pela legislação, incorporaria o patrimônio jurídico de cada beneficiado, sendo indevida, portanto, sua supressão, do mesmo modo que é indevida a subtração, sem compensação, de qualquer parcela da propriedade de uma pessoa¹¹.

Sobre aplicação desse entendimento chancelado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, Sarlet ainda leciona que:

Ainda no que diz com a proteção de posições jurídico-subjetivas de natureza pública por meio da garantia fundamental da propriedade, o Tribunal Federal Constitucional, já em arestas anteriores, entendeu que esta proteção tem por pressuposto a circunstância de que ao titular do direito é atribuída uma posição jurídica equivalente à da propriedade privada e que, no caso de uma supressão sem qualquer compensação, ocorreria uma colisão frontal com o princípio do Estado de Direito, tal como plasmado na Lei Fundamental¹².

Contudo, não são todos os direitos subjetivos patrimoniais de natureza pública que desfrutam da proteção da garantia da propriedade. A abrangência do referido conceito de propriedade deverá obedecer aos requisitos formulados pela doutrina e jurisprudência alemãs. Sarlet, em seu *O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade* aponta três critérios criados pela doutrina e jurisprudência alemã para que esta proteção seja empregue.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 450.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 17, 1999, p. 115.

¹¹ CORRÊA, Carlos Romeu Salles. O princípio da proibição do retrocesso social no direito do trabalho. 2012. 138 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012, p. 64. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufba.br:8080/ri/bitstream/ri/8440/1/CARLOS%20ROMEUSALLES%20CORR%C3%8AA.pdf>>. Acesso em: 03/07/2017.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 17, 1999, p. 115.

O primeiro requisito diz respeito à necessidade de uma contraprestação do titular do direito público, de modo que é rechaçada a ideia de uma prestação unilateral por parte do Estado. Nessa perspectiva, revela Sarlet que:

[...] uma equivalência absoluta entre a prestação estatal e a contrapartida pessoal não se revela como indispensável, bastando – de acordo com o Tribunal Federal Constitucional – uma contribuição "não irrelevante" por parte do titular do direito¹³.

Por conseguinte, para que a posição jurídica-subjetiva goze da proteção da propriedade requer-se que sua fruição seja de caráter exclusivo de seu titular, caracterizada pelo elemento da patrimonialidade. Por fim, o último requisito refere-se à necessidade de a posição jurídica-subjetiva destinar-se exclusivamente à garantia da existência do seu titular.¹⁴

Embora a proibição do retrocesso calcada na garantia da propriedade seja a mais relevante manifestação do princípio tratado na Alemanha, não se descartam no país outras teorias que abrangem a proteção de direitos reais contra ações do legislador. O autor alemão Ernst-Wolfgang Böckenförde, nascido em 1930, foi um dos juízes do Tribunal Constitucional Federal Alemão e, em seu artigo de 1975, traduzido para o espanhol, *Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la Constitución*¹⁵, voltou-se para a análise da eficácia dos direitos sociais e uma possível vedação de sua supressão em nível infraconstitucional.

Consoante leciona Felipe Derbli¹⁶, Böckenförde sustentou que os direitos fundamentais sociais, muito embora não gerem direitos subjetivos imediatos para os cidadãos, possuem aplicabilidade imediata frente aos órgãos estatais, de modo que emitem um mandado constitucional sobre as atividades legislativa e administrativa do Estado e, após serem efetivados, estendem sua proteção constitucional para as leis concretizadoras e atos reiterados da administração pública, sendo vedada sua supressão.

Outro juiz do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, favorável ao reconhecimento do princípio da proibição do retrocesso social, é Konrad Hesse, que atuou nessa corte de 1975 a 1987 e desenvolveu a teoria da irreversibilidade (*Nichtumkehrbarkeit*), a qual pregava a vinculação do Estado em relação ao nível de

¹³ Ibidem, p. 115.

¹⁴ Ibidem, p. 115-118.

¹⁵ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Escritos sobre Derechos Fundamentales. Trad. por Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Alemanha: Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993.

¹⁶ DERBLI, Felipe. O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988. São Paulo: Renovar, 2007, p. 137-138.

concretização dos direitos sociais já alcançado na lei. Segundo Lênio Streck, Hesse defendia a tese de que

[...] depois de atingido um grau de concretização fática dos direitos contidos na Constituição, por meio de medidas legislativas pelas quais são asseguradas prestações materiais aos cidadãos, não podem mais ser estas suprimidas ou reduzidas, ocasionando o retrocesso na área social atingida, seja na área da educação, saúde, previdência ou direitos trabalhistas (sociais e individuais). São as chamadas “cláusulas de proibição de evolução reacionária ou de proibição de retrocesso social”, é dizer, consagradas legalmente prestações de assistência social, o legislador não pode mais eliminá-las “retornando sobre seus passos”¹⁷.

É possível observar, pois, que há, em geral, um reconhecimento do princípio da proibição do retrocesso na doutrina e jurisprudência germânica. Com efeito, o desenvolvimento do princípio em questão surgiu da necessidade de proteção do sistema de seguridade social do país, sendo de suma importância a função da garantia da propriedade para tanto, proporcionado, em nível constitucional, uma proteção para as posições jurídicas de cunho prestacional contra possível supressão pelo Estado. Assim, resume Sarlet que:

Neste sentido, constatou-se que no âmbito do direito germânico é possível sustentar a existência de uma proteção constitucional dos direitos sociais previstos na legislação infraconstitucional, proteção cujo alcance não pode ser estabelecido previamente de forma genérica e abstrata. Isto porque esta proteção depende, por um lado, de uma cautelosa e criteriosa ponderação das circunstâncias concretas, devendo, de outra parte, levar em consideração o abismo inevitável entre a realidade fática e a dimensão normativa¹⁸.

2.2.2 Portugal.

Em terras lusitanas, a recepção do princípio da proibição do retrocesso se deu, em grande parte, pela colaboração doutrinária do mestre de Coimbra, José Joaquim Gomes Canotilho. Em sua prestigiada obra *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, o autor reconhece uma dimensão subjetiva pertencente aos direitos sociais, a qual se origina da concretização desses direitos em âmbito infraconstitucional e, uma vez concretizados, justificariam a sindicabilidade judicial da manutenção deste nível de realização, vedada sua supressão¹⁹.

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. Da utilidade de uma análise garantista para o direito brasileiro. Porto Alegre: Fundação Escola da Magistratura do Trabalho do Rio Grande do Sul, 1999, *apud* CORRÊA, Carlos Romeu Salles. O princípio da proibição do retrocesso social no direito do trabalho. 2012. 138 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 17, 1999, p. 127.

¹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

O constitucionalista ainda denomina o referido princípio como princípio da proibição da “contrarrevolução social” ou da “evolução reacionária” e complementa:

Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma *garantia institucional* e um *direito subjectivo*. Desta forma, e independentemente do problema “fáctico” da irreversibilidade das conquistas sociais (existem crises, situações económicas difíceis, recessões económicas), o princípio em análise justifica, pelo menos, a subtracção à livre e oportunística disposição do legislador, da diminuição de *direitos adquiridos* (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do *princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural*²⁰ (grifo do original).

Para Canotilho, a proibição do retrocesso constitui um desdobramento do princípio da democracia económica e social, definindo-o como um limite material à revisão constitucional²¹. Segundo o mestre de Coimbra, trata-se de um elemento essencial de interpretação, para que seja possível avaliar a conformidade dos atos do poder público com a constituição. Através do princípio da democracia económica e social, reconhecido por Canotilho como implícito na constituição portuguesa, ao Estado é imposta a obrigação de conformação, transformação e modernização das estruturas económicas e sociais, de forma a promover a igualdade real entre os cidadãos e evoluir-se para uma sociedade democrática. Nas palavras do autor:

O princípio da democracia económica e social constitui uma *autorização constitucional* no sentido de que o legislador democrático e os outros órgãos encarregados da concretização político-constitucional adoptarem as medidas necessárias para a evolução da ordem constitucional sob a óptica de uma “justiça constitucional” nas vestes de uma “justiça social”²² (grifo do original).

Igualmente distinto constitucionalista português, Jorge Miranda sinaliza na mesma direção quando passa a explanar, em seu *Manual de Direito Constitucional*, as similitudes entre normas constitucionais que classifica como “programáticas” e “preceptivas não exequíveis por si mesmas”. Nesse sentido, o mestre lusitano afirma que tais normas adquirem um duplo sentido proibitivo (ou negativo), proibindo a emissão de normas legais contrárias e proibindo prática de comportamentos que tendam a impedir a produção de atos por elas impostos, havendo inconstitucionalidade material em caso de violação de alguma dessas proibições²³.

²⁰ CANOTILHO, José J. Gomes. Direito constitucional. 7ª ed. revista, Almedina, Coimbra, 2003, p. 338-339.

²¹ Ibidem, p. 473

²² CANOTILHO, José J. Gomes. Direito constitucional. 7ª ed. revista, Almedina, Coimbra, 2003, p. 338.

²³ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, Tomo II, 5.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1996, p. 270.

As referidas normas, para Jorge Miranda, sempre dependerão de outras normas infraconstitucionais que lhes determine os meios para a consecução de seus fins. Por conseguinte, uma vez concretizadas essas normas em nível infraconstitucional, não poderão mais ser pura e simplesmente revogadas, não podendo o legislador subtrair da norma constitucional a exequibilidade que lhe foi conferida. No tomo IV da mesma obra, Jorge Miranda passa a referir-se expressamente à um princípio da proibição do retrocesso, afirmando que:

[...] eliminar as normas infraconstitucionais concretizadoras dos direitos sociais significaria retirar eficácia das normas constitucionais de que são sucedâneas, o que seria inconstitucional por violar o *princípio do não retrocesso da concretização* ou do *não retrocesso social*. Contudo, entendo-o também como fundado no princípio da confiança inerente ao Estado de Direito²⁴.

A jurisprudência portuguesa, por sua vez, já se debruçou sobre o tema, merecendo destaque o famigerado Acórdão n. 39/84²⁵, de 11 de abril de 1984, proferido pelo Tribunal Constitucional português. Em 25 de Outubro de 1982, o Presidente da República deu origem ao processo n.º 6/83, requerendo a declaração de inconstitucionalidade do artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 254/82, de 29 de junho de 1982. O artigo 17 do referido decreto revogava grande parte da Lei n.º 56/79, de 15 de setembro, a qual regulamentava o Serviço Nacional de Saúde do país.

O Presidente sustentava que o decreto em questão, ao revogar os artigos da Lei n.º 56/79, levaria à extinção ou inutilização do Sistema Nacional de Saúde. Contudo, desenvolveu sua tese primária na ideia de ausência de competência do Governo para a tratar da matéria, defendendo a inconstitucionalidade formal do artigo 17. Alegava, assim, que a regulamentação do Sistema Nacional de Saúde constituía matéria de competência reservada à Assembleia da República, pelo fato de contemplar direitos fundamentais inseridos no texto da Constituição.

O Conselheiro Vital Moreira, relator do processo, ao rechaçar o pedido de inconstitucionalidade formal, alterou o rumo do processo e edificou tese no sentido da inconstitucionalidade material do Decreto-lei, face à violação ao princípio da proibição do retrocesso. Inspirado nos ensinamentos de Canotilho, Vital Moreira partiu da premissa de que a Lei n.º 56/79 constituía uma forma de concretização do direito

²⁴ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1996, p. 237.

²⁵ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 39/84. Relator: Vital Moreira. Lisboa, 11 de abril de 1984. Disponível em: <<https://dre.pt/application/file/a/384958>>. Acesso em: 03/07/2017.

fundamental à proteção da saúde, previsto no art. 64²⁶ da Constituição Portuguesa, bem como que, através do artigo 17 do Decreto-Lei n.º 254/82, o Governo legislou em matéria do direito à saúde ao extinguir o Serviço Nacional de Saúde²⁷.

Com efeito, verifica-se que a existência de um serviço nacional de saúde é expressamente previsto no item n.º 2 do artigo 64.º da Constituição de Portugal, como forma de realização do direito fundamental de proteção à saúde. Assim, em decorrência da alínea “a” do item n.º 2, Vital Moreira afirma que a existência de um serviço nacional de saúde caracteriza-se como “elemento integrante de um direito fundamental dos cidadãos, e uma obrigação do Estado”²⁸. Desta forma, a referida norma toma contornos de uma própria *imposição constitucional*, no sentido adotado por Canotilho, qual seja: a vinculação do legislador, de forma permanente, à realização do conteúdo da norma dirigente.

Em resposta ao não cumprimento da imposição que foi atribuída pela constituição, surge uma situação de inconstitucionalidade por omissão. No entanto, a partir do momento em que o Estado passa a desconstituir aquilo que já havia realizado em sede de direitos fundamentais, a inconstitucionalidade resulta de verdadeira ação. Assim, não seria possível ao Estado suprimir elemento de realização de direito fundamental social, uma vez que tal elemento, após criado e implementado, passa a gozar de proteção direta da própria constituição – sua aniquilação resultaria em afronta direta ao direito fundamental do qual decorre²⁹.

Neste sentido, vale a transcrição de parte do paradigmático acórdão da Corte Constitucional Portuguesa:

Ao extinguir o Serviço Nacional de Saúde, o Governo coloca o Estado, de novo, na situação de incumprimento da tarefa constitucional que lhe é cometida pelo artigo 64.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa. [...]

Se a Constituição impõe ao Estado a realização de uma determinada tarefa - a criação de uma certa instituição, uma determinada alteração na ordem jurídica -, então, quando ela seja levada a cabo, o resultado passa a ter a protecção directa da Constituição. O Estado não pode voltar atrás, não pode descumprir o que cumpriu, não pode tornar a colocar-se na situação de devedor. [...]

²⁶ Prevê o artigo 64 da Constituição lusitana, *in verbis*: Saúde. 1. Todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover. 2. O direito à protecção da saúde é realizado: a) Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito.

²⁷ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 39/84. Relator: Vital Moreira. Lisboa, 11 de abril de 1984. Disponível em: <<https://dre.pt/application/file/a/384958>>. Acesso em: 03/07/2017.

²⁸ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 39/84. Relator: Vital Moreira. Lisboa, 11 de abril de 1984. Disponível em: <<https://dre.pt/application/file/a/384958>>. Acesso em: 03/07/2017.

²⁹ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 39/84. Relator: Vital Moreira. Lisboa, 11 de abril de 1984. Disponível em: <<https://dre.pt/application/file/a/384958>>. Acesso em: 03/07/2017.

Se isto é assim em geral para as normas que impõem concretas e definidas tarefas constitucionais, por maioria de razão há-de valer quando se trate de direitos fundamentais.

É que aí a tarefa constitucional a que o Estado se acha obrigado é uma garantia do direito fundamental, constitui ela mesma objecto de um direito dos cidadãos. Quando a tarefa constitucional consiste na criação de um determinado serviço público (como acontece com o Serviço Nacional de Saúde) e ele seja efectivamente criado, então a sua existência passa a gozar de protecção constitucional, já que a sua abolição implicaria um atentado a uma garantia institucional de um direito fundamental e, logo, um atentado ao próprio direito fundamental. A abolição do Serviço Nacional de Saúde não significa apenas repor uma situação de incumprimento, por parte do Estado, de uma concreta tarefa constitucional; uma vez que isso se traduz na revogação da execução dada a um direito fundamental, esse acto do Estado implica uma ofensa ao próprio direito fundamental.

Em grande medida, os direitos sociais traduzem-se para o Estado em obrigação de fazer, sobretudo de criar, certas instituições públicas sistemas escolar, sistema de segurança social, etc.). Enquanto elas não forem criadas, a Constituição só pode fundamentar exigências para que se criem; mas, após terem sido criadas, a Constituição para a proteger a sua existência, como se já existissem à data da Constituição. As tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam-no também a não aboli-los uma vez criados.

Quer isto dizer que, a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação, positiva, para se transformar (ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social. [...]

Impõe-se a conclusão: após ter emanado uma lei requerida pela Constituição para realizar um direito fundamental, é interdito ao legislador revogar essa lei repondo o estado de coisas anterior. A instituição, serviço ou instituto jurídico por ela criados passam a ter a sua existência constitucionalmente garantida. Uma nova lei pode vir alterá-los ou reformá-los, nos limites constitucionalmente admitidos, mas não pode vir extingui-los ou revogá-los.

Esta conclusão decorre naturalmente da concepção constitucional do direito à saúde como verdadeiro e próprio direito fundamental e do Serviço Nacional de Saúde como garantia institucional da realização desse direito³⁰.

Sem embargo, influenciada pela doutrina e jurisprudência alemã, a teoria primária da proibição do retrocesso no Direito português – calcada nos limites de atuação do legislador, imposição constitucional e inconstitucionalidade por ação estatal – deu espaço para uma concepção mais restrita do princípio, voltada à observância do princípio da protecção da confiança e do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais. Segundo afirma Derbli, Canotilho revisou sua posição doutrinária e cuidou de

³⁰PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 39/84. Relator: Vital Moreira. Lisboa, 11 de abril de 1984. Disponível em: <<https://dre.pt/application/file/a/384958>>. Acesso em: 03/07/2017.

definir que o alcance da vedação do retrocesso se limitaria ao núcleo essencial do direito social a ser resguardado³¹.

A restrição do princípio também foi sentida na jurisprudência lusitana, que demonstrou em acórdãos mais recentes sua mudança de posição quanto ao alcance da proteção da proibição do retrocesso. No acórdão n^o 583/00³², o Tribunal Constitucional português entendeu que:

A admitir-se a existência de tal princípio nunca ele poderia abranger todo e qualquer encurtamento dos benefícios sociais mas apenas aquele que atingisse o núcleo essencial dos correspondentes direitos - *maxime* - o núcleo essencial do direito à existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana (grifo do original).

Portanto, houve uma mudança do posicionamento português com o passar dos anos que, por influência alemã, passou a entender a proibição do retrocesso como uma proteção aos direitos adquiridos, limitando a abrangência de aplicação da tese inicial desenvolvida por Canotilho. Ressalta-se que, para Felipe Derbli, a tese primária consagrada no Acórdão n^o 39/84 é a qual mais se assemelha à situação fática brasileira, sendo o referencial basilar de sua própria sistematização da proibição do retrocesso.

2.3 Aporte teórico no Brasil.

Fazendo um paralelo entre doutrina brasileira e estrangeira, verifica-se que o princípio da proibição de retrocesso ainda é tópico recente em terras tupiniquins. Poucos foram os autores que dedicaram olhar mais cauteloso para o princípio em debate e suas possibilidades. Contudo, apesar de modestos, os estudos voltados ao princípio da proibição de retrocesso social voltaram a crescer no Brasil, notadamente pela produção de jovens autores em artigos e dissertações.

Um dos primeiros doutrinadores a se debruçar sobre o tema no país foi José Afonso da Silva, mineiro, procurador do Estado e professor universitário aposentado e graduado em direito pela Universidade de São Paulo. Já em 1967, em sua obra *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, o jurista mineiro fazia referência ao princípio, na ocasião em que leciona sobre a aplicabilidade das normas definidoras de direitos sociais. Para o constitucionalista, as normas definidoras de direitos sociais consistem em normas programáticas, atribuídas de um caráter teleológico que procura

³¹ DERBLI, Felipe. O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988. São Paulo: Renovar, 2007, p. 152.

³² PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n^o 583/00. Relator: Vitor Nunes de Almeida. Lisboa, 20 de dezembro de 2000. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20000583.html>>. Acesso em: 03/07/2017.

ditar a realização de fins sociais em busca da justiça social. Contudo, apesar de necessitarem da atuação do Estado para sua realização, deve ser reconhecido seu caráter vinculativo e, apoderando-se dos ensinamentos de Canotilho, o autor afirma que tais normas possuem eficácia imediata e direta, constituindo uma verdadeira imposição constitucional ao poder estatal.

Nesse sentido, Afonso da Silva inspira-se em Giorgio Balladore Pallieri (1905 - 1980)³³ para sustentar que seriam inconstitucionais os atos normativos que contrariassem as imposições constitucionais advindas das normas programáticas definidoras de direitos sociais, inclusive aqueles que retiram das normas seu grau de concretização. Em síntese, o autor expõe que:

Do que expusemos nos parágrafos anteriores, fácil é extrair outro efeito notabilíssimo das normas constitucionais programáticas, como exprime Balladore Pallieri, que conclui: “Prescrevem à legislação ordinária uma via a seguir; não conseguem constringer, juridicamente, o legislador a seguir aquela via, mas o compelem, quando nada, a não seguir outra diversa. Seria inconstitucional a lei que dispusesse de modo contrário a quanto a constituição comanda. E, além disso, uma vez dada execução à norma constitucional, o legislador ordinário não pode voltar atrás”.³⁴

Assim, descortina-se a eficácia das normas programáticas em relação à legislação futura, desvendando, aí, sua função de condicionamento da atividade do legislador ordinário, mas também da administração e da jurisdição, cujos atos hão de respeitar os princípios nelas consagrados. [...]

Por exemplo, a Constituição Federal, no art. 7º, assegura aos trabalhadores os direitos ali enumerados, “além de outros que visem à melhoria de sua condição social”. Esta última parte do dispositivo é de natureza programática, e, agora, podemos acrescentar que é daquelas que se limitam a indicar certo fim a atingir: melhoria da condição social do trabalhador. A respeito desses outros direitos que podem ser outorgados aos trabalhadores, o legislador ordinário tem ampla discricionariedade, mas, assim mesmo, está condicionado ao fim ali proposto — melhoria da condição social do trabalhador. Qualquer providência do Poder Público, específica ou geral, que contravenha a esse fim é inválida e pode ser declarada sua inconstitucionalidade pelo juiz [...].³⁵

Por seu turno, o professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Ingo Wolfgang Sarlet, elabora sua concepção do princípio da proibição de retrocesso, primordialmente, em cima da doutrina alemã. Em seu livro *A eficácia dos direitos fundamentais*, Sarlet elenca os fundamentos que sustentam a existência de uma proibição de retrocesso no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam, o princípio do Estado democrático e social de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana, o

³³ Jurista italiano, juiz do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos de 1959 a 1980. Professor de direito internacional e direito constitucional na Universidade Católica do Sagrado Coração de Milão.

³⁴ PALLIERI, Giorgio Balladore. *Diritto costituzionale*. 4. ed. Milão: Giuffrè, 1955, p. 322, apud SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 158.

³⁵ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 158.

princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais – que tem abrigo no art. 5º, §1º da Constituição de 1988 – e o princípio da proteção da confiança. Além dos mencionados princípios, o jurista defende que as normas protetivas expressamente elencadas na presente Constituição brasileira não são suficientes para abranger todo o universo de situações jurídicas integrantes da noção de segurança jurídica, fazendo-se necessário o reconhecimento do princípio da proibição de retrocesso como protetor de direitos fundamentais contra ação de órgãos estatais.

Sua concepção de vedação do retrocesso, então, parte de uma noção ampla do direito à segurança jurídica, que possui como um de seus aspectos o direito à proteção contra o retrocesso em matéria de direitos fundamentais. Para Sarlet:

[...] o direito à segurança não se restringe, por sua vez, a estas dimensões e abrange, para além de um direito à segurança jurídica e social, um direito geral à segurança, no sentido de um direito à proteção [por meios de prestações normativas e materiais] contra atos – do poder público e de outros particulares – violadores dos diversos direitos pessoais [...]³⁶.

Aliada à ideia de segurança encontra-se a noção de dignidade da pessoa humana. O jurista gaúcho afirma que os direitos fundamentais são expressões da dignidade da pessoa humana, de modo que a proteção desses direitos – pelo menos no que concerne seu núcleo essencial – só será assegurada propriamente onde houver um mínimo de segurança jurídica.

Sarlet ainda reconhece que a proibição de retrocesso possui uma modalidade genérica, segundo o autor:

[...] a já mencionada garantia constitucional dos direitos adquiridos, dos atos jurídicos perfeitos e da coisa julgada, assim como as demais limitações constitucionais de atos retroativos ou mesmo as garantias contra restrições legislativas dos direitos fundamentais, constituem uma decisão clara do Constituinte em prol de uma vedação do retrocesso pelo menos nessas hipóteses. Da mesma forma a proteção contra a ação do poder constituinte reformador, notadamente no concernente aos limites materiais à reforma [...]³⁷.

Deste modo, afirma que sua visão quanto proibição do retrocesso em sentido estrito “diz com a possibilidade de limitar a auto-reversibilidade de medidas do poder público que tenham concretizado direitos fundamentais em geral”³⁸. Sem embargo, salienta que a repercussão do princípio é mais enfática na aplicação das normas programáticas que concernem aos propósitos constitucionais de justiça social, ou seja,

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da proibição de retrocesso na esfera dos direitos fundamentais. *Direito & Justiça: revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, v. 32, n. 1, jun. 2006, p. 12.*

³⁷ *Ibidem*, p. 18.

³⁸ *Ibidem*, p. 21.

das normas definidoras de direitos sociais, particularmente no que tange aos direitos prestacionais, pois são que demandarão, via de regra, a atuação do legislador na sua concretização.

Sarlet defende, então, ainda que na sua acepção mais estrita, um princípio da proibição de retrocesso que assegura aos indivíduos a proibição da abolição, pura e simples, pelo legislador ordinário e demais órgãos estatais, de ato normativo que satisfizesse o direito fundamental social, sem que haja qualquer medida substitutiva. Isto ocorre porque o legislador infraconstitucional encontra-se encarregado de promover o desenvolvimento e concretização dos direitos fundamentais, conforme o art. 5º, §1º da Constituição de 1988.

Não obstante, aponta o autor ser forçoso a adoção de limites quando da aceitação de uma vedação do retrocesso, utilizando-se da noção de núcleo essencial para a fixação de uma baliza para a aplicabilidade do princípio. Ao não se admitir um limite para o princípio, esclarece Sarlet que estar-se-ia reduzindo a atividade legislativa à mera execução da Constituição e conduziria uma transmutação das normas infraconstitucionais em direito constitucional. O jurista sustenta que a ideia de núcleo essencial se encontra conectada com a dignidade da pessoa humana, consistindo no elemento que vincula o poder público no âmbito de uma proteção contra o retrocesso.

Por fim, nas palavras de Sarlet temos que:

[...] uma medida de cunho retrocessivo, para que não venha a violar o princípio da proibição do retrocesso, deve, além de contar com uma justificativa de porte constitucional, salvaguardar – e qualquer hipótese – o núcleo essencial dos direitos sociais, notadamente naquilo em que corresponde às prestações materiais indispensáveis para uma vida com dignidade para todas as pessoas [...] Além disso, não se poderá olvidar jamais que uma violação ao mínimo existencial (mesmo em se cuidando do núcleo essencial legislativamente concretizado dos direitos sociais) significará sempre uma violação da dignidade da pessoa humana e por esta razão será sempre desproporcional e, portanto, inconstitucional.³⁹

Na mesma esteira, José Vicente Mendonça – Mestre e doutor em Direito Público pela UERJ e Procurador do Estado do Rio de Janeiro – defende em seu artigo *Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo* uma concepção do princípio da proibição de retrocesso que compreende um sentido mais amplo e outro mais estrito, todavia, diverge de Sarlet ao manter apenas os direitos sociais como integrantes da vedação do retrocesso mais específica – enquanto que Sarlet acolhe todos os direitos fundamentais. O autor expõe uma proibição de retrocesso calcada na efetividade das

³⁹ Ibidem, p. 47.

normas constitucionais, proibindo ao legislador infraconstitucional, ao revogar uma lei concretizadora, coibir a eficácia e efetividade já alcançadas pelas normas constitucionais. Assim, expõe Vicente Mendonça que:

Não há muitas dúvidas quanto ao aspecto da vedação que significa impossibilitar a *revogação* da norma infraconstitucional que tenha conferido aplicabilidade ao ditame constitucional. Nesse pormenor, o fundamento da vedação do retrocesso é, diretamente, o princípio da efetividade das normas constitucionais – ou princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva –, de notável e recente ascensão dogmática nas letras jurídicas brasileiras, segundo o qual, imantado de uma *vontade de Constituição*, o intérprete jurídico (e, de uma forma geral, *toda a sociedade*, a se crer em Peter Häberle) deverá optar pela solução hermenêutica que mais se aproxime o *dever-ser* normativo ao *ser* da realidade social⁴⁰.

Luís Roberto Barroso também tratou do assunto em sua obra *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas*, aproximando-se das lições de Canotilho e Afonso da Silva ao defender a existência de um princípio implícito da vedação do retrocesso nos seguintes termos:

[...] por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instruir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido. Nessa ordem de ideias, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou uma garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundamental na Constituição. O que se veda é o ataque à efetividade da norma, que foi alcançada a partir de sua regulamentação⁴¹.

Ana Paula de Barcellos, professora de Direito Constitucional na Faculdade de Direito da UERJ, ao se defrontar com o tema em sua obra *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*, propõe o princípio da proibição de retrocesso como uma modalidade de eficácia jurídica dos princípios que cuidam dos direitos fundamentais. Defende a autora a existência de uma modalidade de eficácia negativa dos princípios constitucionais, a qual vincula o legislador ordinário, proibindo-o de suprimir pura e simplesmente as normas infraconstitucionais que promoveram a realização do princípio.

Em 2003, Barcellos publicou obra em conjunto com Luís Roberto Barroso, denominada *O Começo da história. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*, na qual os autores declaram que:

A vedação do retrocesso, por fim, é uma derivação da eficácia negativa, particularmente ligada aos princípios que envolvem os direitos fundamentais.

⁴⁰ MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Vedação do Retrocesso: o que é e como perder o medo. In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. XII. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.222.

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. 5ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 158-159.

Ela pressupõe que esses princípios sejam concretizados através de normas infraconstitucionais (isto é: frequentemente, os efeitos que pretendem produzir são especificados por meio da legislação ordinária) e que, com base no direito constitucional em vigor, um dos efeitos gerais pretendidos por tais princípios é a progressiva ampliação dos direitos fundamentais. Partindo desses pressupostos, o que a vedação do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente. Isto é: a invalidade, por inconstitucionalidade, ocorre quando se revoga uma norma infraconstitucional concessiva de um direito, deixando um vazio em seu lugar⁴².

Lenio Streck faz menção ao princípio da proibição do retrocesso em algumas de suas obras. Em *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*, ao tratar da função da Constituição, o autor ressalta a necessidade da aplicação da cláusula de proibição do retrocesso social para que a Carta Magna possa exercer sua importante prerrogativa de resguardar as conquistas sociais já adquiridas pela sociedade⁴³. Outrossim, em *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, Streck reconhece a importância da cláusula implícita de proibição de retrocesso social, afirmando que essa:

[...] deve servir de piso hermenêutico para novas conquistas. Mais e além de todos os limites materiais, implícitos ou explícitos, esse princípio deve regular qualquer processo de reforma da constituição. Nenhuma emenda constitucional, por mais que formalmente lícita, pode ocasionar retrocesso social. Essa cláusula paira sobre o Estado Democrático de Direito como garantidora de conquistas. Ou seja, a Constituição, além de apontar para o futuro, assegura as conquistas já estabelecidas. Por ser um princípio, tem aplicação na totalidade do processo aplicativo do Direito⁴⁴.

Por seu turno, o professor da Universidade Federal da Bahia Edilton Meireles defende a existência de uma previsão expressa do princípio na Constituição de 1988 em matéria de Direito do Trabalho, sob o fundamento do art. 7º da Carta Constitucional assegura aos trabalhadores outros direitos que visem à melhoria de sua condição social. Sem embargo, sustenta o professor que:

b) o princípio do não-retrocesso social veda qualquer medida legislativa, inclusive ao nível constitucional (emendas), que constitua, em si, um retrocesso na condição social do trabalhador; c) as normas trabalhistas somente serão constitucionais se visam a melhorar a condição social do trabalhador; d) a inconstitucionalidade da norma pode ser contornada se

⁴² BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios do direito brasileiro. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v.6, n.23, p.25-65, jul./set. 2003, p. 39.

⁴³ STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 706.

forem criados “outros esquemas alternativos ou compensatórios” ao direito social modificado ou suprimido.⁴⁵

Felipe Derbli⁴⁶, orientado pela concepção do princípio edificada por Canotilho e pelo Tribunal Constitucional português, defende a existência de um princípio constitucional implícito de proibição de retrocesso social de caráter predominantemente retrospectivo e que se propõe a assegurar o nível de concretização infraconstitucional de um direito fundamental social – definido em regra ou princípio – contra a ação do poder público em seu papel de legislar.

Para o autor, trata-se de um princípio constitucional porque, à luz da conceituação proposta por Humberto Ávila, a proibição de retrocesso consiste em uma norma de conteúdo finalístico, tal qual os princípios. Para Derbli, esse princípio tem como particularidade a prevalência de seu caráter retrospectivo, pois nutre como fim precípua a manutenção do nível de concretização dos direitos fundamentais sociais. Assim, preocupar-se-ia o princípio com a proibição de retorno a um estado de coisas indesejado, distante do ideal imprimido pelo dirigismo constitucional. Nessa linha de ideais, Derbli rechaça a concepção de proibição do retrocesso defendida por Ana Paula de Barcellos e Luís Roberto Barroso, negando-lhe a natureza de modalidade de eficácia das normas constitucionais.

Além da índole retrospectiva, o autor atribui, ainda que em menor escala, um caráter positivo à finalidade do princípio, qual seja, o dever do legislador de manter-se no propósito de ampliar, progressivamente, o grau de concretização dos direitos fundamentais sociais. Significa dizer uma obrigação de avanço social, própria das constituições dirigentes, para a realização da justiça social. Isto ocorre porque, para o autor, o princípio é uma decorrência lógica do constitucionalismo dirigente.

Sobre o reconhecimento do princípio na Constituição de 1988, Derbli declara que:

⁴⁵ MEIRELES, Edilton. Princípio do não-retrocesso social no direito do trabalho. *Evocati Revista*. n° 13. Jan. 2007. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=100>. Acesso em: 10/07/2017.

⁴⁶ É doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Procurador do Estado do Rio de Janeiro concentrado nas áreas de Direito Constitucional, Direito Administrativo e Regimes Próprios de Previdência Social e Investimentos Financeiros. Em 2004, Derbli debruçou-se sobre o princípio da proibição de retrocesso em sua tese de mestrado em direito público na UERJ, produzindo dissertação denominada A Constituição de 1988 e o princípio da proibição do retrocesso social: uma investigação dos limites à atividade legislativa, sob a orientação de Luiz Roberto Barroso. Sua obra O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988 foi publicada em 2007, e constitui um diligente e refletido trabalho sobre a temática, procurando construir uma sistematização do princípio própria e adequada à realidade brasileira.

[...] é possível deduzir do texto constitucional que a Carta Magna vigente contém entre suas normas o princípio que impõe ao legislador a observância da concretização sempre progressiva dos direitos fundamentais sociais, sendo-lhe defeso atuar comissivamente em sentido oposto, tanto quanto lhe é proibido deixar de regulamentar, em sede legislativa, uma norma constitucional que lhe estabeleça tal dever⁴⁷.

Para Derbli só será possível verificar uma situação de afronta ao princípio da proibição de retrocesso quando, da ação do legislador, ocorrer um retorno a uma situação de omissão constitucional, ou ainda quando houver uma redução da concretização já alcançada pelas normas constitucionais definidoras de direitos sociais. Ressalta-se: quando por ação comissiva do legislador ordinário, se deixou de executar uma imposição constitucional legiferante, isto é, quando não foi instrumentalizada a eficácia da norma constitucional.

A despeito de restringir o objeto do princípio para apenas as normas definidoras de direitos sociais, Derbli destaca que existem casos nos quais a concretização legislativa das garantias institucionais serão alcançadas pela proteção da vedação ao retrocesso. Isto porque existem casos nos quais a garantia institucional está intrinsicamente ligada à garantia do direito fundamental, sendo sua existência indispensável ao exercício do direito.

Pelas palavras do autor, tem-se que o núcleo essencial do princípio da proibição de retrocesso social constitui na:

[...] vedação ao legislador de suprimir, pura e simplesmente, a concretização de norma constitucional que trate do núcleo essencial de um direito fundamental social, impedindo a sua fruição, sem que sejam criados mecanismos equivalentes ou compensatórios. É defeso o estabelecimento (ou restabelecimento, conforme o caso) de um vácuo normativo em sede legislativa⁴⁸.

Como já se viu em linhas anteriores, não se pode aceitar, contudo, um princípio da proibição de retrocesso absoluto, ao ponto de que seja engessada a atuação do legislador. Destarte, como um dos corolários da aplicação desse princípio, na esteira de Canotilho, Derbli defende a necessidade da confirmação, na consciência jurídica geral, da concretização alcançada, de tal modo que esta venha a ser considerada uma decorrência “indispensável do próprio comando constitucional, usufruindo, com isso, sua força normativa”⁴⁹. Nesse cenário, os direitos fundamentais sociais realizados em

⁴⁷ DERBLI, Felipe. O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988. São Paulo: Renovar, 2007, p. 222-223.

⁴⁸ Ibidem, p. 298.

⁴⁹ Ibidem, p. 244.

sede legislativa passam a dispor de *status negativus* oponível ao legislador – equivalente como acontece aos direitos de defesa.

Ao traçar o limite para aplicação do princípio, Derbli descarta a ausência de vinculação da vedação do retrocesso ao mínimo existencial, evidenciando que o princípio da dignidade da pessoa humana já cuida da proteção do mínimo existencial, sem haver qualquer razão para que a vedação do retrocesso seja limitada neste quesito⁵⁰.

Dentre outros autores, podemos destacar ainda a contribuição de Márcio André Keppler Fraga – professor titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos e Juiz de Direito da Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – que, em sua dissertação de mestrado *O princípio do não retrocesso social e a Constituição Federal de 1988*), defende uma dimensão negativa dos direitos sociais, vedando ao Estado a redução da efetividade desses direitos⁵¹. Rodrigo Goldschmidt, doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, também produziu artigo específico sobre o tema, inspirando-se na visão original de Canotilho e do Tribunal Constitucional português para sustentar a proibição de retrocesso como um limite à atividade legislativa, sendo defeso ao legislador ordinário a supressão de direitos fundamentais sociais concretizados pelo Poder Legislativo⁵².

A exemplo da doutrina nacional, o reconhecimento do princípio da proibição de retrocesso social nos tribunais pátrios não é unânime. Da análise da abordagem do princípio na jurisprudência brasileira, verifica-se que os julgados são recentes e destoantes quanto ao conceito e abrangência da vedação do retrocesso. Não obstante, é possível averiguar um relativo consenso quanto a admissão da existência do princípio.

No Supremo Tribunal Federal há de se destacar alguns acórdãos relativos ao tema, que confirmam a posição favorável de alguns de seus ministros quanto ao reconhecimento do princípio ao longo do tempo.

Um dos pronunciamentos mais conhecidos do STF a respeito do princípio do não retrocesso social ocorreu no julgamento da ADI 2065-DF e teve como relator original o Ministro Sepúlveda Pertence. Tratava-se de pedido de impugnação do artigo 17 da Medida Provisória nº.1999 -10/99 que, dentre os seus dispositivos, extinguiu o

⁵⁰ Ibidem, p. 210.

⁵¹ FRAGA, Márcio André Keppler. *O princípio do Não Retrocesso Social e a Constituição Federal de 1988*. 119f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2001.

⁵² GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *O Princípio da Proibição do Retrocesso Social e a sua Função Limitadora dos Direitos Fundamentais*. In: *Anais do Seminário Nacional de Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais - DESCONTINUADO*, vol. 1, n. 1, Chapecó: Editora UNOESC, 2000.

Conselho Nacional de Seguridade Social e os Conselhos Estaduais e Municipais de Previdência Social. Sustentava-se, assim, a violação ao princípio da proibição de retrocesso social, pois seria revogada – sem a utilização de outra medida substitutiva – a lei concretizadora da norma constitucional que determinava o caráter descentralizado da administração da seguridade social.

Não obstante o julgamento proferido não ter reconhecido a inconstitucionalidade arguida, o ministro Sepúlveda Pertence defendeu em seu voto o acolhimento da inconstitucionalidade, sob o argumento de uma vedação de retrocesso, nos seguintes termos:

Certo, quando, já vigente a Constituição, que editou lei integrativa necessária à plenitude da eficácia, pode subsequentemente o legislador, no âmbito de sua liberdade de conformação, ditar outra disciplina legal igualmente integrativa de preceito constitucional programático ou de eficácia limitada; mas não pode retroceder – sem violar a Constituição - ao momento anterior de paralisação de sua efetividade pela ausência de complementação legislativa ordinária reclamada para implementação efetiva de uma norma constitucional ... Ao contrário do que supõem as informações governamentais, com o admitir, em tese, a inconstitucionalidade da regra legal que a revogue, não se pretende emprestar hierarquia constitucional à primeira lei integradora do preceito da Constituição, de eficácia limitada. Pode, é óbvio, o legislador ordinário substituí-la por outra, de igual função complementadora da Lei Fundamental; o que não pode é substituir a regulamentação integradora precedente – pré ou pós-constitucional – pelo retorno ao vazio normativo que faria retroceder a regra incompleta da Constituição à sua quase impotência originária⁵³.

Na ADIn 3105-DF, que teve como relator o ministro Cezar Peluso, o princípio da proibição do retrocesso foi suscitado pelo ministro Celso de Mello que, em voto vencido, concluiu pela inconstitucionalidade total do artigo 4º e parágrafo único da emenda constitucional 41/2003 – que prevê a contribuição previdenciária dos servidores públicos inativos e pensionistas –, em razão do caráter fundamental dos direitos de natureza previdenciária. Para o Ministro:

Na realidade, a cláusula que **proíbe o retrocesso** em matéria social traduz, no processo de sua concretização, **verdadeira dimensão negativa** pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional, **impedindo**, em consequência, que os **níveis** de concretização dessas prerrogativas, **uma vez atingidos**, venham a ser reduzidos **ou** suprimidos, **exceto** nas hipóteses – de todo **inocorrente** na espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais⁵⁴ (grifo do original).

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 2.065-DF. Relator para o acórdão Min. Maurício Corrêa. Ementa publicada em Diário da Justiça de 04.06.2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375320>>. Acesso em: 10/07/2017.

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3.015-DF. Relatora original Min. Ellen Gracie. Relator para o acórdão Min. Cezar Peluso. Ementa publicada em Diário da Justiça de 18.02. 2005. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 10/07/2017.

Em 2007, na ADI 3104-DF⁵⁵, proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), o princípio da proibição do retrocesso foi suscitado pela relatora ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha. No julgamento, a Corte decidiu pela constitucionalidade do art. 2º e 10º da emenda constitucional nº 41/2003, reconhecendo a aposentadoria como direito constitucional que se adquire e se introduz no patrimônio jurídico do interessado no momento de sua formalização pela entidade competente e que, em questões previdenciárias, aplicam-se as normas vigentes ao tempo da reunião dos requisitos de passagem para a inatividade.

Deste modo, apenas os servidores públicos que preenchiam os requisitos estabelecidos na Emenda Constitucional nº 20/1998, durante a vigência das normas por ela fixadas, poderiam reclamar a aplicação de suas normas, com fundamento no art. 3º da Emenda Constitucional 41/2003. Por outro lado, os servidores públicos que não tinham completado os requisitos para a aposentadoria quando do advento das novas normas constitucionais, passaram a ser regidos pelo regime previdenciário estatuído na Emenda Constitucional nº 41/2003, posteriormente alterada pela Emenda Constitucional nº 47/2005.

Sobre o princípio em destaque, ressalta-se o trecho do voto da ministra Carmen Lúcia:

Não parece lógico, até porque um dos sentidos das cláusulas pétreas é impedir o retrocesso. É garantir o avanço. Esse o significado último de cláusula pétrea. A nova Constituição traz uma conquista política, social, econômica e fraternal, de que natureza for, e a petrealidade passa a operar como uma garantia do avanço, então obtido. Uma interdição ao retrocesso⁵⁶.

Na seara trabalhista, dois são os acórdãos do Tribunal Superior do Trabalho que aqui se destacam sobre o assunto: agravo de instrumento em recurso de revista nº 0001841-15.2011.5.18.0003 e recurso de revista nº 0174400-06.2009.5.15.0011. O agravo de instrumento em recurso de revista tem como relatora a ministra Kátia Magalhães Arruda, que defende a aplicação da proibição de retrocesso social para justificar impossibilidade das normas coletivas negociadas em prejudicar o trabalhador, alterando o regulamento empresarial para pior. Conforme destaca-se no acórdão:

⁵⁵ BRAIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3104-DF. Relator para o acórdão Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha. Ementa publicada em Diário da Justiça de 08.11.2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=493832>. Acesso em: 10/07/2017.

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3104-DF. Relatora para o acórdão Min. Carmen Lúcia Antunes Rocha. Data da publicação em Diário da Justiça: 09.11.2007. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 10/07/2017.

Na jurisprudência mais recente do TST, tem-se adotado o entendimento de que o princípio de que o interesse individual não prevalece sobre o coletivo (art. 619 da CLT) deve ser compatibilizado com os princípios do não retrocesso (arts. 444 e 468 da CLT), levando-se em conta, ainda, sob os enfoques axiológico e teleológico, que a razão de ser dos ajustes coletivos é buscar melhores condições de trabalho, observadas, evidentemente, as conquistas sociais já alcançadas (art. 7º, caput e XXVI, da CF/88)⁵⁷.

Sob a mesma perspectiva, o segundo acórdão, lavrado pelo min. José Roberto Freire Pimenta, utiliza-se da proibição de retrocesso para determinar que as normas coletivas devem respeitar o patamar mínimo de direitos alçado em dispositivos legais ou constitucionais. Conforme depreende-se do acórdão:

No caso dos autos, a negociação coletiva estabeleceu que a base de cálculo das horas *in itinere* seja o piso normativo da categoria. Essa disposição desvirtua o sistema jurídico-trabalhista brasileiro, que não permite retrocesso dos direitos por meio de negociação coletiva, cujo reconhecimento deve observar o patamar mínimo legalmente assegurado, conferindo-lhe, assim, uma visão prospectiva. É pacífico, nesta Corte, que as horas *in itinere* são computáveis na jornada de trabalho, de modo que o tempo que extrapola a jornada legal é considerado como extraordinário, nos termos em que dispõe o item V da Súmula nº 190 do TST⁵⁸.

2.4 Do conceito adotado.

Embora haja uma certa congruência no pensamento doutrinário quanto a sua existência, ainda são notáveis as divergências na doutrina quanto a aplicação, alcance e, até mesmo, nomenclatura do princípio. Assim, para a análise do tema seja conduzida de modo coerente, fez-se necessária adoção de uma das manifestações da proibição de retrocesso, a qual toma-se como adequada a realidade nacional e, principalmente, ao estudo aqui proposto.

Portanto, é possível afirmar que a sistematização da proibição de retrocesso aqui defendida é voltada para a esfera dos direitos fundamentais sociais, de modo que uma norma infraconstitucional, ao concretizar direito fundamental social, passa a integrar o próprio conteúdo normativo constitucional, ficando insuscetível de supressão, redução ou modificação arbitrária (ou desproporcional) pelo legislador ordinário. O princípio evita, assim, a aniquilação ou diminuição da carga de concretização normativa já alcançada por um direito fundamental social.

⁵⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de instrumento em RR nº 0001841-15.20011.5.18.0003, 6ª turma. Data do julgamento: 08.05.2013. Relatora: Min. Kátia Magalhães Arruda. Data da publicação em Diário da Justiça: 17.05.2013. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 10/07/2017.

⁵⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR nº 174400-06.2009.5.15.0011. Data de Julgamento: 11/03/2013. Redator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma. Data de Publicação em Diário Oficial: 05/04/2013. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 10/07/2017.

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DOS TRABALHADORES

Para que seja possível compreender o Direito do Trabalho e o papel que esse ramo jurídico exerce na sociedade é necessário, antes, que seja realizada uma breve análise do contexto histórico-social de seu surgimento. Maurício Godinho Delgado⁵⁹ declara que somente é possível considerar a existência do Direito do Trabalho a partir

⁵⁹ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 14ª ed. São Paulo. LTr: 2015, p. 91 e ss.

da presença histórico-relevante, na sociedade, de sua categoria nuclear: a relação empregatícia. Segundo o autor, é a contar da Revolução Industrial que a relação de emprego passa a ser considerada o modelo dominante de vinculação do trabalhador ao sistema produtivo, de modo que o obreiro passa a ser considerado juridicamente livre (diferentemente do que acontece nas relações servis e de escravidão), mas subordinado ao empregador no âmbito da relação de trabalho. Sintetiza o jurista que:

O Direito do Trabalho é, pois, produto cultural do século XIX e das transformações econômicas-sociais e políticas ali vivenciadas. Transformações todas que colocam a relação de trabalho subordinado como núcleo motor do processo produtivo característico daquela sociedade. Em fins do século XVIII e durante o curso do século XIX é que se maturam, na Europa e Estados Unidos, todas as condições fundamentais de formação do trabalho livre mas subordinado e de concentração proletária, que propiciaram a emergência do Direito do Trabalho⁶⁰.

Sem embargo, com fenômeno da Revolução Industrial, associadamente com o capitalismo, eclodiram à época sucedidos movimentos sociais em busca da melhoria das condições de trabalho do proletariado. Isto porque, o surto de desenvolvimento econômico e industrial não foi acompanhado de respectivas garantias no plano social para a preservação do bem-estar do trabalhador no ambiente de trabalho. O abismal desequilíbrio de poder existente entre os sujeitos da relação laboral, combinado com péssimas condições de trabalho, desabrocharam no nascimento de movimentos sindicalistas que pressionaram os Estados e empregadores no sentido da construção de relações de emprego mais próximas ao patamar mínimo de civilidade.

Nessa esteira, Arnaldo Süssekind, ao tratar da formação histórica do Direito do Trabalho, anuncia que:

O Direito do Trabalho é um produto da reação verificada no século XIX contra a exploração dos assalariados por empresários. Estes se tornaram mais poderosos com o aumento da produção fabril, resultante da utilização dos teares mecânicos e da máquina a vapor, e a conquista de novos mercados, facilitada pela melhoria dos meios de transporte (revolução industrial); aqueles se enfraqueceram na razão inversa da expansão das empresas, sobretudo porque o Estado não impunha aos empregadores a observância de condições mínimas de trabalho e ainda proibía a associação dos operários para defesa de interesses comuns⁶¹.

Sobre o tema também se manifesta Amauri Mascaro Nascimento, ao salientar que o ramo jurídico do direito do trabalho tem suas raízes na questão social dos trabalhadores que antecedeu a Revolução Industrial do século XVIII, bem como na reação humanista que se propôs a garantir a dignidade do ser humano ocupado no

⁶⁰ Ibidem, p. 91 e ss.

⁶¹ SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito Constitucional do Trabalho. Rio de Janeiro: Renovar. 1999, p. 5

trabalho das indústrias⁶². Assim, muito mais que um mero instrumento de regulação das relações trabalhistas, o Direito do Trabalho fixou limites ao sistema produtivo, almejando a eliminação das mais perversas formas de utilização da força de trabalho, concedendo-lhe patamares mínimos de civilidade⁶³.

Dentro desta perspectiva o Direito do Trabalho se desenvolveu funcionando como instrumento de salvaguarda do princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito das relações laborais. Salienta-se, portanto, a afinidade das normas trabalhistas com a necessidade de preservação e expansão dos direitos da classe operária, objetivando alcançar a igualdade material entre as partes da relação empregatícia.

Os direitos fundamentais dos trabalhadores abarcados na constituição federal brasileira de 1988 resguardam essa essência e constituem objeto do princípio da vedação de retrocesso, logo, serão aqui brevemente delineados.

3.1 A Constituição de 1988 e os direitos fundamentais do trabalhador brasileiro.

3.1.1 Constitucionalização dos direitos dos trabalhadores no Brasil.

Conforme bem leciona Maurício Godinho Delgado, o fenômeno da constitucionalização do Direito do Trabalho teve início ao final da segunda década do século XX, todavia, apenas com a inserção dos direitos dos trabalhadores nas constituições democráticas da França, Alemanha e Itália – após a Segunda Guerra Mundial – que houve a solidificação da noção de direitos fundamentais do trabalhador na seara constitucional⁶⁴. Complementa Delgado que:

Tais Cartas Magnas, relativamente recentes, não somente ampliaram a inserção de regras trabalhistas em seu interior, como também – e principalmente – consagraram princípios de direta ou indireta vinculação com a questão trabalhista.

No Brasil, os direitos trabalhistas passaram a ser incorporados ao contexto constitucional após a Revolução de 1930. Com a entrada de Getúlio Vargas no poder e o surgimento do populismo no país como um dos métodos de governo, pela primeira vez, foram implementadas uma extensa gama de políticas de direitos sociais no Brasil. A Era Vargas foi marcada por uma forte intervenção estatal na economia, direcionada ao desenvolvimento econômico e industrial do país, o que culminou na centralização de recursos e crescimento das agências regulatórias e empresas estatais. Outrossim, alguns

⁶² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.32.

⁶³ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 14ª ed. São Paulo. LTr: 2015, p. 87.

⁶⁴ DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. Revista LTr, v. 70. São Paulo: LTr, 2006, p. 657-667.

autores questionam a ausência da participação popular na construção desses direitos, como afirma Delgado⁶⁵:

O Estado largamente intervencionista que ora se forma estende sua atuação também à área da chamada questão social. Nesta área implementa um vasto e profundo conjunto de ações diversificadas mas nitidamente combinadas: de um lado através de rigorosa repressão sobre quaisquer manifestações autonomistas do movimento operário; de outro lado, através de minuciosa legislação instaurando um novo e abrangente modelo de organização do sistema justabalhista, estreitamente controlado pelo Estado.⁶⁶

Neste quadro, a Constituição de 1934 foi promulgada em 16 de julho daquele ano e trouxe em sua redação, dentre outros direitos, a pluralidade sindical, a instituição do salário mínimo, férias anuais remuneradas e a proteção do trabalho dos menores e da mulher.

Por influência da Constituição fascista italiana, a Constituição de 1937 ocasionou um retrocesso quanto à liberdade sindical. Com inclinação corporativista e caráter autoritário, a referida Carta passou a considerar a greve e o *lock-out* como “recursos anti-sociais, nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional” – nos termos do art. 139 de seu texto. Em 5 de julho de 1939, o Decreto-lei n.º 1.402 instituiu expressamente a unicidade sindical. Foi sob sua vigência, no entanto, que a Justiça do Trabalho foi criada, ainda vinculada ao Ministério Público do Trabalho, Indústria e Comércio e como parte integrante da Administração Federal. Ademais, ainda que suspenso em 1942 por decreto presidencial, o art. 137 de seu texto passou a aplicar os contratos coletivos de trabalho a todos os trabalhadores representados por suas respectivas associações sindicais.

Após 1945, com declínio do Estado Novo, o país inicia seu primeiro processo de redemocratização com a Constituição de 1946, a qual implementou poucas inovações quanto aos direitos trabalhistas. Em seu artigo 94 integrou a Justiça do Trabalho no Poder Judiciário, estabelecendo como sua competência o estabelecimento de normas e condições de trabalho e, em casos especificados em lei, julgar dissídios coletivos (art. 122). O art. 158 de seu corpo passou a reconhecer genericamente o direito de greve que, no entanto, nunca foi devidamente regulamentado pelo Congresso. Dentre outras modificações, estabeleceu as bases para a criação do salário noturno e a participação do trabalhador nos lucros da empresa. Com a Constituição de 1967, por sua vez, foram

⁶⁵ No mesmo sentido, também se posiciona: SILVA, Otavio Pinto e. A revolução de 1930 e o direito do trabalho no Brasil. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67462/70072>.

⁶⁶ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 14ª ed. São Paulo. LTr: 2015, p. 114.

criados o salário-família e o FGTS – que iniciou o processo de extinção do instituto da estabilidade decenal.

Em uma nova conjuntura de redemocratização, a Constituição Federal 1988 consistiu na redação constitucional mais relevante na história jurídico-política do país⁶⁷. Com as crescentes reivindicações por parte da sociedade em sentido à uma abertura política, deu-se início ao desmantelamento do regime ditatorial de 1964 ainda no regime de Ernesto Geisel, com extinção do Ato Institucional n.º 5⁶⁸. Foi sob o governo de General João Batista Figueiredo, no entanto, que se efetuou o maior passo em direção à restituição da democracia com criação da Lei de Anistia (lei n.º 6.683 de 1979) e a extinção do bipartidarismo. Em 1985, com a edição da Emenda Constitucional n. 26⁶⁹ houve a convocação do poder constituinte, culminando na instauração da Assembleia Nacional Constituinte 87/88 no Congresso Nacional – à qual foi dada a importante missão de elaborar uma Constituição democrática para um país que vivenciou vinte e um anos de regime ditatorial militar.

Neste cenário, foi promulgada em 5 de outubro de 1988 a vigente Carta Magna, que instituiu um Estado Democrático de Direito e indicou como seus fundamentos a soberania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre cidadania e o pluralismo político. Seu corpo contém o mais abrangente bloco de direitos sociais já vistos em uma Constituição nacional e, no que tange a área trabalhista, dedicou os artigos 7º a 11 de seu texto especificamente aos direitos dos obreiros urbanos e rurais. A preocupação Constituição de 1988 reflete-se também na mudança da localização topográfica dos direitos dos trabalhadores do capítulo *Da Ordem Econômica e Social* para o capítulo *Dos Direitos Sociais e Garantias Individuais*, consolidando princípios do ramo laboral e garantindo aos direitos individuais e coletivos do trabalhador um *status* de fundamentalidade.

O primeiro elemento que se destaca da leitura do art. 7º reside na expressão “trabalhadores”, isto porque, diferentemente do que ocorre com o art. 6º da Carta, o

⁶⁷ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 14ª ed. São Paulo. LTr: 2015, p. 131.

⁶⁸ Decreto emitido em 13 de dezembro de 1968 pelo então Presidente da República Artur da Costa e Silva que concedia poder ao governo de decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais.

⁶⁹ Muito embora haja divergência na doutrina quanto a legitimidade da convocação do poder constituído por ato normativo, a abordagem da referente matéria ultrapassa os limites do presente trabalho. Sobre o tema, ver: ATALIBA, Geraldo. Fonte de Legitimidade da Constituinte. Revista de Informação Legislativa, n.º 98, p.99-102, abr/jun. 1988 e FAORO, Raimundo. Assembleia Constituinte a legitimidade recuperada. São Paulo: Editora Brasiliense S.A., 1981.

caput deste dispositivo restringe a titularidade de seus direitos aos empregados, na condição daqueles que possuem um vínculo empregatício, isto é, uma relação jurídica que tem como prestação o labor humano e caracterizada pela subordinação, personalidade, onerosidade e não eventualidade. Outrossim, compreende-se que a expressão “trabalhadores”, apesar de genérica, não representa as mais diversas formas de prestação de trabalho (como o trabalho autônomo ou eventual), mas apenas a relação de emprego.

O inciso XXXIV do artigo em análise, todavia, determina a igualdade de direitos entre os trabalhadores avulsos e aqueles que mantêm um vínculo de emprego. De toda sorte, deve-se entender que os comandos do art. 7º apenas aplicar-se-iam aos trabalhadores avulsos quando devidamente compatíveis, pois as normas ali catalogadas assumem ou exigem a existência de uma relação de emprego⁷⁰. Também são estendidos diversos direitos trabalhistas aos servidores ocupantes de cargos públicos, conforme comanda o §3º do art. 39 da Constituição vigente.

O art. 7ª da referida Constituição traz consigo o total de trinta e quatro incisos, elencando um conjunto diversificado de direitos dos trabalhadores, todavia, é reconhecido pela própria Constituição o caráter exemplificativo desse repertório, constituindo um elenco mínimo de direitos fundamentais laborais. Depreende-se da análise do *caput* do mencionado artigo que os direitos ali elencados, integram-se e complementam-se pelas leis infraconstitucionais e também tratados e convenções internacionais adotados pelo país.

Assim, o art. 7º da Carta Magna institui a recepção de outros direitos que, ainda que ausentes no corpo constitucional, apresentam fundamentalidade em seu sentido material. O aludido dispositivo ainda se complementa com o art. 5º § 2º da Carta, que garante a recepção de outros direitos “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”⁷¹.

Embora se tenha consciência da importância da Constituição de 1988 para a constitucionalização dos direitos dos trabalhadores, necessário frisar que tais direitos

⁷⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito Constitucional do Trabalho. Rio de Janeiro. Renovar. 1999, p. 81.

⁷¹ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22/07/2017.

não constituem propriamente novidade, uma vez que já se situavam em legislações esparsas, fruto de reiteradas reivindicações da classe obreira durante a história do país⁷².

3.1.2 Da fundamentalidade dos direitos sociais trabalhistas na Constituição de 1988.

Ainda que de colocação minoritária, existem na doutrina nacional e estrangeira posicionamentos contrários ao reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais. Sem embargo, é oportuno frisar que neste trabalho a admissão da fundamentalidade dos direitos sociais constitui premissa basilar para que seja possível verificar a correlação entre o princípio da proibição de retrocesso social e os direitos dos trabalhadores.

A doutrina que nega aos direitos sociais fundamentalidade divide-se entre aqueles que lhes recusam totalmente o caráter fundamental – menos expoente – e aqueles que lhes atribuem fundamentalidade apenas no que toca o mínimo existencial – mais difundida. Os autores da primeira corrente advogam a ausência de fundamentalidade material dos direitos sociais, de modo que esses constituíram meramente normas programáticas, incapazes de gerar ao indivíduo direitos subjetivos. O professor chileno Fernando Atria, em polêmica obra intitulada *Existem Direitos Sociais?*, parte da premissa de que os direitos sociais não poderiam ser exigíveis como direitos subjetivos para sustentar a inexistência dos direitos sociais⁷³. Segundo o referido autor:

[...] se a noção de direito é entendida por referência à idéia de direito subjetivo no sentido jurídico do termo, a noção de direitos sociais é uma contradição em termos. Se queremos evitar esta conclusão devemos resgatar uma forma alternativa de entender o conceito político de direitos.⁷⁴

A segunda corrente parte do questionamento da eficácia dos direitos sociais para sustentar que somente seria possível atribuir fundamentalidade a esses direitos até o limite do mínimo existencial, sob pena de lhe retirar a eficácia por completo. Assim, afirma Ricardo Lobo Torres que:

⁷² Nesse sentido, esclarece oportunamente ARRUDA, Kátia Magalhaes. *Direito Constitucional do Trabalho: sua eficácia e impacto no modelo neoliberal*. São Paulo. LTr: 1998, p. 34-35 que “é inegável a evolução trazida do ponto de vista de enquadramento dos direitos trabalhistas no elenco de direitos fundamentais, no entanto, a reflexão sobre o aspecto de ‘leis inovadores’ mostra que a Constituição limitou-se a constitucionalizar ou ampliar direitos já existentes nas diversas lei esparsas e na CLT – Consolidação das Leis do Trabalho e reconhecer direitos largamente utilizados na realidade laboral cotidiana, confirmando a veracidade do conhecido princípio trabalhista das primazia da realidade”.

⁷³ ATRIA, Fernando. *Existem direitos sociais?* Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul nº 56 – set/dez. 2005. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 36.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 9.

Parece-nos que a fundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial [...]. Os direitos sociais se transformam em mínimo existencial quando são tocados pelos interesses fundamentais ou pela jusfundamentalidade. A ideia de mínimo existencial, por conseguinte, coincide com a de direitos fundamentais sociais em seu núcleo essencial⁷⁵.

Não obstante, relevante é a doutrina que assegura aos direitos sociais – e aqui destacam-se os direitos trabalhistas – a qualidade de direito fundamental. Ao estudar os direitos fundamentais na Constituição de 1988, Sarlet utiliza-se das lições de Robert Alexy para explicar o caráter dualista da fundamentalidade desses direitos, isto é, os sentidos formal e material que lhe compõe. A fundamentalidade formal estaria relacionada ao direito constitucional positivo, marcada pela inserção dos direitos no corpo constitucional. Consoante se percebe da leitura do direito positivo, os direitos sociais trabalhistas foram inseridos no título II, *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*, Capítulo II, *Dos Direitos Sociais* da Constituição Federal em vigor, sinalizando a vontade do constituinte em reconhecer a fundamentalidade desses direitos. Outrossim, Sarlet enfatiza que:

A Constituição de 1988 – e isto pode ser tido como mais um de seus méritos – acolheu os direitos fundamentais sociais expressamente no título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), concedendo-lhes capítulo próprio e reconhecendo de forma inequívoca o seu „status“ de autênticos direitos fundamentais, afastando-se, portanto, da tradição anterior do nosso constitucionalismo, que, desde a Constituição de 1934, costumava abrigar estes direitos (ao menos parte dos mesmos), no título da ordem econômica e social, imprimindo-lhes reduzida eficácia e efetividade, ainda mais porquanto eminentemente consagrados sob a forma de normas de cunho programático.⁷⁶

A fundamentalidade material, por seu turno, decorre do fato de os direitos fundamentais expressarem valores importantes da sociedade, intimamente ligados com a continuidade da Constituição e do Estado de Direito. Conforme leciona Sarlet, os direitos fundamentais são elementos constitutivos da constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e a sociedade⁷⁷.

Dirley da Cunha Jr. declara que o melhor critério para se construir, com certa precisão, um conceito material de direitos fundamentais seria a dignidade da pessoa humana, na medida em que este princípio constitui o elemento unificador de todos os direitos fundamentais. Complementa afirmando que:

De um modo mais amplo, podemos concebê-los como princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico. São fundamentais porque sem eles a pessoa humana

⁷⁵ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial. São Paulo: Renovar, 2008, p. 41-42.

⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

⁷⁷ Ibidem, p. 75.

não se realiza, não convive e, às vezes, não sobrevive. Mas não é só, posto que, como bem sublinha Vidal Serrano Nunes Júnior, o termo fundamental destaca não só a imanência desses direitos à condição humana, como também faz deles dependera própria existência do estado de direito⁷⁸.

Os direitos sociais elencados na Constituição de 1988, nesta perspectiva, também se afirmam materialmente fundamentais, ao passo que servem de instrumento de defesa de relevantes valores sociais (saúde, trabalho, educação, etc.), estreitamente entrelaçados com a dignidade da pessoa humana e justiça social albergados pelo próprio constituinte. Antônio Braga da Silva Filho, dedicando-se ao estudo da fundamentalidade dos direitos trabalhistas, transplanta de forma elucidativa o referido raciocínio ao ramo trabalhista:

Na medida em que o Direito do Trabalho visa garantir condições materiais para a afirmação social, buscando igualar situações sociais desiguais na tarefa de concretização do exercício das liberdades e igualdade material, a fim de realizar os princípios fundamentais dispostos nos artigos 1º a 4º da Constituição da República, tendo como norte um tratamento humano com igual respeito e consideração, figurando, enfim, como suporte da dignidade da pessoa humana tanto na dimensão individual como social – tal como registrado no tópico anterior –, resulta cristalina, portanto, a fundamentalidade material desse ramo sociojurídico⁷⁹.

A restrição da fundamentalidade dos direitos sociais ao mínimo existencial, por sua vez, também aqui é rechaçada, na medida em que se resume a vincular a fundamentalidade desses direitos à sua efetividade. Sobre o tema declara Barroso que:

Modernamente, já não cabe negar o caráter jurídico e, pois, a exigibilidade e *acionabilidade* dos direitos fundamentais, na sua múltipla tipologia. É puramente ideológica, e não científica, a resistência que ainda hoje se opõe à efetivação, pela via coercitiva, dos chamados direitos sociais⁸⁰.

No mesmo sentido, esclarece Derbli que a justiciabilidade do direito que deve estar condicionada à sua fundamentalidade, e não o contrário. Explica ainda que o conceito de mínimo existencial foi elaborado sob a influência da noção de autonomia privada, contudo, a ordem jurídica hodierna se legitima em torno de outras noções, como a dignidade da pessoa humana e igualdade material. Por esse motivo, a concepção

⁷⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 573.

⁷⁹ SILVA JÚNIOR, Antônio Braga da. A fundamentalidade dos direitos trabalhistas: uma diretriz constitucional ainda. Revista de direito do trabalho, São Paulo/SP, v. 43, n. 174, p. 123-150, fev. 2017. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 106. Apud: DERBLI, Felipe. O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988. São Paulo: Renovar, 2007, p. 105.

de mínimo existencial se tornou insuficiente, devendo atribuir-se fundamentalidade material não apenas os direitos sociais vinculados a esse mínimo⁸¹.

O art. 5º, § 2º da Constituição de 1988 ainda reforça a noção de fundamentalidade material ao anunciar a abertura da Constituição para outros direitos fundamentais que não se encontram em seu texto. Assim, outros direitos que não foram incluídos pelo constituinte no repertório da Carta Magna serão acolhidos por essa em decorrência de seu conteúdo, considerado alinhado aos valores erigidos pela sociedade como significativos.

Ainda que alguns autores não reconheçam a aplicabilidade deste dispositivo para os direitos sociais, Sarlet enfatiza que a redação do art. 5º, § 2º da CF não limita sua aplicação aos direitos fundamentais de primeira geração, pelo contrário, o artigo expressa de forma genérica os “direitos e garantias expressos nessa Constituição”. Destarte, o autor afirma que a mera localização topográfica desses direitos não consiste em razão suficiente para afastar a incidência da cláusula constitucional de abertura material, dado que são direitos dotados de fundamentalidade.

No que toca especificamente aos direitos trabalhistas, ressalta-se que o art. 7º da Lei Maior dispõe em seu *caput* de maneira similar ao art. 5º, § 2º, acolhendo outros direitos “que visem a melhoria da condição social do trabalhador”⁸², ainda que fora do rol do artigo ou do próprio corpo constitucional.

O constitucionalista cearense Paulo Bonavides também perfilha a tese da fundamentalidade dos direitos sociais, ao esclarecer que:

[...]os direitos fundamentais da segunda geração tendem a tomar-se tão justicáveis quantos os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma⁸³.

Ultima-se, então, que os direitos sociais merecem ser munidos de fundamentalidade, tanto do ponto de vista formal, como do material e, conseqüentemente, também merecem os direitos dos trabalhadores. Com efeito, natural dos direitos propriamente fundamentais é a garantia de intangibilidade característica das cláusulas pétreas. Cabe ao art. 60, parágrafo 4º da CF/88 proteger suas normas fundamentais das oscilações políticas que sofre o Estado, impedindo, dessa forma, a aniquilação de direitos fundamentais pela ação do poder constituinte reformador.

⁸¹ DERBLI, Felipe. O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988. São Paulo: Renovar, 2007, p. 103-104.

⁸² BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24/07/2017.

⁸³ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 565.

3.2 A peculiaridade da eficácia produzida pelos direitos fundamentais sociais.

Os direitos laborais instituídos pela CF/88 são direitos fundamentais sociais, tanto na sua dimensão formal quanto em sua dimensão material. A partir da fixação desse enunciando, urge-se ainda a discussão sobre a eficácia desses direitos. Ainda que na doutrina nacional exista um raciocínio um tanto seguro quanto à eficácia imediata produzida pelos direitos fundamentais de defesa, ainda muito é debatido no que se refere à eficácia das normas definidoras de direitos sociais, uma vez que, em grande parte, são dotadas de caráter prestacional e exigem uma atuação positiva do Estado.

O professor José Horácio Meirelles Teixeira (1907- 1972) opõe-se à clássica classificação das normas constitucionais em “auto executáveis” e “não auto executáveis” de Ruy Barbosa para então defender que toda e qualquer norma constitucional alcança algum tipo de eficácia. O autor sugere uma classificação de normas constitucionais dividida em dois grupos: normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada (ou reduzida). Conforme sua categorização, a eficácia das normas constitucionais pode ser considerada de natureza gradual, variando entre um mínimo e um máximo de efeitos a serem produzidos. As normas de eficácia plena possuem a capacidade de, desde logo, produzirem os efeitos visados pelo legislador, enquanto que as normas de eficácia limitada não possuem a aptidão de produzir seus principais efeitos sem a intervenção do legislador ordinário⁸⁴.

Na esteira de J. H. Meirelles Teixeira, afirma José Afonso da Silva que todas as normas constitucionais apresentam eficácia desde sua criação, diferenciando-se apenas quanto ao grau dos efeitos jurídicos que essas normas podem ocasionar. Segundo o constitucionalista, eficácia trata-se da capacidade de se atingir objetivos previamente definidos, de modo que a eficácia jurídica se desdobra na capacidade de uma norma atingir os objetivos que nela própria são fixados, ou seja, serem aptas a realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador⁸⁵.

Afonso da Silva distingue as normas constitucionais em três diferentes níveis de eficácia: plena, contida e limitada. As normas de eficácia plena possuem aplicabilidade imediata, direta e integral, possuindo capacidade de produzir seus efeitos desde de sua criação. Normas constitucionais de eficácia contida, no entanto,

⁸⁴ TEIXEIRA, J. H. Meirelles. Curso de Direito Constitucional. 1ª ed. rev. e atual. por Márcia Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 316 e ss.

⁸⁵ SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 8ª edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 2012, p. 81 e ss.

apesar de possuírem aplicabilidade direta e imediata podem sofrer restrições à sua eficácia em razão de lei infraconstitucional. Por fim, as normas de eficácia limitada são entendidas como aquelas que são inaptas à produção de efeitos direita e imediatamente, necessitando de atos normativos infraconstitucionais para serem plenamente eficazes⁸⁶.

Dentre as normas constitucionais de eficácia limitada, José Afonso da Silva insere as normas declaratórias de princípios institutivos e organizatórios e as normas declaratórias de princípios programáticos. Sobre a última categoria, declara o autor que:

[...] o enunciado de suas normas [da Constituição de 1988] assumiu, muitas vezes, grande imprecisão, comprometendo sua aplicabilidade imediata. Muitas normas são traduzidas no texto supremo apenas em *princípio*, como esquemas genéricos, simples programas a serem desenvolvidos ulteriormente pela atividade dos legisladores ordinários. São estas que constituem as normas constitucionais de princípio programático [...]⁸⁷.

As normas declaratórias de princípios programáticos, segundo Afonso da Silva, “traduzem os elementos socioideológicos da constituição”⁸⁸, determinando uma finalidade a ser seguida pela Estado e impondo ao legislador uma imposição abstrata de legislar⁸⁹.

Luís Roberto Barroso toma outro referencial para tratar da eficácia das normas constitucionais, classificando-as com base na situação jurídica dos indivíduos em face dos preceitos constitucionais. Dividiu, pois, as normas constitucionais em três distintas categorias: de organização, definidoras de direitos e programáticas. Às primeiras cumprem a tarefa de organizar o exercício do poder político. Diferentemente, às normas definidoras de direitos cabe o objetivo de fixar os direitos fundamentais dos indivíduos. Finalmente, as normas constitucionais programáticas tratam de traçar os fins públicos a serem alcançados pelo Estado⁹⁰.

Dentre as normas definidoras de direitos, Barroso encontra três categorias diferentes, as quais distinguem-se entre si quanto a situação jurídica projetada. A primeira categoria consiste nas normas definidoras de direitos plenamente desfrutáveis por seus titulares, as quais exigem apenas a abstenção do Estado. Em seguida, o autor

⁸⁶ Ibidem, p. 81 e ss.

⁸⁷ Ibidem, p. 134.

⁸⁸ Ibidem, p. 136.

⁸⁹ DERBLI, Felipe. O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988. São Paulo: Renovar, 2007, p. 236.

⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. 5ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 91 e ss.

trata das normas que demandam uma atuação estatal para que seus titulares possam gozá-las totalmente e, por último, das normas que necessitam da edição de norma infraconstitucional para que lhe seja atribuída eficácia plena⁹¹.

Ana Paula de Barcellos, por sua vez, apresenta a eficácia jurídica como um atributo associado aos enunciados normativos, a qual é passível de ser pleiteiada, até mesmo judicialmente, com fundamento naquilo enunciado na norma. Sob a perspectiva da aptidão das normas para a produção de efeitos pretendidos, a autora classificou a eficácia jurídica das normas em nove diferentes modalidades, dentre as quais nos interessa a eficácia vedativa do retrocesso⁹².

Segundo Barcellos, a eficácia vedativa do retrocesso encontra-se relacionada aos direitos fundamentais e parte do princípio de que as previsões constitucionais que cuidam desses direitos, ainda que parcialmente, precisam de regulamentação infraconstitucional para serem concretizadas, assim como do reconhecimento da aplicação imediata e necessidade de ampliação progressiva dos direitos fundamentais⁹³. Isto posto, a modalidade de eficácia normativa ora referida consistiria na possibilidade de se exigir do Judiciário a invalidade dos atos normativos que revogam enunciados regulamentadores de comando constitucional – que ensejaram a aplicação, fruição ou ampliação dos direitos fundamentais – toda vez que tal revogação não seja acompanhada de uma política substitutiva.

Ingo W. Sarlet opta pela classificação dúplice, na mesma trilha de J. H. Meirelles Teixeira e Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto⁹⁴, centrando sua classificação na ideia de que não existe norma constitucional desprovida de eficácia, mas somente uma variação no grau de densidade normativa que cada uma possui. Conforme o autor, as normas constitucionais que possuem alta densidade normativa possuem a capacidade de produzirem seus efeitos essenciais sem a intervenção de um legislador ordinário, enquanto que as normas de baixa densidade normativa são

⁹¹ *Ibidem*, p. 99 e ss.

⁹² BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 75 e ss.

⁹³ *Ibidem*, p. 85 e ss.

⁹⁴ Em *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais* os autores apresentam sua tese quanto à eficácia das normas constitucionais, dividindo-as em normas inintegráveis e integráveis, conforme o modo de incidência que essas normas encerram.

inaptas a produzirem seus efeitos essenciais sem um ato legislativo infraconstitucional para lhe dar completude normativa⁹⁵.

No que toca a problemática da eficácia dos direitos fundamentais sociais, Sarlet procura limitar sua análise à dimensão positiva desses direitos, posto que esses, ao demandarem uma ação do Estado, tanto na esfera econômica quanto na esfera social, sujeitam-se a conjuntura econômica-social na qual o país se insere. Ao passo que a realização dos direitos sociais prestacionais necessita da disponibilidade de recursos e de progressiva execução de políticas públicas, o Constituinte limitar-se-ia a traçar fins e tarefas a serem cumpridos pelo Estado como forma de alcançar a concretização desses direitos.

Assim, o autor segue seu estudo abordando o cunho programático das normas definidoras de direitos sociais prestacionais, assinalando a incapacidade dessas normas de gerar plenamente seus efeitos, exigindo a interposição do legislador ordinário⁹⁶. Assinalando ainda que, no que concerne a eficácia dos direitos a prestações na sua dimensão programática (impositiva de programas e tarefas), um dos efeitos gerados pelas normas que consagram direitos fundamentais seria, justamente, o da proteção do núcleo essencial desses direitos que já foram objeto de concretização pelo legislador infraconstitucional⁹⁷.

Constata-se na doutrina, então, uma uniformidade quanto a aceitação da premissa de que todos os direitos fundamentais possuem eficácia, bem como que aos direitos fundamentais sociais, de forma geral, se aplica a ideia da necessidade de interposição do legislador infraconstitucional. Outrossim, a eficácia jurídica desses direitos, isto é, a capacidade desses direitos de produzirem efeitos concretos na sociedade, dependerá da *interpositio legislatoris*.

A própria Constituição de 1988 preza pela busca da máxima efetividade dos direitos fundamentais, como se observa da leitura do §1º do art. 5º de seu texto. Ressalta-se, todavia, que a necessidade da edição de lei infraconstitucional para que a norma fundamental social exerça todos os seus efeitos não lhe retira a fundamentalidade, uma vez que, a jusfundamentalidade das normas constitucionais

⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 252-253.

⁹⁶ Ibidem, p. 280 e ss.

⁹⁷ Ibidem, p. 442 e ss.

não está condicionada ao exercício de sua eficácia⁹⁸. Destarte, a necessidade da interposição do legislador infraconstitucional não torna a norma ineficaz.

3.3 O princípio da proibição de retrocesso social e os direitos sociais dos trabalhadores.

Sobre tudo o que até aqui já foi abordado, convém-nos agora analisar a aplicação do princípio da vedação de retrocesso social ao Direito do Trabalho e, mais especificamente, as consequências dessa aplicação para a defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores. Como sustentado acima, a proibição de retrocesso social consiste em um princípio constitucional implícito que tem como propósito primordial coibir o poder estatal de retroceder a um estado de coisas já superado pela ordem jurídica, notadamente no tange a concretização dos direitos fundamentais sociais. Os direitos dos trabalhadores, por seu turno, são direitos tipicamente sociais e dotam de fundamentalidade formal e material, portanto, resguardados em face da ação supressiva do legislador ordinário.

Os princípios consagrados constitucionalmente possuem, como finalidade precípua, o dever de estabelecer um estado ideal de coisas a ser perseguido. Nas palavras de José Afonso da Silva, os princípios constitucionais “são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas”⁹⁹. Servem, então, como diretriz para a atividade interpretativa, atuando como guias a nortear a atividade do operador do Direito, limitando-a. Maurício Godinho Delgado conceitua os princípios como “proposições gerais inferidas da cultura e ordenamentos jurídicos que conformam a criação, revelação, interpretação e aplicação do Direito”, acrescentando ao raciocínio que:

São os princípios jurídicos diretrizes gerais induzidas e, ao mesmo tempo, indutoras do Direito; são diretrizes centrais que se inferem de um sistema jurídico e que, após inferidas, a ele se reportam, informando-o. Por isso é que se pode dizer que consubstanciam comandos jurídicos instigadores do universo do Direito¹⁰⁰.

Delgado, ao analisar as funções dos princípios na estrutura do Direito, afirma que essas são diferenciadas e se manifestam em duas fases próprias ao fenômeno jurídico: a fase construção e a fase de sua realização social da norma jurídica. Na primeira fase, os princípios atuam como proposições gerais que propiciam uma

⁹⁸ DERBLI, Felipe. O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988. São Paulo: Renovar, 2007, p. 118.

⁹⁹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 92.

¹⁰⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. Os princípios na estrutura do direito. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 75, n. 3, p. 17-34, jul./set. 2009, p. 18 et seq.

direção coerente na construção da regra de Direito. Entretanto, o autor julga que o papel mais relevante dos princípios se revela ao ser consumado o processo de produção das normas. Em sequência, o autor destaca três funções distintas empregadas pelos princípios na fase realização social, que, muitas vezes, ocorrem de forma simultânea. A função interpretativa representa o emprego mais clássico e recorrente dos princípios, que servem de veículo de auxílio à interpretação jurídica. Nesse papel, contribuem no processo de compreensão da regra, balizando-a à essência do conjunto do sistema jurídico¹⁰¹.

Sobre essa função, é importante recordar o caráter positivo do princípio da proibição de retrocesso proposto por Derbli, operando-se também como instrumento interpretativo, no sentido de o legislador manter-se no propósito de ampliar, progressivamente, o grau de concretização dos direitos fundamentais sociais. Significa dizer uma obrigação de avanço social, própria das constituições dirigentes, para a realização da justiça social.

A função normativa subsidiária, por sua vez, consiste na atuação dos princípios como fontes normativas secundárias. Com efeito, quando o intérprete ou aplicador do Direito se deparar com situações concretas nas quais não existam regras jurídicas aplicáveis, os princípios funcionam como fonte alternativa¹⁰².

Por fim, Delgado ainda trata da função normativa concorrente. Valendo-se da teoria da normatividade¹⁰³ de Robert Alexy, o autor sustenta que os princípios gerais do Direitos passariam a gozar de um caráter normativo próprio das regras jurídicas integrantes dos clássicos diplomas jurídicos (constituições, leis e diplomas correlatos). Neste ponto, os princípios passam a exercer uma função normativa própria, portadores de natureza de norma jurídica efetiva. Como consequência, os princípios desempenhariam diversos papéis conexos como, por exemplo, a possibilidade de extensão, restrição ou invalidação de outra norma jurídica. Regras e princípios seriam, pois, normas jurídicas, dotados da mesma natureza normativa¹⁰⁴.

Ultima-se, assim, que os direitos laborais instituídos pela Constituição Federal de 1988 são direitos fundamentais e, como tais, também estão sujeitos a incidência do princípio de não retrocesso social. Logo, como os princípios fundamentais têm a função de servir como condão hermenêutico da análise do Direito e, mais que isso, assumem a

¹⁰¹ Ibidem, p. 18 et seq.

¹⁰² Ibidem, p. 18 et seq.

¹⁰³ Sobre o tema, ver *Teoria dos direitos fundamentais* de Robert Alexy.

¹⁰⁴ DELGADO, M. Godinho. Op.cit., p. 18 et seq.

posição de verdadeiras normas no ordenamento jurídico, o princípio da vedação de retrocesso, na qualidade de princípio constitucional fundamental implícito, deve reger a conduta dos legisladores e operadores do direito no sentido de preservar a eficácia das normas instituidoras de direito sociais, evitando-se o regresso à uma situação jurídica anterior indesejada.

Outro aspecto relevante para que se possa sustentar com segurança a aplicação do princípio de proibição de retrocesso social aos direitos trabalhistas consiste na abertura material concedida pelo *caput* do art. 7º da Constituição Republicana, o qual expressa com clareza a natureza progressiva dos direitos trabalhistas fundamentais ao anunciar a incorporação de outros direitos “que visem à melhoria de sua condição social”¹⁰⁵. Como apontado anteriormente, sobre o assunto se expressa Edilton Meirelles, que entende a redação do artigo como uma previsão expressa do princípio da vedação de retrocesso na Constituição de 1988 em matéria de Direito do Trabalho¹⁰⁶.

Em dissertação de mestrado dedicada exclusivamente ao tema, Carlos Romeu Salles Corrêa enfatiza que, através de uma interpretação sistemática da Constituição brasileira, é possível vislumbrar que através do *caput* do art. 7º da Carta o ordenamento jurídico brasileiro assume um compromisso gradativo de implementação dos direitos sociais, ante a impossibilidade da imediata e integral concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, cabendo à sociedade se aproximar o máximo possível do marco de total satisfação desse princípio. Esclarece o Salles Corrêa que:

Seria incorreto interpretar esse dispositivo como se ele apenas facultasse a existência de outros direitos além dos que menciona especificamente, e não determinasse à sociedade buscar a melhoria da condição dos trabalhadores por meio da instituição de novas normas, conferindo a estes outros direitos. [...]. A compreensão sistêmica e teleológica da Constituição Federal de 1988 mostra que a melhoria da condição social do trabalhador é, na verdade, uma promessa do Estado, a ser cumprida, inclusive, por meio da instituição de outros direitos, além daqueles descritos especificamente no art. 7º¹⁰⁷.

Entende-se, então, que o *caput* do art. 7º da Constituição Federal determina um progresso social, no sentido de melhorar as condições sociais dos trabalhadores e, como decorrência lógica, proíbe o retrocesso, vedando ao legislador a supressão, neutralização

¹⁰⁵ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

¹⁰⁶ MEIRELES, Edilton. Princípio do não-retrocesso social no direito do trabalho. *Evocati Revista*. n. 13. Jan. 2007 Disponível em: < http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=100. Acesso em 26/07/2017 >.

¹⁰⁷ CORRÊA, Carlos Romeu Salles. O princípio da proibição do retrocesso social no Direito do Trabalho. 2012. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu, Linha “Relações de Trabalho na Contemporaneidade”, Grupo “Direitos Fundamentais e Reflexos nas Relações Sociais”, da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2012, p. 64.

ou mitigação dos direitos já alcançados por normas constitucionais ou infraconstitucionais.

O § 2º do art. 114 da CF/88 (com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004) também merece destaque ao incluir em seu texto a vedação de retrocesso, obstando ao poder judiciário a prolação de decisões judiciais, referentes aos dissídios coletivos de natureza econômica, que não respeitem as condições mínimas anteriormente negociadas. Essa norma constitucional ainda deve ser interpretada de maneira harmônica com o preceito do *caput* do art. 7º da Carta Magna, no sentido de consagrar a vontade do constituinte no sentido da busca pela melhoria da condição social dos trabalhadores¹⁰⁸.

A aplicação do princípio em debate aos direitos dos obreiros também está em consonância com os próprios princípios trabalhistas. O princípio da proteção consagrado no Direito do Trabalho manifesta-se seguramente de três formas distintas: *in dubio pro operario*, norma mais favorável e condição mais benéfica. Em todas essas manifestações se almeja a proteção da parte hipossuficiente da relação trabalhista, o empregado. Outrossim, o princípio da vedação de retrocesso importa, justamente, na garantia do não retorno à situação desfavorável ao trabalhador – titular dos direitos fundamentais acolhidos pelo art. 7ª da Lei Maior.

Não obstante o quanto foi dito, ressalta-se que o princípio da proibição é autônomo em relação ao princípio da proteção e aos outros princípios trabalhistas, uma vez que atua na preservação dos direitos dos obreiros em abstrato, de forma diversa do que acontece com o princípio da condição mais benéfica e do *in dubio pro operario*, os quais se amparam em situações jurídicas concretas, devidamente delimitadas. Atribui-se a esse princípio, portanto, uma existência autônoma.

O princípio da proibição do retrocesso social integra o ordenamento jurídico brasileiro e constitui um importante elemento do sistema garantista dos direitos fundamentais dos trabalhadores. Sua existência é consonante com o princípio da dignidade da pessoa humana e o modelo de Estado democrático de Direito adotado pelo Brasil. Assim, partindo da premissa que os direitos laborais possuem natureza fundamental e, na condição de direitos sociais, necessitam da atividade do legislador ordinário para que haja sua verdadeira efetivação, cabe ao princípio do não retrocesso social impedir o aviltamento desses direitos, através da proteção de normas

¹⁰⁸ Sobre o tema, ver também Processo nº TST-AIRR-25/2006-471-04-40.0. do Egrégio TST.

infraconstitucionais que concedam ou ampliem direitos fundamentais, inclusive, invalidando normas que venham a revogar ou reduzir a concretização já alcançada.

Os legisladores ordinários, assim, devem observar esse princípio constitucional, sendo lhes defeso elaborar qualquer ato normativo que venha a suprimir, mitigar ou reduzir, sem as devidas medidas compensatórias, um direito fundamental trabalhista anteriormente reconhecido e efetivado em norma jurídica.

4 A REFORMA TRABALHISTA E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL

No dia 23 de dezembro de 2016 o Poder Executivo apresentou o Projeto de Lei nº 6.787/2016, que propõe alterações ao Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 – Consolidação das Leis do Trabalho –, e à Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. Batizado pelo Governo de “Reforma Trabalhista”, o Projeto de Lei ganhou grande projeção na mídia nacional e rapidamente dividiu opiniões no público em geral. Com o uso de campanhas midiáticas veiculadas nos meios de comunicação, o Poder Executivo promoveu a denominada reforma, alegando a necessidade da atualização da legislação trabalhista, haja vista que a Consolidação das Leis do Trabalho data dos anos 1970.

Aprovado no Plenário da Câmara dos Deputados em 26 de abril de 2017, o PL 6.787/16 sofreu apenas uma alteração com a Emenda de Plenário nº 16 da deputada Gorete Pereira, incluindo ao texto a dispensa do oferecimento de garantias ou de bens à penhora em causas trabalhista para as entidades filantrópicas. Dentre os principais destaques levantados na sessão parlamentar, a bancada do PSOL requereu a votação em separado do art. 611-A, constante do art. 1º do PL nº 6.787/2016. No entanto, o texto do artigo foi mantido com 274 votos a favor, 160 contra e uma abstenção.

O PL nº 6.787/16 seguiu para o Senado Federal sob a nomenclatura de PLC (Projeto de Lei da Câmara) nº 38/2017 e teve como relator o Senador Romero Jucá, do Partido do Movimento Democrático Brasileiro. O texto-base do PLC nº 38/2017 foi aprovado por 50 votos favoráveis, 26 contrários e uma abstenção, em 11 de julho deste ano. Dois dias depois de aprovação no Senado, a reforma trabalhista foi sancionada pelo presidente da república, Michel Temer, sem vetos. Transformado na lei ordinária nº 13.467/17, o texto aprovado pelo Congresso Nacional muda a CLT em mais de 100 pontos e tem como uma das principais alterações o artigo que estabelece a superioridade dos acordos e convenções coletivas sobre a lei.

O objetivo do presente estudo reside, então, na análise do parágrafo art. 611-B da Lei nº 13.467 sob a luz do princípio da proibição de retrocesso social. O referido artigo estabelece um limite à flexibilização dada pelo art. 611-A, impedindo que determinados direitos, previamente estabelecidos, sejam objeto de supressão ou redução por meio de acordo ou convenção que venha a ser criada. Dispondo das proibições em trinta incisos diferentes, o art. 611-B veda a negociação sobre grande parte de direitos fundamentais dos trabalhadores como, por exemplo, o salário mínimo, o seguro-desemprego, o repouso semanal remunerado, dentre outros.

Notável, porém, é a redação dada ao parágrafo único deste dispositivo, o qual inova ao desconsiderar o vínculo precioso que as normas sobre duração e intervalo do trabalho possuem com a segurança dos trabalhadores. Assim, estabelece o mencionado parágrafo que, no que tange especificamente as normas sobre duração e intervalo do trabalho, não será aplicada a proteção concedida pelo *caput* do art. 611-B, autorizando as partes de acordo ou convenção coletivas a criação de novas normas em relação a matéria que possam vir a ser prejudiciais aos obreiros.

O art. 611-A – também acrescentado pela reforma – trata das negociações coletivas de trabalho e inova ao estabelecer a prevalência dos acordos e convenções

coletivas sobre a lei. Com isso, valoriza-se as normas produzidas entre sindicatos de trabalhadores e empresas e entre sindicatos de trabalhadores e sindicatos patronais.

O referido artigo não segue a regra doutrinária prevalecente, a qual determina a primazia da norma fruto de negociação apenas nos casos em que se mostrasse mais benéfica ao trabalhador. A nova regra expande a liberdade negociativa das partes, concedendo aos obreiros mais autonomia e, pela primeira vez, admitindo – ainda que de forma superficial – uma igualdade formal e material entre empregador e empregado. Logo, passa a se admitir a possibilidade um acordo ou convenção coletiva prejudicial ao obreiro, que venha reduzir ou eliminar algum de seus direitos.

Resta agora buscar compreender as possíveis consequências dessa mudança, pois no momento em que a norma proveniente de acordo ou convenção coletiva se sobrepõe à norma infraconstitucional concretizadora de um direito social fundamental, então, encontra-se violado o princípio da proibição de retrocesso social.

Inicialmente se mostra necessária uma análise da função das fontes indiretas do Direito, notadamente a jurisprudência, como elemento concretizador da eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais sociais. A seguir, será feita uma abordagem referente as normas sobre jornada de trabalho e sua estreita conexão com a segurança e saúde dos trabalhadores, de modo que seja possível uma compreensão mais precisa das mudanças a serem proporcionadas pela redação do parágrafo único do art. 611-B. Finalmente, será analisado parágrafo único do art. 611-B da Lei nº 13.467/17 através ótica do princípio constitucional implícito da vedação de retrocesso social.

4.1 A jurisprudência e seu papel concretizador dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Cabe a este último capítulo a análise do art. 611-B da Consolidação das Leis Trabalhistas, acrescentado pelo art. 1º da Lei nº 13.467/17, sob a ótica do princípio constitucional implícito da proibição de retrocesso social. Cuidou o primeiro capítulo de uma breve abordagem sobre o referido princípio e seu tratamento na doutrina nacional. Outrossim, é possível se depreender do referido estudo que a proibição de retrocesso consiste em uma vedação à supressão ou mitigação, pura e simplesmente, da concretização de núcleo essencial de direito fundamental social por ação do legislador ordinário, sem que este crie mecanismos compensatórios.

A autonomia do legislador ordinário, desta forma, encontra seu limite no núcleo essencial dos direitos fundamentais já concretizados, uma vez que a

Constituição brasileira é reconhecida pelo seu caráter dirigente, impondo ao Estado e à sociedade, de maneira geral, uma constante busca pela justiça social.

Segundo Canotilho, o dirigismo constitucional consiste na designação de fins e tarefas para o Estado, através de um conteúdo programático-constitucional estabelecido pela Constituição, de modo que essa também passa a servir como fundamento para a realização da justiça social, além de desempenhar suas clássicas funções de organização do Estado e da definição dos direitos de liberdade e os direitos políticos dos cidadãos¹⁰⁹.

Ainda que os direitos sociais se encontrem vinculados à conjuntura econômica-social de um país, a Constituição assume o papel de bússola norteadora do poder estatal, a fim de que este não venha a regressar para situação jurídica pretérita já superada. Nesse sentido, não se vislumbram razões para que seja afastada a concretização dos direitos sociais também fornecida pelos atos normativos específicos, como no caso das decisões judiciais.

Antes de tudo, cumpre destacar que aqui fala-se das decisões judiciais homogêneas e sucessivas capazes de configurar uma vinculação a atividade jurisdicional prestada pelos magistrados, isto é, a jurisprudência como fonte indireta do direito.

O estudo das fontes do Direito na doutrina é bastante diversificado, de modo que dentre os autores nacionais não é provável a obtenção de uma classificação uniforme em relação ao tema. Como bem informa Tércio Sampaio Ferraz Júnior, a expressão em si já gera diferentes interpretações, posto que a palavra “fonte” assume diversos significados, podendo significar a origem histórica, sociológica ou psicológica de algo, bem como “a gênese analítica, os processos de elaboração e dedução de regras obrigatórias, ou ainda a natureza filosófica do direito, seu fundamento e sua justificação”¹¹⁰.

Norberto Bobbio, em precioso ensinamento revela que “são fontes do direito aqueles fatos ou aqueles atos aos quais um determinado ordenamento jurídico atribui a competência ou a capacidade de produzir normas jurídicas”¹¹¹. Conforme a ótica do positivismo jurídico, Bobbio elege a lei como fonte do mais alto patamar hierárquico,

¹⁰⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 20 e ss.

¹¹⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2003, p. 225.

¹¹¹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999, p. 161.

“visto que ela é a manifestação direta do poder soberano do Estado e que os outros fatos ou atos produtores de normas são apenas fontes subordinadas”¹¹².

Miguel Reale, por sua vez, define as fontes do Direito como “processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma estrutura normativa”¹¹³. O autor trata das fontes do Direito sob a perspectiva dos processos através dos quais ocorre a produção de normas jurídicas, segundo leciona, os referidos processos pressupõem sempre uma estrutura de poder. Complementa Reali afirmando que:

Para que se possa falar, por conseguinte, de "fonte de direito", isto é, de fonte de regras obrigatórias, dotadas de *vigência* e de *eficácia*, é preciso que haja um *poder* capaz de especificar o conteúdo do devido, para exigir o seu cumprimento, não sendo indispensável que ele mesmo aplique a sanção penal. É por isso que se diz que o problema das fontes do direito se confunde com o das formas de produção de regras de direito vigentes e eficazes, podendo ser elas genéricas ou não¹¹⁴.

Nesse sentido, Reali classifica as fontes conforme o processo de criação normativa e sua respectiva estrutura de poder, apontando quatro fontes de Direito: a lei, fruto do processo legislativo do Poder Legislativo; a jurisprudência, derivada do processo jurisdicional prestado pelo Poder Judiciário; os costumes, que exprimem o poder social, e o ato negocial, expressão do poder negocial ou da autonomia da vontade. Ressalta-se que para o autor a doutrina é apenas um instrumento de complementação das fontes¹¹⁵.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, por seu turno, conceituam as fontes do Direitos como “meios pelos quais se formam ou se estabelecem as normas jurídicas. Trata-se, em outras palavras, de instâncias de manifestação normativa”¹¹⁶.

Neste enalço, de regra, a doutrina aponta como as principais fontes do Direito a lei, os costumes, a jurisprudência e a doutrina.

Nas palavras de Miguel Reale, a palavra jurisprudência significa, *stricto sensu*, a “forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais”¹¹⁷. Segundo o autor:

¹¹² Ibidem, p. 164

¹¹³ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 25ª edição. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 130.

¹¹⁴ Ibidem.

¹¹⁵ Ibidem, p. 131 e ss.

¹¹⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: parte geral. Vol. 1. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 59.

¹¹⁷ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 25ª edição. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 131.

[...] o Direito jurisprudencial não se forma através de uma ou três sentenças, mas exige uma série de julgados que guardem, entre si, uma linha essencial de continuidade e coerência. Para que se possa falar em jurisprudência de um Tribunal, é necessário certo número de decisões que coincidam quanto à substância das questões objeto de seu pronunciamento¹¹⁸.

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho “quando o reconhecimento de uma conduta como obrigatória se dá em sede dos tribunais, teremos a jurisprudência (ou o costume judiciário) como fonte do direito”¹¹⁹ e, em sua acepção mais estrita, os autores entendem a jurisprudência como o “conjunto de reiteradas decisões dos tribunais sobre determinada matéria”¹²⁰.

Em seguida, Gagliano e Pamplona Filho sustentam que a jurisprudência exerce a relevante função de “adequar o sistema a uma nova conjugação de forças”¹²¹, isso porque, por essa fonte do Direito, se oportuniza uma maior flexibilização do ordenamento jurídico que, em determinadas matérias, reside indiferentemente estático. Destarte, em determinadas circunstâncias, a jurisprudência não se deixa limitar ao que está estritamente escrito nas leis e inova o conteúdo normativo, ao buscar uma interpretação mais adequada das normas ao contexto fático contemporâneo.

Extraí-se, então, que a jurisprudência é construída ao longo da reiterada atuação dos operadores do direito que, em seu dia-dia, além de aplicarem o direito positivo ao caso concreto, criam atos normativos específicos ao solucionarem conflitos da sociedade.

Defende Tércio Sampaio Ferraz Júnior que, para o sistema romanístico, a jurisprudência não se configura como propriamente uma fonte do Direito, mas sim como um instrumento auxiliar de interpretação legislativa. Todavia, reconhece o autor que o papel da jurisprudência na constituição do Direito ultrapassa o exercício das interpretações legislativas para atuar na “elaboração de verdadeiras normas jurídicas gerais em casos de lacuna que constituem uma espécie de costume *praeter legem*”¹²², isto é, uma manifestação do costume como fonte do Direito.

Ainda que se tratando da negativa do autor em reconhecer a jurisprudência como fonte, Ferraz Júnior revela que a área do Direito do Trabalho, devido sua natureza específica voltada para a proteção do trabalhador, permite a constituição de normas

¹¹⁸ Ibidem, p. 158.

¹¹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: parte geral. Vol. 1. 14^a edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p.66 e ss.

¹²⁰ Ibidem, p. 66 e ss.

¹²¹ Ibidem, p. 66 e ss.

¹²² FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação. 4^a edição. São Paulo: Atlas, 2003, p. 246

gerais com base na equidade e, por esse motivo, é capaz de gerar fonte genuinamente jurisprudencial.

A jurisprudência, desse modo, é entendida no presente trabalho como fonte indireta do Direito, consistindo em um conjunto de decisões ou precedentes dos tribunais que, por resguardarem uma similaridade a respeito de uma determinada matéria jurídica, são capazes de exercer influência sobre as decisões judiciais posteriores que tenham por objeto circunstâncias fáticas equivalentes. Consiste, pois, em verdadeira fonte de normas jurídicas, ainda que incapaz de criar normas jurídicas gerais e abstratas.

A relevância da jurisprudência como fonte do Direito é vislumbrada também ao se observar as nuances da atividade jurisdicional. Há muito já se superou a ideia de que o magistrado, ao elaborar uma decisão judicial, apenas cumpre a função de simples aplicador da lei. O juiz passa a inovar o ordenamento jurídico ao exercer sua função jurisdicional, pois sua atuação não se resume meramente na aplicação mecânica da legislação no caso concreto.

Cria-se direito através do exercício da integração e interpretação normativa, de modo que é possível ao juiz atribuir à legislação sentido diferente do qual uma vez determinado que, muitas vezes, é mais coerente com o ordenamento jurídico e seus princípios, alinhado à nova realidade da sociedade. No cumprimento da atividade jurisdicional o magistrado assume a posição interpretação ativa da lei, cabendo a ele a extração da norma ali contida para então compatibilizá-la ao caso concreto.

Hans Kelsen, mesmo que precursor da Teoria Pura do Direito, admite que a função jurisdicional transcende o ato de simples declaração da lei:

Uma decisão judicial não tem, como por vezes se supõe, um simples caráter declaratório. O juiz não tem simplesmente de descobrir e declarar um direito já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída. A função do tribunal não é simples 'descoberta' do Direito ou juris-'dição' ('declaração' do Direito) neste sentido declaratório. A descoberta do Direito consiste apenas na determinação da norma geral a aplicar no caso concreto. E mesmo esta determinação não tem um caráter simplesmente declarativo, mas um caráter constitutivo¹²³.

Não obstante, impõe-se limites à liberdade criativa do juiz. Segundo Didier “o órgão julgador limita-se, por um lado, pelos enunciados normativos do direito objetivo e, por outro, pelo caso concreto que lhe foi submetido”¹²⁴.

¹²³ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 165-166.

¹²⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1. 16. Ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 108.

Outro aspecto importante a ser levantado quanto ao emprego das fontes indiretas do Direito como elementos também concretizadores de normas definidoras de direitos fundamentais consiste, sobretudo, na congruência desse entendimento com o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais – que tem abrigo no art. 5º, §1º da Constituição de 1988.

Conforme Sarlet ensina, a norma contida no art. 5º, §1º da Constituição de 1988 possui caráter inequivocamente principiológico, de sorte que funciona como uma espécie de mandado de otimização dos direitos e garantias fundamentais¹²⁵. Outrossim, cabe aos órgãos estatais perseguir a máxima eficácia de tais direitos, isto é, o princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais exige que o intérprete sempre tente fazer com que esses direitos alcancem sua plena concretização.

Conforme o já exposto ensinamento de Felipe Derbli, ao tratar da vedação de retrocesso social, o caráter dirigente da Constituição em vigor indica um caminho incessante em busca do desenvolvimento permanente do grau de concretização dos direitos sociais nela previstos e para a sua máxima efetividade¹²⁶.

Sobre a norma contida no art. 5º, §1º da Constituição de 1988, Flávia Piovesan expõe que “tal princípio intenta assegurar a força dirigente e vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário”¹²⁷.

Não condiz com a dogmática da máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais a interpretação restritiva da vedação de retrocesso que permite que entendimentos que conferem efetividade a um direito fundamental possam vir a ser objeto de ação regressiva – e ausente de medidas compensatórias – promovida pelo legislador ordinário.

Defende-se que há, portanto, em decorrência do princípio máxima efetividade dos direitos fundamentais, um dever de não retrocesso na densificação das normas constitucionais que definem os direitos fundamentais sociais e, por este motivo, cabe ao legislador infraconstitucional observar a concretização dos direitos já alcançada, ainda que essa efetivação tenha sido implementada através de uma fonte indireta do Direito.

¹²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 270.

¹²⁶ DERBLI, Felipe. O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988. São Paulo: Renovar, 2007, p. 222.

¹²⁷ PIOVESAN, Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 63-64.

É relevante destacar, de resto, que vivemos em um novo contexto da jurisprudência nacional com a inauguração das precedentes obrigatórios pelo novo Código de Processo Civil. Elevando-se o papel das decisões judiciais na perspectiva da aplicação do direito e suas fontes, a jurisprudência vê sua importância crescer cada vez mais no ordenamento jurídico nacional.

Consoante esclarece Didier, Braga e Oliveira, o precedente “é uma decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”¹²⁸. Para os autores, o precedente é composto por três elementos: circunstâncias de fato que embasam controvérsia, tese ou princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório e a argumentação jurídica em torna da questão.

O art. 927 do novo Código Civil brasileiro, então, passa a estabelecer um rol de precedentes obrigatórios. Caracterizando como espécie de regra jurídica, os precedentes proferidos nas hipóteses estabelecidas no art. 927 deverão ser obrigatoriamente observados pelas demais instâncias do Judiciário, sob pena de cassação do entendimento divergente, por meio de reclamação¹²⁹.

Conclui-se, portanto, que a jurisprudência é aqui entendida como fonte indireta do Direito e, por tal razão, plenamente capaz de exercer o papel de concretização das normas fundamentais. Outrossim, consoante o princípio da vedação de retrocesso social, ao legislador infraconstitucional é proibido o retorno à situação jurídica indesejável, na qual restava ausente de efetividade direito social fundamental. Ademais, encontra-se a referida interpretação do princípio em consonância com o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, estabelecido no §1º do art. 5º da CF/88.

4.2 A duração do trabalho e a segurança e saúde do trabalhador.

A redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança do trabalho é um dos direitos que a Constituição Federal assegura aos trabalhadores urbanos e rurais¹³⁰. As normas de segurança, higiene e medicina do trabalho visam evitar e minimizar os acidentes passíveis de ocorrer no ambiente de

¹²⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. vol. 2. 12ª edição. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 505.

¹²⁹ Ibidem, p. 526.

¹³⁰ Art. 7º, inciso XXII da CF/88.

trabalho, com o fim de proteger e garantir a integridade do trabalhador diante das situações de risco encontradas nesse ambiente. Conforme leciona Süssekind:

O direito à segurança e à higiene no trabalho é também, num sentido amplo, um direito humano, tal como prevê o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, pois corresponde ao direito à vida e à integridade física das pessoas [...].¹³¹

Sem embargo, a segurança do trabalho é voltada para a extinção ou neutralização de riscos de acidentes que podem ocorrer no ambiente de trabalho. Para que isso seja possível, a medicina do trabalho vela tanto pela saúde do trabalhador na empresa, como pela higiene do ambiente onde ele presta serviços, constituindo, assim, o complemento indispensável do sistema de prevenção dos infortúnios do trabalho¹³².

Sebastião Geraldo de Oliveira relaciona a proteção ao meio ambiente do trabalho com a tutela do meio ambiente em geral. Defende o autor que “é impossível alcançar qualidade de vida sem ter qualidade de trabalho, nem se pode atingir meio ambiente equilibrado e sustentável, ignorando o meio ambiente do trabalho”¹³³, em razão do meio ambiente do trabalho estar inserido no meio ambiente geral.

Sobre o assunto, Cláudio Brandão esclarece que proteção à vida humana envolve também a defesa do direito à vida com qualidade, incluindo-se a garantia à saúde e às condições saudáveis de trabalho. Para o autor, a proteção à saúde é um direito fundamental do trabalhador¹³⁴. O professor Flávio de Oliveira Nunes segue o mesmo raciocínio ao apontar que o direito à segurança e à saúde no trabalho objetiva o respeito à dignidade da pessoa humana, de forma que esse direito se depreende do próprio direito à vida e do direito à saúde¹³⁵.

Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de doenças ou enfermidades¹³⁶. Assim, a evolução conceitual do que se compreende por saúde também

¹³¹ SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito Constitucional do Trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 230.

¹³² Ibidem, p. 232.

¹³³ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Proteção jurídica à saúde do trabalhador. 3ª edição. São Paulo: LTr, 2001, p. 127.

¹³⁴ BRANDÃO, Cláudio. Meio ambiente do trabalho saudável: direito fundamental do trabalhador. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1. Região, Rio de Janeiro, v. 21, n. 49, p. 89-98, jan./jun. 2011. Disponível em: <http://portal2.trtrio.gov.br:7777/pls/portal/docs/PAGE/GRPPORTALTRT/PAGINAPRINCIPAL/JURISPRUDENCIA_NOVA/REVISTAS%20TRT-RJ/049/11_REVTRT49_WEB_CLAUDIO.PDF>. Acesso em: 19/08/2017.

¹³⁵ NUNES, Flávio de Oliveira. Segurança e Saúde no Trabalho. 2ª edição. São Paulo: Método, 2014, p. XXIX.

¹³⁶ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Constituição da OMS. 1948. ONU (Organização das Nações Unidas). Nova York. Disponível em: <<http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf?ua=1>>. Acesso em: 19/08/2017.

atinge a proteção jurídica dada a esse direito, devendo a referida tutela compreender todos os elementos necessários a uma vida de pleno bem-estar, e não apenas livre de patologias.

Para Maurício Godinho Delgado, do ponto de vista do Direito Individual do Trabalho, o direito às normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador possuem caráter de absoluta indisponibilidade, pois traduzem um patamar civilizatório mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico – a exemplo do direito à assinatura de CTPS, ao salário mínimo, dentre outros¹³⁷.

No plano internacional, verifica-se que a Organização Internacional do Trabalho também trabalha em busca da proteção dos trabalhadores contra os acidentes do trabalho e as doenças profissionais. Sobre o tema, a Organização elaborou diversas normas, dentre as quais destaca-se as Convenções n°155 e n°161 ratificadas Brasil.

Pela Convenção n° 155 da OIT os países se obrigam a formular, incorporar e reexaminar periodicamente uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde do trabalho, tanto para o Estado como para as empresas – mediante consultas às organizações representativas de empregadores e trabalhadores, além de atentar para as práticas nacionais. A Convenção n° 161 da mesma organização estabelece os princípios a serem observados por uma política nacional de proteção à saúde do trabalhador.

Sobre a política nacional, declara o art. 4 da Convenção n° 155 da OIT:

Essa política terá como objetivo prevenir os acidentes e os danos à saúde que forem consequência do trabalho tenham relação com a atividade de trabalho, ou se apresentarem durante o trabalho, reduzindo ao mínimo, na medida que for razoável e possível, as causas dos riscos inerentes ao meio-ambiente de trabalho¹³⁸.

Sobre a validade das normas proferidas pela OIT, Cláudio Brandão¹³⁹ esclarece que o Brasil, ao ratificar convenções internacionais voltadas para a proteção da saúde do trabalhador, elevou ao patamar de norma constitucional os dispositivos nelas inseridos, pois aos tratados internacionais é conferido uma hierarquia especial. Com a introdução do § 3º do art. 5º da CF/88, os tratados passam a ser submetidos ao mesmo sistema de regras de aprovação das Emendas Constitucionais, integrando o ordenamento jurídico nacional nos planos formal e material¹⁴⁰. Segundo o autor:

¹³⁷ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 217.

¹³⁸ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção n° 155. Aprovada na 67ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho. Genebra, 11 ago. 1983. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/node/504>. Acesso em: 19/08/2017.

¹³⁹ BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. Op. Cit., p. 94 e ss.

¹⁴⁰ O TST demonstrou, contudo, que não partilha sempre dessa posição ao reformar o entendimento de sua 7ª turma, a qual defendia a prevalência das convenções internacionais da Organização Internacional

Cabe, portanto, ao Estado Brasileiro, em face dos compromissos assumidos na ordem internacional, adotar uma estratégia de atuação efetiva para a proteção do trabalhador não apenas no que se refere à redução dos riscos da ocorrência de acidentes do trabalho, como também à defesa da saúde no seu conceito mais abrangente¹⁴¹.

Desta maneira, ensina Delgado que as normas legisladas que ditam sobre a duração do trabalho e os intervalos trabalhistas evidenciam, direta ou indiretamente, vínculo efetivos com a saúde e a segurança da pessoa humana trabalhadora¹⁴². Sobre o tema, o autor aponta que:

[...] as regras jurídicas reguladoras da jornada laborativa obreira não são mais apenas regras jurídicas de estrito fundo econômico, sendo também, principalmente, regras de saúde pública. A Constituição da República apreendeu, de modo exemplar, essa nova leitura a respeito da jornada e duração laborativas e do papel que têm no tocante à construção e implementação de uma consistente política de saúde no trabalho. Por essa razão é que a Carta de 1988, sabiamente, arrolou como direito dos trabalhadores a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (art. 7º, XXII)¹⁴³.

A jornada de trabalho do obreiro encontra-se protegida constitucionalmente no inciso XIII do art. 7º da CF/88, que limita a duração do trabalho normal em oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultando, contudo, a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

O art. 71 da CLT, por outro lado, determina a concessão de uma hora de intervalo intrajornada mínimo para o empregado que exceda 6 horas diárias de duração de trabalho, facultando a redução do intervalo apenas por meio de ato de órgão estatal específico e após a verificação do enquadramento da empresa nos requisitos necessários. Ao obreiro ainda é outorgado o direito à onze horas consecutivas mínimas de descanso interjornada, consoante se depreende do art. 66 da CLT.

Conclui-se que tanto nossa Constituição como nossa legislação infraconstitucional cuidam de estipular os limites para a exploração do tempo de vida do trabalhador no ambiente de trabalho. Isto ocorre porque a permanência do indivíduo no exercício da sua atividade laboral implica, também, na ausência de tempo dedicado à sua própria existência.

do Trabalho para garantir aos empregados o direito à cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade. A referida reforma ocorreu em Agravo em Recurso de Revista n. 10816020125030064 da SDI-1, de relatoria do Min. Cláudio Mascarenhas Brandão.

¹⁴¹ Ibidem, p. 97.

¹⁴² DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. Tratado Jurisprudencial de Direito Constitucional do Trabalho. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 104.

¹⁴³ DELGADO, Mauricio Godinho. Duração do Trabalho: o debate sobre a redução para 40 horas semanais. Revista do TST, Brasília, vol. 75, nº 2, abr/jun 2009, p. 26. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/13496/002_delgado.pdf?sequence=5>. Acesso em: 19/08/2017.

As normas que tratam da limitação da jornada contribuem substancialmente para a preservação da saúde e segurança do trabalhador no meio ambiente laboral, permitindo aos obreiros alcançar um equilíbrio aceitável entre o trabalho remunerado, as atividades domésticas e de cuidado familiar e outros aspectos de sua vida social¹⁴⁴.

Daí porque as disposições sobre a duração do trabalho não constituem meras normas contratuais, de modo que sua inobservância não fere apenas um comando normativo, mas também compromete a capacidade do trabalhador de interagir em sociedade. O bem-estar social, como exposto, é uma condição essencial à manutenção de uma vida saudável. A obediência ao limite diário de horas de trabalho imposto constitui condição necessária para o trabalhador assegurar a si mesmo um convívio familiar e social satisfatório.

O prolongamento do tempo do indivíduo no ambiente de trabalho ainda se mostra intimamente relacionado com a sua saúde, porque o alongar excessivamente a duração do trabalho impede o empregado de obter seu descanso necessário. Logo, o trabalhador tem sua a higidez física e mental comprometida ao se expor a jornadas excessivas.

O professor mexicano José Manuel Lastra Lastra declara que faz parte do compromisso dos trabalhadores ocupar seu tempo em benefício do empregador. Contudo, adverte que a ciência da segurança e medicina do trabalho aponta para os riscos que o trabalho em excesso pode acarretar ao trabalhador. Nas palavras do autor:

[...] el trabajo continuo puede ser perjudicial para la salud del trabajador, puede ocasionar un decaimiento y agotamiento de sus energías físicas e intelectuales y, con ello, un menor rendimiento y disminución de la producción, siendo el rendimiento inversamente proporcional a la duración de la jornada laborable, además del peligro que representa el cansancio natural que puede producir accidentes de trabajo¹⁴⁵.

Não obstante existam normas em nosso ordenamento jurídico que autorizem a extensão da jornada do trabalhador, importa frisar que o labor em excesso, ou realizado em dias destinados ao descanso, ocorre apenas em situações excepcionais. Como exemplo, toma-se o art. 59 da CLT que permite a sobrejornada, no referido dispositivo não é dado ao empregador plena discricionariedade para determinar as condições das horas extraordinárias. Segundo os parágrafos do próprio artigo, reserva-

¹⁴⁴ LEE, Sangheon; MCCANN, Deirdre; MESSENGER, Jon. Duração do trabalho em todo o mundo: tendências de jornadas de trabalho, legislação e políticas numa perspectiva global comparada. Brasília: OIT, 2009, p. 8.

¹⁴⁵ LASTRA LASTRA, José Manuel. La Jornada de Trabajo. In: Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1997, p. 424. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/139/27.pdf>>. Acesso em: 19/08/2017.

se ao empregado o direito de receber remuneração suplementar em razão de sua sobrejornada ou, conforme o caso, ter suas horas extraordinárias compensadas com o devido descanso em dia posterior.

O art. 61 da Consolidação segue a mesma linha ao anunciar que apenas será possível a duração do trabalho exceder o limite legal por motivo de força maior ou por necessidade de conclusão de serviço inadiável cuja inexecução venha a causar prejuízo manifesto. A redação do artigo demonstra com clareza a preocupação do legislador com a extensão da jornada, autorizando-a apenas em situações atípicas. Os adicionais, ainda que não cumpram completamente seu propósito, se destinam a desestimular as atitudes negligenciais do empregador para com a segurança e higiene do ambiente de trabalho.

O inciso XXII do art. 7º da CF/88 expressamente garante aos obreiros a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, demonstrando a preocupação do Constituinte com a segurança e higiene do meio ambiente de trabalho. Assim, as disposições relativas a duração e intervalo de trabalho devem ser compreendidas dentro da perspectiva constitucional, atuando como meio de promoção e defesa da segurança e saúde do trabalhador.

As normas acerca da duração do trabalho assumem um caráter fundamental de proteção à saúde, sendo incabível a lei ordinária simplesmente negar essa particularidade. Portanto, até a aprovação da reforma trabalhista, refutou-se a negociação quanto tais normas, impossibilitando ao trabalhador (parte hipossuficiente da relação de emprego) abrir mão de seu direito fundamental à saúde e à vida. Consoante bem enuncia Sússekind, “incompreensível é que se permita ao trabalhador vender a saúde em troca de um sobre-salário”¹⁴⁶, sob pena de retornarmos à época na qual as pessoas, incluindo crianças, trabalhavam cerca de doze horas ao dia, sem folga semanal.

A jurisprudência assume uma função de destaque neste aspecto, reconhecendo, juntamente com a doutrina nacional, o papel essencial que as normas restritivas da extensão da jornada laboral operam na salvaguarda da saúde e segurança do obreiro no exercício de sua atividade e no ambiente de trabalho.

¹⁴⁶ SÚSSEKIND, Arnaldo. Direito Constitucional do Trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.237

O item II da súmula n° 437¹⁴⁷ do Tribunal Superior do Trabalho condena expressamente a possibilidade de cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho suprimir ou reduzir intervalo intrajornada por considerar a pausa legal do obreiro como medida de higiene, saúde e segurança do trabalho. O referido entendimento sumular ainda esclarece o caráter cogente do art. 71 da CLT, bem como do art. 7º, XXII, da CF/1988, visto que se tratam de normas de ordem pública, sendo defeso as partes a negociação quanto a disposição de tal direito.

A criação da súmula n° 437 configurou, na realidade, apenas a incorporação de pensamento já anteriormente cristalizado no texto da extinta Orientação Jurisprudencial n° 342 da SDI-1 criada em 2004 pelo mesmo tribunal, evidenciando nível do enraizamento que esse entendimento possui nos tribunais trabalhistas.

Recorrentemente ao tratar da flexibilização dos direitos trabalhistas o TST se deparou com a temática do caráter cogente das normas de saúde e segurança do trabalho e, consoante diversos julgados, reafirmou inúmeras vezes que o direito ao intervalo mínimo intrajornada constitui, de fato, medida de higiene, saúde e segurança do trabalho¹⁴⁸.

Ainda para ressaltar a relevância da concessão do intervalo intrajornada nos parâmetros do art. 71 da CLT, cumpre observar que a Consolidação apenas permite a redução do intervalo legal por ato do Ministério do Trabalho e Emprego, conforme o disposto no § 3º do mesmo artigo. Logo, cabe ao Ministério averiguar se restarão preservadas, ou não, as condições de higiene e saúde no ambiente de trabalho, para somente então conceder a redução do intervalo até o limite mínimo de trinta minutos¹⁴⁹.

O mesmo raciocínio do enunciado de súmula n° 437 do TST é transportado para a OJ 355 da SDI-1 do mesmo tribunal. Segundo a redação da Orientação Jurisprudencial, o desrespeito ao intervalo interjornada mínimo também ocasiona a

¹⁴⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 437. II - É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/sumulas>. Acesso em: 19/08/2017

¹⁴⁸ Sobre o tema: TST. RR: 1501620105020465, Relatora: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 25/02/2015, 6ª Turma, Data de Publicação: 13/03/2015; TST. RR: 10080320115030039. Relatora: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 30/04/2014, 6ª Turma, Data de Publicação: 05/09/2014; TST. RR: 6173820135030052 Relatora: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 17/12/2013, 6ª Turma, Data de Publicação: 19/12/2013; TST. RR: 0147000-75.2006.5.05.0342, Relator: Carlos Alberto Reis de Paula, Data de Julgamento: 17/12/2008, 3ª Turma, Data de Publicação: 27/02/2009.

¹⁴⁹ Conforme §3º do art. 1º da Portaria TEM 1.095/2010.

penalidade prevista no §4º do art. 71, obrigando o empregador ao pagamento da integralidade das horas que foram subtraídas e o respectivo adicional. Igualmente ao intervalo intrajornada, o descanso entre jornadas é essencial para recuperação das energias do empregado. Sua relevância cresce, ainda, na medida em que se entende a necessidade desse intervalo para o gozo da vida privada do próprio trabalhador que é, antes de tudo, um ser humano.

A Ministra Kátia Magalhães Arruda, relatora em recurso de revista nº 1546220145030052¹⁵⁰, expressamente trata do princípio da vedação de retrocesso ao anunciar que o art. 71 da CLT constitui avanço do patamar mínimo civilizatório na relação de emprego, consistindo em direito trabalhista irrenunciável, vez que é norma de segurança, saúde e medicina do trabalho.

Em recurso ordinário n. 01405/2007-004-24-00-4-RO.1¹⁵¹ o relator, Desembargador Nicanor de Araújo Lima, da 2ª turma do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região, proferiu o voto no tocante a possibilidade da flexibilização da jornada de trabalho, anunciando que:

Inegavelmente, os direitos relacionados à duração do trabalho, assim compreendido aqueles atinentes à jornada diária e semanal, bem como os períodos destinados aos descansos (intrajornada, interjornada e descanso semanal remunerado), expressamente previstos na Consolidação das Leis do trabalho, no Título II, Capítulo II, Seções II e III, representados pelos artigos 58 a 72 consolidados, se despontam como típicos exemplos daqueles direitos à integridade física e mental dos trabalhadores albergados pela Carta Política. A despeito de as normas que dispõem acerca da duração do trabalho terem como sua marca indelével a indisponibilidade, uma vez que tutelam a saúde e a segurança dos trabalhadores, o próprio sistema normativo (CF/88, art. 7º, XIII, XIV e XXVI c/c artigos 59, 60 e 71 da CLT) autoriza a flexibilização da jornada diária e do descanso, mediante negociação coletiva. Todavia, a autonomia coletiva reconhecida pela Carta Magna não é ampla e irrestrita, conforme tem reiteradamente preconizado a jurisprudência trabalhista, cujo entendimento encontra-se materializado na Orientação Jurisprudência n. 372 da SBDI-II e no Precedente Normativo n. 31 da SDC, ambas do Tribunal Superior do Trabalho¹⁵² (grifo do autor).

Até mesmo o Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se sobre o assunto, no REsp. 758296 o relator Ministro Luiz Fux da 1ª Turma do STJ, estatuiu o caráter

¹⁵⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão em RR n. 1546220145030052. Relatora: Kátia Magalhães Arruda. 6ª Turma. Data de Julgamento: 19/11/2014. Data de Publicação: 21/11/2014.

¹⁵¹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região. Acórdão em recurso ordinário n. 01405/2007-004-24-00-4. Relator: Nicanor de Araújo Lima. 2ª Turma. Data de Julgamento: 01/04/2009. Data de Publicação: 14/04/2009.

¹⁵² BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região. Acórdão em recurso ordinário n. 01405/2007-004-24-00-4. Relator: Nicanor de Araújo Lima. 2ª Turma. Data de Julgamento: 01/04/2009. Data de Publicação: 14/04/2009.

inegável que a duração da jornada de trabalho, e seu respectivo descanso, apresentam em relação a saúde e segurança do trabalho¹⁵³. Consoante a ementa do acórdão:

A duração da jornada de trabalho, e seu respectivo descanso, constitui um dos fundamentos da política de proteção ao trabalhador, que se obtém por meio de limitações legais imposta ao empregador. 4. Tratando-se de norma sobre higiene e segurança do trabalho, nem a vontade individual nem a autonomia coletiva devem superar a norma congente, imperativa e inderrogável à vontade das partes.

É de se considerar, portanto, que o entendimento jurisprudencial consolidado no país quanto as normas sobre a duração do trabalho e sobre períodos destinados ao descanso do empregado concretizam o direito do trabalhador à um ambiente de trabalho livre de riscos, por caracterizarem-se normas de saúde, higiene e segurança do trabalho. Determinar a prevalência de acordo ou convenção coletiva sobre essas normas significa mitigar a concretização de direito constitucionalmente previsto.

4.3 O parágrafo único do art. 611-B sob a luz do princípio da proibição de retrocesso social.

Consoante tudo que até aqui foi demonstrado, resta a análise do parágrafo único do art. 611-B da Lei nº 12.467/17 sob a ótica do princípio da vedação de retrocesso, também já delineada nesse trabalho. Então, para que se chegue à conclusão de que houve ou não afronta ao princípio, insta verificar se a nova legislação que alterou norma infraconstitucional densificadora de direito social ocasionou, ou não, a aniquilação ou mitigação de núcleo essencial do direito a ser protegido, sem a devida criação de medidas compensatórias. Isto é, teria a redação introduzida pelo parágrafo único do art. 611-B reduzido ou eliminado a concretização de direito fundamental oferecida por entendimento jurisprudencial?

Propõe-se, primeiramente, a identificação dos direitos fundamentais passíveis de serem afetados pelo parágrafo único do art. 611-B da Lei nº 12.467/17. Em seguida, cumpre a sinalização das normas infraconstitucionais que concretizam esses direitos para que, finalmente, seja possível vislumbrar se o referido artigo foi capaz, ou não, de permitir a minguamento ou abolição da eficácia de algum (ou alguns) dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Retira-se da leitura do parágrafo único do art. 611-B da Lei nº 12.467/17 dois direitos dos trabalhadores que se relacionam diretamente com o dispositivo. Sobre a

¹⁵³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em Recurso Especial n. 758296 RS 2005/0095217-4. Relator: Ministro LUIZ FUX. Data de Julgamento: 24/04/2007, 1ª Turma. Data de Publicação: 04.06.2007, p. 307.

duração do trabalho, estabelece a Constituição em vigor o limite à jornada de 8 horas diárias e quarenta e quatro horas semanais. Por outro lado, sobre o tema de segurança e medicina a Constituição garante aos trabalhadores o direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de segurança, higiene e medicina do trabalho. Com efeito, dois são os direitos dos trabalhadores (constitucionalmente protegidos) que possivelmente poderão ser atingidos pela nova norma imposta.

Verifica-se, contudo, que o art. 611-A, em seu inciso I respeita aos limites constitucionais sobre a jornada, não caracterizando, dessa forma, afronta direta ao núcleo essencial do direito constitucional do inciso XII do art. 7 da CF. Quanto ao direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de segurança, higiene e medicina do trabalho, todavia, é imperioso um estudo mais detalhado.

O direito constitucional à redução de riscos inerentes ao trabalho é nada mais do que um reflexo do próprio direito fundamental à saúde aplicado e moldado às relações trabalhistas. Destarte, esse direito volta-se, primordialmente, para proteção do bem-estar físico, social e mental do trabalhador no ambiente de trabalho. Ao determinar a realização da minimização dos riscos do trabalho por meio de normas de segurança, saúde e medicina, o Constituinte apontou os meios pelos quais ocorreria a concretização desse direito e, com isso, atribuiu à tais normas a indisponibilidade própria dos direitos fundamentais. O legislador ordinário (assim como a doutrina e a jurisprudência) trabalhou, de regra, no sentido do cumprimento do comando constitucional, instituindo regras sobre a limitação de jornada, intervalos, insalubridade e periculosidade, exame médico, dentre outros, assistindo ao empregado as condições básicas para um exercício do labor isento de riscos.

Ainda que o inciso XVII do art. 611-B pretenda impedir a realização de acordo ou convenção coletiva legal que suprima ou reduza as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho (previstas em lei ou em norma regulamentadora do Ministério do Trabalho), o direito previsto no inciso XXII do art. 7º da CF/88 se vê ameaçado pelo parágrafo único do art. 611-B, uma vez que o conteúdo da norma constitucional é reduzido.

As normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, assim, consagram um instrumento constitucionalmente exposto para a realização do direito à redução de riscos no trabalho. A retirada das regras sobre duração de trabalho e intervalos desse grupo de normas lhes retira também a funcionalidade como normas de proteção à saúde

e segurança do trabalhador, prejudicando o obreiro ao removê-lo do alcance do direito constitucional.

Noutro lado, como já se viu no tópico anterior, aqui a jurisprudência é tida como norma concretizadora do direito constitucional do trabalho à redução de riscos inerentes ao trabalho, na qualidade de fonte indireta do direito.

No que toca a redação dada ao parágrafo único do 611-B da Lei nº 13.467/17, ao declarar “para os fins do disposto neste artigo” o dispositivo, por via de consequência, acaba determinando que a proteção concedida às normas de segurança e medicina não agasalhará as regras sobre a duração e intervalos de trabalho, uma vez que o fim do próprio artigo é assegurar que não haja supressão ou redução dos direitos (em sua maioria constitucionais) arrolados em seus incisos.

Contraditório, contudo, é o texto dado ao inciso XVII do art. 611-B, que determina a impossibilidade de supressão ou redução das “normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho”, uma vez que as normas sobre duração e intervalos de trabalho são, conforme já demonstrado, normas sobre a saúde do obreiro.

Ainda à época do PL 6787/2016, a OAB elaborou parecer manifestando-se sobre o tema e declarou inconstitucional a redação do parágrafo único do art. 611-B, nos seguintes termos:

Ainda, de modo inconstitucional, há previsão de que normas sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, contrariando a jurisprudência do TST, na medida em que a Constituição Federal abarca essas matérias¹⁵⁴.

A Associação de Magistrados do Brasil, ao se pronunciar sobre a flexibilização dos direitos dos trabalhadores pela via negocial, declarou que:

O Projeto de Lei viola a essência da convenção e do acordo coletivo, demonstrando, de forma clara e despuorada, que o objetivo é unicamente o de promover a redução dos direitos sociais trabalhistas por via transversa. Desse modo, vai contra as normas constitucionais, notadamente as previstas no artigo 7º, que só em 3 situações permitem a redução de direitos, quais sejam, a redução justificada de salários (inciso VI), a compensação de horários e a redução da jornada (inciso XIII), e a instituição de turnos ininterruptos de revezamento (inciso XIV). [...] O inciso III, por exemplo, permite o descumprimento de norma de ordem pública de saúde e segurança no trabalho – redução do intervalo intrajornada para 30 minutos – sem qualquer restrição sobre tipos de atividades ou observância de condições mínimas para que o trabalhador efetivamente possa ter algum descanso nesse curto lapso de tempo. Com isso, descumpra a previsão constitucional do

¹⁵⁴ BRASIL. Ordem dos Advogados do Brasil. Proposição n. 49.0000.2017.004049-7/COP. Disponível em: <<http://s.oab.org.br/arquivos/2017/06/reforma-trabalhista-preliminares-inconstitucionalidades.pdf>>. Acesso em: 22/08/2017.

inciso XXII, levando, se aprovada, a um aumento do índice de adoecimento e de acidentes de trabalho, impactando ainda mais o sistema de saúde brasileiro e os alarmantes números de infortúnios do trabalho no Brasil. [...]. Nada além disso pode ser negociado pelos sindicatos para retirar direitos dos trabalhadores, mostrando-se inconstitucional qualquer norma infraconstitucional que atente contra essa determinação¹⁵⁵.

Saul Soares, médico do trabalho, ao pronunciar-se sobre o tema trata diretamente do impacto do parágrafo para a área da saúde ocupacional:

No caso em concreto, a pertinência temática com a área da Saúde Ocupacional se dá em razão de que a reforma trabalhista irá promover o aumento dos acidentes do trabalho e doenças ocupacionais, e com base no esdrúxulo parágrafo único do art. 611-B que estabelece que “regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho”, em confronto direto com os estudos científicos da área da saúde do trabalhador e desvalorizando a atuação dos diversos profissionais envolvidos com a área da saúde ocupacional¹⁵⁶.

Extrai-se que o conjunto da obra nada mais quer do que permitir a negociação quanto as normas sobre duração e intervalos de trabalho e, sobretudo, a sua flexibilização, ao passo que lhes é negada a proteção proporcionada pelo art. 611-B e, inclusive, pela própria constituição.

¹⁵⁵ BRASIL. Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). Disponível em: <http://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2017/07/Pedido-de-Veto.pdf>. Acesso em: 20/08/2017.

¹⁵⁶ SOARES, Saulo. A inconstitucionalidade e o retrocesso social da reforma trabalhista. Disponível em: <https://www.saudeocupacional.org/2017/08/a-inconstitucionalidade-e-o-retrocesso-da-reforma-trabalhista.html>. Acesso em: 22/08/2017.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo buscou interpretar o parágrafo único do art. 611-B da Lei nº13.467/17 sob a luz do princípio da proibição do retrocesso social. Pretendeu-se, com isso, despertar a atenção para esse dispositivo introduzido em nosso sistema jurídico pela reforma trabalhista e demonstrar como o mesmo não atende as expectativas de um Direito do Trabalho focado na proteção do trabalhador.

Através dessa pesquisa foi abordado o fato de o princípio da proibição de retrocesso ser, ainda, pouco aprofundado na doutrina nacional, de modo que as principais referências teóricas para os autores pátrios se encontram no Direito alemão e, sobretudo, no Direito português. No direito alemão o princípio é desenvolvido em torno do conceito funcionalista de propriedade, estabelecendo que a proteção das posições jurídico-subjetivas de natureza pública ocorreria através da garantia da propriedade – servindo de influência para o autor Ingo Wolfgang Sarlet. Para Portugal, contudo, a vedação de retrocesso significava uma proteção aos direitos adquiridos, sendo defeso ao legislador subtrair de norma constitucional a exequibilidade que lhe foi conferida, influenciando fortemente os estudos de José Afonso da Silva.

Delimitou-se a conceituação do princípio da proibição de retrocesso, pelo que se entendeu como norma impeditiva da aniquilação ou diminuição da carga de concretização normativa já alcançada por um direito fundamental social. Outrossim, uma norma constitucional definidora de direito social que, ao atingir certo grau de concretização por norma infraconstitucional, passa a integrar o próprio conteúdo da norma constitucional, restará insuscetível de supressão, redução ou modificação arbitrária (ou desproporcional) pelo legislador ordinário.

Ademais, descreveu-se o papel desse princípio como elemento significativo do sistema garantista de direitos fundamentais dos trabalhadores, em consonância a busca da maximização da eficácia dos direitos sociais em um Estado regido por uma constituição claramente dirigente.

Procurou-se destacar a importância da Constituição Federal de 1988 para o reconhecimento dos direitos dos trabalhadores como direitos fundamentais, na medida em que se tratou da Constituição que mais agasalhou, expressamente em sua redação, direitos sociais e, talvez com maior relevância, possibilitou uma abertura material em seu texto para a acolhida de outros direitos que visem a melhoria da vida do obreiro. Ainda restou sinalizada a fundamentalidade – formal e material – que permeia os direitos fundamentais sociais, reconhecida pela maioria doutrinária do país.

Sobre a eficácia dos direitos sociais, por meio de estudo da matéria na doutrina, foi asseverada a necessidade de imposição legiferante desses direitos para que venham a exercer os seus efeitos principais de forma plena, diferentemente dos direitos que não necessitam de prestação estatal (de liberdade).

Após, foi enfatizada a relação do princípio da proibição com Direito do Trabalho, concluindo-se pela total compatibilidade entre o princípio e o ramo trabalhista, conforme se extrai da doutrina, interpretação sistemática do ordenamento jurídico e julgados.

Na esteira de Miguel Reali, buscou-se demonstrar que a jurisprudência trabalhista é fonte normativa do Direito e constituiu um recurso desse ramo para a criação de normas que venham a proteger os trabalhadores e, conforme o caso, conceder a eficácia necessária aos direitos sociais constitucionais. Assim, jurisprudência é aqui entendida como plenamente capaz de exercer o papel de concretização das normas fundamentais, haja vista que a interpretação do princípio de proibição, nesses termos, encontra-se em consonância com o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, estabelecido no §1º do art. 5º da CF/88.

As regras sobre duração do trabalho e intervalo são normas de segurança e medicina conforme se depreende da jurisprudência dos tribunais brasileiros. Esse entendimento jurisprudencial é consolidado em nosso país, ao reiterar diversas vezes nas cortes que as normas sobre a duração do trabalho e sobre períodos destinados ao descanso do empregado concretizam o direito do trabalhador à um ambiente de trabalho livre de riscos, por caracterizarem-se normas de saúde, higiene e segurança do trabalho. Determinar a prevalência de acordo ou convenção coletiva sobre essas normas significa mitigar a concretização de direito constitucionalmente previsto.

Concluiu-se, por fim, que houve desrespeito ao princípio constitucional implícito da proibição de retrocesso social, porque: 1) a jurisprudência nacional estatuiu o entendimento de que as normas sobre duração do trabalho e intervalos são sim normas de saúde, higiene e segurança; 2) ao fazer isso, ela deu maior efetividade ao direito fundamental social dos trabalhadores a redução de riscos inerentes ao trabalho determinado no inciso XXII do art. 7 da CF; 3) quando o parágrafo único do art. 611-B da Lei nº 13.467/17 entrou em vigor, ele propôs-se a negar o entendimento que foi consolidado na jurisprudência e, ao fazê-lo, inevitavelmente retirou o grau de efetividade dado pela jurisprudência ao direito fundamental mencionado.

O parágrafo único do art. 611-B tem o propósito de permitir a flexibilização de direitos indisponíveis e fundamentais dos trabalhadores e, com isso, ferir o princípio da vedação de retrocesso social. Ele visa mascarar possíveis inconstitucionalidades promovidas pela art. 612-A e, além disso, ferir o inciso XXII do art. 7º e, em uma visão mais ampla, retira a concretização do próprio direito geral à saúde.

REFERÊNCIAS

ATRIA, Fernando. Existem direitos sociais? **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul n° 56** – set/dez. 2005. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios do direito brasileiro. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v.6, n.23, p.25-65, jul./set. 2003.

_____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BELLO, Enzo (Org.); ENGELMANN, Wilson (Org.). **Metodologia da pesquisa em direito**. Caxias do Sul: Educs, 2015.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. Meio ambiente do trabalho saudável: direito fundamental do trabalhador. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região**. Rio de Janeiro, n.11, p.89-98, jan./dez. 2004. Disponível em: <http://portal2.trtrio.gov.br:7777/pls/portal/docs/PAGE/GRPPORTALTRT/PAGINAPRINCIPAL/JURISPRUDENCIA_NOVA/REVISTAS%20TRTRJ/049/11_REVTRT49_WEB_CLAUDIO.PDF>. Acesso em: 19/08/2017.

BRASIL. Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). Disponível em: <http://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2017/07/Pedido-de-Veto.pdf>. Acesso em: 20/08/2017.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22/07/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.065-DF**. Relator para o acórdão Min. Maurício Corrêa. Ementa publicada em Diário da Justiça de 04.06. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375320>>. Acesso em: 10/07/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3104-DF**. Relator para o acórdão Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha. Ementa publicada em Diário da Justiça de 08.11.2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=493832>. Acesso em: 10/07/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.015-DF**. Relatora original Min. Ellen Gracie. Relator para o acórdão Min. Cezar Peluso. Ementa publicada em Diário da Justiça de 18.02.2005. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 10/07/2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em RR nº 0001841-15.20011.5.18.0003**, 6ª turma. Data do julgamento: 08.05.2013. Relatora: Min. Kátia Magalhães Arruda. Data da publicação: 17.05.2013. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 10/07/2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **RR nº 174400-06.2009.5.15.0011**. Data de Julgamento: 11/03/2013. Redator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma. Data de Publicação em Diário Oficial: 05/04/2013. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 10/07/2017.

_____. **Decreto-Lei N.º 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 20/05/2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. **Direito constitucional**. 7ª ed. revista, Almedina, Coimbra, 2003.

CAVALHEIRO NETO, Augusto. O princípio da proteção e o direito do trabalho. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v.24, n.25, jan./jun. 2002

CORRÊA, Carlos Romeu Salles. **O princípio da proibição do retrocesso social no Direito do Trabalho**. 2012. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu, Linha “Relações de Trabalho na Contemporaneidade”, Grupo “Direitos Fundamentais e Reflexos nas Relações Sociais”, da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14ª ed. São Paulo. LTr: 2015.

_____. Direitos fundamentais na relação de trabalho. **Revista LTr**. Legislação do Trabalho, v. 70, p. 657-667, 2006.

_____. Duração do Trabalho: o debate sobre a redução para 40 horas semanais. **Revista do TST**, Brasília, vol. 75, nº 2, abr/jun 2009.

_____. Os princípios na estrutura do direito. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, RS, v. 75, n. 3, p. 17-34, jul./set. 2009.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Tratado Jurisprudencial de Direito Constitucional do Trabalho**. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

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

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 16. Ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

_____. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. vol. 2. 12ª edição. Salvador: JusPodivm, 2016.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão e dominação. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.

FRAGA, Márcio André Keppler. **O princípio do Não Retrocesso Social e a Constituição Federal de 1988**. 119f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: parte geral. Vol. 1. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. O Princípio da Proibição do Retrocesso Social e a sua Função Limitadora dos Direitos Fundamentais. **Revista Justiça do Direito**, vol. 14, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LASTRA LASTRA, José Manuel. La Jornada de Trabajo. Dentro de: **Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social**. Buen Lozano, Néstor de Morgado

Valenzuela, Emilio Coordenadores. MÉXICO: UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, 1997. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/139/27.pdf>>. Acesso em: 19/08/2017.

LEE, Sangheon; MCCANN, Deirdre; MESSENGER, Jon. **Duração do trabalho em todo o mundo: tendências de jornadas de trabalho, legislação e políticas numa perspectiva global comparada.** Brasília: OIT, 2009.

LUBISCO, Nídia Maria Lienert; VIEIRA, Sônia Chagas. **Manual de estilo acadêmico: trabalhos de conclusão de curso, dissertações e teses.** 5. ed. Salvador: EDUFBA, 2013.

MEIRELES, Edilton. **Princípio do não-retrocesso social no direito do trabalho.** Evocati Revista. n° 13. Jan. 2007. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=100>. Acesso em: 10/07/2017.

MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Vedação do Retrocesso: o que é e como perder o medo. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, vol. XII – Direitos Fundamentais: 205-236. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV, 3.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1996.

_____. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo II, 5.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1996.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho.** 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NUNES, Flávio de Oliveira. **Segurança e Saúde no Trabalho.** 2. ed. São Paulo: Método, 2014.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n° 155.** Aprovada na 67^a reunião da Conferência Internacional do Trabalho. Genebra, 11 ago. 1983. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/node/504>. Acesso em: 19/08/2017.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador.** 3.^a edição. São Paulo: LTr, 2001.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constituição da OMS.** 1948. ONU (Organização das Nações Unidas). Nova York. Disponível em: <<http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf?ua=1>>. Acesso em: 19/08/2017.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 2^a ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n° 39/84.** Relator: Vital Moreira. Lisboa, 11 de abril de 1984. Disponível em: <<https://dre.pt/application/file/a/384958>>. Acesso em: 03/07/2017.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 25^a edição. São Paulo: Saraiva, 2001.

SALOMON, Délcio Vieira. **Como fazer uma monografia**. 13. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. Algumas notas em torno da proibição de retrocesso na esfera dos direitos fundamentais. **Direito & Justiça**: revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, v. 32, n. 1, jun. 2006.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. O Estado Social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 17, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 8^a edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 2012.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____. O Estado democrático de direito. **Revista de Direito Administrativo**. 173: 15-34, Rio de Janeiro: jul./set., 1988.

SILVA JÚNIOR, Antônio Braga da. A fundamentalidade dos direitos trabalhistas: uma diretriz constitucional ainda. **Revista de direito do trabalho**, São Paulo, SP, v. 43, n. 174, p. 123-150, fev. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Da utilidade de uma análise garantista para o direito brasileiro**. Porto Alegre: Fundação Escola da Magistratura do Trabalho do Rio Grande do Sul, 1999.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial**. São Paulo: Renovar, 2008.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. 1^a edição. Organizado e atualizado por Márcia Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.