

**CENTRO UNIVERSITÁRIO VALE DO IGUAÇU – UNIGUAÇU
CENTRO UNIVERSITÁRIO AUTÔNOMO DO BRASIL – UNIBRASIL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITOS FUNDAMENTAIS E
DEMOCRACIA – MESTRADO**

RODRIGO BARZOTTO PEREIRA DE SOUZA

**O CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE E A POSSÍVEL RESTRIÇÃO DE
DIREITO FUNDAMENTAL NO ÂMBITO TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIO
PELA NORMA INFRACONSTITUCIONAL**

CURITIBA – PR

2020

RODRIGO BARZOTTO PEREIRA DE SOUZA

**O CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE E A POSSÍVEL RESTRIÇÃO DE
DIREITO FUNDAMENTAL NO ÂMBITO TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIO
PELA NORMA INFRACONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada para banca avaliadora como requisito parcial à obtenção de título de Mestre em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia – Mestrado.

Orientador: Prof. Dr. William Soares Pugliese.

CURITIBA – PR

2020

xxxx

Souza, Rodrigo Barzotto Pereira de.

TERMO DE APROVAÇÃO

RODRIGO BARZOTTO PEREIRA DE SOUZA

O CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE E A POSSÍVEL RESTRIÇÃO DE DIREITO FUNDAMENTAL NO ÂMBITO TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIO PELA NORMA INFRACONSTITUCIONAL

Dissertação apresentada para banca avaliadora como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação *stricto sensu* (Mestrado) em Direitos Fundamentais e Democracia, Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil e Centro Universitário Vale do Iguaçu – UNIGUAÇU, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. William Soares Pugliese
Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil

Membros: Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier
Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil

Prof. Dr. Marco Aurélio Serau Junior
Universidade Federal do Paraná – UFPR

Curitiba, dezembro de 2020.

RESUMO

XX

Palavras-chave: xx

RESUMEN

XX

Palabras-clave: xx

LISTA DE SIGLAS

§ – Parágrafo

Art. – Artigo

Caput – Cabeça de artigo

CC – Código Civil Brasileiro

CF/88 – Constituição da República Federativa Brasileira de 1988

ONU – Organização das Nações Unidas

STF – Supremo Tribunal Federal

V.G. (verbi gratia) – por exemplo

LISTA DE ABREVIATURAS

Ed. – Edição

f. – Folha

p. – Página

SUMÁRIO

RESUMO	3
RESUMEN	4
INTRODUÇÃO	10
1 DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS PRESTACIONAIS DO TRABALHADOR	12
1.1 TERMINOLOGIA PRÓPRIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	14
1.2 FUNDAMENTOS E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	16
1.3 UNIVERSALIDADE E ESPECIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS....	18
1.4 CARACTERÍSTICAS JURÍDICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	19
1.4.1 Distinções.....	19
1.4.2 Aplicabilidade Imediata.....	22
1.4.3 Indivisibilidade	23
1.4.3 Irrevocabilidade – Vedação do Retrocesso Social	24
1.4.4 Irrenunciabilidade e Indisponibilidade	26
1.4.5 Mediação Legal	26
1.4.6 Direitos Fundamentais Oponíveis Contra Particulares.....	27
1.4.7 Diferenciação Entre as Gerações/Dimensões de Direitos Fundamentais	28
1.5 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	30
1.5.1 Dogmática de Direitos Sociais como Direito Fundamental.....	30
1.5.2 Posição do Estado em Face dos Direitos Fundamentais Sociais.....	31
1.5.3 Racionalidade e Segurança Jurídicas	32
1.5.4 Eficácia.....	33
1.5.5 A Questão dos Gastos Públicos.....	34
1.5.6 A Verdadeira Natureza dos Direitos Fundamentais Sociais: Direitos em Resposta às Demandas Sociais.....	34
1.5.7 Funções Múltiplas dos Direitos Fundamentais do Trabalhador	36
1.5.8 A Proteção Principlológica do Trabalhador	38
1.5.9 A Proteção Constitucional do Trabalhador	39
1.5.10 A Proteção Internacional do Trabalho	40
1.5.11 Papel Social da Seguridade Social no Brasil	41
2 RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS POR MEIO DE ALTERAÇÕES NORMATIVAS	43

2.1	TEORIA INTERNA DAS LIMITAÇÕES	45
2.2	TEORIA EXTERNA DAS RESTRIÇÕES	47
2.2.1	Tipos de Restrições	49
2.2.1.1	Restrições diretamente constitucionais	49
2.2.1.2	Restrições indiretamente constitucionais.....	51
2.2.1.3	Restrições não expressamente autorizadas pela constituição	52
2.2.2	Direitos Fundamentais como Princípios	54
2.2.3	O Limite dos Limites	56
2.2.4	Constitucionalidade Formal da Lei Restritiva	57
2.2.5	Núcleo Essencial do Direito Fundamental.....	57
2.2.5.1	Ponderação e Proporcionalidade	59
2.2.5.2	A Garantia do Conteúdo Essencial.....	62
2.2.5.3	O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	65
2.2.5.4	O Princípio da Igualdade	66
2.2.5.5	O Princípio da Proteção da Confiança e da Segurança Jurídica	67
2.2.5.6	Limites Materiais de Revisão Constitucional	68
2.3	RESTRIÇÕES ATRAVÉS DE ALTERAÇÕES NORMATIVAS.....	68
2.3.1	Limites para as Alterações Normativas	70
2.3.2	Teoria da Prevenção Normativa.....	71
2.3.2.1	Âmbito de proteção e suporte fático	71
2.3.2.2	Suporte fático restrito, intermediário e amplo	71
2.4	PROIBIÇÃO DO RETROCESSO EM DIREITOS FUNDAMENTAIS	74
2.4.1	Conceito e Consequências.....	75
2.4.2	Compensação Exigida para Assegurar a Efetividade	76
2.5	A EFETIVIDADE MITIGADA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CRISE	77
2.5.1	Reformas Neoliberais e o Ataque aos Direitos dos Trabalhadores	77
2.5.2	Reformas Neoliberais e os Reflexos na Previdência.....	79
2.6	PROPOSTAS ALTERADORAS NA ÁREA TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIA... 80	
2.6.1	Restrições a Direitos por Meio de Lei ou Norma Coletiva	80
2.6.2	O Desmonte dos Direitos Sociais e a Nova Política	81
2.6.3	Fundamento	81
2.7	A RESTRIÇÃO DE DIREITOS NO TRABALHO INTERMITENTE.....	82
3	CONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL DO CONTRATO DE	
	TRABALHO INTERMITENTE	85

3.1 (IM)POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÕES A DIREITOS SOCIAIS	85
3.1.1 Fragilidade do Princípio da Proteção	86
3.1.2 Fragilidade da Proteção ao Direito Adquirido	88
3.1.3 Controversa Aplicação do Princípio do não Retrocesso	88
3.1.4 Pragmatismo Jurídico.....	89
3.1.5 Renúncia a Direitos Fundamentais	90
3.2 O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ...	92
3.3 A JUDICIALIZAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS....	93
3.4 ATIVISMO JUDICIAL NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS.....	98
3.5 POSICIONAMENTOS SOBRE A REFORMA TRABALHISTA.....	101
3.5.1 Controle de Convencionalidade e Constitucionalidade da Reforma	103
3.5.2 Inconvencionabilidade Ante a Ausência de Diálogo Social em sua Tramitação Legislativa	106
3.5.3 Inconvencionabilidade Frente à Convenção nº 144 da OIT.....	107
3.5.4 Inconvencionabilidade Frente à Convenção nº 154 da OIT.....	108
3.5.4 Inconvencionabilidade frente à Carta Internacional dos Direitos Humanos	109
3.5.5 As Ações Diretas de Inconstitucionalidade Movidas no STF Contra a Reforma .	110
3.5.6 A Inconstitucionalidade Suscitada na ADI 5.766/DF.....	111
3.5.7 A Inconstitucionalidade do Trabalho Intermitente.....	114
3.6 OS EFEITOS DA REFORMA.....	117
CONCLUSÃO	120
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	121

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade a análise das restrições e limites às restrições de direitos fundamentais sociais a partir de alterações normativas, especialmente no âmbito trabalhista.

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê um rol de direitos fundamentais, desde o artigo 5º até o artigo 17, além do que há direitos fundamentais em normas infraconstitucionais, no entanto, não há previsão expressa no texto constitucional acerca das restrições a tais direitos.

Importa verificar que os direitos sociais são espécie de direitos fundamentais e muitas vezes esses direitos, embora tenham se desenvolvido ao longo da história, sofrem ataques que são fundamentados por crises econômicas ou até mesmo crises outras que culminam na decretação de calamidade pública como a vivenciada recentemente em nível nacional a partir da chegada e disseminação no Brasil do Coronavírus (Covid-19), pandemia de uma espécie de gripe que desafia o mundo na atualidade.

A partir disso surgem os questionamentos: é possível e necessário ao legislador ordinário, via projeto de lei ou ao chefe do poder executivo, via medida provisória, restringir o que foi previsto pelo legislador constituinte? É possível o legislador ordinário restringir aquilo que lhe é hierarquicamente superior ou que, ainda que pertença ao mesmo nível hierárquico, esteja abarcado por uma proteção jusfundamental? Há limites para essa restrição no âmbito dos direitos sociais?

Considerando haver possibilidade de restrição a direitos fundamentais e que não há previsão normativa sobre o tema, quais são os critérios e fundamentos legítimos para as restrições de direitos fundamentais sociais e seus limites?

Verificando a existência de ataques aos direitos fundamentais sociais quais as medidas são úteis e necessárias para fazer cessar esses ataques, ou o cidadão pode e deve assistir impaciente eventuais ataques, pois eles se justificam em prol do bem maior que é a própria sociedade que sofre com as crises econômicas ou decorrentes de calamidade? Há mecanismos para salvaguardar os direitos sociais que envolvem, especificamente para esse trabalho, o acesso do trabalhador ao judiciário?

A Reforma Trabalhista perpetrada pela Lei nº 13.467/17 trouxe modificações que podem representar afronta a direito fundamental social previsto na Constituição Federal.

O objetivo então é tentar responder aos questionamentos, verificando se os atos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário são restrições possíveis, dando o enquadramento doutrinário específico para ao final concluir qual(is) teoria(s) aplicável(is) aos casos descritos e se há alguma medida por parte do cidadão para ver resguardados seus direitos fundamentais ou se resta apenas assistir pacientemente eventuais ataques aos direitos fundamentais sociais sob o fundamento de crise econômica ou crise decorrente de calamidade pública.

Para tanto o trabalho é dividido em três capítulos...

O primeiro capítulo trata...

O segundo capítulo aborda...

No terceiro capítulo analisa-se...

Por fim tem-se a conclusão geral e para o desenvolvimento do trabalho utiliza-se da produção descritiva e o método indutivo¹ associado ao investigatório da pesquisa bibliográfica², do mapeamento das categorias³ e do fichamento, observando-se a normalização dos trabalhos acadêmicos do Centro Universitário Autônomo do Brasil (UNIBRASIL) e as regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), não tendo o escopo de esgotar o tema em questão, e sim, abrir oportunidade para novas pesquisas.

¹ Pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de forma a ter uma percepção ou conclusão geral.

² Refere-se a investigar, estudar os conceitos, interpretar para concluir. Induz a pessoa a aprender no desenvolver da apresentação tema.

³ Retiram-se as categorias do texto e montam-se novamente as categorias.

1 DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS PRESTACIONAIS DO TRABALHADOR

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet: “direitos humanos são os positivados na esfera do direito internacional”⁴ e diferem dos direitos fundamentais que “são os reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado”.⁵

Sob a ótica kantiana “no reino dos fins tudo tem um começo ou uma dignidade”. Seu raciocínio está a afirmar que a dignidade se refere a algo que possui um valor que não pode ser substituído por qualquer outra coisa equivalente. Ou seja, a dignidade está acima de qualquer preço e, por conseguinte, “o que não admite equivalente, é o que tem uma dignidade”. Nestas palavras complementa a ideia Immanuel Kant:

[...] o que se faz condição para alguma coisa que seja fim em si mesma, isso não tem simplesmente valor relativo ou preço, mas um valor interno, e isso quer dizer, dignidade. Ora, a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador do reino dos fins. Por isso, a moralidade e a humanidade enquanto capaz de moralidade são as únicas coisas providas de dignidade.⁶

Para a professora Karine Salgado “a dignidade humana é um valor absoluto que expressa o que o homem tem de mais humano, a sua capacidade, enquanto ser racional, de ser livre”.⁷

Em relação à terminologia própria de direitos humanos e direitos fundamentais é lapidar o que se descreve da doutrina de Canotilho:

[...] **direitos do homem** são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); **direitos fundamentais** são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.⁸

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 29.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 29.

⁶ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 62.

⁷ SALGADO, Karine. **A filosofia da dignidade humana: por que a essência não chegou a conceito?** 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2011.

⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 387.

Em relação à expressão “Direito Fundamental”, considerando a formulação de uma conceituação, importa perpassar por uma análise histórica e doutrinária que não se formou (se é que está formada) sem críticas e contrapontos. Há nuances a serem consideradas quando se trata de utilizar a designação “direito fundamental” ou “direito humano”, passando por uma compreensão mais ampla do tema, o que não nos é permitido fazer neste trabalho.

Sobre os direitos fundamentais é o conceito de Oscar Vilhena Vieira:

“Direitos fundamentais” é a denominação comumente empregada por constitucionalistas para designar o conjunto de direitos da pessoa humana expressa ou implicitamente reconhecidos por uma determinada ordem constitucional. A Constituição de 1988 incorporou esta terminologia para designar sua generosa carta de direitos. Embora incorporados pelo direito positivo, os Direitos fundamentais continuam a partilhar de uma série de características com o universo moral dos direitos da pessoa humana. Sua principal distinção é a positividade, ou seja, o reconhecimento por uma ordem constitucional em vigor.⁹

Nas palavras do professor Jorge Miranda, os direitos fundamentais são os direitos inerentes:

[...] à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível atual de dignidade, como a base principal da situação jurídica de cada pessoa, dependem das filosofias políticas, sociais e econômicas e das circunstâncias de cada época e lugar.¹⁰

Importa referir que os direitos fundamentais constituem limites externos ao poder do Estado, pois “estes direitos são os direitos naturais que, preexistindo ao Estado, dele não dependem, e, não dependendo do Estado, o Estado tem o dever de reconhecê-los e garanti-los integralmente”.¹¹

Assim, enquanto os direitos humanos são inerentes à própria condição humana, sem ligação com particularidades determinadas de indivíduos ou grupos, os direitos fundamentais são aqueles, reconhecidos pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas.¹²

⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores. 2006. p. 36.

¹⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional. Direitos fundamentais**, tomo IV. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 10.

¹¹ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. 2. ed. Tradução de Alfredo Fait. Revisão de Estevão Rezende Martins. São Paulo: Editora Unesp e Brasiliense, 1991. p. 15-16.

¹² COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 57.

1.1 TERMINOLOGIA PRÓPRIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Considerando o objetivo central do trabalho, qual seja: a caracterização de direitos do trabalhador e direitos previdenciários como direitos fundamentais materiais, opta-se, desde já, pela denominação *direito fundamental*, sem prejuízo de, eventualmente, utilizar-se a expressão *direitos humanos*, também consagrada na doutrina e na jurisprudência.

Entretanto, de acordo com Marco Aurélio Serau Junior, citando Fábio Comparato, a opção pela expressão *direitos fundamentais* acarreta alguns problemas. O primeiro, diz respeito à possibilidade de falsos direitos humanos, em outras palavras, certos privilégios da minoria dominante, serem convertidos em direitos fundamentais através do reconhecimento das normas constitucionais ou de Direito Internacional.¹³

O segundo problema consistiria no paradoxo de que, se se admite que o Estado nacional pode “criar” direitos fundamentais, incorporando-os no texto constitucional ou na assunção dos tratados internacionais, pode correlatamente, suprimi-los ou alterá-los em sua substância.¹⁴

Conforme Marco Aurélio Serau Junior a solução para o problema seria admitir uma concepção material de constituição e, assim, a ideia de *direitos fundamentais materiais*, em contraposição aos direitos fundamentais meramente *formais*.¹⁵

Importaria, então, distinguir *direitos fundamentais formais* e *direitos fundamentais materiais*, considerando que os primeiros são aqueles que se encontram escritos na constituição formal, ao passo que os últimos, são aqueles assentados na constituição material.¹⁶

Assim, o sentido material de direitos fundamentais, leva à conclusão de que os direitos fundamentais não existem apenas nos enunciados das normas formalmente constitucionais, mas também podem ser provenientes de outras fontes,

¹³ COMPARATO, Fábio Konder in SERAU JR., Marco Aurélio. **Seguridade Social e direitos fundamentais**. 4 ed., rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2020. p. 74.

¹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 57.

¹⁵ SERAU JR., Marco Aurélio. **Seguridade Social e direitos fundamentais**. 4 ed., rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2020. p. 74.

¹⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV: Direitos Fundamentais. 5. ed. Coimbra, Coimbra Editora. 2012. p. 7.

na perspectiva mais ampla da *constituição material*.¹⁷

A enumeração dos direitos fundamentais, nessa perspectiva, portanto, tende a ser aberta, ou seja, “sempre pronta a ser preenchida ou completada através de novas faculdades para lá daquelas que se encontrem definidas ou especificadas em cada momento”.¹⁸

No vigente texto constitucional brasileiro, vigora essa concepção dos direitos fundamentais como sistema de normas abertas, notadamente a partir do que dispõe o art. 5º, § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Segundo Ana Carolina Lopes Olsen a adoção de um critério material de direitos fundamentais:

[...] se presta a informar ao interprete a respeito de quais valores foram levados em consideração pelo constituinte para a previsão constitucional destes direitos. A partir desta consciência axiológica, a vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais assume, necessariamente, outra conotação. Dar efetividade aos direitos fundamentais não é tão-somente cumprir a letra fria da Constituição, mas sim, respeitar os valores construídos e difundidos na sociedade, trilhando os caminhos que ela mesma traçou ou pretendeu traçar.¹⁹

Finalmente, também relativamente à terminologia própria dos direitos fundamentais, cumpre distinguir direitos fundamentais de deveres fundamentais, pois são conceitos simétricos.

Os deveres fundamentais são, geralmente, deveres de natureza política ou semelhantes a obrigações políticas, podendo consistir, igualmente, em deveres ligados à vida econômica, social e cultural que assumem relevância constitucional por, sem o seu cumprimento, se frustrarem a efetivação de direitos fundamentais ou as incumbências do Estado.²⁰

¹⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV: Direitos Fundamentais. 5. ed. Coimbra, Coimbra Editora. 2012. p. 7.

¹⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV: Direitos Fundamentais. 5. ed. Coimbra, Coimbra Editora. 2012. p. 162.

¹⁹ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível**. Dissertação de Mestrado. Curitiba. Universidade Federal do Paraná, 2006. Disponível em <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/>>. p. 38.

²⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV: Direitos Fundamentais. 5. ed. Coimbra, Coimbra Editora. 2012. p. 76

1.2 FUNDAMENTOS E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

De acordo com Celso Lafer:

O surgimento e o triunfo da ideia de direitos humanos na esfera doméstica dos Estados se inserem em um longo processo de amadurecimento de concepções de natureza ética, centradas nos conceitos de dignidade humana e de universalidade do ser humano, acima de quaisquer particularismos.²¹

No que toca à evolução histórica dos direitos fundamentais, há que se ter em mente que o processo evolutivo não se deu de forma imediata, passando por diversos momentos até chegar ao momento atual, merecendo menção uma noção perfunctória de direitos humanos presente no Direito natural, seja o de fundamento divino, seja o de fundamento recional.

Tem-se que na Grécia antiga, fazia-se distinção entre normas escritas (*nomos êngraphon*) e normas não escritas (*nomos ágraphon*). Aquelas, compunham o direito particular comum, produzindo em cada cidade-Estado da Hélade. Estas, por sua vez, compunham um panteão de normas gerais e absolutas, reconhecidas pelo consenso universal e aplicáveis a toda a humanidade, contra as quais as *nomos êngraphon* não prevaleciam.²²

Com a superação da fundamentação divina das “leis universais”, buscou-se o fundamento universal da vigência do direito na natureza. Um dos movimentos filosóficos que dava suporte a essa concepção de Direito era o estoicismo que se organizava em torno da ideia de unidade moral do ser humano e de dignidade do homem, considerado possuidor de direitos inatos e iguais em todas as partes do mundo, não obstante as diferenças individuais e grupais.²³

Para a doutrina esse modelo filosófico do estoicismo influenciou o cristianismo e a concepção cristã de igualdade universal entre os homens, melhor elaborada na idade média, fundamentou a ideia de Direito natural, predominantemente, religioso.²⁴

Posteriormente, tornou-se a predominar na filosofia política a concepção jusnaturalista de fundamento racional, veiculada pelo iluminismo. De acordo com a

²¹ LAFER, Celso. **A internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Recismo e Relações Intermacionais**. Barueri: Manole, 2005. p. 146.

²² COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 6.

²³ COMPARATO, Fábio Konder in SERAU JR., Marco Aurélio. **Seguridade Social e direitos fundamentais**. 4 ed., rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2020. p. 79.

²⁴ COMPARATO, Fábio Konder in SERAU JR., Marco Aurélio. **Seguridade Social e direitos fundamentais**. 4 ed., rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2020. p. 79.

filosofia jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII:

[...] desvinculada como era dos pressupostos transcendentais e teológicos que tinham caracterizado, ao invés, o direito natural medieval – também ela afirmava, enfim, a existência de “direitos inatos”, intangíveis e irrenunciáveis, em síntese, a existência de **limites** e de **preceitos cogentes para o próprio legislador**.²⁵

Considerando, ainda, a filosofia kantiana a dignidade da pessoa decorre de que, pela sua vontade racional, apenas a pessoa vive em situação de autonomia, quer dizer, apenas ela é capaz de guiar-se pelas normas que ela própria formula.²⁶

Também, se o fim de todos os homens é a realização de sua própria felicidade (a pessoa como fim em si mesma), não basta agir de modo a não prejudicar ninguém (imperativo categórico), pois isto seria uma máxima meramente negativa. Tratar a humanidade como um fim em si mesma implica o dever de favorecer, tanto quanto possível, os fins de outrem. Sendo o sujeito um fim em si mesmo, é preciso que os fins de outrem sejam por mim considerados também como meus.²⁷

A primeira afirmação histórica concreta e consequente ocorre apenas com as Revoluções americanas e francesas, no Século XVIII. Substitui-se a ênfase na noção de dever dos súditos pela prevalência da noção de direitos do cidadão – fenômeno que Hannah Arendt, em momento histórico posterior, identificaria como a ideia do “direito a ter direitos”, base dos regimes democráticos contemporâneos.²⁸

De acordo com o professor Marco Aurélio Serau Junior o tema de direitos fundamentais entrelaça-se com o tema da constituição, pois é com o advento do constitucionalismo moderno que os direitos fundamentais ganham a característica de universalidade e de efetiva juridicidade, uma vez que foram assegurados nos primeiros documentos constitucionais.²⁹

A partir do momento em que se deu o início da positivação dos direitos humanos e sua transformação em direitos fundamentais, diversas constituições se inspiraram naquelas primeiras demonstrações de garantias fundamentais e restrição

²⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2. ed. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1992. p. 53.

²⁶ COMPARATO, Fábio Konder in SERAU JR., Marco Aurélio. **Seguridade Social e direitos fundamentais**. 4 ed., rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2020. p. 81.

²⁷ COMPARATO, Fábio Konder in SERAU JR., Marco Aurélio. **Seguridade Social e direitos fundamentais**. 4 ed., rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2020. p. 81.

²⁸ COMPARATO, Fábio Konder in SERAU JR., Marco Aurélio. **Seguridade Social e direitos fundamentais**. 4 ed., rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2020. p. 83.

²⁹ SERAU JR., Marco Aurélio. **Seguridade Social e direitos fundamentais**. 4 ed., rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2020. p. 74.

do poder estatal, culminando na edição de cartas constitucionais bem estruturadas no sentido de resguardar a dignidade da pessoa humana, prevendo os diversos desdobramentos de direitos inerentes ao ser humano, como é o caso da carta constitucional de 1988, em se tratando de Brasil.

1.3 UNIVERSALIDADE E ESPECIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Considerando que no âmbito dos direitos humanos prepondera a concepção de universalidade, significando que: ninguém se encontra excluído da prerrogativa de ser titular de direitos fundamentais, há que se observar, porém, que existem concepções filosóficas, como no pensamento de Nietzsche, que refutam-na, referindo que haveria a existência de categorias superiores de seres humanos e que esses seriam portadores de maior carga de direitos que as demais pessoas.³⁰

A despeito de tais teorias, prevalece o ideário de que as pessoas são iguais em direitos, independentemente de diferenças de gênero, cor, etnia, faixa etária, etc., mas essa tese tem seus reversos como a desigualdade e a discriminação.³¹

O conceito de desigualdade apareceu na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.330-1/DF, do Supremo Tribunal Federal, notadamente no voto do Relator, Ministro Carlos Britto:

[...] 30. O substantivo “igualdade”, mesmo significando qualidade das coisas iguais (e, portanto, qualidade das coisas idênticas, indiferenciadas, colocadas no mesmo plano ou situadas no mesmo nível de importância), é o valor que tem no combate aos fatores de desigualdade o seu modo próprio de realização. Quero dizer: não há outro modo de concretizar o valor constitucional da igualdade senão pelo decidido combate aos fatores reais de desigualdade. O desvalor da desigualdade a proceder e justificar a imposição do valor da igualdade. (STF ADI 3330-1, p. 29).

Já o conceito de discriminação é amplo e gravita em torno da ideia de uma desigualdade arbitrária no titularizar/fruir um direito fundamental. Flávia Piovesan sugere o seguinte conceito de discriminação:

[...] toda discussão, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e liberdades fundamentais, nos campos político, econômico, social, cultura e civil ou em qualquer outro campo. Logo, a discriminação significa sempre desigualdade.³²

³⁰ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm in SERAU JR., Marco Aurélio. **Seguridade Social e direitos fundamentais**. 4 ed., rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2020. p. 86.

³¹ SERAU JR., Marco Aurélio. **Seguridade Social e direitos fundamentais**. 4 ed., rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2020. p. 74.

³² PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 195.

A partir do conceito surge outro foco de discussão sobre a universalidade dos direitos humanos, em especial o da multiplicação do rol de direitos fundamentais e da especificação dos sujeitos de direito que são seus titulares e também o foco das políticas públicas que importam para contemplar as diferentes e determinantes necessidades e desigualdades que caracterizam cada sujeito determinado e específico de direitos humanos. Nesse contexto surgem os direitos dos trabalhadores e a Seguridade Social brasileira.³³

1.4 CARACTERÍSTICAS JURÍDICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No desenvolvimento da teoria, importante distinguir dispositivo de direito fundamental, normas de direitos fundamentais e direitos fundamentais, além da abordagem sobre as principais características jurídicas dos direitos fundamentais.

1.4.1 Distinções

Os dispositivos constitucionais são o enunciado semântico ou programa da norma, tal como literalmente expresso no texto constitucional. A norma de direito fundamental é o resultado ao qual se chega após a interpretação do enunciado semântico do dispositivo que veicula o texto constitucional.³⁴

Tem-se que normas de direitos fundamentais em sentido lato são aquelas que dizem respeito a direitos fundamentais (normas sobre o regime dos direitos fundamentais ou sobre outras normas) e normas de direitos fundamentais em sentido próprio são aquelas que criam ou reconhecem direitos fundamentais (“todos têm direito...” ou “a todos são reconhecidos os direitos...”). As estruturas formais das normas de direitos fundamentais são bem diferentes, pois podem expressar positiva ou negativamente o reconhecimento de um direito ou de um valor e podem impor positiva ou negativamente uma obrigação, mas todas as normas de direitos fundamentais compreendem na imposição de deveres e obrigações ao Estado que

³³ SERAU JR., Marco Aurélio. **Seguridade Social e direitos fundamentais**. 4 ed., rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2020. p. 89.

³⁴ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais. Limites e Restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 26.

resultam, para os particulares, posições de vantagem juridicamente tuteladas, isso é, os direitos fundamentais.³⁵

De acordo com a doutrina de Jellinek, os direitos fundamentais garantem aos indivíduos várias posições jurídicas em relação ao Estado, posições estas denominadas status.

Quando o indivíduo se encontra em uma determinada posição que possa ser descrita com o auxílio das modalidades de dever, proibição e competência - ou de seu converso, a sujeição -, situa-se em um status passivo, então o indivíduo tem obrigação para com o Estado.³⁶

O status negativo relaciona-se ao âmbito da liberdade individual, onde as ações são livres, pois não estão ordenadas ou proibidas, isso é, tanto sua omissão como sua realização são permitidas.³⁷

Já o status positivo refere-se à esfera na qual o indivíduo se encontra em posição de sujeição ao Estado. Quanto maior o status positivo, menor o status negativo. Cada novo dever imposto significa uma diminuição no campo de liberdade do indivíduo. Trata-se de uma relação de contradição entre ambos os status.³⁸

Assim, O status positivo atribui capacidades jurídicas ao indivíduo para exigir do Estado prestações positivas, isso é, para reclamar para si algo a que o Estado está obrigado ou exigir do Estado uma conduta de conteúdo negativo, ou seja, uma abstenção.

Considerando a teoria liberal, os direitos fundamentais atuavam como limites ao poder do Estado, que impunha a este o dever jurídico de abstenção. Trata-se da perspectiva subjetiva, pois importava identificar quais pretensões o indivíduo poderia exigir do Estado em razão de um direito positivado na sua ordem jurídica, ou seja, eram vistos como garantias jurídicas da liberdade e determinação individual.³⁹

Mais do que a dimensão subjetiva, pensada do ponto de vista dos indivíduos, enquanto posições jurídicas de que estes são titulares perante o Estado, tem sido

³⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 51-54.

³⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 256-257.

³⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 258-262.

³⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 263-267.

³⁹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 133.

admitida a noção de que os direitos fundamentais também correspondem a decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, que se projetam por todo ordenamento jurídico.⁴⁰

A dimensão objetiva seria uma espécie de mais-valia, no sentido de dotar as normas jusfundamentais de maior carga de juridicidade.⁴¹

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais funda-se na ideia de que os direitos fundamentais impõem prestações aos poderes estatais e consagram os valores de uma comunidade política. Logo, esses valores “devem se irradiar para todos os campos do ordenamento jurídico, impulsionando e orientando a atuação do Legislativo, Executivo e Judiciário”.⁴²

Assim, os direitos fundamentais implicam deveres de proteção do Estado, determinando aos órgãos estatais a obrigação de zelar pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos contra agressões dos poderes dos particulares e até mesmo por parte de outros Estados.⁴³

Foi a partir do caso Lüth⁴⁴, na Alemanha, em 1958, que a doutrina alemã desenvolveu a teoria da eficácia irradiante dos direitos fundamentais e dos deveres de proteção. Segundo essa teoria:

Os valores que dão lastro aos direitos fundamentais penetram por todo ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o Judiciário. A eficácia irradiante, neste sentido, enseja a “humanização” da ordem jurídica, ao exigir que todas as suas normas sejam, no momento de aplicação, reexaminadas pelo operador do direito com novas lentes, que terão as cores da dignidade da pessoa humana, da igualdade substantiva e da justiça social, impressas no tecido constitucional.⁴⁵

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 186.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 144.

⁴² SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 134.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 186.

⁴⁴ Tratava-se de discussão quanto à legitimidade de um boicote organizado pelo Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, Erich Lüth, contra um filme dirigido pelo cineasta nazista Veit Harlan. A produtora e a distribuidora do filme insurgiram-se contra o boicote e obtiveram sucesso na Justiça Estadual de Hamburgo, que determinou a cessação. Lüth interpôs queixa constitucional no Tribunal Constitucional, que acolheu o recurso, com base nas cláusulas gerais de direito privado, ao argumento de que estas têm de ser interpretadas com fulcro na ordem de valores a qual se assenta a Constituição.

⁴⁵ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 141-142.

Então, os direitos fundamentais passam a ser o eixo gravitacional do ordenamento jurídico e, na sua condição de direitos objetivos, oferecem estímulos e diretrizes para aplicação e avaliação dos direitos infraconstitucionais, acarretando uma interpretação conforme os direitos fundamentais de todo ordenamento jurídico.⁴⁶

A eficácia horizontal, eficácia privada ou eficácia externa é uma manifestação específica da eficácia irradiante. Diz respeito à aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas. Para Ingo Wolfgang Sarlet, ao contrário do Estado clássico e liberal de Direito, na qual os direitos de defesa tinham como finalidade proteger o indivíduo da interferência dos Poderes Públicos no âmbito privado, no Estado social de Direito, a liberdade individual, em face da presença de desigualdades no seio da sociedade, carece não apenas de proteção dos Poderes Públicos, mas também contra os mais fortes, pois é nessa esfera que as liberdades se encontram particularmente ameaçadas.⁴⁷

Portanto, a dimensão objetiva determina a reinterpretação do ordenamento jurídico, atua no controle de constitucionalidade, atribui a eficácia revogatória de normas anteriores infraconstitucionais e pauta a conduta do Estado e de entes privados com uma eficácia irradiante também nas relações privadas, que reconhecem uma posição jurídica subjetiva negativa – impedindo lesões – e outra positiva quanto à promoção desses direitos, observada a “reserva do possível” no que tange aos direitos sociais.⁴⁸

1.4.2 Aplicabilidade Imediata

De acordo com Flávia Piovesan:

[...] toda e qualquer norma definidora de direitos e garantias fundamentais há de alcançar aplicação imediata e nesse sentido devem se orientar os poderes públicos. Cabe aos Poderes públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito constitucional definidor de direito e garantia fundamental. Impõe-se, assim, aos poderes constituídos, em seu âmbito próprio de competência, a tarefa de realizar a função prospectiva, dinamizadora e transformadora desse princípio.⁴⁹

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 186.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 377-378.

⁴⁸ CALVET, Otávio Amaral. **A estabilidade da gestante doméstica: reintegração forçada?** 2006. Disponível em: <<http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/artigos/>>

⁴⁹ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 343-344.

Ainda, o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais intenta assegurar-lhes força vinculante. Quer dizer, objetiva tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativos, Executivo e Judiciário, investindo-lhes a atribuição constitucional de promover as condições para que sejam os direitos fundamentais reais e efetivos.⁵⁰

Tem-se que na seara dos direitos sociais urge, no que diz respeito à ideia de aplicabilidade imediata, reduzir o grau de discricionariedade estatal, principalmente com o afastamento da primazia das doutrinas tais como a das chamadas “normas constitucionais programáticas”, destituídas de aplicabilidade.⁵¹

1.4.3 Indivisibilidade

A indivisibilidade dos direitos humanos “consiste no reconhecimento de que todos os direitos humanos devem ter a mesma proteção jurídica, uma vez que são essenciais para uma vida digna”, conjugando assim, “o valor liberdade ao valor igualdade na seara dos direitos humanos”.⁵²

Confirme André Carvalho Ramos:

A mútua dependência entre os direitos humanos protegidos, pois o conteúdo de um pode vir a se vincular ao conteúdo do outro, demonstrando a interação e a complementaridade entre eles, bem como que certos direitos são desdobramento de outros.⁵³

Entretanto, a indivisibilidade dos direitos fundamentais também pode ser compreendida de moto contrário. Há autores que indicam que o desmonte do Estado social (simbolizado na privatização e mercantilização de direitos sociais como: educação, previdência social e saúde) e a redução do tamanho do Estado é um passo para o desmanche da democracia.⁵⁴

⁵⁰ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 345.

⁵¹ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 113.

⁵² RAMOS, André Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 163.

⁵³ RAMOS, André Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 165.

⁵⁴ BARBER, Benjamin R. **Jihad x McMundo**. Tradução de Gabriela Máximo. São Paulo: Record, 2003. p.280.

1.4.3 Irrevocabibilidade – Vedação do Retrocesso Social

Considerando que por sua própria natureza, os direitos humanos se impõem aos Poderes públicos e privados, seja na esfera internacional, seja no plano interno dos Estados, inclusive aos Poderes constituintes, é juridicamente inválido suprimir direitos fundamentais, seja pela via de novas regras constitucionais, sejam mesmo em virtude de convenções internacionais.⁵⁵

Tem-se que o condicionamento material dos direitos sociais faz deles direitos sob reserva do possível, assim, o Estado tem o dever jusfundamental de, “tanto quanto possível, promover as condições óptimas de efectivação da prestação estadual em questão e preservar os níveis de realização já atingidos”.⁵⁶

De acordo com Jorge Reis Novais:

Se o legislador constituinte consagra os direitos sociais como fundamentais num Estado social e democrático de Direito isso significa, no mínimo, em Constituição normativa, que os poderes públicos – legislativo, executivo e judicial - estão constitucionalmente vinculados pelos direitos sociais enquanto direitos fundamentais constitucionais. Logo, gozam, a priori, do regime dos direitos fundamentais enquanto normas jurídicas vinculativas de força superior e gozam desse regime relativamente a todo seu conteúdo, assim com os direitos de liberdade, e não apenas relativamente a um dificilmente delimitável “mínimo social”.⁵⁷

Segundo Canotilho esse princípio nada pode fazer frente às crises económicas, mas “limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (...) em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural”.⁵⁸

A partir da obra de José Afonso da Silva, em que consta a clássica tripartição das normas constitucionais em comandos de eficácia plena, contida e limitada. Sendo que as primeiras seriam autoaplicáveis, já imediatamente prontas para produzir efeitos no mundo jurídico; as segundas seriam inicialmente autoaplicáveis, porém passíveis de conformação pelo legislador infraconstitucional; já as terceiras seriam apenas programáticas, dependendo da ação do legislador para serem implementadas. De

⁵⁵ COMPARATO, Fábio Konder in SERAU JR., Marco Aurélio. **Seguridade Social e direitos fundamentais**. 4 ed., rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2020. p. 105.

⁵⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 134- 135.

⁵⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 86.

⁵⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 338-339.

acordo com essa doutrina, mesmo as normas ditas programáticas já produziram um efeito imediato, que independeria de sua regulamentação: a vedação à edição de normas infraconstitucionais que contrariassem os ditames dos comandos de eficácia limitada, surge, portanto, a vedação ao retrocesso pelo legislador.

Luís Roberto Barroso trata da proibição do retrocesso como uma das quatro eficácias dos princípios. Para o autor, os princípios possuem as seguintes eficácias:

- (i) jurídica positiva ou simétrica, que assegura o poder de *enforcement* da norma jurídica, seja ela veiculada por meio de uma regra ou de um princípio;
- (ii) interpretativa, segundo a qual as normais jurídicas devem ser interpretadas de acordo com os princípios constitucionais;
- (iii) negativa, que permite a invalidação de normas e atos contrários aos princípios jurídicos; e
- (iv) vedativa do retrocesso, que torna inadmissível a revogação de normas que concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a modificação seja seguida de política substitutiva ou análoga.⁵⁹

Então, a incidência do princípio da proibição do retrocesso conduziria à invalidade de medidas que acarretassem compressões a direitos fundamentais mesmo que em contextos de crise (econômica, política), uma vez que conquistas sociais fariam parte do avanço civilizatório do Estado Democrático de Direito, não podendo ser abandonadas.

No âmbito dos direitos sociais, essa característica geral dos direitos fundamentais traduzida no princípio da proibição do retrocesso social foi assim definida por Cristina Queiroz:

Concretamente, “a proibição do retrocesso social” determina, de um lado, que uma vez consagradas legalmente as “pretensões sociais”, o legislador não pode depois eliminá-las sem “alternativas” ou “compensações”. Uma vez dimanada pelo Estado a legislação concretizadora do direito fundamental social, que se apresenta face a esse direito como uma “lei de proteção” (Schutzgesetz), a ação do Estado, que se substanciava num “dever de legislar”, transforma-se num dever mais abrangente: o de não eliminar ou revogar essa lei.⁶⁰

Então, a discussão sobre proibição do retrocesso social, nada mais é do que a aplicação, na seara específica dos direitos fundamentais sociais, do primado de irrevocabilidade dos direitos fundamentais, constitui-se na base da argumentação

⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7ª ed. São Paulo, SP, RJ: Saraiva, 2009, p. 378-381.

⁶⁰ QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial**. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 103.

sobre as possibilidades ou “impossibilidades” de supressão ou restrições a direitos fundamentais sociais.⁶¹

1.4.4 Irrenunciabilidade e Indisponibilidade

Tem-se que os direitos fundamentais são caracterizados como inalienáveis, e portanto, intransferíveis e inegociáveis, bem como, irrenunciáveis, em virtude de sua ligação à própria condição da pessoa humana, não possuindo qualquer conteúdo econômico-patrimonial.⁶²

De Acordo com Jorge Miranda:

[...] por princípio, ninguém pode renunciar a direitos, liberdades e garantias ou a direitos econômicos, sociais e culturais (precisamente porque são direitos fundamentais, assentes na dignidade da pessoa humana e elementos estruturantes da ordem constitucional).⁶³

Então, com o advento do Estado de Bem-Estar Social, bem como a concepção contemporânea de direitos fundamentais, calcada na dignidade da pessoa humana, impôs-se limites à autonomia da vontade e isso estende-se a todo e qualquer direito social, devendo ser sempre integralmente cumpridos ou ressarcidos, não podendo ser aplicada a transação nesse segmento de direitos, pois irrenunciáveis.⁶⁴

1.4.5 Mediação Legal

De acordo com a doutrina, a estrutura normativa dos direitos fundamentais, considerada como assentada em regras e princípios, muitas vezes demanda a intervenção do legislador infraconstitucional. Não significando dizer que os direitos fundamentais, especialmente os sociais, dependam, para serem exigíveis, de obrigatória mediação legal. Mas, sua definição in concreto, muitas vezes demandam intervenção do legislador.⁶⁵

⁶¹ SERAU JR., Marco Aurélio. **Seguridade Social e direitos fundamentais**. 4 ed., rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2020. p. 105.

⁶² SERAU JR., Marco Aurélio. **Seguridade Social e direitos fundamentais**. 4 ed., rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2020. p. 106-107.

⁶³ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais**. 5. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 357.

⁶⁴ SERAU JR., Marco Aurélio. **Seguridade Social e direitos fundamentais**. 4 ed., rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2020. p. 107.

⁶⁵ SERAU JR., Marco Aurélio. **Seguridade Social e direitos fundamentais**. 4 ed., rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2020. p. 107.

Destaca-se que a configuração dos direitos fundamentais, deve ficar relativamente isenta do processo político-eleitoral, que se move por conjunturas pontuais, alterações partidárias e alternâncias de maiorias e minorias políticas, o que se expressa nas reformas e tentativas de reformas constitucionais, as quais atacam a estabilidade normativa constitucional, pugnano por um ideal de constituição formada por princípios, valores e procedimentos disponíveis e permitidos ao Estado.⁶⁶

Assim, os direitos fundamentais estabelecem, ao mesmo tempo, uma vinculação negativa ao legislador, pois operam como uma barreira à liberdade legislativa de configuração do ordenamento jurídico e uma vinculação positiva, impondo ao legislador a tarefa de promover os direitos fundamentais, às vezes carecedores de desenvolvimento e regulação infraconstitucional.⁶⁷

1.4.6 Direitos Fundamentais Oponíveis Contra Particulares

Ainda que a trajetória dos direitos fundamentais tenha se desenvolvido essencialmente em relação ao Estado, a doutrina reconhece a possibilidade de sua oposição e da vinculação aos particulares, o que se denomina eficácia horizontal dos direitos fundamentais (em oposição à eficácia vertical, direcionada ao Estado), pois estes devem informar as relações bilaterais travadas pelos particulares entre si, sem a interferência do Estado.⁶⁸

Acrescente-se que, assim como os direitos fundamentais vinculam e são oponíveis aos particulares e entes privados, também as políticas públicas são determinantes aos detentores do poder econômico e social, mesmo estes se encontrando fora do Estado.⁶⁹

Em relação à Seguridade Social e à Previdência Social, embora normalmente constituem-se de estruturas administrativas a cargo do Estado, ocorre, ao menos indiretamente a característica da horizontalidade dos direitos fundamentais, pois, por exemplo, as empresas precisam recolher regular e corretamente as contribuições

⁶⁶ SERAU JR., Marco Aurélio. **Seguridade Social e direitos fundamentais**. 4 ed., rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2020. p. 108-109.

⁶⁷ QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial**. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 103.

⁶⁸ SERAU JR., Marco Aurélio. **Seguridade Social e direitos fundamentais**. 4 ed., rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2020. p. 114.

⁶⁹ COMPARATO, Fábio Konder in SERAU JR., Marco Aurélio. **Seguridade Social e direitos fundamentais**. 4 ed., rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2020. p. 83.

sociais a seu cargo, caso contrário poderá inviabilizar o direito fundamental dos segurados de acesso à Previdência Social.⁷⁰

1.4.7 Diferenciação Entre as Gerações/Dimensões de Direitos Fundamentais

No aspecto da organização no tempo e no espaço da sociedade, os doutrinadores utilizam-se das terminologias “gerações de direitos fundamentais” ou “dimensões de direitos fundamentais”. A tendência é a utilização da expressão “dimensões dos direitos fundamentais”, pois o uso da expressão “gerações” parecer existir substituição de uma pela outra.

Nos termos da doutrina de Sarlet:

[...] os direitos fundamentais não são estáticos, e sim um processo progressivo de reconhecimento que se evolui ao longo do tempo. Portanto, o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais.⁷¹

George Marmelstein dispõe a respeito das dimensões dos direitos fundamentais:

Há quem pense que os Direitos fundamentais representem valores imutáveis e eternos. Trata-se, porém, de uma visão equivocada. Na verdade, esses valores são bastante dinâmicos, sujeitos a saltos evolutivos e a tropeços históricos, já que acompanham a evolução cultural da própria sociedade. Desse modo, é natural que o conteúdo ético dos Direitos fundamentais também se modifique ao longo do tempo.⁷²

Sob o aspecto da classificação, os direitos fundamentais são classificados majoritariamente pelos doutrinadores em três dimensões. Há alguns doutrinadores que admitem existir uma quarta dimensão, outras até a quinta dimensão, havendo aqueles que admitem existir até mesmo outras dimensões. Há preferência neste trabalho pela abordagem das três dimensões sedimentadas na doutrina.

Na primeira dimensão tem-se os direitos de liberdade (direitos individuais, civis e políticos), assim conceituado por Paulo Bonavides:

Os direitos da primeira geração ou direito da liberdade tem por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou

⁷⁰ SERAU JR., Marco Aurélio. **Seguridade Social e direitos fundamentais**. 4 ed., rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2020. p. 114-115.

⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 45.

⁷² MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Atlas, 2008. p. 40.

atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é o seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.⁷³

Na segunda dimensão constam os direitos de igualdade (direitos sociais, culturais e econômicos), que exigem do Estado prestação positiva, assim também conceituado por Paulo Bonavides:

São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das mais distintas formas de Estado Social [...] Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se pode separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.⁷⁴

E na terceira dimensão aparecem os direitos de fraternidade ou de solidariedade (direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente saudável e à comunicação) conceituado nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet:

Os direitos fundamentais da terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa.⁷⁵

Destaque-se que em relação a esses direitos, Paulo Bonavides explica que “não houve simples inspiração das declarações dos direitos, eles foram alcançados, por reivindicações e lutas”.⁷⁶

Como já referido há outras dimensões ou gerações de direitos descritas na doutrina, entre elas menciona Paulo Bonavides:

São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.⁷⁷

Notadamente houve evolução gradativa dos direitos fundamentais, pois nos primórdios, tinha-se praticamente apenas o âmbito de proteção individual (primeira dimensão) e, com o passar do tempo, passou a abranger a proteção coletiva (segunda dimensão), que se desenvolveu para proteger grupos humanos com direitos de titularidade coletiva (terceira dimensão).

⁷³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 563-564.

⁷⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 518.

⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 48.

⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 518

⁷⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 571

1.5 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

É assente na doutrina que os direitos dos trabalhadores têm caráter jusfundamental e que diversas regras infraconstitucionais conformam direitos fundamentais dos trabalhadores.

1.5.1 Dogmática de Direitos Sociais como Direito Fundamental

De acordo com Maurício Godinho Delgado:

Efetivamente, o Direito, em seus distintos segmentos, corroborava a desigualdade de poder existente na vida social, nas inúmeras e mais relevantes manifestações dessa desigualdade. Relações de propriedade, de trabalho, familiares, de gênero, de poder político, etc. Tratava-se, de certo modo, de um Direito da Desigualdade – instituidor, avalista e reproduzidor da desigualdade no plano da sociedade civil e da sociedade política.⁷⁸

Tem-se que até o advento das práticas e instituições democráticas, especialmente até o advento do Estado Democrático de Direito, o ordenamento jurídico era, essencialmente, um instrumento de afirmação de exclusão, segregação, desigualdade entre as pessoas humanas e grupos sociais componentes da realidade social, econômica e estatal.⁷⁹

Baseada na lei fundamental de *Bonn* (Constituição Alemã de 1949) pelo “estado social”, a teoria do Estado social dos direitos fundamentais preconiza a intervenção do Estado não como limite de sua atuação, apenas, mas como dever que justifica seu próprio fim. A liberdade representa a oportunidade real de vida e a função dos direitos fundamentais consiste na criação de estruturas sociais aptas a garantir as possibilidades de desenvolvimento da personalidade. A liberdade fática é situada no mesmo plano da liberdade jurídica e as liberdades não têm apenas a função de delimitar em sentido negativo a atuação do Estado, mas devem facilitar as prestações sociais por ele devidas.⁸⁰

⁷⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Funções do Direito do Trabalho no Capitalismo e na Democracia**. In: DELGADO, M. G; DELGADO, G. H. **Constituição da República e Direitos Fundamentais – dignidade da pessoa humana, justiça social e Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTR, 2017. p. 76.

⁷⁹ DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei nº 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017. p.36.

⁸⁰ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 3. ed. rev. e aumentada. São Paulo: LTr, 2009. p.74.

Atualmente não há dúvidas de que os direitos sociais são direitos humanos e fundamentais. Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari ensinam que “os direitos sociais são considerados direitos fundamentais partindo-se da concepção de que o Estado não deve se manter inerte diante dos problemas decorrentes das desigualdades causadas pela conjuntura econômica e social.”⁸¹

1.5.2 Posição do Estado em Face dos Direitos Fundamentais Sociais

É comum a tese de que, enquanto os direitos individuais constituem em abstenções estatais, os direitos fundamentais sociais seriam tão somente “prestações” devidas pelo Estado ou mais exatamente “deveres estatais”.⁸²

Os direitos fundamentais sociais muitas vezes demanda forte presença ou atuação estatal. Contudo, isso não é sua essência, mas um de seus predicados.

Há parte da doutrina que igualam os direitos sociais a “deveres estatais”, “atividades estatais” ou “prestações estatais”, entretanto, como afirma Fábio Comparato:

[...] o núcleo essencial dos direitos subjetivos não está na garantia de sua realização forçada com o concurso dos órgãos do Estado [...], mas sim, na devida atribuição a cada qual dos bens da vida que lhe pertencem (*suum cuique tribuere*: dar a cada um o que é seu). Ora, a todos os seres humanos sem exceção, independentemente de quaisquer diferenças de natureza biológica, étnica ou cultural, devem ser atribuídas condições sociais de uma vida digna. As garantias de realização coativa dessa atribuição de bens constituem um acessório, importantíssimo sem dúvida, mas não indispensável ao reconhecimento da existência dos direitos subjetivos.⁸³

De acordo com Antonio Baldassarre os direitos sociais constituíram resposta político-constitucional à insegurança social crescente, no final do século XIX e início do século XX, resultado dos desequilíbrios de poder gerados pelo livre jogo das forças sociais e pela incerteza implícita nos mecanismos espontâneos do mercado, sendo necessário assegurar, pelo menos, a realização do mínimo existencial dos cidadãos.⁸⁴

⁸¹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 20-21.

⁸² SERAU JR., Marco Aurélio. **Seguridade Social e direitos fundamentais**. 4 ed., rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2020. p. 114-115.

⁸³ COMPARATO, Fábio Konder. *In*: SERAU JR., Marco Aurélio. **Seguridade Social e direitos fundamentais**. 4 ed., rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2020. p. 128.

⁸⁴ BALDASSARRE, Antonio. **Los derechos sociales**. Trad. de Santiago Perea Latorre. Gogotá: Universidad Externados de Colombia. 2001. p. 23.

Para melhor entender o tema verifica-se que os direitos fundamentais podem ser classificados segundo sua função ou sua estrutura. Em relação à sua função, os direitos fundamentais podem ser diferenciados como direitos civis (que asseguram uma esfera de liberdade negativa aos indivíduos); direitos políticos (aqueles vinculados à gestão democrática da sociedade) e, direitos sociais, cuja função específica é garantir dignas condições de vida.⁸⁵

Em relação a sua estrutura, os direitos fundamentais definem-se segundo a natureza das faculdades que outorgam a seus titulares. Assim, há os direitos de defesa, que permitem a não interferência estatal; os direitos de participação, que permitem realizar atos com relevância pública; e os direitos de prestação, que facultam a exigência de benefícios, onde se encaixam os direitos fundamentais sociais.⁸⁶

Em natural evolução, o Estado contemporâneo assume forma de Estado Social de Direito, que não pode ser concebido apenas do ponto de vista formal, mas deve ser entendido em sentido material, capaz de adotar políticas públicas que atendam às demandas sociais emergentes. Ele deve garantir, segundo Arion Sayão Romita a justiça social (art. 170 da CF), o que significa, ao tempo em que respeita o ordenamento jurídico, promove o desenvolvimento da pessoa humana.⁸⁷

1.5.3 Racionalidade e Segurança Jurídicas

Trata-se de ponto de diferenciação entre direitos fundamentais de primeira e segunda dimensão e diz respeito à segurança e racionalidade jurídicas. Os direitos fundamentais de primeira dimensão geralmente representam faceta eminentemente negativa, prestando-se à estabilização da sociedade e do *status quo*, os direitos fundamentais de segunda dimensão apresentam feição nitidamente interventiva, apresentando um grande potencial transformador e devendo, muitas vezes, concretizar-se através de políticas e serviços públicos.⁸⁸

⁸⁵ SERAU JR., Marco Aurélio. **Seguridade Social e direitos fundamentais**. 4 ed., rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2020. p. 129.

⁸⁶ SERAU JR., Marco Aurélio. **Seguridade Social e direitos fundamentais**. 4 ed., rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2020. p. 129.

⁸⁷ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 3. ed. rev. e aumentada. São Paulo: LTr, 2009. p.54-55.

⁸⁸ SERAU JR., Marco Aurélio. **Seguridade Social e direitos fundamentais**. 4 ed., rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2020. p. 132.

Os direitos fundamentais sociais possuem efetividade e segurança jurídicas próprias, calcadas na tese de que os direitos fundamentais constituem-se como direitos de resposta às demandas sociais, também porque sempre é possível seu controle através de parâmetros de proporcionalidade e razoabilidade e ainda, embora os direitos fundamentais sociais tenham dimensão coletiva, especialmente por se tratar de resposta a problemas sociais que essencialmente são difusos ou coletivos, são percebidos, em última instância, pelos diversos cidadãos que lhe são titulares.⁸⁹

1.5.4 Eficácia

Segundo a doutrina os direitos fundamentais sociais seriam normas programáticas, completamente destituídos de eficácia e operacionalidade, apresentando-se como simples objetivos para o legislador, não se constituindo em verdadeiros direitos subjetivos, não sendo possível exigí-los em juízo. Quando muito, funcionam como meras garantias institucionais, parâmetro de constitucionalidade ou mandados de otimização, quando do exercício da interpretação através da técnica de ponderação de valores.⁹⁰

Ao contrário, também se entende que os direitos fundamentais de primeira dimensão seriam plenamente dotados de eficácia, concretude e exigibilidade. Essa qualidade se deveria ao fato de que consagram uma situação que remete à concepção do Direito natural, sendo apenas reconhecido e respeitado pelo Estado, não dependendo de nenhuma atividade do Estado, bastando opô-los frente ao Poder público.⁹¹

Ainda que se considere os direitos fundamentais sociais como normas programáticas, tem-se que, ainda assim, “definem metas e finalidade, as quais o legislador ordinário deve elevar a um nível adequado de concretização”. Outrossim, as normas programáticas “não representam meras recomendações ou preceitos morais com eficácia ético-política meramente diretiva, mas constituem Direito diretamente aplicável”.⁹²

⁸⁹ SERAU JR., Marco Aurélio. **Seguridade Social e direitos fundamentais**. 4 ed., rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2020. p. 134.

⁹⁰ SERAU JR., Marco Aurélio. **Seguridade Social e direitos fundamentais**. 4 ed., rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2020. p. 134-135.

⁹¹ SEGÓVIA, Juan Fernando in SERAU JR., Marco Aurélio. **Seguridade Social e direitos fundamentais**. 4 ed., rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2020. p. 135.

⁹² KRELL, Andreas Joachim in SERAU JR., Marco Aurélio. **Seguridade Social e direitos fundamentais**. 4 ed., rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2020. p. 136-137.

1.5.5 A Questão dos Gastos Públicos

Existe relação importante entre os direitos fundamentais sociais e a necessidade de gastos públicos, o que pode inviabilizá-los ou limitá-los, ao passo que os direitos fundamentais de primeira geração não padeceriam do mesmo ônus, possuindo, portanto, maior eficácia e exequibilidade.⁹³

A necessidade de gastos públicos que poderia distinguir os direitos fundamentais de primeira e segunda dimensão, tem um ponto em comum em relação à previsão orçamentária. De acordo com Cristina Queiroz:

[...] os direitos fundamentais sociais têm seus “custos”. Mas também o têm os direitos em sentido clássico, isto é, os direitos, liberdades e garantias. Cass R. Sustien e Stephen Holmes demonstraram já que esta afirmação, se tomada apenas no primeiro sentido, isto é, excluindo os direitos, liberdades e garantias, não é verdadeira, antes falaciosa.⁹⁴

Assim, tanto os direitos fundamentais de primeira como aqueles de segunda dimensão implicam a realização de despesas públicas, ficando a cargo do sistema democrático a eleição e definição das prioridades orçamentárias e de políticas públicas.⁹⁵

1.5.6 A Verdadeira Natureza dos Direitos Fundamentais Sociais: Direitos em Resposta às Demandas Sociais

De acordo com a doutrina, os direitos sociais caracterizam-se através de serviços e políticas públicas, ao passo que os direitos civis e políticos, consubstanciam-se em meros atos jurídicos, geralmente praticados de forma isolada. Isso indica a grande diferença em termos de regime e teorias jurídicas aplicáveis:

Uma política pública não é um ato isolado nem, menos ainda, a abstenção de praticar determinados atos. Ela consiste numa atividade, conceito técnico elaborado pela mais recente teoria jurídica. Trata-se, com efeito, de uma série de atos, do mais variado tipo, unificados pela comunhão de escopo e organizados num programa de longo prazo. A doutrina jurídica tradicional, tanto nos países de civil law (Europa Continental e suas antigas colônias) quanto nos de common law (Inglaterra e suas antigas colônias), desde o direito romano, ocupou-se quase que exclusivamente de atos isolados: contratos, testamentos, matrimônio, adoção, nomeação e demissão de funcionários públicos, e assim por diante. Foi só recentemente, em razão do

⁹³ SERAU JR., Marco Aurélio. **Seguridade Social e direitos fundamentais**. 4 ed., rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2020. p. 138.

⁹⁴ QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial**. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 188.

⁹⁵ SCAFF, Fernando Facury. *In*: SERAU JR., Marco Aurélio. **Seguridade Social e direitos fundamentais**. 4 ed., rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2020. p. 139.

desenvolvimento da economia de massa, que começaram a ser elaboradas regras jurídicas específicas sobre o desenvolvimento de atividades, como a organização do serviço público, ou a exploração empresarial.⁹⁶

A doutrina faz referência a outra diferença relacionada ao regime das obrigações. Enquanto no direito privado, as obrigações ocorrem em relação de alteridade, quer dizer, coloca-se um sujeito (passivo) em relação de sujeição a outro (ativo), por outro lado, no caso dos direitos fundamentais, o foco das obrigações coloca-se unicamente no titular dos direitos, sendo muitas vezes difícil encontrar-se com precisão aquele que cumprirá o dever constitucional.⁹⁷

De acordo com o professor Marco Aurélio Serau Junior os direitos sociais podem ser caracterizados, muito mais do que direitos prestacionais, “gastos públicos” ou “deveres estatais”, devendo serem considerados como “direitos de resposta” ou, em outras palavras, “direitos de resposta à questão social”.⁹⁸

Fábio Konder Comparato refere que os direitos sociais, em virtude do princípio da solidariedade, correspondem à transposição, para o plano da sociedade política, da *obligatio in solidum* do Direito privado romano, consistindo em políticas públicas de amparo e proteção social aos mais fracos e pobres, isto é, aqueles que, sozinhos, não possuem condições de viver dignamente.⁹⁹

Segundo Thomas Pogge as pessoas possuem certas necessidades básicas, cujo reconhecimento dá origem a relevantes obrigações morais e constituem o objeto de um direito fundamental, a ser transformado em norma jurídica, o qual passa, assim, a ser exigível.¹⁰⁰

Assim, a despeito da importância dos direitos civis e políticos, os direitos de primeira geração, a questão do mínimo vital e do respeito à dignidade da pessoa humana estão muito mais próximos dos direitos fundamentais compreendidos em sua segunda dimensão (social e coletiva), sendo uma importante característica diferenciadora.¹⁰¹

⁹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *In*: SERAU JR., Marco Aurélio. **Seguridade Social e direitos fundamentais**. 4 ed., rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2020. p. 140.

⁹⁷ CAMPOS, Gérman Bidart, Campos. *In*: SERAU JR., Marco Aurélio. **Seguridade Social e direitos fundamentais**. 4 ed., rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2020. p. 140.

⁹⁸ SERAU JR., Marco Aurélio. **Seguridade Social e direitos fundamentais**. 4 ed., rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2020. p. 142.

⁹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *In*: SERAU JR., Marco Aurélio. **Seguridade Social e direitos fundamentais**. 4 ed., rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2020. p. 142.

¹⁰⁰ POGGE, Thomas. *In*: SERAU JR., Marco Aurélio. **Seguridade Social e direitos fundamentais**. 4 ed., rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2020. p. 143.

¹⁰¹ SERAU JR., Marco Aurélio. **Seguridade Social e direitos fundamentais**. 4 ed., rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2020. p. 146.

1.5.7 Funções Múltiplas dos Direitos Fundamentais do Trabalhador

É certo que o objeto do contrato de trabalho não é a pessoa do trabalhador, mas sua atividade, no entanto, não se pode separar o trabalho da pessoa daquele que o presta. Então tem-se o critério objetivo da subordinação. Assim, o empregado, reúne a dupla qualidade de titular de direitos fundamentais que lhe assistem como cidadão e de titular de direitos fundamentais aplicáveis estritamente no âmbito da relação de emprego. ao inserir sua atividade laborativa na organização empresarial, o trabalhador adquire direitos decorrentes dessa posição jurídica, sem perder, contudo, aqueles de que era titular anteriormente como pessoa.¹⁰²

A Declaração Universal dos Direitos do Homem que consagrou no âmbito internacional os direitos sociais dos cidadãos enfatiza em seu artigo XXIII¹⁰³ ser direito de todo trabalhador exercer seu labor, seja em áreas urbanas, rurais, aquáticas, aéreas ou subterrâneas, em condições que lhe permita junto com a sua família viver com dignidade.

A partir do estabelecimento da Declaração Universal dos Direitos do Homem, muitas democracias passaram a consagrar em suas Constituições, como o que se observa nas Constituições brasileira e portuguesa, capítulos específicos destinados a tratar dos direitos fundamentais dos cidadãos com a inserção em seu corpo de um rol de direitos sociais.¹⁰⁴

Tem-se que as experiências totalitárias ou autoritárias, e como consequência a insegurança política observada em vários países, e também o repúdio a estes regimes políticos passados como os verificados nas ditaduras de Franco em Portugal e a militar no Brasil, fez com que vários textos constitucionais fossem redigidos de modo a salvaguardar os direitos fundamentais dos cidadãos em face de um poder público que, para tanto tem de ser limitado efetivamente na sua esfera e nos seus

¹⁰² ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 3. ed. rev. e aumentada. São Paulo: LTr, 2009. p. 211-212.

¹⁰³ Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. 2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho. 3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social. 4. Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.

¹⁰⁴ AVELINO, Geraldo Antônio. **Breves reflexões sobre os direitos sociais do trabalhador brasileiro na atualidade**. Disponível em: <https://www.fac.br/revista/index.php/revista/article/view/49>. Acesso em 10 out. 2020. p. 86.

instrumentos de ação. Desta forma, apesar das constantes dificuldades alegadas pelos Estados em face das crises financeiras, os direitos sociais tidos por força constitucional como fundamentais deverão ser respeitados, impedindo desta forma possíveis tentativas de regresso ao passado, com algum recrudescimento das originais concepções puramente negativas dos direitos básicos.¹⁰⁵

A respeito do status adquirido pelos direitos sociais, Jorge Reis Novais enfatiza que:

O alargamento dos direitos fundamentais constitucionais aos direitos sociais era, então, uma das dimensões da resposta do Estado social de Direito à questão social herdada da revolução industrial e às reivindicações de um movimento operário para quem, sobretudo nas difíceis condições económicas e sociais da época, não havia verdadeira protecção da liberdade e autonomia do cidadão (e não apenas do cidadão-burguês) sem garantia de trabalho, segurança e assistência social.¹⁰⁶

Assim, os direitos fundamentais dos cidadãos assentam-se na ideia de igualdade material visando uma efetiva simetria de oportunidades, e também numa atuação forte do estado no sentido de corrigir desigualdades e promover políticas públicas que garantam uma efetiva igualdade de oportunidades e uma sociedade dinâmica, justa e progressista.¹⁰⁷

No entanto, desde a existência da Declaração Universal dos Direitos do Homem até o momento atual, o mundo laboral passou por severas transformações impostas pela globalização, com ênfase às tentativas muitas vezes frutíferas do poder jurídico do capital, em total desrespeito à dignidade do trabalhador, a imposição de um Estado Ultraliberal.¹⁰⁸

Nesse contexto, de acordo com Geraldo Antônio Avelino:

Os direitos fundamentais dos trabalhadores contidos na Constituição brasileira de 1988 devem ser os condutores das ações legislativas no sentido de sempre garantir e manter (os trabalhadores) em um meio ambiente laboral adequado e compatível com a sua dignidade, indiferente das condições económicas que passe o país em decorrência de um mundo globalizado.¹⁰⁹

¹⁰⁵ SILVA, Jorge Pereira da. **Deveres do Estado de proteção de direitos fundamentais**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015. p. 67.

¹⁰⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.69.

¹⁰⁷ DRAY, Guilherme Machado. **O princípio da protecção do trabalhador**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 287.

¹⁰⁸ AVELINO, Geraldo Antônio. **Breves reflexões sobre os direitos sociais do trabalhador brasileiro na atualidade**. Disponível em: <https://www.fac.br/revista/index.php/revista/article/view/49>. Acesso em 10 out. 2020. p. 87.

¹⁰⁹ AVELINO, Geraldo Antônio. **Breves reflexões sobre os direitos sociais do trabalhador brasileiro na atualidade**. Disponível em: <https://www.fac.br/revista/index.php/revista/article/view/49>. Acesso em 10 out. 2020. p. 87.

Conforme a doutrina de Maurício Godinho Delgado, independente da condição social do indivíduo, indiferente de sua riqueza pessoal ou familiar, o direito ao trabalho se apresenta como uma garantia mínima, expressa como direito fundamental de todo trabalhador sendo, na prática, o grande instrumento de alcance do plano social da dignidade humana. Ou seja, torna-se o instrumento basilar de afirmação pessoal, profissional, moral e econômico do indivíduo no universo da comunidade em que se insere.¹¹⁰

1.5.8 A Proteção Principiológica do Trabalhador

Rizzato Nunes ressalta a importância da adoção por todos os operadores do direito dos princípios específicos de cada ramo, asseverando que uma vez desprezado um princípio, a consequência será a não garantia da eficácia do ato aos destinatários. Segundo o autor:

Os princípios são, dentre as formulações deontológicas de todo sistema ético jurídico, os mais importantes a serem considerados não só pelo aplicador do direito, mas por todos aqueles que, de alguma forma, ao sistema jurídico se dirijam.¹¹¹

Maurício Godinho Delgado elenca como pertencentes ao “núcleo basilar de princípios especiais” do ramo trabalhista os seguintes:

O princípio da proteção (conhecido também como princípio tutelar ou tuitivo ou protetivo ou, ainda, tutelar-protetivo e denominações congêneres; ... princípio da norma mais favorável; ... princípio da imperatividade das normas trabalhistas; ... princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas (conhecido ainda como princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas; ... princípio da condição mais benéfica (ou da cláusula mais benéfica); ... princípio da inalterabilidade contratual lesiva (mais conhecido simplesmente como princípio da inalterabilidade contratual; merece ainda certos epítetos particularizados, como princípio da intangibilidade contratual objetiva); ... princípio da intangibilidade salarial (chamado também integralidade salarial, tendo ainda como correlato o princípio da irreduzibilidade salarial); ... princípio da primazia da realidade sobre a forma; ... princípio da continuidade da relação de emprego.¹¹²

Destacando o princípio da proteção, Everaldo Lopes de Andrade, assim como fez o notável jurista uruguaio Américo Plá Rodríguez, refere que tal princípio objetiva, em caso de dúvida por parte do intérprete ou do aplicador do direito, na aplicação das regras jurídicas que disciplinam as relações individuais de trabalho “privilegiar a parte

¹¹⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2018, p. 1304.

¹¹¹ NUNES, Rizzato. **Manual de introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 224.

¹¹² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2018. p. 230.

economicamente mais fraca”, ou seja, o trabalhador. Neste sentido, deverá adotar tal procedimento, quando se verificar a existência de uma condição mais benéfica ao trabalhador ou “houver mais de um enunciado normativo disciplinando a matéria, hipótese em que devem eles aplicar aquela que for mais benéfica àquela parte”.¹¹³

Para Maurício Godinho Delgado, a tutela específica entabulada pelo princípio da proteção e devida em face da reconhecida desigualdade socioeconômica existente entre as partes no contrato de trabalho. Tal proteção, segundo o autor, se desdobraria em outras dimensões e não apenas as consideradas por Américo Plá Rodriguez: “*in dubio pro misero*; da norma mais favorável e da condição mais benéfica”. Enfatizando o nobre jurista que no direito do trabalho as regras, institutos, princípios e presunções próprias, carregam uma “teia de proteção à parte hipossuficiente e vulnerável na relação empregatícia – o obreiro –, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho”.¹¹⁴

1.5.9 A Proteção Constitucional do Trabalhador

No estado democrático de direito, os direitos fundamentais ocupam posição central dentro do ordenamento jurídico e vinculam diretamente, além do poder público, as entidades privadas, parametrizando, inclusive as relações de trabalho. Nesse contexto, assume especial relevo, no Brasil, a constitucionalização da valorização do trabalho humano (art. 170, CF), como fundamento da ordem econômica, a inspirar a adoção de medidas como a busca do pleno emprego (art. 170, III, CF) e a orientar o Estado no desenvolvimento de políticas aptas a proporcionar a distribuição equitativa da renda e bem assim o acesso a bens e serviços.¹¹⁵

Em relação ao Direito do Trabalho, Américo Plá Rodriguez ao defender os princípios específicos refere que “a cláusula constitucional impõe ao legislador o cumprimento do princípio geral de proteção. Face ao direito futuro, a norma constitucional é um obstáculo que impede o legislador de se afastar de seus preceitos”.¹¹⁶

¹¹³ ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Princípios de Direito do Trabalho: fundamentos teórico-filosóficos**. São Paulo: LTr, 2008. p. 37.

¹¹⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2018. p. 231-232.

¹¹⁵ BOCORNY, Leonardo Raupp. **A valorização do trabalho humano no Estado democrático de direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 73.

¹¹⁶ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. Trad. Wagner D. Giglio. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 16.

Então, os princípios elementares do Direito do Trabalho não somente subsidiam e direcionam o sentido e alcance da legislação trabalhista, mas, acima de tudo, detêm *status* constitucional, se revelando como instrumento de controle de constitucionalidade da legislação em vigor, ainda que não exista contradição expressa com dispositivos do texto constitucional.¹¹⁷

1.5.10 A Proteção Internacional do Trabalho

A ideia de um direito internacional social que assegurasse melhores condições de vida aos trabalhadores, submetidos a exploração e destruição de sua saúde física e mental foi progressivamente difundida durante o século XIX.¹¹⁸

A chamada Carta Internacional dos Direitos Humanos, conforme se verifica na doutrina, é integrada por uma série de Declarações e Pactos Internacionais voltados à sistematização de vertentes normativas de proteção ao ser humano.¹¹⁹

A Carta Internacional de Direitos Humanos é integrada pelo catálogo de direitos civis e políticos e pelo catálogo de direitos econômicos, sociais e culturais e o Direito do Trabalho é uma das vertentes dos Direitos Humanos, cuja dimensão ética requer a aglutinação dos conceitos de dignidade, de cidadania e de justiça social. Portanto, os direitos individuais e sociais trabalhistas, na qualidade de direitos humanos sociais, econômicos e culturais, acham-se também protegidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, estruturado ao longo do século XX.¹²⁰

Então, a Carta Internacional de Direitos Humanos, sob o prisma justralhista em especial, estabelece um conjunto de ferramentas normativas destinado à afirmação do direito fundamental ao trabalho digno e à proteção dos sujeitos trabalhadores.¹²¹

¹¹⁷ SERAU JR., Marco Aurélio; OLIVEIRA, Gabriela Varella de. **A inaplicabilidade do conceito de empregado hipersuficiente para a negociação individual em face do princípio da irrenunciabilidade.** Revista Magister de Direito do Trabalho. v.95. 2020. p. 41.

¹¹⁸ ARENDT, Hannah. **A condição humana.** 11 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 99-100.

¹¹⁹ DELGADO, Gabriela Neves; RIBEIRO, Ana Carolina Paranhos de Campos. **Os direitos sociotrabalhistas como dimensão dos direitos humanos.** Revista do Tribunal Superior do Trabalho. v. 79, 2013. Brasília: TST. p. 199.

¹²⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 167.

¹²¹ DELGADO, Gabriela Neves; RIBEIRO, Ana Carolina Paranhos de Campos. **Os direitos sociotrabalhistas como dimensão dos direitos humanos.** Revista do Tribunal Superior do Trabalho. v. 79, 2013. Brasília: TST. p. 200.

Destaca-se a fundação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), no ano de 1919, como parte integrante do Tratado de Versalhes que pôs fim a Primeira Guerra Mundial, tendo surgido como entidade autônoma associada à extinta Liga das Nações, como o objetivo de promover a justiça social, com menção importante considerando que o trabalho não pode ser tido como uma mercadoria, definindo métodos e princípios para a regulação do trabalho.¹²²

Nesse contexto de atuação, destaca-se a Declaração sobre Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho, de 1988, cujo objetivo foi avançar na promoção de direitos sociais, especialmente aqueles garantidos nas oito convenções sobre direitos fundamentais ao trabalho.^{123 124}

Em 1989, foi introduzido o conceito de trabalho decente, definido como “trabalho adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, capaz de garantir uma vida digna”, constituindo a base da coesão social e o catalisador da redução da pobreza em todas as sociedades.¹²⁵

No âmbito da Seguridade Social, assegura ao homem o direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive o direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez e velhice, por exemplo.¹²⁶

1.5.11 Papel Social da Seguridade Social no Brasil

De acordo com o Professor Marco Aurélio Serau Junior o art. 3º da CF

¹²² SERAU JR., Marco Aurélio; LAVEZZO, Y. M. C. **Refugee Labour: análise dos possíveis impactos da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) nas relações de trabalho de refugiados do Brasil.** Juris (FURG). v.29. 2010. p. 42-43.

¹²³ Convenção nº 87, de 1948, sobre liberdade sindical e proteção do direito de sindicalização; Convenção nº 98, de 1949, sobre direito de sindicalização e negociação coletiva; Convenção nº 29, de 1930, sobre trabalho forçado; Convenção nº 105, de 1957, sobre a abolição do trabalho forçado; Convenção nº 138, de 1973, que trata da idade mínima para admissão no emprego; Convenção nº 182, de 1999, dispõe sobre a proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação; Convenção nº 100, de 1951, trata da igualdade de remuneração; Convenção nº 111, de 1958, trata da discriminação no emprego e ocupação.

¹²⁴ SERAU JR., Marco Aurélio; LAVEZZO, Y. M. C. **Refugee Labour: análise dos possíveis impactos da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) nas relações de trabalho de refugiados do Brasil.** Juris (FURG). v.29. 2010. p. 44.

¹²⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **OIT completa 100 anos promovendo justiça social e trabalho decente no mundo.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/oitcompleta-100-anos-promovendo-justica-social-e-trabalho-decente-no-mundo/>. Acesso em: 30 out. 2020.

¹²⁶ DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei nº 13.467/2017.** São Paulo: LTr, 2017. p.68.

insculpe um “estado de coisas” a ser promovido, isto é, desenha um cenário ideal em que a sociedade é livre, justa e solidária (inciso I); garante o desenvolvimento nacional (inciso II); erradica a pobreza e a marginalização, bem como reduz as desigualdades sociais e regionais (inciso III); e por fim, promove o bem comum (inciso IV). Nesse contexto a seguridade social desponta como direito fundamental do cidadão, cuja promoção e resguardo congregam a essência do Estado Social designado pela Constituição.¹²⁷

A Seguridade Social pressupõe a proteção do indivíduo em face dos riscos sociais. Nas palavras de Sérgio Pinto Martins trata-se de um plexo normativo destinado a resguardar os cidadãos das contingências que os impeçam de prover as suas necessidades pessoais básicas e de suas famílias, integrado por ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, visando assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.¹²⁸

Tem-se que os direitos previdenciários possuem natureza jurídica de direitos fundamentais, o que impõe que a proteção social aos segurados, inclusive aos desempregados, seja efetiva.¹²⁹

¹²⁷ SERAU JR., Marco Aurélio; BASTOS, Alberto. **Avanços e retrocessos em torno do critério de renda para concessão do BPC: análise crítica das Leis 13.981/2020 e 13.982/2020**. Juris Plenum Previdenciária, v.30. 2020. p. 42-43.

¹²⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 58.

¹²⁹ SERAU JR., Marco Aurélio; FERNANDES, Ana Paula. **Medida Provisória 905/2019: inconstitucionalidade da contribuição previdenciária do segurado desempregado**. Juris Plenum Previdenciária, v.29. 2020. p. 111.

2 RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS POR MEIO DE ALTERAÇÕES NORMATIVAS

É incontroverso o fato de que os direitos fundamentais não são ilimitados. Já a declaração Francesa de 1789 estabelecia que os direitos têm, como limites, os direitos de outros membros da sociedade e que estes limites apenas poderiam ser determinados por lei. *In verbis*:

Art. 4º A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados por lei.¹³⁰

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet “todo direito fundamental possui um âmbito de proteção (um campo de incidência normativa ou suporte fático, como preferem outros) e todo direito fundamental, ao menos em princípio, está sujeito a intervenções neste âmbito de proteção”.¹³¹

Tem-se que o Poder Público intervém nos direitos fundamentais através de regulamentação e restrição, que tem conceitos de difícil distinção, pois naquela “está também presente, ainda que mediatamente orientada àquele fim, uma intenção restritiva, pelo que não é fácil determinar se – ou a partir de que intensidade – a realização dessa intenção produz efeitos e se constitui em intervenções restritivas”.¹³²

De acordo com Norberto Bobbio:

Basta pensar, para ficarmos num exemplo, no direito à liberdade de expressão, por um lado, e no direito de não ser enganado, excitado, escandalizado. Injuriado, difamado, vilipendiado, por outro. Nesses casos, que são a maioria, deve-se falar de direitos fundamentais não absolutos, mas relativos, no sentido de que a tutela deles encontra, em certo ponto, um limite insuperável na tutela de um direito igualmente fundamental, mas concorrente. E dado que é sempre uma questão de opinião estabelecer qual o ponto em que um termina e o outro começa, a delimitação do âmbito de um direito fundamental do homem é extremamente variável e não pode ser estabelecido de uma vez por todas.¹³³

¹³⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf. Acesso em 10 mar. 2020.

¹³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 362.

¹³² NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos Direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2010. p. 177.

¹³³ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 42.

Para José Melo Alexandrino, os direitos fundamentais são limitados ao nível do sistema social. São limitados pois integram um subsistema normativo, são limitados pela interatividade entre as respectivas normas de garantia e são limitados dada a impossibilidade de realizar simultaneamente todos os direitos de todos os titulares. É o postulado da relatividade.¹³⁴

Assentada a possibilidade teórica das restrições aos direitos fundamentais, bem como tendo presente o carácter principiológico destes direitos, pode-se conceber uma estrutura restritiva que abarque a existência de dois fenômenos diversos: a) restrições ou limites imanentes, que decorrem da convivência dos direitos e que, portanto, não se encontram expressos na Constituição, mas decorrem de uma interpretação sistêmica do Ordenamento Jurídico; b) restrições ou limites expressos na Constituição, englobando as restrições diretamente constitucionais (restrições previstas pela própria Constituição) e as restrições efetuadas pela legislação ordinária, com expressa autorização da Constituição (restrições indiretamente constitucionais).¹³⁵

Da obra de Jorge Reis Novais, colhe-se o entendimento de Peter Häberle, para quem há dois tipos de reservas: de conformação – “que remetem para o legislador a substancialização do conteúdo dos direitos fundamentais” – e as reservas de delimitação ou de ponderação de bens – “que abrem caminho para o legislador delimitar os direitos fundamentais face aos bens de valor igual ou superior que se apresentem em colisão com eles”. As normas ordinárias não seriam restrições aos direitos fundamentais, mas conformações, especificações dos conteúdos, sendo que em alguns casos o próprio legislador as determina. Ademais, a Constituição acolhe no conteúdo essencial dos direitos fundamentais a ideia de ponderação entre os direitos e valores dignos de proteção constitucional.¹³⁶

Não há, de acordo com Peter Häberle, a “figura de restrição legítima” de um direito fundamental, pois a liberdade é constitucionalmente relevante se se mantiver dentro dos limites imanentes essenciais dos direitos fundamentais. Fora do limite não há direito fundamental para ser protegido; e dentro, não há de se falar em restrição,

¹³⁴ ALEXANDRINO, José Melo. **Direitos Fundamentais. Introdução geral**. 2. ed., Cascais: Princípia, 2011, p. 118.

¹³⁵ SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Classificação dos direitos fundamentais**: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 84.

¹³⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos Direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2010. p. 312.

mas apenas em violação. Portanto, o legislador poderá somente conformar o conteúdo, delimitando-o em relação aos demais valores constitucionais de valor igual ou superior. Se invadir os limites imanentes, estará violando o limite imanente do direito.¹³⁷

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet a dogmática jurídico-constitucional apresenta três características para a realização normativa dos direitos fundamentais, quais sejam: a) âmbito de proteção; b) restrições (limitações que são e podem ser impostas); e c) limites dos limites (limites traçados em relação à limitação dos direitos fundamentais e seu respectivo âmbito de proteção). Assim, todo direito fundamental possui um âmbito de proteção e está sujeito a intervenções nesse âmbito de proteção.¹³⁸

O conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais apenas são passíveis de verificação mediante à inserção das possíveis limitações as quais os mesmos estão sujeitos. Assim, quanto mais preciso for o tratamento jurídico (normativo e dogmático) do problema das limitações e dos seus próprios limites, seja por meio da regulação constitucional direta, seja por meio da doutrina e jurisprudência, mais se estará exaltando as exigências da segurança jurídica e, portanto, do Estado democrático de Direito.¹³⁹

Em relação às restrições tem-se que elas se relacionam com os direitos restringidos de acordo com duas teorias distintas: a teoria interna e a teoria externa.

2.1 TEORIA INTERNA DAS LIMITAÇÕES

Conforme Robert Alexy a teoria interna tem sua sustentação em um único objeto, o direito com um determinado conteúdo. Nessa teoria: “não há duas coisas - o direito e sua restrição, mas apenas uma: o direito com um determinado conteúdo. O conceito de restrição é substituído pelo conceito de limite. Dúvidas acerca dos limites do direito não são dúvidas sobre quão extensa pode ser sua restrição, mas dúvidas

¹³⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos Direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2010. p. 314.

¹³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 15. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 385-386.

¹³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 15. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 386.

sobre seu conteúdo. Quando eventualmente se fala em “restrições” no lugar de “limites”, então, se fala em “restrições iminentes”.¹⁴⁰

Para Virgílio Afonso da Silva a ideia central da teoria interna poderia ser resumida na máxima frequentemente utilizada no direito francês, segundo a qual “o direito cessa onde o abuso começa” e complementa afirmando que: “[...] a partir do enfoque da teoria interna – e daí o seu nome – que o processo de definição dos limites de cada direito é algo interno a ele. É sobretudo nessa perspectiva que se pode falar em limites iminentes. Assim, de acordo com a teoria interna, existe apenas um objeto, o direito com seus limites iminentes”.¹⁴¹

Então são os chamados limites iminentes e em comparação com o Direito Civil, seria o exercício regular do direito que, no caso de ultrapassar os limites iminentes, configuraria o abuso de direito.

Segundo Virgílio Afonso da Silva “a característica principal das teorias que pressupõem um suporte fático restrito para as normas de direito fundamental é a não-garantia a algumas ações, estados ou posições jurídicas que poderiam ser, em abstrato, subsumidas no âmbito de proteção dessas normas”.¹⁴²

Para o autor, na teoria interna, os direitos fundamentais não sofrem colisões posteriores, chegando portanto em uma conclusão que em termos de estrutura normativa, os direitos a partir deste enfoque tem estrutura de regras com posições definitivas, sendo que em determinada situação jurídica, em que ocorra conflitos entre regras, essas devem ser aplicadas em sua totalidade, pelo critério da validade da(s) norma(s) jurídica(s), procurando a solução sem relatividade, mais do raciocínio natural quando se trata de regras o “tudo ou nada”. Nesse sentido escreveu: “No âmbito da teoria interna não há como falar que determinada ação seja *prima facie* garantida por uma norma de direito fundamental, mas que, em decorrência das circunstâncias – fáticas e jurídicas – no caso concreto, tal ação deixe de ser protegida. Nesses casos, o direito no qual a ação se baseia não existe, ou pelo menos na forma como a ele se recorre.”¹⁴³

¹⁴⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 277.

¹⁴¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 128.

¹⁴² SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 79-80

¹⁴³ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 130.

Então, para além da impossibilidade, Virgílio Afonso da Silva prevê que, no âmbito da teoria interna, não há sequer a necessidade do sopesamento, visto que as colisões deixam de existir, ou seja, a garantia do direito fundamental seria definitiva e não *prima facie*.¹⁴⁴

Robert Alexy demonstra essa conclusão em uma hipótese simples: se existe um direito que garante (definitivamente) que determinado comportamento seja facultativo, qualquer norma que venha a impor a obrigatoriedade ou a proibição deste mesmo comportamento não estará restringindo o direito, mas violando-o. Não há, pois, espaço para a ponderação.¹⁴⁵

Para exemplificar, no caso de uma encenação de peça teatral com uma situação de morte, não pode o autor, de fato, pretender matar o outro figurante. A situação mencionada, indiscutivelmente, não está no interior do âmbito protetivo da norma concessiva da liberdade de expressão. O que se percebe, na verdade, é a ausência, neste caso, de conflito entre direitos constitucionais, um a limitar o outro, mas simplesmente a inexistência de direito à livre manifestação com a extensão pretendida.¹⁴⁶

2.2 TEORIA EXTERNA DAS RESTRIÇÕES

Diferentemente da teoria interna que sustenta a existência de um único objeto, o “direito e seus limites”, a teoria externa pressupõem a existência do “direito em si e suas restrições”, dividindo esse objeto em dois. Conforme prevê Robert Alexy não existe necessariamente uma relação entre o conceito de direito e o conceito de restrição. Segundo ele, a relação existe a partir da exigência externa em conciliar os direitos de diversos indivíduos, bem como direitos individuais e interesses coletivos. Nos termos da sua doutrina: “O conceito de restrição a um direito sugere a existência de duas coisas – o direito e sua restrição –, entre as quais há uma relação de tipo especial, a saber, uma relação de restrição. Se a relação entre direito e restrição for definida dessa forma, então, há, em primeiro lugar, o direito em si, não restringido, e,

¹⁴⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 165.

¹⁴⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 279.

¹⁴⁶ SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 84

em segundo lugar, aquilo que resta do direito após a ocorrência de uma restrição, o direito restringido. Essa é a concepção que, normalmente de forma crítica, é denominada de teoria externa”.¹⁴⁷

De acordo com Virgílio Afonso da Silva é a partir da distinção entre o direito em si e suas restrições que se pode chegar ao sopesamento como forma de solução das colisões entre direitos fundamentais e, mais do que isso, à regra da proporcionalidade, com suas três sub-regras: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Isso porque é somente a partir do paradigma da teoria externa, segundo o qual as restrições, qualquer que seja a sua natureza, não têm nenhuma influência no conteúdo do direito, podendo apenas, no caso concreto, restringir o seu exercício [...].¹⁴⁸

De acordo com Virgílio Afonso da Silva as restrições a direitos fundamentais, desde que constitucionais, poderão ocorrer tanto através de normas com natureza de regras quanto através de normas com natureza de princípio. No caso das restrições ao direito de propriedade estabelecidas pelo plano diretor do município, aparenta ocorrer uma colisão entre a regra (ex: limitação do direito de construir) e o princípio (ex: direito de propriedade), posto que a própria regra já é resultado de uma atividade de sopesamento entre princípios (no exemplo, colidem direito de propriedade e a supremacia do interesse público).¹⁴⁹

Também as restrições a direitos fundamentais poderão ocorrer através da colisão direta entre princípios. Segundo Robert Alexy: “Um princípio é uma restrição a um direito fundamental se há casos em que ele é uma razão para que, no lugar de uma liberdade fundamental *prima facie* ou de um direito fundamental *prima facie*, surja uma não liberdade definitiva ou um não direito definitivo de igual conteúdo”.¹⁵⁰

No caso de conflito direto entre princípios, a restrição será realizada por meio da atividade judicante. A decisão judicial que estabelecer a precedência de um princípio sobre outro restringindo o direito terá a estrutura de regra.¹⁵¹

¹⁴⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 277.

¹⁴⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 138.

¹⁴⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 141.

¹⁵⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 284-285.

¹⁵¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 143.

Considerando que as restrições são também normas jurídicas e, para que elas tenham o condão de limitar o exercício de um direito fundamental, precisam guardar compatibilidade com a Constituição.¹⁵²

2.2.1 Tipos de Restrições

Na seara das restrições dos direitos fundamentais encontram-se as premissas que os direitos fundamentais são restringidos de forma direta ou indireta. Forma direta, é quando a norma restritiva vem expressa no ordenamento constitucional, forma indireta é através de norma restritiva com fundamento constitucional. De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet: “No que diz respeito às espécies de limitações, registra-se substancial consenso quanto ao fato de que os direitos fundamentais podem ser restringidos tanto por expressa disposição constitucional como por norma legal promulgada com fundamento na Constituição. Da mesma forma, há quem inclua uma terceira alternativa, vinculada à possibilidade de se estabelecer restrições por força de colisões entre direitos fundamentais, mesmo inexistindo limitação expressa ou autorização expressa assegurando a possibilidade de restrição pelo legislador”.¹⁵³

Para Alexy as restrições dos direitos fundamentais podem ser classificadas da seguinte forma: restrições diretamente constitucionais (iminentes) e restrições indiretamente constitucionais.¹⁵⁴

2.2.1.1 Restrições diretamente constitucionais

Ocorre essa espécie restritiva toda vez que a Constituição, ao conceder um direito fundamental, diretamente, consigna restrições ao seu exercício ou efetua delimitações quanto a sua abrangência normativa.

Na primeira hipótese, a restrição ao direito fundamental é imposta, direta e expressamente, pela norma Constitucional, não exigindo do intérprete maiores

¹⁵² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 281.

¹⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 391-392.

¹⁵⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 278.

indagações teóricas, pois o direito declarado passa a ser o resultante da operação restritiva.

Ou seja, a Constituição confere um direito fundamental e, ao mesmo tempo, estabelece a extensão do núcleo protetivo e as condições ao correto exercício do direito, bem como consignando possibilidades de restrições a esse direito.

Essa é a forma mais legítima de restrição a um direito fundamental, uma vez efetuada pelo mesmo órgão político que concebeu o direito, situação que, no jogo democrático, deve espelhar o consenso da maioria sobre os valores culturais plasmados em uma Constituição. A característica essencial de perenidade conferida aos direitos fundamentais pela Constituição Federal (artigo 60, § 4º), confere a necessária efetividade aos postulados constitucionais, impedindo que maiorias eventuais desfaçam conquistas históricas de toda uma nação, pois nem sobre tudo pode a maioria decidir.¹⁵⁵

Essas restrições são facilmente identificáveis quando posicionadas em cláusula de exceção contida no próprio dispositivo que assegura o direito, como ocorre no inciso XI do art. 5º (a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial), no art. 5º, XVI direito de reunião, contanto que seja sem armas, ou no inciso XXXIII do art. 7º (proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos).

As restrições diretamente constitucionais podem estar dispostas em qualquer parte do texto constitucional. Ingo Wolfgang Sarlet exemplifica: [...] o direito fundamental à inviolabilidade de correspondência (art. 5º, XII, CF), visto que, apesar de previsto como não sujeito a restrição no dispositivo referido, a inviolabilidade em princípio assegurada poderá ser temporária e excepcionalmente condicionada nas hipóteses de estado de defesa e de estado de sítio (art. 136, § 1º, I, b; art. 139, III), expressamente previstas na Constituição.¹⁵⁶

¹⁵⁵ SCHAFER, Jairo Gilberto. **Restrições a Direitos Fundamentais**. Florianópolis: UFSC, 2000 disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/79073/175808.pdf?sequence=1&isAllowed=y> acesso em 01 abr. 2020. p. 97.

¹⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 366.

No âmbito das restrições diretamente constitucionais, Robert Alexy observa que as restrições, quando posicionadas em cláusula de exceção contida no próprio dispositivo que assegura o direito, podem levar à compreensão de que se trata não de uma restrição ao direito fundamental, mas de que existem limites no interior dos direitos fundamentais ou limites imanentes. Essa compreensão é possível desde que se concorde com a teoria interna. Nesse caso, as restrições diretamente constitucionais não seriam restrições, mas “apenas descrições daquilo que é protegido. Isso teria como consequência a inexistência de restrições diretamente constitucionais. [...] Contudo, uma tal interpretação não é obrigatória por razões conceituais e nem são desejáveis suas consequências”.¹⁵⁷

2.2.1.2 Restrições indiretamente constitucionais

As restrições indiretamente constitucionais são aquelas decorrentes de norma infraconstitucional, mas previstas pela Constituição. Conforme descreve Ingo Wolfgang Sarlet, a previsão constitucional da possibilidade de restrição de um direito fundamental pode ocorrer tanto de forma mais abrangente, quanto de forma mais específica.¹⁵⁸

Em outras palavras, o constituinte pode atribuir ao legislador infraconstitucional uma competência de restrição mais ampla ou uma competência de restrição mais limitada, atendendo a pressupostos ou objetivos específicos.

Robert Alexy refere-se a essas competências de restrição (restrições indiretas) como reservas legais simples e reservas legais qualificadas, o que não pode ser confundido no Brasil com a exigência constitucional de Lei Ordinária ou Lei Complementar.¹⁵⁹

Nessas situações, a Constituição faz remissão expressa à lei infraconstitucional, a qual terá a função de **a)** limitar o âmbito concreto de exercício do direito, estabelecendo pressupostos e requisitos a serem cumpridos para o seu

¹⁵⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 287.

¹⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 367.

¹⁵⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 287.

exercício e **b)** efetuar mediação legislativa entre o Texto Constitucional e o exercício do direito pelo seu titular.¹⁶⁰

Para exemplificar, quando enuncia no inciso XV do art. 5º que “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”, a Constituição confere ao legislador uma competência de restrição da liberdade de entrada, saída e permanência, sem indicar finalidades específicas ou requisitos para essa restrição, ou seja, sem limitar seu conteúdo, em outras palavras, ocorre uma ampla autorização restritiva ou uma reserva de lei restritiva simples.

Em outro sentido, a transmissibilidade dos direitos autorais por herança, prevista no inciso XXVII do art. 5º, poderá ser restringida pelo legislador infraconstitucional unicamente através do critério temporal. No caso do inciso XXVII: “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”. Trata-se de competência restritiva limitada ou uma reserva de lei restritiva qualificada, havendo uma limitação à discricionariedade do legislador ordinário para impor a restrição.

Também é o caso do art. 5º, XII “é inviolável o sigilo de correspondência (...), salvo (...) por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. No caso a margem restritiva autorizada pela Constituição ao legislador ordinário é diminuída pela própria Constituição, a qual estabelece as condições a serem observadas pela norma restritiva (artigo 5º, inciso XII da CF/88: a esfera restritiva da lei somente poderá ocorrer para fins criminais).

2.2.1.3 Restrições não expressamente autorizadas pela constituição

Como destaca Jorge Reis Novais “No fundo, todo o problema dos limites dos direitos fundamentais em Estado de Direito e, especialmente, o das restrições não expressamente autorizadas pela Constituição gira em torno dessas duas exigências de sentido potencialmente divergente: de um lado, as necessidades de proteção

¹⁶⁰ SCHAFER, Jairo Gilberto. **Restrições a Direitos Fundamentais**. Florianópolis: UFSC, 2000 disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/79073/175808.pdf?sequence=1&isAllowed=y> acesso em 01 abr. 2020. p. 94.

privilegiada e qualificada das liberdades individuais e, de outro, a satisfação por parte do Estado, das necessidades de vida em comunidade politicamente organizada e, em particular, a garantia dos direitos fundamentais dos outros e a realização dos bens constitucionais.”¹⁶¹

Tem-se que existem hipóteses admitidas pela doutrina sobre a possibilidade de restrição de direitos fundamentais sem que haja permissivo constitucional expresso. São as restrições implicitamente autorizadas pela Constituição, ou ainda restrições tácitas.

Inicialmente, é de se afirmar que o alcance dos direitos fundamentais vai até o encontro dos direitos fundamentais alheios, além de outros valores constitucionais que também deverão ser observados – haja vista que todos os direitos constitucionais possuem o mesmo nível de importância. O direito à liberdade, por exemplo, é direito fundamental que pode ser usufruído na sua totalidade, exceto se essa liberdade ferir outros direitos alheios (como o direito à vida, à privacidade, à liberdade, etc.), sendo restringidos pelos demais direitos fundamentais e, ordinariamente, pelo Código Penal (que restringe a liberdade de criminosos condenados). Estas restrições não estão expressas na norma constitucional, mas presume-se, tendo em vista a defesa de outros direitos, como o direito à vida.

Nesse sentido: “No fundo, a problemática da restrição dos direitos fundamentais supõe sempre um *conflito positivo de normas constitucionais*, a saber entre uma norma consagrada de outro direito ou de diferente interesse constitucional. A regra de solução do conflito é a da *máxima observância* dos direitos fundamentais envolvidos e da sua *mínima restrição* compatível com a salvaguarda adequada do outro direito fundamental ou outro interesse constitucional em causa. Por conseguinte, a restrição de direitos fundamentais implica necessariamente uma *relação de conciliação* com outros direitos ou interesses constitucionais e exige necessariamente uma tarefa de ponderação ou de *concordância prática* dos direitos ou interesses em conflito. Não pode falar-se em restrição de um determinado direito fundamental em abstracto, fora da sua relação com um concreto direito fundamental ou interesse constitucional diverso”.¹⁶²

¹⁶¹ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos Direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2010. p. 574.

¹⁶² CANOTILHO, J.J. Gomes, e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Coimbra, Coimbra Ed, 2014. p. 133-134.

Nas palavras de Jorge Reis Novais “a admissibilidade constitucional de restrições não expressamente autorizadas e o seu regime decorrem, não de uma livre criação ou opção do legislador constituinte susceptível de ser aprendida a partir da interpretação das normas constitucionais, mas, antes, da natureza estrutural complexa dos direitos fundamentais que, sob pena de desvirtuamento dos princípios estruturantes do Estado de Direito, o próprio legislador constitucional tem que reconhecer. Essa natureza manifesta-se de um carácter dos direitos fundamentais como trunfos ou armaduras contra a decisão das maiorias políticas que garante aos bens jusfundamentalmente tutelados uma proteção qualificada e privilegiada, mas traduz-se também, de outro lado, no condicionamento dos direitos fundamentais por uma reserva geral imanente de ponderação ou de compatibilização com todos os bens que mereçam, em Estado de Direito, proteção jurídica”.¹⁶³

Destaca Jorge Reis Novais que “no fundo todo o problema dos limites dos direitos fundamentais em Estado de Direito e, especialmente, o das restrições não expressamente autorizadas pela Constituição gira em torno dessas duas exigências de sentido potencialmente divergente: de um lado, as necessidades de proteção privilegiada e qualificada das liberdades individuais e, de outro, a satisfação por parte do Estado, das necessidades de vida em comunidade politicamente organizada e, em particular, a garantia dos direitos fundamentais dos outros e a realização dos bens constitucionais”.¹⁶⁴

2.2.2 Direitos Fundamentais como Princípios

Os direitos fundamentais como princípios é teoria idealizada por Robert Alexy em oposição à teoria interna. De acordo com o autor, saber se o intérprete é adepto da teoria externa ou interna é algo que depende necessariamente da distinção entre regras e princípios, isso é, da ideia das posições de direitos fundamentais como posições definitivas ou *prima facie*. Para ele, se o hermeneuta adota concepções de direitos fundamentais como posições *prima facie*, a teoria interna pode ser refutada.

¹⁶³ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos Direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2010. p. 555.

¹⁶⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos Direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2010. p. 574.

Se se parte de posições definitivas trata-se da teoria externa.¹⁶⁵

Na teoria dos direitos fundamentais como princípios ocorre uma diferenciação clara entre regras e princípios para assegurarem que a admissão de restrições decorrerá da distinta estrutura das normas de direitos fundamentais, isso é, os direitos garantidos por regras são definitivos, não admitindo restrição, por exemplo: proibição da extradição, e os direitos garantidos por princípios podem ser restringidos em face do peso dos princípios opostos por meio da técnica ponderação de interesses.¹⁶⁶

Assim, os princípios expressam deveres e direitos *prima facie*, não possuindo mandamento definitivo. Esses deveres e direitos poderão tornar-se menos amplos após a ponderação entre os princípios conflitantes. Em contrapartida, as regras estabelecem deveres e direitos definitivos, isso é, se uma regra é válida, deve-se realizar exatamente aquilo que ela prevê, nem mais, nem menos, salvo quando é possível estabelecer uma cláusula de exceção em uma regra quando da decisão de um caso. Ao contrário dos princípios, onde pode haver variação quanto ao grau.¹⁶⁷

Então no caso de conflito entre regras e princípios, de acordo com Alexy, deve-se sopesar o princípio em colisão e o princípio no qual a regra se funda, pois as regras não são sopesáveis.¹⁶⁸

Nas palavras de Jorge Reis Novais:

O “modelo combinado” de Alexy resultaria da vinculação entre um nível de princípios (a que pertenceriam todos os princípios susceptíveis de, no domínio dos direitos fundamentais, serem invocados como razões para decisões baseadas em ponderações) e um nível de regras, onde se integra, as disposições de direitos fundamentais que são já o resultado de ponderações entre exigências correspondentes a princípios opostos, incluindo, embora isso não resulte perfeitamente explicitado em Alexy, as ponderações já eventualmente efectuadas pelo legislador constitucional”.¹⁶⁹

Alexy descreve que mesmo as regras detêm um carácter incompleto, pois possibilitam, de alguma maneira, uma decisão livre de ponderação, razão pela qual as normas de direitos fundamentais, *rectius* as regras, congregam um duplo carácter

¹⁶⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 278.

¹⁶⁶ ALEXANDRINO, José Melo. **Direitos Fundamentais**. Introdução geral. 2. ed., Cascais: Princípiã, 2011, p. 120.

¹⁶⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 104-105.

¹⁶⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 90.

¹⁶⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 334-335.

de regra e de princípio, quando a sua formulação inclui uma cláusula de limites orientada a uma ponderação com outros princípios.¹⁷⁰

2.2.3 O Limite dos Limites

Importa mencionar, antes da análise do limite dos limites, que nem toda doutrina aceita que sejam impostos limites externos a direitos fundamentais. A chamada teoria interna entende que não se pode criar restrições para esses direitos. Somente se admite a existência de limites internos ao próprio direito, inerentes à sua natureza. Desse modo, por exemplo, uma norma infraconstitucional não poderia criar limites a um direito; poderia, no máximo, expressar uma restrição que já é própria a ele.¹⁷¹

Por outro lado, a teoria externa entende que o direito em si e suas limitações estão separados, dessa forma há limites externos. Admite-se a possibilidade de serem traçados limites aos direitos fundamentais, ou seja, não existe direito absoluto, imune a restrições. Isso é exatamente o que a doutrina alemã denomina de limites dos limites (*Schranken-Schranken*), com o fim único de impedir abusos que possam desencadear a sua supressão.¹⁷²

O professor Paulo Ricardo Schier, em estudo de limitações aos direitos fundamentais, afirma que: a restrição dos direitos fundamentais só pode se dar com autorização da Constituição; não há uma cláusula geral que permita as restrições; a restrição somente pode ocorrer através do Poder Constituinte Originário, ou por lei, se houver autorização constitucional expressa; não poderá o legislador transferir a faculdade restritiva à Administração Pública; a justificativa para a restrição é a garantia de outro direito fundamental – ou interesse ou bem constitucionalmente protegido – sendo vedado o excesso e a obrigação da observância do princípio da proporcionalidade; por último, as leis restritivas devem ter vinculação material com o princípio da preservação do núcleo essencial.¹⁷³

¹⁷⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 139-141.

¹⁷¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 130.

¹⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3ª ed., rev., atual. e amp., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 141.

¹⁷³ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 130.

Aceitando-se a possibilidade de restringir tais direitos, é necessário adotar parâmetros que garantam que essa restrição não seja excessiva. De acordo com Gilmar Ferreira Mendes:

Cogita-se aqui dos chamados 'limites dos limites' (*Schranken-Schranken*), que balizam a ação do legislador quando restringe direitos individuais. Esses *limites*, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas.¹⁷⁴

É certo que “a determinação da essência de um direito não é tarefa fácil, sobretudo quando ela se coloca perante os juízos de balanceamento de bens e direitos em caso de conflito”. Para superação de tais problemas, de acordo com Joaquim José Gomes Canotilho, a lei restritiva deve preencher requisitos formais e materiais de modo a estarem em conformidade com o texto constitucional. Deve-se verificar a constitucionalidade formal da lei restritiva, além da observância de proteção ao núcleo essencial do direito fundamental e do postulado da proporcionalidade.¹⁷⁵

2.2.4 Constitucionalidade Formal da Lei Restritiva

Conforme prevê Ingo Wolfgang Sarlet, a verificação do aspecto formal decorre da posição da Constituição na topografia do ordenamento jurídico, pois “suas normas, na qualidade de decisões do poder constituinte, representam atos de autovinculação fundamental democrática que encabeçam a hierarquia normativa imanente ao sistema”.¹⁷⁶

2.2.5 Núcleo Essencial do Direito Fundamental

A compreensão do núcleo essencial como limite às leis restritivas, vale dizer, no sentido de evitar que os direitos fundamentais fiquem inteiramente à mercê do legislador, não apresenta grande dificuldade na doutrina. O problema reside na formulação do conceito de núcleo essencial ou na tarefa de definir seu conteúdo. “La

¹⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 243.

¹⁷⁵ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 451.

¹⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 368.

sua concreta determinazione si presenta come uno dei compiti piú ardui che il Grundgesetz abbia assegnato alia teoria ed ala prassi dei diritto costituzionale".¹⁷⁷

No entanto, qualquer restrição que venha a ser feita, além de observar a formalidade, jamais poderá ser desproporcional ou afetar o núcleo essencial do direito a ser restringido, que no Brasil está intimamente ligada à extensão das cláusulas pétreas (art. 60 § 4º da CF/88).¹⁷⁸

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Branco, em sua obra apresentam dois modelos dogmáticos que orientam a proteção do núcleo essencial, trata da teoria denominada absoluta, em que existe um espaço insuscetível de regulação, independentemente das circunstâncias do caso concreto. Para essa corrente, o conteúdo essencial do direito fundamental é considerado abstratamente e constitui um núcleo duro, inflexível e invariável. Há ainda a teoria relativa, para a qual o núcleo essencial do direito fundamental é aferido concretamente, após a ponderação entre meios e fins, orientada pela proporcionalidade.¹⁷⁹

A Constituição da República Federativa do Brasil não prevê explicitamente a preservação de um núcleo essencial, como destaca Gilmar Mendes e Paulo Branco, mas ainda assim há obrigação de preservá-lo: "Embora o texto não tenha consagrado expressamente a ideia de núcleo essencial, afigura-se inequívoco que tal princípio decorre do próprio modelo garantístico utilizado pelo constituído".¹⁸⁰

Para alguns doutrinadores, entre eles, José Carlos Vieira de Andrade, o princípio da dignidade da pessoa humana acaba sendo exatamente o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Refere o autor que "a ideia do homem como ser digno e livre, que está na base dos direitos, liberdades e garantias, tem de ser vista como um limite absoluto ao poder de restrição".¹⁸¹

Entretanto, a professora Adriana Schier pondera: "A questão é que a dignidade também é constituída como um conceito indeterminado, cujo conteúdo depende das condições concretas de cada povo, em cada período histórico. Por isso,

¹⁷⁷ GROSSI, Pierfrancesco. *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione Italiana*. Padova: CEDAM, 1972. p. 151.

¹⁷⁸ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos Fundamentais. Limites e Restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.15.

¹⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 213.

¹⁸⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 244.

¹⁸¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 192.

apenas a alusão à dignidade não fornece elementos suficientes para apontar o núcleo essencial de cada um dos direitos fundamentais”.¹⁸²

Para Virgílio Afonso da Silva “a adoção da técnica da ponderação, na teoria relativa, obriga que as decisões sejam fundamentadas, o que permite maior controlabilidade dos conteúdos tomados como essenciais, nos diferentes casos concretos. E ainda, “restrições não fundamentadas, mesmo que ínfimas, violam o conteúdo essencial”.¹⁸³

Conclui a professora Adriana Schier “diante disso, a teoria relativa é a que parece oferecer melhor fundamentação para se demarcar o núcleo essencial de cada um dos direitos fundamentais”.¹⁸⁴

2.2.5.1 Ponderação e Proporcionalidade

Na teoria de Robert Alexy, com base na jurisprudência alemã, a colisão de direitos fundamentais, quando estruturados como princípios, deve ser solucionada com a aplicação da técnica da ponderação, aplicada a partir do princípio da proporcionalidade.¹⁸⁵

Tem-se que o autor parte da técnica do sopesamento ou do balanceamento desenvolvida pela Corte Constitucional Alemã, tendo sido utilizada, pela primeira vez no já referido caso Lüth¹⁸⁶, para revolver um conflito entre direitos fundamentais, defendendo que todos os princípios abstratamente possuem a mesma importância,

¹⁸² SCHIER, Paulo Ricardo; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço público adequado e a cláusula de proibição de retrocesso social**. Revista de Direito da Administração Pública. Niterói, ano 2, vol. 1, nº1, 2016. p. 206.

¹⁸³ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 184.

¹⁸⁴ SCHIER, Paulo Ricardo; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço público adequado e a cláusula de proibição de retrocesso social**. Revista de Direito da Administração Pública. Niterói, ano 2, vol. 1, nº1, 2016. p. 208.

¹⁸⁵ ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 217, 2015. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/45316>>. Acesso em: 01 nov. 2020. p. 75.

¹⁸⁶ Erich Lüth era o presidente do clube da imprensa de Hamburgo e convocou boicote aos filmes de Van Harlan, famoso diretor do cinema nazista, produzidos após 1945. Processado, Lüth foi condenado pelo Tribunal de Hamburgo, com base no artigo 826 do Código Civil Alemão, a omitir-se de novas convocações a favor do boicote, além do pagamento de multa pecuniária, considerando sua conduta contrária à moral e aos bons costumes. Inconformado, Lüth recorreu à Corte Constitucional Alemã que, sopesando os direitos fundamentais em conflito, considerou a incitação ao boicote de Lüth protegida pela liberdade de expressão garantida na primeira seção do art. 5º da Lei Fundamental Alemã, dando ganho de causa à Lüth.

devendo, na hipótese de colisão entre eles, serem analisadas as condições fáticas e jurídicas do caso concreto para ao final decidir qual deve prevalecer.¹⁸⁷

De acordo com o princípio da proporcionalidade, sempre que haja restrições que colidam com direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos, o intérprete deve atuar segundo o princípio da justa medida, vale dizer, escolhendo, dentre as medidas necessárias para atingir os fins legais, aquelas que impliquem o sacrifício mínimo dos direitos dos cidadãos. Ou seja: as restrições que afetem direitos e interesses dos cidadãos só devem ir até onde sejam imprescindíveis para assegurar o interesse público, não devendo utilizar-se medidas mais gravosas quando outras que o sejam menos forem suficientes para atingir os fins da lei.

Em seu sentido amplo, portanto, quer significar o princípio da proporcionalidade a proibição do excesso: restrições a direitos somente podem ser efetuadas em havendo estrita necessidade para preservação de outras posições constitucionalmente protegidas. O Poder Público deve agir estritamente na busca do interesse público. A finalidade, e não a vontade, é que preside a ação da autoridade pública.¹⁸⁸

Virgílio Afonso da Silva, define a proporcionalidade como:

uma regra de interpretação e aplicação do direito, (...) empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da proporcionalidade (...) é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais.¹⁸⁹

Conforme aponta Virgílio Afonso da Silva, a submissão da restrição ao crivo da proporcionalidade permite diferenciar a restrição a um direito da sua violação.¹⁹⁰

Ainda segundo o autor, a proporcionalidade guarda íntima relação com o conteúdo essencial do direito fundamental, pois, perfilhando-se à teoria relativa, ele

¹⁸⁷ ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade**. Ratio Juris. Vol. 16, n.2, junho de 2003. p. 132-134.

¹⁸⁸ SCHAFER, Jairo Gilberto. **Restrições a Direitos Fundamentais**. Florianópolis: UFSC, 2000 disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/79073/175808.pdf?sequence=1&isAllowed=y> acesso em 01 abr. 2020. p. 113.

¹⁸⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais 798, 2002. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>. p. 23.

¹⁹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 184.

entende que “restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos”.¹⁹¹

Gilmar Mendes observa que, da forma como veio se desenvolvendo na jurisprudência brasileira, a proporcionalidade se configura como “postulado constitucional autônomo que teria a sua sede material na disposição constitucional sobre o devido processo legal”, em sua dimensão substantiva. Assevera, ainda, o autor que o postulado é balizador do poder de conformação que compete ao legislador, em face de sua diretriz que proíbe o excesso.¹⁹²

Exemplificando, o Tribunal Regional Federal da Quarta Região, quando do julgamento da Apelação Cível nº 95.04.37993-1/RS, Relator Juiz Vladimir Freitas, na qual se discutia a pena de perdimento de bens em decorrência de sua utilização para transportar bens sujeitos à essa pena (Decreto-Lei nº 37/66, artigos 95, inciso I, 96, inciso I, e 104), decidiu pela necessidade de se manter a proporcionalidade entre o valor do bem apreendido e o valor do tributo elidido. Segundo o julgado, o princípio da razoabilidade permite ao Judiciário controlar as leis e demais atos estatais, analisando-os em conformidade com os princípios fundamentais assegurados na Constituição.

Finalmente, tem-se que o princípio da proporcionalidade em sentido lato, ou princípio da proibição do excesso, desdobra-se em três elementos identificados pela doutrina, a saber: a) princípio da conformidade, da idoneidade ou adequação de meios que significa que as medidas restritivas devem ser adequadas aos fins a que se destinam; b) da necessidade ou exigibilidade, que consiste na indispensabilidade das medidas restritivas; e c) da proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação, que consiste na justa proporção da intensidade das medidas restritivas.¹⁹³

O subprincípio da adequação consiste em realizar um exame absoluto, ou seja, sem comparações com outras hipóteses, em relação ao meio escolhido por determinado ato para alcançar seu objetivo. O ato deve ser considerado adequado se o meio escolhido por ele alcançar ou promover o objetivo pretendido, ou seja, tal medida só é inadequada se não contribuir em nada para o objetivo alcançado.

¹⁹¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 184. p. 197.

¹⁹² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 224-225.

¹⁹³ CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Coimbra, Coimbra Ed, 2014. p. 391.

O subprincípio da necessidade, por sua vez, obriga a realização de um exame comparativo, cotejando-se a gravidade do meio escolhido e o objetivo pretendido. A medida adotada deve ser considerada necessária se não existir outro meio menos gravoso para atingir o mesmo objetivo. Em suma, aqui pretende-se aferir se a realização de tal objetivo não pode ser promovido de outra maneira que limite menos o direito fundamental atingido. Assim, o primeiro passo é verificar qual é o direito que está sendo restringido e depois pensar em outras medidas tão eficazes quanto, porém menos gravosas, efetuando-se a comparação supramencionada.

Por fim, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito ou mandamento de ponderação é um exame que deve levar em conta a intensidade da restrição do direito atingido e a importância da realização do direito fundamental colidente. Em outros termos, trata-se de apontar qual direito, em determinado caso concreto, deve ser protegido: o direito atingido com a medida ou o direito que a medida quis prestigiar. Nas palavras de Robert Alexy, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito ou lei do sopesamento estabelece que "quanto maior o grau de não-satisfação ou de detrimento de um princípio, maior a importância de se satisfazer o outro".¹⁹⁴

2.2.5.2 A Garantia do Conteúdo Essencial

No Brasil são encontradas referências ao conteúdo essencial dos direitos como limites aos limites, sob o argumento da necessidade de protegê-los contra atuações do Estado que acabem com aqueles direitos mais importantes consagrados no texto constitucional, cujo conteúdo mínimo sempre deve ser respeitado em qualquer situação, por se constituir em um reduto interno, intransponível, do direito, alheio à atividade legislativa.

Jorge Reis Novais afirma que o conteúdo essencial pode constituir, quando muito, um elemento sinalizador da necessidade de preservá-lo no direito fundamental, tanto quanto possível, para garantia de um mínimo de conteúdo, objetivo ou subjetivo, demarcado materialmente pela dignidade humana e funcionalmente pela natureza dos direitos fundamentais enquanto trunfos contra a maioria. E, assim, essa garantia atua

¹⁹⁴ ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade**. Ratio Juris. Vol. 16, n.2, junho de 2003. p. 136.

como fator complementar de limitação das restrições aos direitos fundamentais quando da ponderação de bens, através da exigência de preservação de uma posição jusfundamental mínima, sem que isso lhe confira um sentido autônomo.¹⁹⁵

Então, a garantia do conteúdo essencial, aparece sob a roupagem de mínimo existencial, mas não pode ser considerada uma nova proteção aos direitos sociais, senão como critério orientador da interpretação das restrições a esses direitos, entretanto, sem conteúdo autônomo a impedir a retrocessão, por si só, nesse campo.¹⁹⁶

No contexto dos direitos sociais o mínimo existencial é apontada como garantia do conteúdo essencial. Nesse sentido Ricardo Lobo Torres aduz a ideia de que o mínimo existencial não é um valor nem um princípio jurídico, mas é o conteúdo essencial dos direitos fundamentais e por isso não está sujeito à aplicação pelas técnicas da ponderação, e sim pela subsunção tal como a natureza de regra que ostenta, pois é irreduzível por definição. O autor atrela esse mínimo ainda à dignidade da pessoa humana, por se tratar de uma parcela indisponível dos direitos fundamentais aquém da qual desaparece a possibilidade de se viver com dignidade.¹⁹⁷

De acordo com Ana Paula de Barcellos, o mínimo existencial é composto por educação fundamental (ensino fundamental, com prestações que assegurem condições de real aproveitamento para o aluno), saúde básica (que atenda às prioridades constitucionalmente estabelecidas para o setor, a saber, prestação de serviços de saneamento, atendimento materno-infantil, medicina preventiva e prevenção epidemiológica), assistência aos desamparados (alimentação, vestuário e abrigo) e acesso à justiça (jurídico, físico e da pretensão material).¹⁹⁸

Para Virgílio Afonso da Silva, o mínimo existencial é aquilo que pode ser realizado mediante determinadas condições fáticas e jurídicas, expressões que

¹⁹⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2. ed. Coimbra Editora, 2010. p. 798.

¹⁹⁶ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 18ª edição, Editora Renovar, 2011. p. 70.

¹⁹⁷ TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais**. Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico –RDFE, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, pág. 147173, mar./ago. 2012. p. 150.

¹⁹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 277-333.

traduzem noções utilizadas por vezes de forma vaga, sob o abrigo da reserva do possível.¹⁹⁹

A expressão reserva do possível (Vorbehalt dos Möglichen) foi utilizada pela primeira vez pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão em 1972 em decisão que entendeu pela constitucionalidade de normas de direito estadual que, em razão da limitação da oferta do número de vagas nos cursos superiores de medicina nas universidades de Hamburgo e da Baviera, regulamentavam o processo seletivo dos candidatos. No caso, entendeu o Tribunal ser possível restringir o acesso às faculdades de medicina, uma vez que os direitos sociais “se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade”.²⁰⁰

A satisfação dos direitos sociais, por implicar custos maiores ao Estado e em razão da escassez de recursos econômicos, encontra nesses uma limitação para sua realização ou manutenção. A reserva do possível ou a reserva do financeiramente possível constitui um limite fático ao poder do Estado de concretizar efetivamente os direitos a prestações ou mantê-los no patamar em que conformados.²⁰¹

Também no Brasil, a reserva do possível está ligada àquilo que é razoável se exigir da sociedade em relação à disponibilidade de recursos orçamentários por parte do Estado. Verifica-se tal entendimento na explicação de Ana Paula de Barcellos: “a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas”.²⁰²

A autora divide, ainda, a reserva do possível em fática e jurídica, sendo a primeira ligada à efetiva existência de recursos públicos para realizar determinada ação e a segunda relacionada à previsão de recursos orçamentários para fazer frente àquela despesa.²⁰³

¹⁹⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª edição, Editora Malheiros, 2010. p. 205.

²⁰⁰ FALSARELLA, Christiane. **Reserva do Possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado**. Associação dos Procuradores do Estado de São Paulo. Disponível em: <http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_christiane_mina_out2012.pdf> Acesso em 20 mar. 2020. p. 2.

²⁰¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais, Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**. Coimbra Editora, 2010. p. 90.

²⁰² BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. 3ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2011. p. 276.

²⁰³ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. 3ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2011, p. 277.

Ingo Wolfgang Sarlet, entende que a reserva do possível teria dimensão tríplice, abarcando, além dos aspectos fático e jurídico, a razoabilidade e a proporcionalidade da prestação que se exige do poder público.²⁰⁴

Assim, em momentos de crise, a disponibilidade de recursos públicos em caixa tende a se mostrar reduzida, ante a diminuição da atividade produtiva (e, conseqüentemente, da arrecadação tributária) no país e o argumento da reserva do possível fática torna-se um importante instrumento para a edição de medidas de combate a crises que possam restringir de alguma forma direitos sociais.

Tem-se que essa compressão, entretanto, não poderá atingir o mínimo existencial, tendo em vista o consenso de que a reserva do possível não pode servir de argumento para a não realização do mínimo existencial que, de acordo com a doutrina, é composto de liberdades fundamentais e direitos sociais à educação básica, média e técnica, saúde básica e assistência aos desamparados, sob pena de violação frontal à dignidade da pessoa humana.

2.2.5.3 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A noção de dignidade humana está ligada à consideração da pessoa como centro da proteção estatal e da valoração que o Direito apresenta. Deve ser fonte de inspiração para o Estado e fim da sua atividade, porquanto permeia o exercício do próprio poder democrático. Trata-se de um princípio reitor de todos os demais princípios, na medida em que se constitui essência dos direitos fundamentais, a irradiar uma especial proteção sobre eles, onde se faz necessária a intervenção estatal. Concepção esta que ganhou destaque a partir das experiências vividas no período da Segunda Guerra Mundial, em que a consideração do ser humano como indivíduo foi completamente deixada de lado pelo regime Nacional-Socialista, sob o abrigo do direito positivo.

Está presente no direito brasileiro a partir de sua inclusão como Fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. III), bem como princípio de sua unidade material. A órbita dos preceitos constitucionais está ligada, de modo geral, a esse

²⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, **Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações**. Revista de Doutrina da 4ª Região, No. 24, 2008, p. 36. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em 20 mar. 2020. p. 1.

fundamento republicano da consideração do homem como pessoa e, enquanto tal, livre e digno.²⁰⁵

O Estado brasileiro tem como obrigação, decorrente da posição de destaque que ocupa a dignidade da pessoa humana, observá-la quando da conformação da sua ordem jurídica e em todas as hipóteses de sua atuação, em especial na modificação dos provimentos legais vigentes no ordenamento jurídico. A observância desse princípio também irradia efeitos sobre a atividade jurisdicional, o que significa ser imperiosa a sua observância quando da interpretação e aplicação das normas constitucionais e legais, inclusive como forma de solucionar a afetação de direitos sociais, pois a medida tomada terá sua inconstitucionalidade atestada ao arranhar o conteúdo desse princípio.²⁰⁶

2.2.5.4 O Princípio da Igualdade

Também como limitador às restrições de direitos sociais é o princípio da igualdade, tanto na sua vertente formal quanto na material, uma vez que as ações anti-crise frequentemente acabam por impor sacrifícios maiores apenas a grupos já anteriormente mais vulneráveis, como trabalhadores assalariados e aposentados.

Tem-se que no atual Estado de índole social brasileiro o tratamento igual deve ser dado para aquelas situações iguais e um tratamento desigual para as desiguais, na medida de sua desigualdade. Trata-se de aplicação efetiva do princípio da igualdade material, no sentido de que a igualdade seja uma garantia de igualdade de oportunidades a exigir uma compensação positiva dessa desigualdade.

O princípio da igualdade é, simultaneamente, um princípio de igualdade de Estado de Direito e um princípio de igualdade de democracia econômica e social.²⁰⁷

No controle de igualdade na atuação do Estado há de ser averiguado tanto os critérios da norma legal quanto aos constantes da Constituição, a partir do arsenal

²⁰⁵ BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana**. 3ª edição, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2011. p. 175.

²⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Dezembro de 2010, disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso em 10 out. 2020. p. 113.

²⁰⁷ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. tradução de Luiz Afonso Heck; Sergio Antônio Fabris Editor, 1998. p. 330.

interpretativo, respeitando a liberdade de conformação do legislador, mesmo que variável perante a dicção constitucional do direito previsto. A dificuldade, conforme Jorge Miranda, está em definir o que é igual ou desigual, semelhante ou dessemelhante, comparável ou não comparável, porque vão além de critérios objetivos, por haver interferência das transformações socioculturais e as precompreensões.²⁰⁸

2.2.5.5 O Princípio da Proteção da Confiança e da Segurança Jurídica

Segundo Jorge Reis Novais, a luta pela Constituição e pelo Estado de Direito era também, desde as revoluções liberais, uma luta pela segurança jurídica, notadamente no que toca a limitação dos poderes da autoridade estatal que caracterizava o Estado absolutista, de modo a manter os indivíduos a salvo das arbitrariedades estatais.²⁰⁹

Esse princípio impõe ao Estado um dever de permanência da ordem jurídica, de durabilidade dos atos normativos, para manutenção da expectativa de confiança dos cidadãos na continuidade das situações jurídicas alicerçadas nas leis vigentes, além de servir de certa proteção aos cidadãos quanto à modificação das leis em detrimento da atividade desempenhada pelos poderes constituídos.²¹⁰

Como refere Celso Antônio Bandeira de Mello, é “sabido e ressabido” que o ordenamento jurídico estabelece um quadro jurídico justamente para que as pessoas possam orientar o rumo de suas vidas, sabendo, desde já, o que devem ou não fazer, inclusive quanto às consequências de seus atos, pois é a certeza jurídica que “condiciona a ação humana”.²¹¹

Então, para que se possa tutelar a confiança é preciso haver a existência de expectativas legítimas na continuidade de uma dada situação jurídica, devendo haver situações estimuladas, alimentadas ou, de alguma forma, toleradas pelo Estado, aliada a uma alteração inesperada do comportamento estatal de modo a prejudicar a

²⁰⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 5 ed. Editora Coimbra, 2012. p. 285.

²⁰⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. 1 ed. Reimpressão. Coimbra Editora, 2014. p. 261.

²¹⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 3. ed. Editora Malheiros. 2014. p. 271.

²¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª edição. Editora Malheiros, 2009. p. 124.

confiança depositada pelos particulares no Estado e colocar em causa a solidez dessas expectativas.²¹²

2.2.5.6 Limites Materiais de Revisão Constitucional

A Constituição Federal brasileira prevê expressamente a possibilidade de sofrer alterações formais mediante o processo de emendas constitucionais (art. 60, da CF) ou mediante a aprovação de tratados internacionais de direitos humanos, na forma do art. 5º, § 3º, da CF.

Ainda, o constituinte originário indicou algumas matérias sensíveis ao contexto constitucional, que não podem ser excluídas da Constituição, como forma de manter a unidade no tempo do seu trabalho. Há uma vedação constitucional para que haja uma alteração constitucional tendente a abolir os direitos enunciados como cláusulas pétreas (art. 60, § 4º). A finalidade das cláusulas pétreas é a imutabilidade (quanto à abolição) de certas matérias, de forma a proteger as matérias mais importantes da Constituição, inclusive no caso brasileiro, estão os “direitos e garantias individuais”, o que abrange os direitos sociais, de acordo com a Corte Constitucional brasileira (MS 23.047/DF, RE 633.703/MG).

Tem-se que os direitos sociais não estão desprotegidos, ainda que não estejam inseridos no art. 60, § 4º, IV, da CF, não afastando o controle judicial sobre eventual alteração constitucional de suas normas. O que apenas não se pode evitar é que haja uma proposta de emenda tendente a abolir esses direitos. Mas caso ela seja levada a efeito, sem qualquer discussão, ela será considerada inconstitucional por violar a proporcionalidade e os demais princípios constitucionais, de maneira que eles estão protegidos por ostentarem natureza de direitos fundamentais.

2.3 RESTRIÇÕES ATRAVÉS DE ALTERAÇÕES NORMATIVAS

Após a crise mundial de 2008, surge uma ofensiva neoliberal para regular as relações de trabalho, que tem na flexibilização da legislação trabalhista, no ataque às instituições responsáveis pela regulação pública do trabalho duas de suas principais

²¹² NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. 1 ed. Reimpressão. Coimbra Editora, 2014. p. 261.

expressões.²¹³

No contexto mundial de radicalização da “racionalidade liberal”, há o estabelecimento de um novo impulso de desmonte dos direitos e mecanismos de proteção social, visando instituir e regulação das relações de trabalho sob o paradigma do direito privado e sua lógica negocial, fato que tem resultado em precarização social do trabalho.²¹⁴ Havendo afetação no âmbito previdenciário.

Nas palavras de Graça Druck e Selma Cristina Silva:

Em síntese, para além de buscar aumentar os lucros e de transferir as perdas da crise para as costas dos trabalhadores, o que estamos presenciando no Brasil é uma agudização da luta de classes, cuja expressão num quadro de crise mais profunda da democracia liberal e de golpes violentos nos direitos constitucionais, configura um quadro de excepcionalidade, isto é, sem respeitar a legislação em vigor, se impõe mudanças nesta mesma legislação, tendo por objeto maior deixar a classe trabalhadora à mercê do mercado e dos interesses privados dos setores dominantes, levando a uma enorme regressão social, que tem caracterizado a “acumulação por espoliação”.^{215 216}

De acordo com as autoras vive-se uma era de recrudescimento do neoliberalismo. Um projeto econômico, político, social e ideológico que permite ao capital desenvolver ao máximo a tendência em explorar o trabalho sem limite, sem nenhum controle e nenhuma regulação. No caso do Brasil, “a reforma trabalhista” representa uma maior superexploração do trabalho, o que levará a um quadro de amplificação da precarização do trabalho, atingindo o conjunto de trabalhadores brasileiros.²¹⁷

²¹³ DRUCK, Graça; SILVA, Selma Cristina. **“Reforma Trabalhista”: uma contrarreforma para impor a precarização como regra** in BRENDA, Laura. (org). Reforma trabalhista. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018. p. 19.

²¹⁴ DRUCK, Graça; SILVA, Selma Cristina. **“Reforma Trabalhista”: uma contrarreforma para impor a precarização como regra** in BRENDA, Laura. (org). Reforma trabalhista. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018. p. 19.

²¹⁵ DRUCK, Graça; SILVA, Selma Cristina. **“Reforma Trabalhista”: uma contrarreforma para impor a precarização como regra** in BRENDA, Laura. (org). Reforma trabalhista. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018. p. 27-28.

²¹⁶ David Harvey denomina de “acumulação por espoliação”, o processo que na sua origem era caracterizado pela: [...] mercantilização e privatização da terra e a expulsão forçada das populações camponesas; a conversão de diversas formas de direitos de propriedade – comum, coletiva, estatal, etc. – em direitos de propriedade exclusivos; a supressão do direito aos bens comuns; a transformação da força de trabalho em mercadoria e a supressão de formas de produção e consumo alternativos, incluindo os recursos naturais; a monetarização das trocas e arrecadação de impostos, particularmente da terra; o tráfico de escravos; e a usura, a dívida pública e, finalmente, o sistema de crédito. O estado, com seu monopólio da violência e suas definições de legalidade, desempenha um papel crucial ao respaldar e promover estes processos (HARVEY, D. O novo imperialismo. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2006.p. 109).

²¹⁷ DRUCK, Graça; SILVA, Selma Cristina. **“Reforma Trabalhista”: uma contrarreforma para impor a precarização como regra** in BRENDA, Laura. (org). Reforma trabalhista. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018. p. 31.

Para Rubens Casara a “flexibilização” das normas que visavam proteger o trabalhador, a precarização do emprego e das condições de trabalho, a terceirização, o aumento das jornadas de trabalho, o contrato de trabalho intermitente (contrato zero-hora), a fragilização dos sindicatos e o controle ideológico sobre parte da magistratura trabalhista são sintomas pós-democráticos, ou seja, que visam afastar obstáculos aos interesses dos detentores do poder econômico em detrimento da realização do projeto constitucional de vida e trabalho dignos para todos.²¹⁸

Tem-se que é alterado o posicionamento da proteção do trabalhador em face da globalização da economia, em que o neoliberalismo impôs um descomprometimento com as doutrinas sociais. A omissão do Estado desregulamentado ganha protagonismo, a fim de que as condições de trabalho sejam ditadas pelas leis do mercado.²¹⁹

2.3.1 Limites para as Alterações Normativas

Conforme Rubens Casara ao se falar em Estado Democrático de Direito, se evoca, em termos weberianos, um “tipo ideal” de Estado que tem como principal característica a existência de limites legais e rígidos ao exercício do poder. Após a Segunda Guerra Mundial, pretendia-se que os direitos e as garantias fundamentais funcionassem como óbices ao arbítrio e à opressão no exercício do poder. Na pós-democracia, esses limites constitucionais, legais, éticos, etc. desapareceram.²²⁰

No Estado Pós-Democrático além do esvaziamento da democracia participativa, desaparece qualquer esforço dos agentes estatais no sentido de concretização dos direitos e garantias fundamentais, pois a ação do Estado nas mais diferentes áreas (trabalhista, meio ambiente, educação, etc.), não raro, se choca com os interesses dos detentores do poder econômico.²²¹

²¹⁸ CASARA, Rubens. **Direito do trabalho e estado pós-democrático** in: BRENDA, Laura. (org). Reforma trabalhista. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018. p. 38.

²¹⁹ BRAGA, Raquel Rodrigues. **Direito do trabalho como ramo autônomo** in: BRENDA, Laura. (org). Reforma trabalhista. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018. p. 46.

²²⁰ CASARA, Rubens. **Direito do trabalho e estado pós-democrático** in: BRENDA, Laura. (org). Reforma trabalhista. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018. p. 38.

²²¹ CASARA, Rubens. **Direito do trabalho e estado pós-democrático** in: BRENDA, Laura. (org). Reforma trabalhista. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018. p. 41-43.

2.3.2 Teoria da Prevenção Normativa

2.3.2.1 Âmbito de proteção e suporte fático

De acordo com Canotilho as normas que estabelecem direitos fundamentais protegem certos bens ou domínios existenciais (por exemplo a vida e a religião). Esses “âmbitos” ou “domínios” amparados pelas normas garantidoras de direitos fundamentais possuem várias nomenclaturas: “âmbito de proteção”, “domínio normativo” ou “pressupostos de fato dos direitos fundamentais”.²²²

O âmbito de proteção contempla diferentes pressupostos fáticos instituídos pela respectiva norma jurídica, isto é, trata-se do bem jurídico protegido ou do objeto tutelado, que não tem fácil identificação, principalmente em razão das indeterminações semânticas presentes nos textos que preveem direitos fundamentais.²²³

2.3.2.2 Suporte fático restrito, intermediário e amplo

A teoria do suporte fático restrito exclui, de antemão, alguma ação (conduta), estado ou posição jurídica do âmbito de proteção de alguns direitos, que poderiam ser, em abstrato, protegidos pela norma (não-proteção de algumas ações pelas normas).²²⁴

A teoria restritiva parte da ideia de que o âmbito de proteção da norma somente protege o necessário (exclui o desnecessário), o que não pode ser substituído para o exercício do direito fundamental. Aqui, o intérprete verificará se o comportamento faz parte do que é protegido pelo âmbito de proteção do direito fundamental. Embora muitas hipóteses pudessem teoricamente reentrar na previsão de um direito, não podem reputar-se protegidas pelo direito fundamental, cuja previsão deve ser interpretada restritivamente.²²⁵

²²² CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 2003, Coimbra: Almedina, p. 1262.

²²³ SARLET, Ingo Wolfgang e outros. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 198.

²²⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais, conteúdo essencial restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 82.

²²⁵ ALEXANDRINO, José Melo. **Direitos Fundamentais. Introdução geral**. 2. ed., Cascais: Princípia, 2011. p. 120.

Estratégia adotada pela teoria da previsão normativa restritiva é a delimitação do âmbito da norma, ou seja, é necessário delimitar o que é protegido por cada direito constitucional fundamental (os limites), o que difere de restrição, pois esta pressupõe algo externo ao direito fundamental, que não faz parte do seu conteúdo. Assim, não haveria restrições a direitos fundamentais, mas apenas delimitação do seu conteúdo. Então, os limites necessitam ser bem definidos para evitar colisões. Para isso, baseia-se na especificidade, em outras palavras, no ato que faça parte do âmbito da norma de determinado direito. Toda ação que possa ser substituída por outra, haja vista não ser estritamente necessária para o exercício de um direito, não está protegida pelo direito fundamental. Logo, não há restrição quando se proíbe essa ação.²²⁶

Já para a teoria ampla da previsão normativa qualquer atividade, conduta ou comportamento, aos quais se possam invocar razões de direitos fundamentais, estão *prima facie* protegidos pelo direito fundamental. Logo, caso possa argumentar que determinado comportamento está inserido no âmbito de proteção da norma, que ele se enquadra em uma perspectiva de direito fundamental, automaticamente se conclui que se está diante de uma conduta que expressa um exercício de direito fundamental.²²⁷

O suporte amplo preocupa-se com a fundamentação no momento da intervenção. As condutas, *a priori*, são abarcadas pelo âmbito de proteção, mas dependerão de ponderação no caso concreto para decidir acerca da proteção definitiva. Essa técnica determinará, no plano dos fatos, o que é por ele protegido. Determinadas condutas que são excluídas do suporte fático pela teoria do suporte restrito podem ser, pelo menos em princípio, objeto de restrição em uma teoria de suporte amplo.²²⁸

Alguns doutrinadores, entretanto, propõem a adoção de uma teoria intermediária, que pende mais para uma concepção ampliativa, ainda que mitigada. Essa teoria parte da necessidade de uma delimitação da previsão normativa do direito fundamental, com adoção de outros critérios mais ou menos seletivos de inclusão ou exclusão. Para ele, essa fase de delimitação do âmbito de proteção não deve

²²⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais, conteúdo essencial restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 114.

²²⁷ ALEXANDRINO, José Melo. **Direitos Fundamentais. Introdução geral**. 2. ed. Cascais: Princípia, 2011. p. 120.

²²⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 326.

considerar a intervenção ou restrição, pois é uma fase de concretização dos direitos fundamentais, devendo-se analisar o que pode ser incluído na proteção garantida pelos direitos fundamentais e o que deve ser excluído, dispensado juízos de valoração ou ponderação de interesses.²²⁹

De acordo com a tese, a delimitação da previsão normativa deve, pelo menos, excluir aquilo que claramente não pode ser considerado pela consciência jurídica próprio de um Estado de Direito como exercício jusfundamentalmente protegido, ou seja, não se incluem, de antemão, no âmbito protegido pelos direitos fundamentais, todos os comportamentos ou ações que constituem ilícito penal em sentido jurídico-material ou, mesmo que não sejam objetos de sanção penal, sejam incompatíveis com os requisitos mínimos de uma vida em sociedade e, por consequência, resultem em reprovação social e jurídica consensual (comportamentos que, pela sua evidente e particular danosidade à sociedade, são excluídos do âmbito de proteção por incompatibilidade com as exigências mínimas de uma vida em comunidade, ou seja, a consideração como crime não é controversa na nossa civilização).²³⁰

Tem-se então, que nem tudo que é proibido pela lei penal, por exemplo, deve ser considerado excluído do âmbito de proteção do direito fundamental, mas um comportamento só deve ser, à partida, excluído, se for um ilícito penal qualificado. Logo, matar, roubar e torturar não podem ser considerados exercícios de direito fundamental, mas aborto e eutanásia, em certas circunstâncias, não são excluídos à partida do exercício do direito fundamental, “na medida em que os valores que justificam a lei criminalizadora não apresentem face a elas uma supremacia de tal forma constringente que assegure uma criminalização não controversa consensual e civilizacionalmente reconhecida como indispensável.”²³¹

Assim, para os casos difíceis constituídos pelas situações que, não se tendo consumados como candidatos positivos ou negativos da previsão normativa e não sendo objeto de qualquer previsão adicional expressa nas normas constitucionais, que geram controvérsias quando se trata de definir se beneficiam ou não, mesmo que à partida de proteção jusfundamental, propõe-se uma estratégia de *defining out*, ou seja,

²²⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 420.

²³⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 425.

²³¹ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 428.

de inclusão inicial no âmbito protegido e de posterior exclusão de categorias ou modalidades e exercício que apenas aparentemente beneficiavam da proteção, cabendo, porém, ao legislador, Administração e Tribunais que têm, cada um a seu modo, acesso direto a esse primeiro momento de concretização de direitos fundamentais, demonstrar por que razão uma determinada categoria ou modalidade de exercício que, à partida, mantém afinidades com a previsão normativa, deve dela ser excluída, ou seja, cabe a eles o ônus de justificação da exclusão.²³²

2.4 PROIBIÇÃO DO RETROCESSO EM DIREITOS FUNDAMENTAIS

A tese teve origem no Tribunal Constitucional Federal Alemão que via o Estado implementar direitos sociais, com a proteção desses direitos em época de progressão econômica, mas que, por outro lado, em momento de crise dificultava a manutenção das prestações sociais até então estabelecidas. Assim, iniciou-se discussão jurídica a respeito de um fundamento que possibilitasse uma proteção aos direitos sociais já implementados.²³³

O cenário econômico da época, juntamente com a estruturação normativa dos direitos sociais alemães, constituiu o ponto de partida para a formação do princípio da proibição do retrocesso. A essência desse princípio reside na garantia de um direito subjetivo ao cidadão depois que lhe for concedida, atingindo um estágio de efetividade no qual o Estado não poderia retirar essa prerrogativa. Embora a proibição do retrocesso não estivesse interligada com as políticas governamentais outorgadas pelos gestores públicos, ela deveria ser respeitada como um direito adquirido, sem possibilidade de reversão.²³⁴

A versão brasileira do instituto pretende abranger todos os direitos fundamentais, resultante do contexto normativo jurídico existente de idêntico enquadramento constitucional dos direitos sociais como fundamentais, tendo em vista que os direitos sociais estão previstos expressamente do art. 6º ao art. 11, da Constituição Federal, em seu Capítulo II, o qual, por sua vez, está inserido no Título II

²³² NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 428-429.

²³³ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 240.

²³⁴ CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., 2003, Coimbra: Almedina. p. 338.

denominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Inclusive essa formulação foi utilizada em algumas hipóteses pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 2213, ADI 4350, ADI 4578, Ação Penal 470, Recurso Extraordinário com agravo nº 704.520, etc.) como parte da fundamentação para controle das restrições a direitos fundamentais.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, destaca que a vedação do retrocesso é uma derivação da eficácia negativa dos princípios e através dela deve haver uma progressiva ampliação dos direitos fundamentais, de modo a permitir a invalidação da revogação das normas que não estejam acompanhadas de uma política substitutiva equivalente. Conclui que a inconstitucionalidade ocorre quando há revogação da norma infraconstitucional conformadora do direito, “deixando um vazio em seu lugar”, porque não pode o legislador revogá-la pura e simplesmente, já que esvaziaria o comando constitucional como se dispusesse exatamente contra ele diretamente.²³⁵

2.4.1 Conceito e Consequências

Conforme a doutrina de Luiz Fernando Calil de Freitas, o Estado Democrático de Direito tem como uma de suas características a busca permanente e contínua pelo progresso das condições de vida da sociedade, sendo que caso a sociedade não possua um mínimo necessário a uma vida digna, é dever do Estado contribuir com os hipossuficientes. A partir de então, quando determinado nível sociocultural é atingido pela concretização de direitos fundamentais, se torna incompatível com a noção de Estado Democrático de Direito aceitar o retrocesso, haja vista que isso ofenderia a segurança jurídica e social.²³⁶

A autora Luísa Cristina Pinto e Netto conceitua o referido princípio como “norma jusfundamental adscrita, de natureza principal, que proíbe ao Legislador a supressão ou alteração das normas infraconstitucionais que densificam normas constitucionais de direitos sociais de molde a violar sua eficácia”.²³⁷

José Joaquim Gomes Canotilho entende que, quando por meio de medidas

²³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios. Temas de direito constitucional.** Tomo III. p. 44-45.

²³⁶ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais: limites e restrições.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 217.

²³⁷ NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O princípio de proibição de retrocesso social.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 113.

legislativas o núcleo essencial dos direitos sociais já está realizado e efetivado, este deve ser constitucionalmente garantido e qualquer medida que anule, revogue ou aniquile, pura e simplesmente, esse núcleo essencial, sem que outros esquemas alternativos ou compensatórios sejam criados, é inconstitucional.²³⁸

Felipe Derbli descreve que o núcleo essencial do princípio de proibição de retrocesso social é a vedação destinada ao legislador que o impede de, pura e simplesmente, suprimir uma norma constitucional já concretizada referente ao núcleo essencial de um direito fundamental social, sem a criação de mecanismos compensatórios ou equivalentes.²³⁹

Conseqüentemente, fica proibido ao legislador o reestabelecimento de um vácuo normativo, apesar de o legislador ter o direito de rever as leis anteriormente editadas, não obstante, para a supressão de um direito social ser admitida é necessário um juízo de proporcionalidade perante as circunstâncias fáticas, além do que é necessário que ocorra uma compensação em relação ao retrocesso que ocorrerá.²⁴⁰

2.4.2 Compensação Exigida para Assegurar a Efetividade

A doutrina favorável à proibição do retrocesso divide-se em duas teorias: a absoluta e a relativa. A primeira defende a imutabilidade dos direitos sociais conformados, ensejando o chamado “efeito cliquet”. A segunda, relativista, admite a existência de eventuais restrições, desde que não viole outros princípios constitucionais, não adentre no núcleo essencial do direito e respeito à proporcionalidade da medida. Para ela, deve-se ponderar esses fundamentos de forma flexível e não como uma característica imutável, já que eventuais restrições são necessárias, mas devem ser compensadas com outros benefícios ou que não atinjam o núcleo essencial do direito em questão.²⁴¹

²³⁸ CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., 2003, Coimbra: Almedina. p. 340.

²³⁹ DERBLI, Felipe. **A aplicabilidade do princípio da proibição de retrocesso social no Direito brasileiro**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 382.

²⁴⁰ DERBLI, Felipe. **A aplicabilidade do princípio da proibição de retrocesso social no Direito brasileiro**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 382

²⁴¹ CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., 2003, Coimbra: Almedina, p. 337.

2.5 A EFETIVIDADE MITIGADA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CRISE

2.5.1 Reformas Neoliberais e o Ataque aos Direitos dos Trabalhadores

Atualmente o metabolismo social do capital necessita cada vez menos do trabalho estável e cada vez mais das diversificadas formas de trabalho parcial ou *part-time*, terceirizado, dos trabalhadores hifenizados de que falou Huw Beynon, cada vez mais presentes no mundo produtivo e de serviços. Não é ainda o caso do “trabalho vivo” ser extinto ou substituído por máquinas, mas há necessidade de uma força de trabalho mais complexa, multifuncional, que deve ser explorada de maneira mais intensa e sofisticada e com condições de transferir capacidades intelectuais para a maquinaria informatizada.²⁴²

De acordo com Ricardo Antunes:

O neoliberalismo e a reestruturação produtiva da era da acumulação flexível, dotados de forte caráter destrutivo, têm acarretado, entre tantos aspectos nefastos, um monumental desemprego, uma enorme precarização do trabalho e uma degradação crescente na relação metabólica entre homem e natureza, conduzida pela lógica societal voltada prioritariamente para a produção de mercadorias, que destrói o meio ambiente em escala globalizada.²⁴³

Conforme descreve o mesmo autor, ao lado da destruição de forças produtivas, da natureza e do meio ambiente, há uma ação destrutiva contra a força humana de trabalho, que se encontra hoje na condição de precarizada ou excluída. Isso se deve, principalmente, em razão de um quadro de crise estrutural do capital, que atingiu economias capitalistas centrais nas últimas décadas, e faz com que se tornasse necessário um processo de reestruturação, com vistas à recuperação do seu ciclo de produção afetando o mundo do trabalho, notadamente levando a transformações dos processos produtivos e afetando a classe trabalhadora que precisou tornar-se “polivalente e multifuncional”.²⁴⁴

Nesse contexto, desregulamentação, flexibilização, terceirização, *downsizing*, “empresa enxuta”, são expressões de uma lógica societal onde se tem prevalência do

²⁴² ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho? ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho**. 16. ed. São Paulo: Cortez, 2015. p. 209-210.

²⁴³ ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho? ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho**. 16. ed. São Paulo: Cortez, 2015. p. 213.

²⁴⁴ ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho? ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho**. 16. ed. São Paulo: Cortez, 2015. p. 216-219.

capital sobre a força humana de trabalho, que é considerada somente na exata medida em que é imprescindível para reprodução desse mesmo capital. Isso porque o capital “ainda” pode diminuir o “trabalho vivo”, mas não eliminá-lo. Pode intensificar sua utilização, pode precarizar e mesmo desempregar parcelas imensas, mas não pode extingui-lo.²⁴⁵

Então, o capitalismo contemporâneo acentua uma lógica destrutiva, num contexto de crise estrutural do capital com as seguintes tendências:

1) O padrão produtivo taylorista e fordista vem sendo crescentemente substituído ou alterado pelas formas produtivas flexibilizadas e desregulamentadas, das quais a chamada acumulação flexível e o modelo japonês ou toyotismo são exemplos.

2) O modelo de regulação social-democrático, que deu sustentação ao chamado estado de bem estar-estar social, em vários países centrais, vem também sendo solapado pela (des)regulação neoliberal, privatizante e antissocial.²⁴⁶

O neoliberalismo passou a ditar o ideário e o programa a serem implementados pelos países capitalistas, contemplando reestruturação produtiva, privatização acelerada, enxugamento do Estado, políticas fiscais e monetárias, desmontagem dos direitos sociais dos trabalhadores, combate cerrado ao sindicalismo classista, propagação de um subjetivismo, bem como como animosidade contra qualquer proposta socialista contrária aos interesses do capital, são traços marcantes desse período recente.²⁴⁷

As alterações legislativas prejudiciais aparecem nesse contexto como uma realidade resultante da adaptação aos conglomerados econômicos como uma “erosão do direito do trabalho e dos direitos econômicos e sociais, combinado com o aumento do desemprego estrutural, assiste-se à passagem dos trabalhadores de um estatuto de cidadania para um estatuto de lumpencidadania”.²⁴⁸

As profundas alterações na legislação trabalhista, bem como o discurso dos defensores da medida, ilustram o crescente movimento de flexibilização das normas de direito social, consideradas por determinados setores como redutoras ou

²⁴⁵ ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho? ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho**. 16. ed. São Paulo: Cortez, 2015. p. 220.

²⁴⁶ ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho? ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho**. 16. ed. São Paulo: Cortez, 2015. p. 224-225.

²⁴⁷ ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho? ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho**. 16. ed. São Paulo: Cortez, 2015. p. 229.

²⁴⁸ SANTOS, Boaventura de Souza (Org). **Trabalhar o mundo: os caminhos do novo internacionalismo operário**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 52.

ameaçadoras ao desenvolvimento econômico, refletindo com maior intensidade no campo da regulação das relações de trabalho, tidas como um custo a ser continuamente reduzido em busca da competitividade no mercado global e maior lucro por parte das empresas.²⁴⁹

2.5.2 Reformas Neoliberais e os Reflexos na Previdência

Considerando o contexto de aguda destrutividade, que é expressão mais profunda da crise estrutural do capital que assola a (des)sociabilização contemporânea, verifica-se a destruição da força humana que trabalha; destroçam-se os direitos sociais; brutalizam-se enormes contingentes de homens e mulheres que vivem do trabalho; torna-se predatória a relação produção/natureza, criando-se uma “sociedade do descartável”, que joga fora tudo que serviu como “embalagem” para as mercadorias e o seu sistema, mantendo-se o circuito reprodutivo do capital.²⁵⁰

Especificamente em relação à “Reforma Trabalhista” e, especialmente, a figura do contrato intermitente importa tripla função de desmonte da previdência social. Com a redução da valorização do trabalho ocorre renúncia significativa de receita previdenciária, ocorrendo, ainda, revogação prática das garantidas normativas de acesso à previdência social e proteção à saúde, traduzidas no direito de contagem diferenciada do tempo de trabalho em exposição a agentes físicos, químicos e biológicos que lhe sejam nocivos, notadamente porque um requisito fundamental deixará de ser cumprido que é a exposição habitual e permanente aos riscos.²⁵¹

Com a perspectiva de sensíveis renúncias do financiamento previdenciário, bem como o mote reformador consistente na interdição dos requisitos para a concessão dos benefícios previdenciários, levantam-se as novas hipóteses para os efeitos estruturais futuros do acesso às soluções públicas de previdência social, com repercussão no aumento dos níveis de pobreza; o aumento da concentração de renda

²⁴⁹ SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Declaração de princípios e direitos fundamentais no trabalho da oit (1998) e seus obstáculos econômicos: análise sistêmica.** In: GOMES, Ana Virgínia Moreira; JÚNIOR, Antonio Rodrigues de Freitas (Orgs.). **A declaração de 1998 da OIT sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho: análise do seu significado e efeitos.** São Paulo: LTr, 2014. p. 46.

²⁵⁰ ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho? ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho.** 16. ed. São Paulo: Cortez, 2015. p. 225.

²⁵¹ GNATA, Noa Piatã Bassfeld. **Os efeitos da “Reforma” sobre os direitos à previdência social e à moradia.** In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto (org.). **Resistência II: Defesa e críticas da Justiça do Trabalho.** 1.ed. São Paulo: Expressão Popular, 2018. p. 418-419.

e da desigualdade social; aumento nos níveis de demanda por assistência social e a extinção da capacidade de reprodução de diversos mercados de consumo, com conseqüente arrefecimento de nichos econômicos. Ou seja, trata-se de um cenário que não será ruim apenas para os trabalhadores, mas também para os gestores do sistema produtivo, que não apenas tomam trabalho, mas dependem de consumo para que possam desenvolver suas atividades e realizar faturamento.²⁵²

2.6 PROPOSTAS ALTERADORAS NA ÁREA TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIA

2.6.1 Restrições a Direitos por Meio de Lei ou Norma Coletiva

Considerando a tripartição dos poderes da Teoria de Montesquiéu de 1748, caberia ao Legislativo composto pelos representantes do povo, criar leis que seriam legítimas pelo fato de externarem através de uma norma jurídica os reais anseios dos cidadãos de um Estado.

Embora com legitimidade para a alteração legislativa, verifica-se ausência de ampla discussão com toda a sociedade acerca de tão importantes modificações surgidas com a atuação “rápida” do Congresso Nacional, no âmbito trabalhista e previdenciário, especialmente desde 2017, quando entrou em vigor a Reforma Trabalhista, justificando tal procedimento pela “necessidade do Brasil voltar a crescer, ser competitivo”.

Ocorre que se pode observar ataque à dignidade de todos os trabalhadores, em especial, a partir de figuras introduzidas recentemente no mundo juslaboral, como os trabalhadores intermitentes. Conforme destaca Geraldo Antonio Avelino não adianta ter um ou mais contratos de trabalho “zero hora” se não lhe é garantido um número de horas e conseqüentemente uma remuneração, tão pouco sem a proteção do sistema de previdência, ou seja, com total ausência de condições de viver com dignidade.²⁵³

²⁵² GNATA, Noa Piatã Bassfeld. **Os efeitos da “Reforma” sobre os direitos à previdência social e à moradia.** In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto (org.). **Resistência II: Defesa e críticas da Justiça do Trabalho.** 1.ed. São Paulo: Expressão Popular, 2018. p. 421-422.

²⁵³ AVELINO, Geraldo Antônio. **Breves reflexões sobre os direitos sociais do trabalhador brasileiro na atualidade.** Disponível em: <https://www.fac.br/revista/index.php/revista/article/view/49>. Acesso em 10 out. 2020. p. 102.

2.6.2 O Desmonte dos Direitos Sociais e a Nova Política

A aprovação da “Reforma Trabalhista”, sob o fundamento do “anacronismo” da CLT, que seria incompatível com a contemporaneidade do mercado de trabalho nacional, ocorreu no contexto de tensão política e de ruptura direta com as bases constitucionais de proteção de direitos sociais, motivada por uma extensa pauta formadora desses direitos e dos espaços de atuação do Estado, a exemplo do que ocorre com o instituto da terceirização e a instituição do Novo Regime Fiscal, com fomento da figura do MEI é a tentativa de modificar o paradigma jurídico da relação de emprego, por meio das previsões, especialmente, do contrato de trabalho intermitente e da possibilidade de contratação de trabalhador autônomo, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, sem que isso caracterize vínculo de emprego, com repercussões negativas no âmbito trabalhista e previdenciário.²⁵⁴

No entendimento de Geraldo Antônio Avelino as significativas alterações na legislação laboral e previdenciária, colidem com o estabelecido pelo legislador constituinte brasileiro no sentido de se manter a dignidade do trabalhador expressa na DUDH e contrárias ao enunciado pelo Princípio da Proteção do Trabalhador.²⁵⁵

2.6.3 Fundamento

A reforma ocorrida no ordenamento jurídico brasileiro, precisamente no âmbito dos direitos do trabalhador e na Justiça do Trabalho, inseriu mudanças relevantes e ao mesmo tempo polêmicas na legislação trabalhista, ao fundamento de que havia necessidade de flexibilização do antigo texto da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, sob a perspectiva de redução do desemprego e para alavancar a economia do país.

Ademais, tem-se que a alteração do texto celetista seria uma maneira de equilibrar as relações de trabalho entre empregado e empregador, adequando-as ao novo contexto entre capital e trabalho, possibilitando maior autonomia dos envolvidos

²⁵⁴ GNATA, Noa Piatã Bassfeld. **Os efeitos da “Reforma” sobre os direitos à previdência social e à moradia.** In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto (org.). **Resistência II: Defesa e críticas da Justiça do Trabalho.** 1.ed. São Paulo: Expressão Popular, 2018. p. 415-416.

²⁵⁵ AVELINO, Geraldo Antônio. **Breves reflexões sobre os direitos sociais do trabalhador brasileiro na atualidade.** Disponível em: <https://www.fac.br/revista/index.php/revista/article/view/49>. Acesso em 10 out. 2020. p. 91.

na relação, especialmente quando se verifica a prevalência do negociado sobre o legislado (art. 611-A da CLT), entre outros aspectos.

2.7 A RESTRIÇÃO DE DIREITOS NO TRABALHO INTERMITENTE

A justificativa para a modalidade de contratação, apresentada pela reforma trabalhista que inseriu o instituto através dos arts. 443 § 3º e 452-A da CLT, seria a legalização dos postos de trabalho de milhares de pessoas que fazem *bico* (trabalho extra ou ocasional sem vínculo com o tomador de serviços), sendo, assim, incluídos no campo da cidadania, com carteira assinada e proteção da Previdência Social. Mas, o novo paradigma jurídico não muda muito a vida dos trabalhadores apenas por existir uma legalização para o *bico* o que não elimina a precariedade do trabalho.²⁵⁶

Tem-se, no entanto, que a regra procura mais transformar postos de trabalhos permanentes em *bicos* exercidos por trabalhadores submetidos à condição ainda mais precária como estratégia perversa de um capitalismo incentivador das terceirizações e subcontratações, do *home office* e do teletrabalho, do *freelancer* e do trabalho imaterial em geral.²⁵⁷

Destaca-se que há requisitos formais para essa modalidade de contratação como: i) “contato celebrado por escrito e que deve conter especificadamente o valor da hora de trabalho, que não deve ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não”; ii) qualificação dos contratantes inserida no contrato; iii) a indicação da quantidade mínima de horas de efetiva prestação de serviços; iv) a estimativa de serviços a executar, a respeito dos quais se obriga o empregador.²⁵⁸

Há, da mesma forma, requisito substantivo essencial: as necessidades da empresa devem ser daquelas que exsurtem periodicamente ou se sucedem em ciclos de concretização temporal previsíveis ou imprevisíveis, como volume irregular de

²⁵⁶ MELHADO, Reginaldo. **Contrato de trabalho intermitente: o discurso do bico e a fraude do discurso**. In: BRENDA, Laura. (org). **Reforma trabalhista**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018. p. 161.

²⁵⁷ MELHADO, Reginaldo. **Contrato de trabalho intermitente: o discurso do bico e a fraude do discurso**. In: BRENDA, Laura. (org). **Reforma trabalhista**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018. p. 162.

²⁵⁸ MELHADO, Reginaldo. **Contrato de trabalho intermitente: o discurso do bico e a fraude do discurso**. In: BRENDA, Laura. (org). **Reforma trabalhista**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018. p. 174-178.

operação. Então, o requisito específico para a adoção do regime de contratação do trabalho intermitente é a circunstância de a própria demanda do trabalho ser periódica, variável ou sazonal, materializando-se em ciclos de concretização temporal episódicos ou imprevisíveis. Em outras palavras, se a prestação de serviços é permanente, não pode ocorrer a adoção do contrato de trabalho intermitente e, por meio dele, modular a jornada e com ela a remuneração do empregado.²⁵⁹

Nesse sentido a 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho discutiu e aprovou o enunciado 90:

1. É ILÍCITA A CONTRATAÇÃO SOB A FORMA DE TRABALHO INTERMITENTE PARA O ATENDIMENTO DE DEMANDA PERMANENTE, CONTÍNUA OU REGULAR DE TRABALHO, DENTRO DO VOLUME NORMAL DE ATIVIDADE DA EMPRESA.
2. É ILEGAL A SUBSTITUIÇÃO DE POSTO DE TRABALHO REGULAR OU PERMANENTE PELA CONTRATAÇÃO SOB A FORMA DE TRABALHO INTERMITENTE.
3. O EMPREGADOR NÃO PODE OPTAR PELO CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE PARA, SOB ESSE REGIME JURÍDICO, ADOTAR A ESCALA MÓVEL E VARIÁVEL DA JORNADA.
4. PRESENTE A NECESSIDADE DE TRABALHO INTERMITENTE, O EMPREGADO CONTRATADO NA FORMA DO ART. 443, § 3º, DA CLT TEM DIREITO SUBJETIVO À CONVOCAÇÃO, SENDO ILÍCITA SUA PRETERIÇÃO OU A OMISSÃO DO EMPREGADOR.²⁶⁰

Também sobre os requisitos do contrato intermitente tem-se a impossibilidade de substituição do quadro de pessoal permanente e regular da empresa, no todo ou em parte, por trabalhadores contratados como “intermitentes”, a necessidade de formalização da convocação para o trabalho que pode ser por escrito ou por meio eletrônico, com a indicação da jornada, ou seja, a convocação deve ser adequada quanto ao conteúdo e forma e deve ser recebida regularmente, tendo o empregado o prazo de um dia útil para responder ao chamado, não acarretando fim da subordinação ou implicando qualquer outra restrição de direito, ou mesmo sanção, a recusa da oferta; só há previsão de penalidade caso o empregado aceite a convocação e não se apresente para o trabalho sem justo motivo (§ 4º do art. 452-A).²⁶¹

²⁵⁹ MELHADO, Reginaldo. **Contrato de trabalho intermitente: o discurso do bico e a fraude do discurso**. In: BRENDA, Laura. (org). **Reforma trabalhista**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018. p. 180.

²⁶⁰ ANAMATRA. <http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>

²⁶¹ MELHADO, Reginaldo. **Contrato de trabalho intermitente: o discurso do bico e a fraude do discurso**. In: BRENDA, Laura. (org). **Reforma trabalhista**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018. p. 183.

Finalmente e antes de tratar da (in)constitucionalidade do instituto, importa referir, brevemente, a respeito do trabalho intermitente no direito comparado destacando que alguns países europeus introduziram regulação específica para essa modalidade de contratação e a consequência foi a precarização do trabalho e nefastos resultados sociais. O modelo contratual, por exemplo, na Inglaterra objetivou evitar obrigações legais próprias dos contratos de emprego comuns, reduzindo custos, arrojando salários, tornando a vida dos trabalhadores mais difícil e implementando ganhos para os empresários.²⁶²

²⁶² MELHADO, Reginaldo. **Contrato de trabalho intermitente: o discurso do bico e a fraude do discurso**. In: BRENDA, Laura. (org). **Reforma trabalhista**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018. p. 164.

3 CONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL DO CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE

3.1 (IM)POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÕES A DIREITOS SOCIAIS

Ao considerar como prevalecente a impossibilidade de compressão de direitos sociais, ainda que em situações de crise, a doutrina refere à natureza principiológica (igualdade, proporcionalidade, vedação ao retrocesso).

Nesse sentido, os princípios não são meros valores cuja concretização estaria sujeita a preferências pessoais do legislador infraconstitucional ou do administrador público. Antes, instituem a obrigatoriedade da adoção de medidas imperativas à efetivação de um estado de coisas. Os princípios, assim, embora relacionados a valores, com eles não se confundem, em virtude da carga de obrigatoriedade que carregam.

Trata-se da força normativa dos princípios que foi inicialmente defendida no direito alemão por Konrad Hesse em seu famoso trabalho *A Força Normativa da Constituição*, no qual o autor combate a visão até então vigente de que a Constituição seria um documento político, e não jurídico, desprovido, portanto, de eficácia normativa. A Constituição não seria uma *folha de papel*, ao contrário das ideias defendidas por Ferdinand Lassalle em 1862. Hesse rompe com este paradigma, sustentando que os comandos constitucionais seriam vinculantes, dotados de poder de coerção e que, nesse tocante, a Constituição seria, sim, provida de força normativa.

Afirma-se ser possível que o fato de os argumentos contrários à admissibilidade de restrições a direitos sociais durante crises econômicas terem natureza precipuamente principiológica não afasta, de antemão, a sua validade, uma vez que os princípios, no atual estado de desenvolvimento do Direito, são dotados de força normativa e eficácia irradiante, espalhando-se em direção a todo o ordenamento. A força normativa permite a superação da chamada insinceridade normativa, marcada pela “existência formal e inútil de Constituições que invocam o que não está presente, afirmam o que não é verdade e prometem o que não será cumprido”.²⁶³

²⁶³ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 7ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2003. p. 89.

A partir desta lógica, tem-se os princípios que servem de fundamento para o afastamento de medidas de enfrentamento a crises que restrinjam direitos sociais, conforme já verificado alhures, mas alguns deles sofrem abalos ocasionalmente.

3.1.1 Fragilidade do Princípio da Proteção

A proteção aparece no texto constitucional, seja pela escolha dos valores sociais do trabalho como um dos fundamentos do Estado (art. 1º), seja pela inclusão dos direitos trabalhistas no título II da Constituição. Ao fixar sejam os direitos ali elencados o mínimo a ser garantido aos trabalhadores brasileiros, quando refere no art. 7º “a melhoria da condição social”, esse dispositivo não apenas positiva a noção de proibição de retrocesso, como também torna manifesta a proteção mínima outorgada pelo Estado, como uma necessidade da própria continuidade do sistema.²⁶⁴

No âmbito do Direito do Trabalho trata-se de um princípio geral inspirador de normas e que deve ser levado sempre em conta quando da sua elaboração e aplicação. De acordo com Maurício Godinho Delgado, o princípio da proteção deve ser tido como inspirador amplo do arcabouço de todas as regras, princípios e institutos que compõem o Direito do Trabalho. Portanto, todos os outros princípios e regras devem, ou ao menos deveriam, ter como base e estar de acordo com a proteção do trabalhador.²⁶⁵

No entanto, prevalece que as medidas que não representam violação ao núcleo duro ou ao núcleo essencial de direitos fundamentais poderão ser adotadas sem que haja qualquer afetação à constitucionalidade.

O princípio da proteção e da vedação ao retrocesso é visto sob uma formulação mais fraca, de que a confiança legítima somente se justifica quando mantido o mesmo contexto fático em que a norma anterior fora editada; alterando-se este cenário, não poderia o destinatário da norma anterior esperar legitimamente sua manutenção.

A versão fraca do princípio da confiança pode ser perfeitamente aplicada a situações de crise. É o que ensina António Manuel Hespanha:

²⁶⁴ SEVERO, Valdete Souto. “**Reforma Trabalhista**”: a proteção como resposta. In: BRENDA, Laura. (org). **Reforma trabalhista**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018. p. 129.

²⁶⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 75.

Num contexto de crise, o princípio da confiança favorece a manutenção do direito e das soluções jurídicas anteriores à crise, pois seria nessa base que as pessoas tinham definido os conteúdos e consequências das situações jurídicas em que estavam. Na formulação mais fraca, as expectativas têm por base a manutenção do contexto, mas já não a sua alteração anormal e imprevisível, pelo que, ocorrendo uma alteração extraordinária das circunstâncias, a alteração da solução jurídica não ofenderá essas expectativas. Tal alteração corresponderá até a uma das formulações do princípio (versão *mutatis mutandis*): uma alteração (grave e não previsível) das circunstâncias provoca uma alteração da solução.²⁶⁶

Assim, entende-se que a concretização de direitos não é absoluta, devendo-se entre outros aspectos verificar a realidade da época. Nesse sentido:

A efetividade da Constituição há de se assentar sobre alguns pressupostos indispensáveis. É preciso que haja, da parte do Constituinte, senso de realidade, para que não pretenda normatizar o inalcançável, o que seja materialmente impossível em dado momento e lugar.²⁶⁷

Verifica-se que em momentos de crise econômica, a realidade é distinta daquela vivida em momentos de expansão econômica, com uma disponibilidade de recursos orçamentários muito mais limitada do que em períodos de normalidade. Esse estado de coisas acaba por influir nas possibilidades reais de implementação e expansão de políticas públicas, levando a um encolhimento do Estado Social. Com isso, revela-se a necessidade do desenvolvimento de uma teoria jurídica que comporte compressões razoáveis a direitos sociais, “já que o direito positivo estabelecido, que é pensado para a estabilidade do normal, seria insuficiente e inadequado para as situações extraordinárias”.²⁶⁸

Trata-se de um senso de realidade que pode ser identificado como a busca pela sinceridade normativa e com a reserva do possível fática, expressão ligada àquilo que, diante da limitação dos recursos públicos, se é efetivamente possível exigir do Estado na concretização de direitos sociais.

²⁶⁶ HESPANHA, António Manuel. **A revolução neoliberal e a subversão do “modelo jurídico”:** crise, direito e argumentação jurídica. *In:* Jorge Bacelar Gouveia e Nuno Piçarra (Orgs.). **A Crise e o Direito**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 93-94.

²⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. **A Doutrina Brasileira da Efetividade**. Temas de Direito Constitucional. Tomo III. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2005. p. 71.

²⁶⁸ HESPANHA, António Manuel. **A revolução neoliberal e a subversão do “modelo jurídico”:** crise, direito e argumentação jurídica. *In:* Jorge Bacelar Gouveia e Nuno Piçarra (Orgs.). **A Crise e o Direito**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 100.

3.1.2 Fragilidade da Proteção ao Direito Adquirido

O direito adquirido é um princípio de grande relevância jurídico-social, uma vez que tem como escopo estabilizar as relações jurídicas transmitindo à sociedade crença na segurança jurídica do ordenamento pátrio, encontrando, inclusive, assento na galeria de honra das garantias fundamentais do texto constitucional (art. 5º XXXVI).

No entanto, seria possível que, em momentos de considerável crise, haja uma relativização do amparo a direitos já adquiridos, desde que permeada por um cotejo entre razoabilidade da medida restritiva e a legitimidade, ou relevância nas palavras de Luís Roberto Barroso, da expectativa do beneficiário daquela situação jurídica de que ela será mantida.²⁶⁹

3.1.3 Controversa Aplicação do Princípio do não Retrocesso

A Constituição Federal Brasileira estruturou os direitos sociais ao lado dos direitos de primeira dimensão, com a finalidade de evidenciar a sua natureza enquanto direito fundamental. Tem-se que o lugar de destaque conferido pelo constituinte originário aos direitos sociais resulta na necessidade de igual tratamento com os demais direitos também fundamentais, estando resguardados pelo núcleo rígido conferido pela Carta Magna aos direitos fundamentais, o que afastaria a aplicação da teoria alemã de aplicação do princípio do não retrocesso.²⁷⁰

Então, a utilização do princípio da proibição do retrocesso revela-se inapropriada na seara normativa que enquadra os direitos sociais como direitos fundamentais. O fato de os direitos sociais estarem localizados no âmbito constitucional já lhes confere uma proteção especial em relação àqueles criados e conformados apenas no âmbito infraconstitucional, visto que existe um regramento específico para supressão dos direitos constitucionalmente assegurados. Nesses casos aplicam-se os limites aos limites dos direitos fundamentais, sendo prescindível o manejo da proibição do retrocesso.²⁷¹

²⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. A Doutrina Brasileira da Efetividade. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo III. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2005, p. 71.

²⁷⁰ FORTES, Mateus da Jornada; TREVISOL, Lucas Keyser. **A utilização do princípio da proibição do retrocesso nos direitos fundamentais**. Revista Jurídica – Direito e Cidadania na Sociedade Contemporânea. Disponível em http://revistas.fw.uri.br/index.php/rev_jur_direitoecidadania/article/view/3429. Acesso em 10 out. 2020. p. 4.

²⁷¹ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 241.

Jorge Reis Novais critica a sustentação da existência de um princípio proibitivo do retrocesso. Invoca, inicialmente, que se trata de uma criação no âmbito do direito alemão, sem utilidade de aplicação em sistemas jurídicos com direitos sociais elencados no âmbito dos direitos fundamentais. Refere não haver “nem arrimo positivo em qualquer ordem constitucional, nem sustentação dogmática, nem justificação ou apoio em quaisquer critérios de simples razoabilidade”, de maneira a não constituir um princípio jurídico e tampouco um valor constitucional. Mantém a crítica ao justificar ser implausível a proibição do retrocesso como princípio, seja de forma absoluta, seja de forma relativa, por não ostentar qualquer autonomia dogmática. Aponta que a solução passa por aplicar aos direitos sociais o regime de restrição aos direitos de liberdade, tratando-as, ambas, como restrições aos direitos fundamentais.²⁷²

3.1.4 Pragmatismo Jurídico

A compressão de direitos sociais poderia ser justificada sob as luzes do pragmatismo jurídico, com o argumento da necessidade fática. Em síntese como descreve Jorge Bacelar Gouveia “simplesmente, a crise existe e a Constituição não pode deixar de resolver esse problema. Então como é que esse problema pode ser resolvido”²⁷³

Destaque-se que a realidade fática é fruto de um contexto e de uma trajetória que se desenharam ao longo do tempo, de modo que a escassez de recursos verificada no presente, por certo, tem origem em escolhas e decisões pretéritas em relação a investimentos e despesas de longo prazo. Essas escolhas que tenham contribuído para o quadro de insuficiência financeira devem ser objeto de análise, e eventual responsabilização, seja em sede do processo eleitoral democrático, com a rejeição nas urnas do governo da época, seja em sede de responsabilidade jurídica, se verificado que a situação econômica não é fruto apenas de uma conjuntura desfavorável, mas, sim, de inobservância de norma jurídica atinente à responsabilidade fiscal.

²⁷² NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais, Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra Editora, 2010. p. 240.

²⁷³ HESPANHA, António Manuel. *A revolução neoliberal e a subversão do “modelo jurídico”*: crise, direito e argumentação jurídica. In: Jorge Bacelar Gouveia e Nuno Piçarra (Orgs.). *A Crise e o Direito*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 191.

Assim, a aplicação do direito se dá dentro de um contexto mais amplo e a preocupação com as implicações das medidas a serem tomadas parece ser essencial para que a norma atinja a finalidade pretendida. O pragmatismo reconhece esse contextualismo do direito, permitindo sua permeabilidade com outros elementos para além dele próprio e, com isso, admite sua mutabilidade diante das necessidades impostas pelas circunstâncias.

Nas palavras de Paulo Otero:

A necessidade financeira, numa situação de emergência, passou a ditar a lei fundamental do país, envolvendo a execução interna do Memorando do Acordo com a Troika, cenário em que o próprio Tribunal Constitucional sanciona a excecionalidade de medidas, qualificadas de transitórias ou até permitindo que atos inconstitucionais continuam a produzir efeitos depois da sentença que os declara inválidos, tudo num ambiente de verdadeira indiferença pela 'Constituição oficial' ou escrita.²⁷⁴

Então, o argumento de cunho pragmático-consequencialista da “necessidade pública”, durante uma crise, pode servir de fundamento à edição de medidas restritivas a direitos sociais que tenham por objetivo combater os efeitos da recessão.

Entretanto, o argumento pragmatista não deve ser suficiente para legitimar medidas que atinjam o mínimo existencial, o qual se encontra umbilicalmente ligado à dignidade da pessoa humana. Medidas que comprometam este mínimo devem ser consideradas como anti-jurídicas, passíveis de invalidação administrativa ou judicial, à luz do princípio da inafastabilidade do controle judicial, e, ainda, de responsabilização do agente público e da pessoa de direito público nos casos em que estejam presentes os elementos caracterizadores da responsabilidade civil e administrativa.

3.1.5 Renúncia a Direitos Fundamentais

Mesmo considerando que os direitos fundamentais foram conquistados ao longo dos anos e originaram com eles uma série de prerrogativas para o indivíduo, seja no sentido de ter o Estado oportunizado condições de efetivar tais direitos, seja no sentido de proteção do próprio indivíduo em face do Estado, ainda assim, alguns autores entendem que os direitos fundamentais poderiam ser renunciados, quer seja

²⁷⁴ OTERO, Paulo. **A crise: um novo direito administrativo?** In: Jorge Bacelar Gouveia e Nuno Piçarra (Orgs.). **A Crise e o Direito**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 207-208.

por vontade do titular desse direito, visando ou não um benefício para si, quer seja quando legalmente é permitido ao Estado.

Jorge Reis Novais, entendendo possível a renúncia dos direitos fundamentais, considera que a própria renúncia seria também o exercício de um direito fundamental. De acordo com sua doutrina:

A renúncia é também uma forma de exercício do direito fundamental, dado que, por um lado, a realização de um direito fundamental inclui, em alguma medida, a possibilidade de se dispor dele, inclusive o sentido de sua limitação, desde que esta seja uma expressão genuína do direito de auto-determinação e livre desenvolvimento da personalidade individual, e porque, por outro lado, através da renúncia o indivíduo prossegue a realização de fins e interesses próprios que ele considere, no caso concreto, mais relevantes que os fins realizáveis através de um exercício positivo do direito.²⁷⁵

No sentido de que a renúncia aos direitos fundamentais deve ser considerada como possibilidade constitucional de exercício de um direito é o entendimento de George Marmelstein:

Na verdade, não permitir que uma pessoa, com plena capacidade de discernimento, negocie ou renuncie a direitos fundamentais é violar um dos mais básicos atributos da dignidade da pessoa humana, que é a autonomia da vontade.

[...]

No fundo, a discussão em torno da possibilidade de renúncia de direitos fundamentais vai desembocar, mais uma vez, no sopesamento de valores, onde, de um lado, estará a autonomia da vontade e, do outro, o direito a ser renunciado. Em alguns casos, prevalecerá a autonomia da vontade; em outros, o direito fundamental em jogo, conforme a importância de cada um desses valores no caso concreto. Geralmente, aceita-se com mais facilidade a renúncia de direitos fundamentais de cunho patrimonial. Já os direitos mais ligados à dignidade humana, como os direitos à vida e à integridade física e moral, são bem menos flexíveis, mas ainda assim podem ceder em determinadas situações.²⁷⁶

Embora a posição da maioria dos doutrinadores seja pela irrenunciabilidade, não se pode sustentar isso quando estiver sendo empecilho à autodeterminação do detentor do direito fundamental. Essa posição é normalmente defendida quando se trata de direitos patrimoniais, o que não merece nesta obra maior atenção.

²⁷⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra Editora. 1996. p. 287.

²⁷⁶ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Atlas. 2008. p. 439-440

3.2 O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Verifica-se historicamente que o primeiro direito fundamental foi o *habeas corpus* e para sua efetivação houve a necessidade de um órgão estatal capaz de garantir sua aplicação, mediante processo jurídico regular, ou seja, um tribunal independente, vinculado somente a um preceito normativo de decisão previamente determinado e insuscetível de ser alterado em função do caso concreto. Junto a esse primeiro direito fundamental, eclodiu a separação dos poderes, a independência do Poder Judiciário e a ideia de que os direitos fundamentais apenas têm real eficácia se houver um órgão capaz de se sobrepor aos atos legislativos de outros órgãos.²⁷⁷

A Constituição tem valor de norma jurídica, disciplinando o modo de produção das leis e dos atos normativos e estabelecendo certos limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação do Estado. Predomina a centralidade da Constituição e a supremacia constitucional, sendo esta vista como a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais.²⁷⁸

Então, a relação entre os direitos fundamentais e o poder constitucional ocorre com a criação dos tribunais constitucionais e a gradual transformação destes em “tribunais dos direitos fundamentais”.²⁷⁹

Assim, o papel do tribunal constitucional, como o Supremo Tribunal Federal, no Brasil, é proteger e promover os direitos fundamentais, assim como preservar as regras do jogo democrático. Intervenção eventual contramajoritária do Judiciário em defesa dos elementos primordiais da Constituição se dará a favor e não contra a democracia.²⁸⁰

²⁷⁷ PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como doutrina e como princípio constitucional** apud ALEXANDRINO, José Melo. **O discurso dos direitos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 359-360.

²⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro. Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 240.

²⁷⁹ ALEXANDRINO, José Melo. **O discurso dos direitos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 360.

²⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro. Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 250.

3.3 A JUDICIALIZAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

Vários dispositivos em instrumentos internacionais conferem ao Judiciário o relevante papel de efetivar os Direitos Humanos, no que se incluem os “direitos sociais”. Nesse sentido o art. 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948:

Todo o homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Ou, ainda, o art. XVIII, da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948:

Toda pessoa pode recorrer aos tribunais para fazer respeitadas os seus direitos. Deve poder contar, outrossim, com processo simples e breve, mediante o qual a justiça a proteja contra atos de autoridade que violem, em seu prejuízo, quaisquer dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.

E o artigo 8º do Pacto de San José da Costa Rica de 1969:

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Com a atual posição neoconstitucionalista em que a Constituição é composta de natureza vinculante com intenção de tutelar um dos valores centrais da ordem jurídica que é o trabalho, o legislador passou prever um conjunto de direitos e garantias fundamentais sociais ao trabalhador. Primeiramente, mudou sua visão para a efetivação dos direitos fundamentais, a inclusão social a partir do direito ao trabalho, motivado na dignidade da pessoa humana. Nesse momento, houve uma nova compreensão do Direito do Trabalho, voltada para um alicerce constitucional, tendo como cunho a busca pela concretização dos direitos.²⁸¹

Vale lembrar que as regras de proteção dos trabalhadores surgiram como forma de tentar salvaguardar o capitalismo em um momento em que se reconheceram os efeitos nefastos da regulação de índole liberal do conflito capital

²⁸¹ PARIZI, Kelly Aparecida. **Ativismo Judicial na Justiça do Trabalho**. Revista de Artigos do 1º Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito, [S.l.], v. 1, n. 1, jan. 2017. Disponível em: <<https://revista.univem.edu.br/1simposioconst/article/view/1209>>. Acesso em: 13 mar. 2020. p. 10.

x trabalho. As regras trabalhistas, em sentido amplo, abalaram a compreensão jurídica, atingindo, inclusive, a própria concepção de Estado, que deixa de ser Estado Liberal e passa a ser Estado Social.²⁸²

O conflito subjacente no processo do trabalho, não se estabelece entre o cidadão e o Estado e sim entre o capital e o trabalho. Trata-se de um conflito assimétrico, identificado pelo exercício de um poder social privado, em detrimento do trabalhador, cumprindo ao Estado interferir nessa relação para impedir que o poder econômico subjugu a condição humana dos trabalhadores.²⁸³

Considerando que os direitos trabalhistas são essencialmente direitos dos trabalhadores e que o processo do trabalho serve à efetivação desses direitos, evidencia-se que o processo do trabalho seria um instrumento a serviço da classe trabalhadora. Trata-se de um instrumento pelo qual os trabalhadores tentam fazer valer os direitos que entendem tenham sido suprimidos pelo empregador.²⁸⁴

Nesse contexto, não se pode ter resistência em aplicar no processo do trabalho o princípio da proteção que justifica e legitima o Direito do Trabalho, reconhecendo a desigualdade material entre as partes, conferido ao trabalhador uma racionalidade protetiva.²⁸⁵

O processo será tão eficiente, como instrumento de efetivação do direito, quando for diligente o juiz no exercício de sua função de aplicar e construir um direito voltado à correção das injustiças à promoção da justiça social, abrindo espaço para o ativismo judicial no Brasil, assim verificado por Alexandre Vieira Prado Filho:

São diversos os casos de ativismo judicial presentes no Judiciário brasileiro. Desde decisões de primeiro grau, até acórdãos de Tribunais Superiores, incluindo Superior Tribunal de Justiça (STJ), Tribunal Superior do Trabalho (TST) e o Supremo Tribunal Federal (STF).²⁸⁶

²⁸² SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. **O processo do trabalho como instrumento do direito do trabalho: e as ideias fora de lugar do novo CPC**. São Paulo: LTr, 2015. p. 7.

²⁸³ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. **O processo do trabalho como instrumento do direito do trabalho: e as ideias fora de lugar do novo CPC**. São Paulo: LTr, 2015. p. 8-9.

²⁸⁴ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. **O processo do trabalho como instrumento do direito do trabalho: e as ideias fora de lugar do novo CPC**. São Paulo: LTr, 2015. p. 9.

²⁸⁵ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. **O processo do trabalho como instrumento do direito do trabalho: e as ideias fora de lugar do novo CPC**. São Paulo: LTr, 2015. p. 9.

²⁸⁶ PRADO FILHO, Alexandre Vieira. **O Ativismo Judicial na Justiça do Trabalho e a Terceirização**. Disponível em <<http://www.juridicohightech.com.br/2014/06/o-ativismo-judicial-na-justica-do.html>> Acesso em 15 fev. 2020. p. 13.

Na Justiça do Trabalho o ativismo judicial se popularizou muito no decorrer da última década, principalmente, pelo motivo de que quando uma lei é produzida, os legisladores, por vezes, não realizam uma averiguação cautelosa sobre suas consequências, ficando a cargo do judiciário verificar cada caso, interpretando-os e chegando a um entendimento para determinada situação, se necessário, com o intuito de não permitir que direitos sejam lesados.²⁸⁷

Exemplo prático da atuação do judiciário trabalhista é exposto por Kelly Aparecida Parizi:

Fato é que na Justiça do Trabalho brasileira existe um poder normativo conferido por lei aos sindicatos e aos empregadores, para que no exercício de sua autonomia, estipulem acordos e convenções coletivas a serem aplicáveis as relações de trabalho estabelecidas em seu campo e âmbito de atuação.

Também possuem os Tribunais do Trabalho o chamado poder normativo *stricto sensu* de proferir sentenças aplicáveis a todos os membros envolvidos no dissídio coletivo, tendo assim o Judiciário trabalhista a responsabilidade de instituir normas que possam ser aplicáveis às relações individuais dos setores que são sentados pelo processo do dissídio coletivo.²⁸⁸

Outros exemplos da atuação ativista da justiça são trazidos por Prado Filho:

O direito de greve dos servidores públicos civis merece uma breve análise. Constitucionalmente assegurado, conforme artigo 37, VII, da Carta Magna, o direito fundamental ao movimento paredista do servidor público civil estaria subordinado à edição de legislação específica, consoante previu a Emenda Constitucional nº 19, de 4.6.1998. (...) Com fundamento na profunda omissão do Poder Legislativo em editar legislação específica e ante a necessidade de assegurar o direito constitucional à greve, a Corte Superior alterou seu posicionamento. Para tanto, ficou estabelecida a aplicação da lei de greve referente à iniciativa privada no âmbito do serviço público, até que a correspondente lei específica fosse editada.

Paralelamente, na esfera do TST, a conduta do magistrado segue o mesmo caminho. Tendo por escopo a concretização dos fins constitucionais, o Judiciário trabalhista adotou a ideologia do STF e vem produzindo, assim, a figura do magistrado ativo, com amplos poderes para interpretar a lei conforme o caso concreto, em que pese, por vezes, seja voltada não para o Estado, mas para as relações privadas. A presunção como discriminatória da dispensa de empregado portador de doença grave prevista na Súmula nº 443, do TST, é um dos exemplos do ativismo judicial na Justiça do Trabalho. Nesse ínterim, o verbete sumular presumiu discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite

²⁸⁷ RILLO, Giovana Leite. **Ativismo Judicial e a Justiça do Trabalho: Uma necessidade constante**. Revista Juris UniToledo, Araçatuba, SP, v. 03, n. 02, 208-221, abr./jun. 2018. Disponível em <<http://www.ojs.toledo.br/index.php/direito/article/download/2707/275>> acesso em 15 fev. 2020. p. 210.

²⁸⁸ PARIZI, Kelly Aparecida. **Ativismo Judicial na Justiça do Trabalho**. Revista de Artigos do 1º Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito, [S.l.], v. 1, n. 1, jan. 2017. Disponível em: <<https://revista.univem.edu.br/1simposioconst/article/view/1209>>. Acesso em: 13 mar. 2020. p. 16.

estigma ou preconceito, competindo ao empregador demonstrar causa plausível à dispensa para assim não ser considerada.²⁸⁹

Mauro Cappeletti lembra o quão importante é a contribuição dos Magistrados ao interpretarem o direito, quando também demonstram sua capacidade de criação:

Os principais criadores do direito (...) podem ser, e frequentemente são, os juízes, pois representam a voz final da autoridade. Toda vez que interpretam um contrato, uma relação real (...) ou as garantias do processo e da liberdade, emitem necessariamente no ordenamento jurídico partículas dum sistema de filosofia social; com essas interpretações, de fundamental importância, emprestam direção a toda atividade de criação do direito. As decisões dos tribunais sobre questões econômicas e sociais dependem da sua filosofia econômica e social, motivo pelo qual o progresso pacífico do nosso povo, no curso do século XX, dependerá em larga medida de que os juízes saibam fazer-se portadores duma moderna filosofia econômica e social, antes de que superada filosofia, por si mesma, produto de conciliações superadas.²⁹⁰

A razão dessa atuação dos juízes do trabalho, verifica-se, principalmente, quando uma norma legal afeta direitos ou mesmo quando não existe uma norma, o que ocasiona o impedimento do exercício de direitos, em decorrência disto, o Judiciário é provocado e, como há uma proibição que este órgão evite dar uma decisão, deve se expressar a respeito do caso.²⁹¹

Quando ocorre omissão por parte do Poder Legislativo, existe a possibilidade de ingressar no Judiciário para admitir a ausência de norma e comunicar o Legislativo a necessidade de sua produção, no entanto, até a elaboração dessa nova norma, há possibilidade que o Judiciário estabeleça como ficarão as relações, atuando por meio do Ativismo Judicial.²⁹²

Entretanto, aponta Edinilson Donizete Machado:

A decisão judicial em casos difíceis não possibilita que os juízes sejam legisladores. Portanto, devem respeitar as atribuições de competências

²⁸⁹ PRADO FILHO, Alexandre Vieira. **O Ativismo Judicial na Justiça do Trabalho e a Terceirização**. Disponível em <<http://www.juridicohightech.com.br/2014/06/o-ativismo-judicial-na-justica-do.html>> Acesso em 15 fev. 2020. p. 20.

²⁹⁰ CAPELLETTI apud ALKIMIN, Maria Aparecida. **O Ativismo Judicial como instrumento de transformação do Estado democrático de Direito**. Revista Jurídica Direito & Paz, São Paulo, n 34, p. 300-318, jan/jun. 2016. Disponível em <www.revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/download/357/257/> Acesso em 16 fev. 2020. p.309.

²⁹¹ RILLO, Giovana Leite. **Ativismo Judicial e a Justiça do Trabalho: Uma necessidade constante**. Revista Juris UniToledo, Araçatuba, SP, v. 03, n. 02, 208-221, abr./jun. 2018. Disponível em <<http://www.ojs.toledo.br/index.php/direito/article/download/2707/275>> acesso em 15 fev. 2020. p. 210.

²⁹² RILLO, Giovana Leite. **Ativismo Judicial e a Justiça do Trabalho: Uma necessidade constante**. Revista Juris UniToledo, Araçatuba, SP, v. 03, n. 02, 208-221, abr./jun. 2018. Disponível em <<http://www.ojs.toledo.br/index.php/direito/article/download/2707/275>> acesso em 15 fev. 2020. p. 212.

dadas a cada Poder pelo princípio da separação de poderes. Não se atribui poder político aos juízes; portanto, não podem eles fundamentar suas decisões em diretrizes políticas e, assim, cabe-lhes o julgamento com fundamento em regras e em princípios do Direito. A força normativa dos princípios reconhecidos pelo sistema jurídico leva ao questionamento contido nas obrigações positivas, a cargo do Estado, que demandam opções políticas para a implementação das políticas públicas necessárias à efetividade de direitos sociais.²⁹³

Portanto, um magistrado que possui uma índole criativa, ativa e participativa dentro do processo, garante a prestação jurisdicional efetiva, justa e tempestiva.²⁹⁴

O ativismo judicial é bastante comum em situações em que o Estado deixa de oferecer suporte para o exercício de um determinado direito, em especial quando não adota medidas eficazes para a criação de políticas públicas.²⁹⁵

Esse cenário de o Poder judiciário interferir em situações políticas provém da própria Constituição, frente a impossibilidade do legislador antever todas as configurações de relações jurídicas prováveis em situações concretas.²⁹⁶

Salienta-se que essa dogmática presente, alcança a situação de que o campo processual trabalhista tem que estar em função da sociedade, do hipossuficiente, na consumação do direito material almejado, isto é, o direito processual do trabalho – na tendência neoconstitucionalista – deve estar em função do direito material específico, fazendo com que este seja integralmente materializado.²⁹⁷

Nesse sentido, esclarece Cleber Lúcio de Almeida:

As normas de direito processual não são um fim em si mesmas. Elas são

²⁹³ MACHADO apud RILLO, Giovana Leite. **Ativismo Judicial e a Justiça do Trabalho: Uma necessidade constante**. Revista Juris UniToledo, Araçatuba, SP, v. 03, n. 02, 208-221, abr./jun. 2018. Disponível em <<http://www.ojs.toledo.br/index.php/direito/article/download/2707/275>> acesso em 15 fev. 2020. p. 210.

²⁹⁴ ALKIMIN, Maria Aparecida. **O Ativismo Judicial como instrumento de transformação do Estado democrático de Direito**. Revista Jurídica Direito & Paz, São Paulo, n 34, p. 300-318, jan/jun. 2016. Disponível em <www.revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/download/357/257/> Acesso em 16 fev. 2020 p. 309.

²⁹⁵ RILLO, Giovana Leite. **Ativismo Judicial e a Justiça do Trabalho: Uma necessidade constante**. Revista Juris UniToledo, Araçatuba, SP, v. 03, n. 02, 208-221, abr./jun. 2018. Disponível em <<http://www.ojs.toledo.br/index.php/direito/article/download/2707/275>> acesso em 15 fev. 2020. p. 211.

²⁹⁶ RILLO, Giovana Leite. **Ativismo Judicial e a Justiça do Trabalho: Uma necessidade constante**. Revista Juris UniToledo, Araçatuba, SP, v. 03, n. 02, 208-221, abr./jun. 2018. Disponível em <<http://www.ojs.toledo.br/index.php/direito/article/download/2707/275>> acesso em 15 fev. 2020. p. 212.

²⁹⁷ BRILHANTE, Robson. **A constitucionalização do Direito Processual do Trabalho**. Jus Navigandi, 2016. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/46507/a-constitucionalizacao-do-direito-processual-do-trabalho>. Acesso em 02 abr. 2020. p. 10.

criadas para um fim determinado: a garantia da realização prática do direito material não atuado espontaneamente. Direito material e direito processual encontram-se no processo, sendo este instrumento de realização concreta daquele. As normas de direito material são a razão de ser das normas processuais.²⁹⁸

A atuação do constituinte originário, reflete a tentativa de valorizar o trabalhador com base na sua dignidade humana e garantindo-o segurança jurídica, que proporciona à sociedade a conquista da tão esperada paz social. Procura também, satisfazer o direito material por meio da instrumentalidade do processo do trabalho, promovendo a total efetividade da prestação jurisdicional e sua razoável duração procedimental.²⁹⁹

Como visto, afare-se à Justiça do Trabalho questões de justiça material com base em dispositivos constitucionais, potencializando o modelo trabalhista de “juiz ativo” comprometido com a proteção e implementação dos direitos fundamentais para efetivação dos direitos sociais. Assim, é por meio do Ativismo Judicial que a Justiça do Trabalho tem garantida a efetivação dos preceitos constitucionais que são aplicados ao caso concreto, uma vez que, o Poder Legislativo não consegue prever todas as situações provenientes das relações de trabalho.³⁰⁰

3.4 ATIVISMO JUDICIAL NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

Tem-se que o Poder Judiciário brasileiro se fortaleceu e a sua participação nas deliberações de assuntos relevantes para a sociedade tornou-se frequente. A influência da justiça na história política cresceu na medida em que nada mais se esquivava do exame judicial, visto que, além de julgar litígios entre particulares e entre particulares e o Estado, o Poder Judiciário, dotado de independência constitucional, passou a decidir, de mérito, as peijas políticas que são frequentemente colocadas ao seu crivo.

²⁹⁸ ALMEIDA, Cléber Lúcio de apud BRILHANTE, Robson. **A constitucionalização do Direito Processual do Trabalho**. Jus Navigandi, 2016. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/46507/a-constitucionalizacao-do-direito-processual-do-trabalho> acesso em 02 abr. 2020. p. 11.

²⁹⁹ BRILHANTE, Robson. **A constitucionalização do Direito Processual do Trabalho**. Jus Navigandi, 2016. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/46507/a-constitucionalizacao-do-direito-processual-do-trabalho> acesso em 02 abr. 2020. p. 11.

³⁰⁰ ASSIS, Luis Fabiano de; FREITAS JUNIOR, Antonio Rodrigues de. **Ativismo judicial na Justiça do Trabalho**. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-22042013-110316/pt-br.php>. Acesso em 05 abr. 2020. p. 217.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.³⁰¹

Na concepção de Amartya Sen:

Nossa interpretação do que é possível em nossa situação e posição pode ser crucial para a intensidade de nossos desejos, e pode afetar até mesmo o que ousamos desejar. Os desejos refletem compromissos com a realidade, e a realidade é mais dura com uns do que com outros. O destituído desesperançado que deseja somente sobreviver, o trabalhador sem-terra que concentra seus esforços em garantir a próxima refeição, a empregada doméstica em regime de dia-e-noite que anseia umas poucas horas de descanso, a dona de casa subjugada que luta por um pouco de individualidade podem ter, todos eles, aprendido a ajustar seus desejos a suas respectivas condições. As destituições que sofrem são silenciadas e abafadas pela métrica interpessoal da satisfação de desejos. Em algumas vidas, as pequenas mercês têm de contar muito.³⁰²

Hans Kelsen tratou desta possibilidade:

Assinala-se, de regra, o estilo executório das decisões judiciais como meros atos de aplicação das normas, ao contrário da natureza criativa ou inovadora da legislação. Apesar disso, as decisões judiciais também possuem feições criativas e inovadoras porquanto não se restringem a reportar o que se encontra nos escritos, visto que são amoldadas diante da conjuntura fática que demandou a jurisdição. Entretanto, não se nega que a liberdade de criação deferida pelo sistema jurídico ao magistrado é significativamente menor do que aquela reservada ao Poder Legislativo.³⁰³

De acordo com Adriana Silva Maillart e Bruno Carlos dos Rios, Dworkin é um dos mais influentes representantes do pensamento moralista, contudo, persevera em negar que sua concepção de integridade do direito vá ao encontro do ativismo judicial. Para os autores, na concepção de Dworkin, o ativismo é uma forma de pragmatismo jurídico, ao passo que um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições da cultura política. Ainda, a alternativa ao passivo não é um ativismo tosco, atrelado apenas ao senso de justiça de um juiz, porque não se

³⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo Judicial e legitimidade democrática**. Revista Synthesis. v. 5, n. 1 (2012). Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em 20 mar. 2020. p.6

³⁰² SEN. Amartya. Well-Being, agency and freedom. **The Journal of philosophy**, New York, LXXXII, 1985. p. 169-221.

³⁰³ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Trad. Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.10.

deve ceder espaço à tirania, ignorando-se tudo para se impor aos outros poderes do Estado.³⁰⁴

Para Celso Fernandes Campilongo o direito contemporâneo necessita de mecanismos que efetivem os direitos e as garantias individuais do cidadão, por meio da promoção da justiça qualitativa:

O constitucionalismo moderno permite um exame das relações entre a decisão judicial e sistema político não apenas sob a ótica da divisão de poderes, mas também a partir de uma discussão sobre o Estado de Direito. Estado de Direito não significa exclusivamente observância dos princípios da legalidade e da publicidade dos atos administrativos, legislativos e judiciais. Significa, igualmente – e, para os efeitos aqui buscados, esse é o aspecto fundamental – controle jurisdicional da atuação do Legislativo e do Executivo. Evidentemente, esse controle só pode ser compreendido como uma projeção aplicativa dos princípios da legalidade e publicidade. Mas é exatamente nesse ponto, ou seja, no controle jurisdicional dos demais Poderes, que reside o caráter eventualmente político da decisão judicial. Aqui, também os problemas fáticos são enormes: transformações importantes na forma e no conteúdo da legalidade promoveram modificações profundas no conceito do Estado de Direito e, por via de consequência, nos papéis atribuídos ao Judiciário.³⁰⁵

Ainda, da Doutrina de Luís Roberto Barroso, destaca-se a distinção entre o ativismo judicial e a judicialização da política: o ativismo judicial consiste na participação maior do juiz por meio da hermenêutica jurídica expansiva, com o objetivo de oferecer o direito das partes e materializar as normas constitucionais, sem que seja invadida a seara da criação do direito³⁰⁶. Já a judicialização da política consiste no deslocamento da decisão de certas questões que tradicionalmente eram de competência dos Poderes Executivo e Legislativo:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração

³⁰⁴ DWORKIN apud MAILLART, Adriana Silva; RIOS, Bruno Carlos dos. **O alcance do acesso à justiça eficiente por intermédio do ativismo judicial**. Disponível em <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/download/3764/pdf>> acesso em 19 fev. 2020. p. 5.

³⁰⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 42.

³⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo Judicial e legitimidade democrática**. Revista Synthesis. v. 5, n. 1 (2012). Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em 20 mar. 2020. p. 6.

do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.³⁰⁷

Tem-se, nas palavras do mesmo autor que a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.³⁰⁸

De acordo com Adriana Silva Maillart e Bruno Carlos dos Rios o ativismo judicial consiste num método apto, devidamente respaldado na Constituição Federal, para que o cidadão tenha acesso à justiça eficiente, alcançando, dentro do cenário democrático do país, direitos fundamentais individuais e sociais para efetivação dos direitos humanos, do desenvolvimento e da paz social.³⁰⁹

3.5 POSICIONAMENTOS SOBRE A REFORMA TRABALHISTA

A Lei nº 13.467/2017 foi aprovada em 13 de julho de 2017 e introduziu alterações na CLT. A “Reforma Trabalhista” foi propalada como um mecanismo modernizador das relações de trabalho no Brasil, mas o que se verificou foi uma redução significativa de direitos sociais incapazes de sofrer retrocesso (vedação ao efeito “cliquet”), capitaneada pelo Poder Legislativo Brasileiro, atendendo aos desejos dos fatores reais de poder de ocasião a “empresariado burguês”, cumprindo uma agenda neoliberal que tem o condão de enfraquecer a classe obreira.

³⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo Judicial e legitimidade democrática.** Revista Synthesis. v. 5, n. 1 (2012). Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em 20 mar. 2020. p. 6.

³⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo Judicial e legitimidade democrática.** Revista Synthesis. v. 5, n. 1 (2012). Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em 20 mar. 2020. p. 6.

³⁰⁹ MAILLART, Adriana Silva; RIOS, Bruno Carlos dos. **O alcance do acesso à justiça eficiente por intermédio do ativismo judicial.** Disponível em <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/download/3764/pdf> acesso em 19 fev. 2020. p. 29.

Antes de ser aprovada a maioria dos ministros do Tribunal Superior do Trabalho apresentou seu entendimento explicitado em documento assinado por dezessete de seus ministros, dirigido ao presidente do Senado Federal. De acordo com essa manifestação a proposta de lei visava "eliminar ou restringir, de imediato ou em médio prazo, dezenas de direitos individuais e sociais trabalhistas que estão assegurados no País e às pessoas humanas que vivem do trabalho empregatício e similares".³¹⁰

A Organização Internacional do Trabalho – OIT, em resposta à consulta feita por entidades sindicais nacionais, entendeu que a reforma trabalhista viola convenções internacionais firmadas pelo Brasil, em especial a Convenção nº 154 que prevê a necessidade de consultas sociais prévias no caso de modificação da legislação trabalhista, a exemplo de previsões que também são encontradas nos verbetes nº 1075, 1081 e 1082 do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT.³¹¹

A OIT já se manifestou, oficialmente, sobre a inadequação de três pontos da reforma. O Relatório do Comitê de Peritos da OIT sobre a aplicação das Convenções e Recomendações da OIT enfrentou os seguintes dispositivos da reforma: i) promoção da negociação coletiva e a relação entre o negociado e o legislado (arts. 611-A e 611-B da CLT; ii) relação entre a negociação coletiva e os contratos individuais de trabalho dos "altos" empregados (art. 444, parágrafo único, da CLT); iii) âmbito de aplicação das convenções coletivas no tocante a definição dada pela reforma aos trabalhadores autônomos (art. 442-B da CLT). Nos dois primeiros casos o comitê requereu ao Governo brasileiro que examine a possibilidade de revisão dessas proposições legais no sentido de adequá-las à convenção pertinente, e no terceiro caso, o Comitê solicitou informações ao governo brasileiro, ante as alegações sindicais de ofensa à liberdade sindical.³¹²

A Jurisprudência brasileira aplica as normas internacionais na resolução de lides, a exemplo do Tribunal Superior do Trabalho – TST, na decisão do recurso de

³¹⁰ TST, 2017.

³¹¹ MENESES, Luiz Manoel Andrade. A inconvenção da reforma trabalhista ante a ausência de diálogo social em sua tramitação legislativa in BRENDA, Laura. (org). Reforma trabalhista. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018. p. 99.

³¹² MENESES, Luiz Manoel Andrade. A inconvenção da reforma trabalhista ante a ausência de diálogo social em sua tramitação legislativa in BRENDA, Laura. (org). Reforma trabalhista. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018. p. 102.

revista RR-1871-87.2013.5.12.0022 em que o tribunal posicionou-se no sentido de que existe um efeito paralisante das normas internas que estejam em descompasso com os tratados internacionais de direitos humanos, tratando do controle de convencionalidade com base nas Convenções nº 148 e 155 da OIT e na decisão do recurso de revista RR-77200-27.2007.5.12.0019 em que o tribunal entendeu pela aplicabilidade da Convenção nº 98 da OIT, repudiando conduta antissindical que afrontava a liberdade sindical.³¹³

Considerando todas as alterações levadas a efeito, importa verificar o controle de convencionalidade e de constitucionalidade das alterações.

3.5.1 Controle de Convencionalidade e Constitucionalidade da Reforma

Para um determinado setor da doutrina, alicerçado na concepção positivista do Direito, haveria clara divisão entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional que, estando separadas não poderiam afetar ou ab-rogar umas às outras.³¹⁴

Por outro lado, há corrente doutrinária que sustenta a teoria monista, afirmando não haver espaço de distinção entre a ordem jurídica interna e a internacional. E dentro dessa linha de entendimento, haveria outra diferenciação: aqueles que sustentam a prevalência do direito interno sobre a órbita internacional e outros que advogam a primazia da ordem externa.³¹⁵

Para resolver esse conflito de normas, entende André de Carvalho Ramos:

[...] há o uso do princípio da prevalência ou primazia da norma mais favorável ao indivíduo, que defende a escolha, no caso de conflito de normas (quer nacionais ou internacionais) daquela que seja mais benéfica ao indivíduo. Por esse critério, não importa a origem (pode ser uma norma internacional ou nacional), mas sim o resultado: o benefício do indivíduo. Assim, seria novamente cumprido o ideal *pro homine* das normas de direitos humanos.³¹⁶

³¹³ MENESES, Luiz Manoel Andrade. **A inconveniência da reforma trabalhista ante a ausência de diálogo social em sua tramitação legislativa.** In: BRENDA, Laura. (org). Reforma trabalhista. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018. p. 100.

³¹⁴ SHAW, Malcolm. **Direito Internacional**; tradução de Marcelo Brandão Cipolla, Lenita Ananias do Nascimento, Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martin Fontes, 2010. p. 102.

³¹⁵ MOITINHO, Matheus Martins. **Controle de Convencionalidade e “deforma” trabalhista. Por uma solução “pro homine” em prol do trabalhador.** In: BRENDA, Laura. (org). Reforma trabalhista. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018. p. 81.

³¹⁶ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** São Paulo: Saraiva, 2014. p. 102.

Assim, adota-se como premissa de que o critério definidor do conflito entre normas internas ou internacionais, em tema de proteção de direitos humanos, é a averiguação da norma que possua conteúdo mais protetivo da pessoa humana, sendo irrelevante a fonte de onde promana a regulação.³¹⁷

Sobre o tema André de Carvalho Ramos ensina que:

[...] o controle convencionalidade nacional na seara dos direitos humanos consiste na análise da compatibilidade entre as leis (e atos normativos) e os tratados internacionais de direitos humanos, realizada pelos juízes e tribunais brasileiros, no julgamento de casos concretos, nos quais se devem deixar de aplicar os atos normativos que violem o referido tratado.³¹⁸

Diante do quadro de retrocesso social que a “Reforma Trabalhista” apresentou, a Associação Nacional de Magistrados do Trabalho – ANAMATRA realizou a 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho e por ocasião do evento foram votados e aprovados 125 enunciados que apontam interpretação adequada da lei da reforma.

O controle de convencionalidade é indicado expressamente, nos enunciados nº 1, 16, 31, 32, 37, 38, 39, 48, 49, 50, 57, 60, 61, 63, 66, 67, 70, 71, 80 e 83, os quais apontam violações aos seguintes direitos:

Enunciado 1: necessidade de diálogo social, protegido pelas Convenções nº 144 e 154 da OIT;

Enunciado 16: cômputo na jornada de tempo de trajeto, amparado pela Convenção nº 155 da OIT;

Enunciado 31: obrigatoriedade de contrapartidas em negociações coletivas, amparadas pela Convenção nº 154 da OIT;

Enunciado 32: limitação da jornada em ambientes insalubres, contida na Convenção nº 155 da OIT;

Enunciado 37: tutela à saúde, segurança e higiene do trabalho, garantida pela Convenção nº 155 da OIT;

Enunciado nº 38: garantia contra atos antissindiciais, inclusive vedando que o empregador tenha poder sobre a contribuição sindical, assegurada pela Convenção nº 98 da OIT;

Enunciado nº 39: vedação de retrocesso social, com a garantia de ultratividade das normas coletivas, por aplicação das Convenções nº 98 e 154 da OIT;

³¹⁷ MOITINHO, Matheus Martins. **Controle de Convencionalidade e “deforma” trabalhista. Por uma solução “pro homine” em prol do trabalhador.** In: BRENDA, Laura. (org). Reforma trabalhista. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018. p. 84.

³¹⁸ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** São Paulo: Saraiva, 2014. p. 376.

Enunciado nº 48: vedação de negociação *in pejus*, inteligência das Convenções nº 98, 151 e 154 da OIT;

Enunciado nº 49: prevalência da norma mais favorável, inclusive em negociação individual pelos trabalhadores chamados de “hipersuficientes”, prevenindo discriminação em matéria de emprego vedada pela Convenção nº 111 da OIT;

Enunciado nº 50: vedação de trabalho da gestante em condições insalubres, consoante Convenções nº 103 e 183 da OIT;

Enunciado nº 57: proibição de dispensa coletiva, em atenção às Convenções nº 98 e 154 da OIT;

Enunciados nº 60, 61, 63, 66 e 67: liberdade sindical, nos aspectos relacionados ao impedimento de restrições à representação sindical e à negociação trabalhista, em razão da vigência das Convenções nº 98, 134, 135 e 154 da OIT;

Enunciado nº 70: bloqueio de transferência de custos da empresa para o trabalhador, refreado pela Convenção nº 155 da OIT;

Enunciado nº 71: apuração das horas extras em regime de teletrabalho, tratadas no PDESC e na Recomendação nº 116 da OIT;

Enunciado nº 80: vedação da terceirização de atividade fim, a qual reduz o trabalhador à condição de coisa/mercadoria em insulto à Constituição da OIT;

Enunciado nº 83: obrigatoriedade de fiscalização do ambiente laboral, inclusive no regime de teletrabalho, em consideração à Convenção nº 155 da OIT.³¹⁹

Já em relação ao controle de constitucionalidade, não será possível digressões mais profundas sobre o tema, neste trabalho, mas é importante observar que a ordem política-constitucional tem a sua supremacia garantida através do controle de constitucionalidade, mecanismo que serve para garantir a compatibilidade das normas de hierarquia inferior ao disposto na norma de maior envergadura no direito interno, observando a pirâmide Kelseniana.³²⁰

Durante a 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho foi apontada a eficácia de resistência ao retrocesso através do Controle Difuso de Constitucionalidade o que resultou na aprovação dos enunciados nº 2, 15, 18, 31, 39, 45, 57, 73, 87, 103, 111 e 120, assim sintetizados:

Enunciado nº 2: há inconstitucionalidade de toda medida que vise restringir a

³¹⁹ MENESES, Luiz Manoel Andrade. **A inconvenção da reforma trabalhista ante a ausência de diálogo social em sua tramitação legislativa.** In: BRENDA, Laura. (org). Reforma trabalhista. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018. p. 94-95.

³²⁰ MOITINHO, Matheus Martins. **Controle de Convencionalidade e “deforma” trabalhista. Por uma solução “pro homine” em prol do trabalhador.** In: BRENDA, Laura. (org). Reforma trabalhista. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018. p. 85.

atividade jurisdicional de modo a impor uma interpretação meramente gramatical/literal da lei;

Enunciados nº 15 e 45: reputam inconstitucional a ampliação da jornada laboral além dos parâmetros constitucionais, por violação ao art. 7º, IX, XIII, XXII, XXIII e XXVI da CF;

Enunciado nº 18: aponta que as restrições à reparação do dano extrapatrimonial contidas na reforma afrontam os arts. 1º, III; 3º, IV; 5º, V e X; e 7º da CF;

Enunciado nº 31: afirma que a supressão de contrapartidas em negociações coletivas ofende o art. 7º, XXVI; 8º, VI da CF;

Enunciado nº 39: considera que a vedação da ultratividade das normas coletivas ultraja os arts. 7º, XXVI; 8º, VI; 114 § 2º da CF;

Enunciado nº 57: avalia que a autorização para dispensa coletiva vai de encontro aos arts. 1º, III e IV; 6º; 7º, I e XXVI; 8º, III e VI; 170, caput, III e VIII; e 193 da CF;

Enunciados nº 73 e 87: aferem que o trabalho intermitente distancia-se dos arts. 1º, III; 7º, I, IV, V, VII e XIV; e 170 da CF;

Enunciado nº 103: pondera que as restrições ao acesso à justiça colidem com os arts. 5º, caput, XXXV e LXXIV da CF;

Enunciado nº 111: reputa-se inconstitucional a tentativa de impor restrições à edição/alteração de Súmulas, por ofensa aos arts. 2º; 5º, LIV; 93; 96, I e 113 da CF;

Enunciado nº 120: sopesa que as restrições à eficácia da execução trabalhista colidem com o art. 5º, caput, XXXV e LXXVIII da CF.³²¹

Há ainda os enunciados nº 32 e 57 que denunciam o retrocesso social proposto pela lei da reforma, assim como, os enunciados nº 17, 51, 93 e 109 que denunciam o agenciamento da fraude trabalhista, além de outros que apontam o desprezo pelos princípios trabalhistas e em razão da limitação temática não podem ser desenvolvidos neste texto.

3.5.2 Inconvencionabilidade Ante a Ausência de Diálogo Social em sua Tramitação Legislativa

Considerando a aprovação da Reforma Trabalhista com ausência de diálogo social em sua tramitação, a 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho promovida pela ANAMATRA elaborou o enunciado nº 1 com o seguinte texto:

³²¹ MENESES, Luiz Manoel Andrade. **A inconvencionabilidade da reforma trabalhista ante a ausência de diálogo social em sua tramitação legislativa.** In: BRENDA, Laura. (org). Reforma trabalhista. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018. p. 93-94.

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DA REFORMA TRABALHISTA, AUSÊNCIA DE CONSULTA TRIPARTITE E DE CONSULTA PRÉVIA ÀS ORGANIZAÇÕES SINDICAIS

I. REFORMA TRABALHISTA. LEI 13.467/2017. INCOMPATIBILIDADE VERTICAL COM AS CONVENÇÕES DA OIT. AUSÊNCIA DE CONSULTA TRIPARTITE. OFENSA À CONVENÇÃO 144 DA OIT.

II. AUSÊNCIA DE CONSULTA PRÉVIA ÀS ORGANIZAÇÕES DE TRABALHADORES. OFENSA À CONVENÇÃO 154 DA OIT, BEM COMO AOS VERBETES 1075, 1081 E 1082 DO COMITÊ DE LIBERDADE SINDICAL DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO DA OIT.³²²

De maneira análoga ao controle de constitucionalidade, o controle de convencionalidade é o modo pelo qual o Poder Judiciário de cada Estado-Membro controla a adequação das estruturas normativas internas do país aos compromissos assumidos internacionalmente.³²³

A ausência de diálogo constitui vício da reforma e são obstáculos substanciais a que se promova a justiça social como condição para a paz universal, objetivos do direito laboral.³²⁴

3.5.3 Inconvencionabilidade Frente à Convenção nº 144 da OIT

A Convenção nº 144 da OIT, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 6 de 1989 e promulgada pelo Decreto nº 2.518 de 1998, versa a questão das consultas tripartites para promover a aplicação das normas internacionais do trabalho. Especificamente, a norma internacional exige que os grupos de representação dos trabalhadores e dos empregadores sejam previamente consultados pelos governos locais antes das discussões e aprovações dos projetos de textos nas reuniões da OIT, pelo que deveria o representante brasileiro na Organização, antes de sua participação nas reuniões, colher a opinião dos grupos nacionais interessados, para, somente assim, saber se a adesão ou não do Estado brasileiro representava a vontade democrática (real) das coletividades potencialmente atingidas pelos efeitos da normativa internacional.

³²² <http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp> acesso em 01 nov. 2020.

³²³ MENESES, Luiz Manoel Andrade. **A inconvencionabilidade da reforma trabalhista ante a ausência de diálogo social em sua tramitação legislativa.** In: BRENDA, Laura. (org). Reforma trabalhista. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018. p. 99.

³²⁴ MENESES, Luiz Manoel Andrade. **A inconvencionabilidade da reforma trabalhista ante a ausência de diálogo social em sua tramitação legislativa.** In: BRENDA, Laura. (org). Reforma trabalhista. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018. p. 102.

A mesma Convenção exige que sejam igualmente ouvidos em relação às propostas de ajuste da legislação interna, para a execução das novas convenções aprovadas e recomendações emitidas pela agência internacional.

Por fim, a Convenção nº 144 da OIT também determina que sejam inquiridos os grupos de representação quando das oportunidades de reexame das convenções ainda não-ratificadas ou sobre as propostas de denúncia das convenções já ratificadas.

Com a aprovação da norma em referência, a Organização Internacional do Trabalho pretende estabelecer um procedimento democrático de diálogo entre os grupos interessados em matéria do trabalho no que tange à aprovação de novas convenções internacionais, de normas domésticas de mera execução, da ratificação de novas convenções ou da sua denúncia. Contudo, não há exigência para que os grupos de representação de trabalhadores e de empregadores sejam previamente e formalmente ouvidos sobre as propostas internas em matéria de legislação do trabalho, que continuam seguindo o trâmite legislativo ordinário, com as próprias limitações procedimentais e materiais previstas na Constituição Federal de 1988.

3.5.4 Inconvencionabilidade Frente à Convenção nº 154 da OIT

O aqodamento do processo de aprovação da Lei nº 17.483/2017 foi denunciado por entidades sindicais junto à Organização Internacional do Trabalho – OIT em consulta formal junto ao órgão, o qual entendeu que a proposta reformista não se compatibilizaria com a Convenção nº 154 da OIT, especialmente o seu art. 7º:

As medidas adotadas pelas autoridades públicas para estimular o desenvolvimento da negociação coletiva deverão ser objeto de consultas prévias e, quando possível, de acordos entre as autoridades públicas e as organizações patronais e as de trabalhadores.³²⁵

A reforma alterou a matéria relacionada às negociações coletivas entre empregados e empregadores, instituindo a “prevalência do negociado sobre o legislado”, gerando reflexos com o risco de diminuir a proteção do trabalhador, conferindo a possibilidade de fixação de condições de trabalho entre as partes da relação de emprego, inclusive de natureza degradante e extenuante. Essa alteração

³²⁵ OIT. **Convenções da OIT**. Disponível em https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236116/lang--pt/index.htm. Acesso em 01 out. 2020

não foi objeto de consulta prévia das organizações de proteção do trabalhador no Estado Brasileiro, o que fere o art. 7º da referida Convenção.³²⁶

3.5.4 Inconvencionalidade frente à Carta Internacional dos Direitos Humanos

A reforma trabalhista reforça a vertente ideológica no sentido de desregulamentação dos direitos sociais e de flexibilização das relações de trabalho, ao prever, em seus dispositivos, mecanismos de supressão ou de redução do patamar de proteção social e de acentuada desarticulação dos direitos e garantias fundamentais trabalhistas, ferindo, inclusive, o conjunto normativo de proteção aos direitos trabalhistas firmado no Sistema Internacional do Direitos Humanos o que possibilita a submissão da lei alteradora ao juízo de convencionalidade, também denominado, controle de convencionalidade.³²⁷

De acordo com Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado:

A Lei nº 13.467/17 viola, em grande medida, a estrutura normativa de proteção ao trabalho humano prevista na Constituição (art. 1º, III a IV; art. 3º, I a III; art. 170 e art. 193, da Constituição Federal de 1988) e no Sistema Internacional de Direitos Humanos (Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948; Declaração da Filadélfia de 1944; Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966; Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais da OIT, de 1998 e amplo rol de Convenções Internacionais do Trabalho da OIT ratificadas pelo Brasil). Assentada essa estrutura normativa constitucional e internacional nos princípios vetores da dignidade da pessoa humana e da justiça social, ela não absorve as regras desregulamentadoras e flexibilizadoras radicais da Lei da Reforma Trabalhista do País.³²⁸

Da mesma forma, a Declaração da OIT sobre os Princípios Fundamentais e Direitos do Trabalho, a Agenda Internacional para o Trabalho Decente e a Declaração da OIT sobre a Justiça Social para uma Globalização Equitativa também são instrumentos jurídicos que convergem, em teor e objetivo, com as definições de justiça social, assegurando destaque para o Direito do Trabalho em sua relação com os Direitos Humanos.³²⁹

³²⁶ MOITINHO, Matheus Martins. **Controle de Convencionalidade e “deforma” trabalhista. Por uma solução “pro homine” em prol do trabalhador.** In: BRENDA, Laura. (org). Reforma trabalhista. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018. p. 88-89.

³²⁷ DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com comentários à Lei nº 13.467/2017.** São Paulo: LTr, 2017. p. 73.

³²⁸ DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com comentários à Lei nº 13.467/2017.** São Paulo: LTr, 2017. p. 74.

³²⁹ DELGADO, Gabriela Neves; RIBEIRO, Ana Carolina Paranhos de Campos. **Os direitos sociotrabalhistas como dimensão dos direitos humanos.** Revista do Tribunal Superior do Trabalho. v. 79. Brasília: TST, 2013. p. 200.

3.5.5 As Ações Diretas de Inconstitucionalidade Movidas no STF Contra a Reforma

Tem-se notícia de 21 ADI's ajuizadas contra a Reforma Trabalhista. O elevado número de ações que provocam a cúpula do Poder Judiciário nacional se deve não apenas à ampla legitimidade processual garantida pela CF/88, mas, sobretudo, a enorme quantidade de inconstitucionalidades que se amontoaram para dar redação final a essa ampla Reforma Trabalhista.³³⁰

A partir desse número, verifica-se que a maior parte das ADI's propostas tratam do financiamento das entidades sindicais: 16 das 21 ações movidas.

Destaca-se, a fim de manter o foco do presente trabalho, a ADI proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores de Segurança Privada (Constrasp) que ataca o art. 443, § 3º da CLT, referindo-se a humanamente repulsiva figura do contrato de trabalho intermitente (ADI 5806). Também questionam a forma contratual as ADI's propostas pela Federação Nacional dos Empregados em Postos de Combustíveis e Derivados de Petróleo (Fenepospetro) e pela Federação Nacional dos Trabalhadores em Empresas de Telecomunicações e Operadores de Mesas Telefônicas (Fenattel), cujos pedidos e causa de pedir são idênticos: acrescentam à impugnação do art. 443, § 3º, o próprio *caput* do dispositivo, além dos arts. 452-B a 452-H que tratam de dar forma jurídica a superexploração representada pelo trabalho intermitente (ADI 5826 e ADI 5829).³³¹

A ADI 5766 movida pela Procuradoria Geral da República, à época comandada por Rodrigo Janot, e distribuída ao Ministro Luís Roberto Barroso, questiona a obstaculização do acesso à Justiça trazida nos arts. 790-B, *caput* e § 4º; 791-A, § 4º e art. 844, §§ 2º e 3º, todos da CLT e será melhor desenvolvida na sequência.

³³⁰ YAMAMOTO. Paulo de Carvalho. **As Ações Diretas de Inconstitucionalidade Movidas no Supremo Tribunal Federal Contra a Reforma Trabalhista**. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto (org.). Resistência II: Defesa e crítica da Justiça do Trabalho. 1.ed. São Paulo: Expressão Popular, 2018. p. 342.

³³¹ YAMAMOTO. Paulo de Carvalho. **As Ações Diretas de Inconstitucionalidade Movidas no Supremo Tribunal Federal Contra a Reforma Trabalhista**. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto (org.). Resistência II: Defesa e críticas da Justiça do Trabalho. 1.ed. São Paulo: Expressão Popular, 2018. p. 344.

3.5.6 A Inconstitucionalidade Suscitada na ADI 5.766/DF

A partir das alterações promovidas pela Lei nº 13.467/17, torna-se pertinente a discussão acerca da constitucionalidade dos dispositivos alteradores, relativos à justiça gratuita, decorrentes da violação dos direitos fundamentais subjetivos, que dificultam o livre acesso à justiça, constituindo fatores agravantes às limitações econômicas e sociais enfrentadas pelo demandando, criando-se um cenário de insegurança jurídica e incertezas, que tenta ser melhorado a partir da Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta perante o STF, ADI 5.766/DF³³², pela qual se discute a inconstitucionalidade dos artigos 790-B da CLT, caput e § 4º, 791-A, § 4º e 844, § 3º da CLT.

De acordo com o Procurador-Geral da República Rodrigo Janot, autor da referida ADI, os pontos alterados pela “reforma trabalhista” estão na contramão dos movimentos democráticos que consolidaram as garantias de amplo e igualitário acesso à Justiça, descrevendo que “as normas impugnadas inviabilizam o trabalhador economicamente desfavorecido assumir os riscos naturais de demanda trabalhista.”

Na petição da ADI expôs os argumentos a respeito das reais finalidades da nova legislação:

Com o propósito desregulamentador e declarado objetivo de reduzir o número de demandas perante a Justiça do Trabalho, a legislação avançou sobre garantias processuais e viola direito fundamental dos trabalhadores pobres à gratuidade de judiciária, como pressuposto de acesso à jurisdição trabalhista.³³³

A ação teve o relatório apresentado pelo Ministro Relator Luís Roberto Barroso assentado nas seguintes teses:

1. O direito à gratuidade de justiça pode ser regulado de forma a desincentivar a litigância abusiva, inclusive por meio da cobrança de custas e de honorários a seus beneficiários. 2. A cobrança de honorários sucumbenciais do hipossuficiente poderá incidir: (i) sobre verbas não alimentares, a exemplo de indenizações por danos morais, em sua integralidade; e (ii) sobre o percentual de até 30% do valor que exceder ao teto do Regime Geral de Previdência Social, mesmo quando pertinente a verbas remuneratórias. 3. É legítima a cobrança de custas judiciais, em razão da ausência do reclamante à audiência, mediante prévia intimação pessoal para que tenha a oportunidade de justificar o não comparecimento.³³⁴

³³² BRASIL. Procuradoria Geral da República. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766**. Procurador-Geral da República Rodrigo Janot Barros. Disponível em <www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ADI5766reformatrabalhistas.pdf>. Acesso em 20 mar. 2020.

³³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br>> Acesso em 20 mar. 2020.

³³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br>> Acesso em 20 mar. 2020.

A tese do relator está no sentido de “desincentivo à litigância abusiva” como forma de regular o direito à gratuidade de justiça e a cobrança de custas e honorários seria o caminho para esse desestímulo.

Há críticas em relação a esse posicionamento, pois os casos de litigância abusiva devem ser analisados individualmente no caso concreto, havendo meios processuais próprios para punir o litigante de má-fé.

Sustenta ainda, a possibilidade de incidência de honorários sucumbenciais sobre verbas não alimentares em sua integralidade, citando o exemplo de retenção de valores recebidos a título de indenização por dano moral, devido a sua natureza indenizatória.

Importa, nesse aspecto, verificar que a assistência jurídica integral e gratuita é instrumento fundamental de viabilização do efetivo acesso à justiça, não sendo, nas palavras de Antônio Umberto de Souza Junior “juridicamente tolerável a reconstrução de muralhas financeiras para tornar difícil ou impossível bater às portas dos tribunais e ter seu *day of court*.(...)”.³³⁵

Por sua vez, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Edson Fachin, em voto divergente na mesma ADI, propôs uma reflexão sobre a proteção constitucional conferida aos direitos e garantias fundamentais do acesso à Justiça e da gratuidade dos serviços judiciários, porque para ele, “restrições indevidas a estas garantias institucionais podem converter as liberdades e demais direitos fundamentais por elas protegidos em proclamações inúteis e vãs”.

Prevê que, a gratuidade de justiça constitui pressuposto para o exercício do direito fundamental de acesso à Justiça e sustenta que fatores econômicos constituem a principal barreira para exercê-lo, como deixou expresso em seu voto na ADI 5.766/DF:

Dos obstáculos, que comumente são indicados ao acesso à Justiça, os de ordem econômica costumam ser os primeiros e mais evidentes. Considerando que os custos da litigação perante o Poder Judiciário são muito altos, e que a jurisdição cível é bastante onerosa para os cidadãos em geral, verifica-se que há um afastamento significativo das classes economicamente mais frágeis do acesso à Justiça institucionalizada.³³⁶

³³⁵ SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto de Souza. et al. **Reforma Trabalhista: Análise Comparativa e Crítica da Lei nº 13.467/2017**. São Paulo: RIDEEL, 2017. p. 10.

³³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br>> Acesso em 20 mar. 2020.

Descreve em seu voto, outros fatores que, agregados, concorrem para obstaculizar o acesso à justiça:

A desigualdade social gerada pelas dificuldades de acesso isonômico à educação, mercado de trabalho, saúde, dentre outros direitos de cunho econômico, social e cultural, impõe que seja reforçado o âmbito de proteção do direito que garante outros direitos, especialmente a isonomia. A restrição, no âmbito trabalhista, das situações em que o trabalhador terá acesso aos benefícios da gratuidade de justiça, pode conter em si a aniquilação do único caminho de que dispõem esses cidadãos para verem garantidos seus direitos sociais trabalhistas.³³⁷

Entendeu o Ministro Edson Fachin que não há inconstitucionalidade no *caput* do art. 790-B da CLT, com a redação da Lei 13.467/2017, quando imputa a responsabilidade ao trabalhador sucumbente, ainda que beneficiário da justiça gratuita, enquanto perdurar esta condição.

Entretanto, com relação às normas que permitem a utilização de créditos trabalhistas ou de outra natureza, obtidos em outras ações, para o Ministro Fachin, destoam dos princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988, porque o êxito obtido em ação judicial não tem o condão de modificar, por si só, a condição de miserabilidade jurídica do trabalhador e que a mera existência de créditos judiciais obtidos em outros processos não é suficiente para afastar a situação de pobreza em que se encontrava o autor no momento em que foram reconhecidas as condições para o exercício do seu direito fundamental à gratuidade de justiça.

O Ministro Fachin ainda sustenta ainda em seu voto:

É preciso estabelecer a integridade do direito fundamental de acesso gratuito à Justiça Trabalhista, especialmente pelo fato de que, sem a possibilidade do seu pleno exercício por parte dos trabalhadores, é muito provável que estes cidadãos não reúnam condições mínimas necessárias para reivindicar seus direitos perante esta Justiça Especializada. (...).

O direito fundamental à gratuidade de justiça, notadamente atrelado ao direito fundamental de acesso à justiça, não admite restrições relacionadas à conduta do trabalhador em outro processo trabalhista, sob pena de esvaziamento de seu âmbito de proteção constitucional.³³⁸

O julgamento da ADI 5766/DF se encontra suspenso no STF, e só a partir desta decisão é que será possível reconhecer ou não a inconstitucionalidade da qual padecem os artigos 790, § 4º; 790-B da CLT, *caput* e § 4º, 791-A, § 4º e 844, § 4º da

³³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br>> Acesso em 20 mar. 2020.

³³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br>> Acesso em 20 mar. 2020.

CLT, resultante das alterações na legislação trabalhista, assim como a possível violação a direitos e garantias constitucionais.

Sobre a possibilidade de retrocesso social pelo distanciamento da classe trabalhada do seu direito jurisdicional e institucional, compelindo-a a abdicar dos instrumentos de acesso à justiça de que detém, pela possibilidade de incorrer no risco do ônus da sucumbência, o que pode significar na violação aos direitos de cidadania, igualdade e justiça tutelados pela Carta Magna, tem-se a doutrina de Cristiano Paixão:

Numa sociedade democrática, um órgão do Poder Judiciário não é apenas uma parte da estrutura estatal de manutenção da ordem constitucional. Ele é antes de tudo um ente cuja responsabilidade está na tutela das opções fundamentais do legislador constituinte, ou seja, a ele incumbe velar pela observância da Constituição.³³⁹

Assim, impor condições limitantes à concessão dos benefícios da gratuidade de justiça, restringe o direito fundamental de acesso à justiça, especialmente à classe trabalhadora que não possui recursos financeiros suficientes para suportar as despesas com o processo, ainda que obtenha créditos passíveis de retenção em outros processos, pois, como exposto no voto do Ministro Edson Fachin do STF, créditos auferidos em outros processos não modificam ou afastam, por si sós, a condição de miserabilidade jurídica reconhecida e concedida em um determinado momento processual.

3.5.7 A Inconstitucionalidade do Trabalho Intermitente

Nas palavras de Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado, o contrato de trabalho intermitente, nos moldes em que foi inserido pela Reforma Trabalhista, busca romper com dois direitos e garantias justralhistas importantes, que são da estrutura central do Direito do Trabalho: a noção de duração do trabalho (e de jornada) e a noção de salário.³⁴⁰

De acordo com os autores:

A noção de duração de trabalho envolve o tempo de disponibilidade do

³³⁹ PAIXÃO, Cristiano. **Acesso à justiça como garantia institucional: mais uma inconstitucionalidade da “reforma trabalhista”**. In: Constitucionalismo, Trabalho, Seguridade Social e as Reformas Trabalhista e Previdenciária. Coordenadores: Raimundo Simão de Melo e Cláudio Jannotti da Rocha. Capítulo I. São Paulo: LTr, 2017. p. 466.

³⁴⁰ DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com comentários à Lei nº 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017. p. 154.

empregado em face de seu empregador, prestando serviços efetivos ou não (*caput* do art. 4º da CLT). A Lei nº 13.467/2017, entretanto, ladinamente, tenta criar conceito novo: a realidade do tempo à disposição do empregador, porém sem os efeitos jurídicos do tempo à disposição.

Igualmente a noção de salário sofre tentativa de desestruturação pela Lei da Reforma Trabalhista: conceituado como a parcela contraprestativa devida e paga pelo empregador a seu empregado em virtude da existência do contrato de trabalho, a verba salarial pode ser por unidade de tempo (salário mensal fixo – o tipo mais comum de salário), por unidade de obra (salário mensal variável, em face de certa produção realizada pelo obreiro), ou por critério misto (denominado salário-tarefa, que envolve as duas fórmulas de cálculo).³⁴¹

Para o Professor Marco Aurélio Serau Junior, o contrato de trabalho intermitente transfere o risco da atividade econômica para o trabalhador, pois este somente é remunerado se e quando trabalhar, permitindo às empresas mão de obra sempre disponível sem nenhum custo adicional, revelando-se, portanto, uma forma de subemprego, encorajando a precariedade no trabalho ao ferir o princípio da primazia da continuidade do contrato de trabalho e a incerteza da prestação laboral.³⁴²

Tem-se a inconstitucionalidade do § 3º do art. 443 da CLT por ofensa ao princípio constitucional do veto ao retrocesso social. Princípio esse subentendido no conjunto do ordenamento constitucional, positivado expressamente no art. 7º, *caput*, da CF quando refere que a lei só pode promover alteração no sistema jurídico de proteção do trabalho para incluir novos direitos que visem a melhoria da condição social dos trabalhadores.³⁴³

Patrícia Maeda aponta a inconstitucionalidade da reforma trabalhista no que se refere ao contrato de trabalho intermitente também por impedir o trabalhador de ter acesso ao salário mínimo capaz de viabilizar a subsistência dele e de sua família e a acesso a direitos como alimentação, moradia e saúde, atendendo contra os princípios da valorização social do trabalho e da função social da propriedade (arts. 1º, IV; 6º, 7º, IV e VII; e 170, III da CF).³⁴⁴

³⁴¹ DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com comentários à Lei nº 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017. p. 154.

³⁴² SERAU JR., Marco Aurélio; LAVEZZO, Y. M. C. **Refugee Labour: análise dos possíveis impactos da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) nas relações de trabalho de refugiados do Brasil**. *Juris (FURG)*. v.29. 2010. p. 48-49.

³⁴³ MELHADO, Reginaldo. **Contrato de trabalho intermitente: o discurso do bico e a fraude do discurso**. In: BRENDA, Laura. (org). *Reforma trabalhista*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018. p. 169.

³⁴⁴ MAEDA, Patrícia. **Contrato de trabalho intermitente**. In: MAIOR, José Luiz Souto e SEVERO, Valdete Souto. *Resistência*. São Paulo: Expressão Popular, 2017. p. 324.

Ocorre ainda, a inconstitucionalidade da reforma trabalhista a partir da relação de todo o marco normativo do contrato de trabalho intermitente, por arrastamento horizontal, considerando que há relação de dependência de todos os dispositivos do novo art. 452-A da CLT com a norma base contida no § 3º do art. 443 da CLT.³⁴⁵

A 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA, discutiu, votou e aprovou a tese do enunciado nº 73:

É inconstitucional o regime de trabalho intermitente previsto no art. 443 § 3º, e art. 452-A da CLT, por violação do art. 7º, I e VII da Constituição da República, e por afrontar o direito fundamental do trabalhador aos limites de duração do trabalho, ao décimo terceiro salário e às férias remuneradas.³⁴⁶

No mesmo sentido é a interpretação da professora e Juíza do Trabalho do TRT da 4ª Região Valdete Souto Severo:

O artigo 452-A, acerca do trabalho intermitente, estabelece direito às férias... Sem remuneração! Pretende permitir que o trabalhador receba valor inferior ao mínimo legal e perca o direito aos repousos semanais remunerados, sem falar na concorrência que essa modalidade de contratação gera entre os empregados e na precarização que provoca, inclusive no que tange ao custeio do sistema de seguridade social.³⁴⁷

Valdete Souto Maior e Jorge Luiz Souto Maior, demonstram ainda como esse mecanismo evidencia a farsa do argumento da “modernização” que seria trazida pela reforma trabalhista:

O dispositivo não garante sequer o recebimento do valor do salário mínimo por parte do trabalhador, vez que se refere apenas ao salário-hora e se o trabalhador for chamado para um número de horas restrito poderá não receber sequer o salário mínimo mensal. [...] A prática de pagar apenas pelas horas trabalhadas era o que ocorria antes das legislações trabalhistas serem aprovadas. Portanto em vez de modernização o que se propõe é o retorno à lógica do século XVIII. Há evidente precarização do trabalho, exigindo do trabalhador que se vincule a dois ou mais empregadores e que permaneça à disposição, impedindo de organizar sua vida [...].³⁴⁸

Também, a Medida Provisória 808 de 14 de novembro de 2017 que teve vigência encerrada em 23 de abril de 2018, previa ser devido por metade o pagamento

³⁴⁵ MELHADO, Reginaldo. **Contrato de trabalho intermitente: o discurso do bico e a fraude do discurso.** In: BRENDA, Laura. (org). Reforma trabalhista. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018. p. 169.

³⁴⁶ ANAMATRA.

³⁴⁷ SEVERO, Valdete Souto. **E agora, José? A ‘reforma’ trabalhista diante da ordem constitucional.** Disponível em <http://www.justificando.com/2017/07/17/e-agora-jose-reforma-trabalhista-diante-da-ordem-constitucional/> acesso em 01 out. 2020.

³⁴⁸ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. **Os 201 ataques da ‘reforma’ aos trabalhadores.** Disponível em: <https://www.jorgesoutomaior.com/blog/os-201-ataques-da-reforma-aos-trabalhadores>. Acesso em 01 out. 2020.

do aviso-prévio e a indenização de 40% do FGTS, a impossibilidade de acesso ao seguro desemprego e ao sistema de seguridade social, neste caso quando previa que o tempo de trabalho não seria “considerado para fins de aquisição e manutenção da qualidade de segurado do Regime Geral de Previdência Social nem para cumprimento dos períodos de carência para concessão dos benefícios previdenciários” (art. 911-A, § 2º da CLT). Todos esses aspectos significavam também afronta ao princípio da igualdade presente no art. 5º da Constituição Federal e 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

3.6 OS EFEITOS DA REFORMA

Segundo a tese neoliberal a legislação trabalhista é um atraso para o desenvolvimento da economia, pois impede o empregador de investir na produção e, conseqüentemente, gerar mais postos de trabalho, por conta dos elevados custos referentes a encargos empregatícios.³⁴⁹

A Reforma Trabalhista em vigor desde 11 de novembro de 2017 teve como um de seus principais argumentos, à época, a promessa de que aumentaria o número de empregos, no entanto, dados da Secretaria Especial do Trabalho e do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, indicam que houve, ao contrário do que pretendia o governo federal, redução do número de vagas e a taxa de desemprego no país segue em alta. Além disso, especialistas apontam que haverá crescimento de ofertas precárias de emprego, o que, claramente, não fará com que a renda do trabalhador, afetado pela reforma, aumente.³⁵⁰

Nesse sentido referem Laura Nazaré de Carvalho e Pedro Daniel Blanco Alves:

[...] pesquisas já demonstram que não existe correlação entre desregulamentação e desenvolvimento econômico, havendo, isto sim, uma correlação entre desregulamentação, relações de trabalho e piora nos indicadores do mercado de trabalho, a saber, aumento do desemprego e da informalidade e rebaixamento dos salários. Já o agravamento dos indicadores do mercado de trabalho podem alterar as relações de trabalho, pois num cenário de desemprego, há uma maior possibilidade de aumento de contratos

³⁴⁹ CARVALHO, Laura Nazaré de; ALVES, Pedro Daniel Blanco. **Os efeitos da “Reforma” sobre as relações de trabalho: uma questão social.** In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto (org.). Resistência II: Defesa e críticas da Justiça do Trabalho. 1.ed. São Paulo: Expressão Popular, 2018. p. 412.

³⁵⁰ GOMES, Erik Chiconelli. **Os efeitos da “Reforma” sobre a economia.** In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto (org.). Resistência II: Defesa e críticas da Justiça do Trabalho. 1.ed. São Paulo: Expressão Popular, 2018. p. 405.

precários, excesso de jornada e rebaixamento salarial. Mas essas correlações precisam ser analisadas em cada país propriamente, já que são inúmeros os fatores que afetam a dinâmica do mercado e das relações de trabalho, tais quais: a conjuntura econômica, a educação, a saúde, a rede de proteção e previdência e a atuação das instituições trabalhistas. Porém, grosso modo, pode-se afirmar que a conjuntura econômica é o fator que influencia o mercado de trabalho e não o seu contrário, sendo ela responsável pela geração de empregos. Estas conclusões são fruto de estudos de caso de países que sofreram um processo de desregulamentação em alguma dimensão das relações de trabalho (como os contratos, a jornada ou a remuneração).³⁵¹

Como consequência, passa a ocorrer maior rotatividade no emprego, seja para trabalhadores desligados, como para sua família e a coletividade, com implicações diretas no rebaixamento da remuneração dos “novos” empregados, ou pelo grande número de horas trabalhadas por certas categorias, com notório prejuízo à saúde, inclusive psicológica, e a vida social e comunitária dos indivíduos. Nota-se que o desemprego exerce função positiva sobre a exploração da força de trabalho, pois disciplina o trabalhador obrigando-o a aceitar salários cada vez menores a condições progressivamente mais precárias.³⁵²

Especificamente em relação ao trabalho intermitente afirma Jorge Luiz Souto Maior: “O trabalho intermitente [...] nada tem a ver com o enfrentamento do desemprego, até porque sendo uma forma de subemprego só tem o efeito de aumentar a precariedade do trabalho”.³⁵³

Tem-se que as demandas pela desregulamentação devem-se, mais à ineficiência econômica e ao desequilíbrio de forças entre capital e trabalho, valendo-se da ideologia neoliberal e da defesa da desregulamentação como fundamentos.³⁵⁴

Assim, o desmantelamento da proteção social gera o risco de produzir uma nova questão social caracterizada pela exclusão e pela superexploração da classe

³⁵¹ CARVALHO, Laura Nazaré de; ALVES, Pedro Daniel Blanco. **Os efeitos da “Reforma” sobre as relações de trabalho: uma questão social.** In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto (org.). Resistência II: Defesa e críticas da Justiça do Trabalho. 1.ed. São Paulo: Expressão Popular, 2018. p. 412.

³⁵² CARVALHO, Laura Nazaré de; ALVES, Pedro Daniel Blanco. **Os efeitos da “Reforma” sobre as relações de trabalho: uma questão social.** In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto (org.). Resistência II: Defesa e críticas da Justiça do Trabalho. 1.ed. São Paulo: Expressão Popular, 2018. p. 414.

³⁵³ SOUTO MAIOR, Jorge Luís. **Trabalho intermitente e golpismo constante.** Disponível em <https://www.jorgesoutomaior.com/blog/trabalho-intermitente-e-golpismo-constante>. Acesso em 10 out. 2020.

³⁵⁴ CARVALHO, Laura Nazaré de; ALVES, Pedro Daniel Blanco. **Os efeitos da “Reforma” sobre as relações de trabalho: uma questão social.** In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto (org.). Resistência II: Defesa e críticas da Justiça do Trabalho. 1.ed. São Paulo: Expressão Popular, 2018. p. 415.

trabalhadora, sendo esta caracterizada pela extensão da jornada de trabalho associada ao aumento da intensidade do trabalho e ao arrocho salarial que se verifica em cada alteração legislativa trabalhista levada a efeito.³⁵⁵

³⁵⁵ CARVALHO, Laura Nazaré de; ALVES, Pedro Daniel Blanco. **Os efeitos da “Reforma” sobre as relações de trabalho: uma questão social.** In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto (org.). Resistência II: Defesa e críticas da Justiça do Trabalho. 1.ed. São Paulo: Expressão Popular, 2018. p. 415.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve...

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, José Melo. **Direitos Fundamentais. Introdução geral.** 2. ed., Cascais: Princípia, 2011.

_____. **O discurso dos direitos.** Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 217, 2015. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/4_5316>. Acesso em: 01 nov. 2020.

_____. **Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade.** Ratio Juris. Vol. 16, n.2, junho de 2003.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALKIMIN, Maria Aparecida. **O Ativismo Judicial como instrumento de transformação do Estado democrático de Direito.** Revista Jurídica Direito & Paz, São Paulo, n 34, p. 300-318, jan/jun. 2016. Disponível em <www.revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/download/357/257/> Acesso em 16 fev. 2020.

ANAMATRA. <http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>

ANDRADE. Everaldo Gaspar Lopes de. **Princípios de Direito do Trabalho: fundamentos teórico-filosóficos.** São Paulo: LTr, 2008.

ANDRADE. José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.** 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho? ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho.** 16. ed. São Paulo: Cortez, 2015.

ARENDT, Hannah. **A condição humana.** 11 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

ASSIS, Luis Fabiano de; FREITAS JUNIOR, Antonio Rodrigues de. **Ativismo judicial na Justiça do Trabalho.** Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-22042013-110316/pt-br.php>. Acesso em 05 abr. 2020.

AVELINO, Geraldo Antônio. **Breves reflexões sobre os direitos sociais do trabalhador brasileiro na atualidade.** Disponível em: <https://www.fac.br/revista/index.php/revista/article/view/49>. Acesso em 10 out. 2020.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 3. ed. Editora Malheiros. 2014.

BALDASSARRE, Antonio. **Los derechos sociales**. Trad. de Santiago Perea Latorre. Bogotá: Universidad Externados de Colombia. 2001.

BARBER, Benjamin R. **Jihad x McMundo**. Tradução de Gabriela Máximo. São Paulo: Record, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. 3ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Dezembro de 2010, disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso em 10 out. 2020

_____. **A Doutrina Brasileira da Efetividade**. Temas de Direito Constitucional. Tomo III. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2005.

_____. **A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios**. Temas de direito constitucional. Tomo III. São Paulo, SP: Saraiva.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7ª ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2009.

_____. **Judicialização, ativismo Judicial e legitimidade democrática**. Revista Synthesis. v. 5, n. 1 (2012). Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em 20 mar. 2020.

_____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 7ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2003.

_____. **O novo direito constitucional brasileiro. Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Forum, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. 2. ed. Tradução de Alfredo Fait. Revisão de Estevão Rezende Martins. São Paulo: Editora Unesp e Brasiliense, 1991.

BOCORNY, Leonardo Raupp. **A valorização do trabalho humano no Estado democrático de direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL(1). Procuradoria Geral da República. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766**. Procurador-Geral da República Rodrigo Janot Barros. Disponível em <www.mpf.mp.br/pg/documentos/ADI5766reformatrabalista.pdf>. Acesso em 20 mar. 2020.

BRASIL(2). Supremo Tribunal Federal. Voto Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/>> Acesso em 20 mar. 2020.

BRENDA, Laura. (org). Reforma trabalhista. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018.

BRILHANTE, Robson. **A constitucionalização do Direito Processual do Trabalho**. Jus Navigandi, 2016. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/46507/a-constitucionalizacao-do-direito-processual-do-trabalho>. Acesso em 02 abr. 2020.

CALVET, Otávio Amaral. **A estabilidade da gestante doméstica: reintegração forçada?** 2006. Disponível em: <<http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/artigos/>>

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

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

_____; MOREIRA, Víal. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Coimbra, Coimbra Ed, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2. ed. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1992.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2013.

DELGADO, Gabriela Neves; RIBEIRO, Ana Carolina Paranhos de Campos. **Os direitos sociotrabalhistas como dimensão dos direitos humanos**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. v. 79, 2013. Brasília: TST.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei nº 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017.

_____; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e Direitos Fundamentais – dignidade da pessoa humana, justiça social e Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTR, 2017.

_____. **Curso de direito do trabalho**. 17 ed. São Paulo: LTr, 2018.

_____. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010.

DRAY, Guilherme Machado. **O princípio da protecção do trabalhador**. Coimbra: Almedina, 2015.

FALSARELLA, Christiane. **Reserva do Possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado**. Associação dos Procuradores do Estado de São Paulo. Disponível em:

<http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_christiane_mina_out2012.pdf>
Acesso em 20 mar. 2020.

FORTES, Mateus da Jornada; TREVISOL, Lucas Keyser. **A utilização do princípio da proibição do retrocesso nos direitos fundamentais**. Revista Jurídica – Direito e Cidadania na Sociedade Contemporânea. Disponível em http://revistas.fw.uri.br/index.php/rev_jur_direitoecidadania/article/view/3429. Acesso em 10 out. 2020.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais. Limites e Restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GOMES, Ana Virgínia Moreira; JÚNIOR, Antonio Rodrigues de Freitas (Orgs.). **A declaração de 1998 da OIT sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho: análise do seu significado e efeitos**. São Paulo: LTr, 2014.

GOUVEIA; Jorge Bacelar; PIÇARRA, Nuno (Orgs.). **A Crise e o Direito**. Coimbra: Almedina, 2013.

GROSSI, Pierfrancesco. **Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione Italiana**. Padova: CEDAM, 1972.

HARVEY, David. O novo imperialismo. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2006.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. tradução de Luiz Afonso Heck; Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Trad. Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KRELL, Andreas Joachim in SERAU JR., Marco Aurélio. **Seguridade Social e direitos fundamentais**. 4 ed., rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2020.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais**. Barueri: Manole, 2005.

MAILLART, Adriana Silva; RIOS, Bruno Carlos dos. **O alcance do acesso à justiça eficiente por intermédio do ativismo judicial**. Disponível em <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/download/3764/pdf>> acesso em 19 fev. 2020.

MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto. **O processo do trabalho como instrumento do direito do trabalho: e as ideias fora de lugar do novo CPC**. São Paulo: LTr, 2015.

_____; SEVERO, Valdete Souto. **Os 201 ataques da ‘reforma’ aos trabalhadores**. Disponível em: <https://www.jorgesoutomaior.com/blog/os-201-ataques-da-reforma-aos-trabalhadores>. Acesso em 01 out. 2020.

_____; SEVERO, Valdete Souto. **Resistência I**. São Paulo: Expressão Popular, 2017.

_____; SEVERO, Valdete Souto (org.). **Resistência II: Defesa e críticas da Justiça do Trabalho**. 1.ed. São Paulo: Expressão Popular, 2018.

_____. **Trabalho intermitente e golpismo constante**. Disponível em <https://www.jorgesoutomaior.com/blog/trabalho-intermitente-e-golpismo-constante>. Acesso em 10 out. 2020.

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

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª edição. Editora Malheiros, 2009.

MELLO, Raimundo Simão de; ROCHA, Cláudio Jannotti da. (Coord.) **Constitucionalismo, Trabalho, Seguridade Social e as Reformas Trabalhista e Previdenciária**. Capítulo I. São Paulo: LTr, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional. Direitos fundamentais**. Tomo IV. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NIETZCHE, Friedrich Wilhelm in SERAU JR., Marco Aurélio. **Seguridade Social e direitos fundamentais**. 4 ed., rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2020.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____. **Direitos sociais. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. 1 ed. Reimpressão. Coimbra Editora, 2014.

_____. **Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra Editora. 1996.

NUNES, Rizatto. **Manual de introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Saraiva, 2017.

OIT. **Convenções da OIT**. Disponível em https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236116/lang--pt/index.htm. Acesso em 01 out. 2020.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível**. Dissertação de Mestrado. Curitiba. Universidade Federal do Paraná, 2006. Disponível em <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/>>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU(1). **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf. Acesso em 10 mar. 2020

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU(2). **OIT completa 100 anos promovendo justiça social e trabalho decente no mundo**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/oitcompleta-100-anos-promovendo-justica-social-e-trabalho-decente-no-mundo/>. Acesso em: 30 out. 2020.

PARIZI, Kelly Aparecida. **Ativismo Judicial na Justiça do Trabalho**. Revista de Artigos do 1º Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito, [S.l.], v. 1, n. 1, jan. 2017. Disponível em: <<https://revista.univem.edu.br/1simposioconst/article/view/1209>>. Acesso em: 13 mar. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PRADO FILHO, Alexandre Vieira. **O Ativismo Judicial na Justiça do Trabalho e a Terceirização**. Disponível em <<http://www.juridicohightech.com.br/2014/06/o-ativismo-judicial-na-justica-do.html>> Acesso em 15 fev. 2020.

QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial**. Coimbra: Coimbra, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

RILLO, Giovana Leite. **Ativismo Judicial e a Justiça do Trabalho: Uma necessidade constante**. Revista Juris UniToledo, Araçatuba, SP, v. 03, n. 02, 208-221, abr./jun. 2018. Disponível em <<http://www.ojs.toledo.br/index.php/direito/article/download/2707/275>> acesso em 15 fev. 2020.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. Trad. Wagner D. Giglio. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 3. ed. rev. e aumentada. São Paulo: LTr, 2009.

SALGADO, Karine. **A filosofia da dignidade humana: por que a essência não chegou a conceito?** 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2011.

SANTOS, Boaventura de Souza (Org). **Trabalhar o mundo: os caminhos do novo internacionalismo operário**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3ª ed., rev., atual. e amp., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, **Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações**. Revista de Doutrina da 4ª Região, No. 24, 2008, p. 36. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em 20 mar. 2020.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Restrições a Direitos Fundamentais**. Florianópolis: UFSC, 2000 disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/79073/175808.pdf?sequence=1&isAllowed=y> acesso em 01 abr. 2020.

SCHIER, Paulo Ricardo; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço público adequado e a cláusula de proibição de retrocesso social**. Revista de Direito da Administração Pública. Niterói, ano 2, vol. 1, nº1, 2016.

SEN. Amartya. Well-Being, agency and freedom. **The Journal of philosophy**, New York, LXXXII, 1985.

SERAU JR., Marco Aurélio; BASTOS, Alberto. **Avanços e retrocessos em torno do critério de renda para concessão do BPC: análise crítica das Leis 13.981/2020 e 13.982/2020**. Juris Plenum Previdenciária, v.30. 2020.

_____; FERNANDES, Ana Paula. **Medida Provisória 905/2019: inconstitucionalidade da contribuição previdenciária do segurado desempregado**. Juris Plenum Previdenciária, v.29. 2020.

_____; LAVEZZO, Y. M. C. **Refugee Labour: análise dos possíveis impactos da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) nas relações de trabalho de refugiados do Brasil**. Juris (FURG). v.29. 2010.

_____; OLIVEIRA, Gabriela Varella de. **A inaplicabilidade do conceito de empregado hipersuficiente para a negociação individual em face do princípio da irrenunciabilidade**. Revista Magister de Direito do Trabalho. v.95. 2020.

_____. **Seguridade Social e direitos fundamentais**. 4 ed., rev. e atual., Curitiba: Juruá, 2020.

SEVERO, Valdete Souto. **E agora, José? A 'reforma' trabalhista diante da ordem constitucional**. Disponível em <http://www.justificando.com/2017/07/17/e-agora-jose-reforma-trabalhista-diante-da-ordem-constitucional/> acesso em 01 out. 2020.

SHAW, Malcolm. **Direito Internacional**; tradução de Marcelo Brandão Cipolla, Lenita Ananias do Nascimento, Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martin Fontes, 2010.

SILVA, Jorge Pereira da. **Deveres do Estado de proteção de direitos fundamentais**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015..

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais 798, 2002. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>.

SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto de Souza. et al. **Reforma Trabalhista: Análise Comparativa e Crítica da Lei nº 13.467/2017**. São Paulo: RIDEEL, 2017.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 18ª edição, Editora Renovar, 2011.

_____. **O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais**. Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico –RFDFE, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, pág. 147173, mar./ago. 2012.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores. 2006.