

O princípio da proibição do retrocesso social como limite à desregulamentação e flexibilização dos direitos fundamentais sociais do trabalho

Maria Wanessa Bandeira de Albuquerque Melo

Advogada.

Resumo: O princípio da proibição do retrocesso social é previsto em diplomas internacionais e é reconhecido como um princípio implícito da CF de 1988. Considerando todo o arcabouço teórico que alicerça tal princípio, percebe-se que possui o condão de aliar-se como mecanismo de limitação à tendência de flexibilização e desregulamentação dos direitos fundamentais sociais do trabalho. Contudo, deve-se analisar as similitudes que tal princípio possui com as premissas constitucionais dos direitos trabalhistas no país, isto é, para além de um direito social, constituem direitos fundamentais e, portanto, merecem as proteções e a tradução da natureza jurídica intencionada do Constituinte Originário, como também a íntima relação que o Direito do Trabalho possui com os direitos humanos e com os fundamentos da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Direitos fundamentais sociais do trabalho. Princípio da proibição do retrocesso social. Flexibilização. Desregulamentação.

Sumário: Introdução – Direitos sociais fundamentais do trabalho – Princípio da proibição do retrocesso social – Flexibilização e desregulamentação dos direitos trabalhistas e o princípio da proibição do retrocesso social – Conclusão – Referências

Introdução

A Constituição Federal de 1988 possui um capítulo específico para os direitos sociais, integrando o rol de direitos e garantias fundamentais do cidadão, sendo inclusive resguardado como clausula pétrea,¹ isto é, não é permitido ao poder constituinte derivado retirá-lo do ordenamento jurídico ou de forma indireta diminuir sua abrangência.

¹ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: §4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.

O direito social é uma dimensão dos direitos fundamentais do homem, comumente elencada como direitos de segunda dimensão, caracterizada por prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente e situada em normas constitucionais. São direitos que oferecem aos mais fracos garantias direcionadas a equilibrar uma conjuntura político, social e econômica desigual, sendo intimamente ligado ao direito à igualdade (SILVA, 2018).

O Direito do Trabalho possui como função circundante cumprir objetivos fortemente sociais, apesar de haver impactos econômicos, culturais e políticos. É segmento teleológico, finalístico, com o objetivo de aperfeiçoar as condições de pactuação da força de trabalho na sociedade capitalista (DELGADO, 2019).

Dessa forma, foi de grande acerto o poder constituinte originário ter elencado os direitos trabalhistas no rol de direitos e garantias fundamentais, visto que é clara a interligação com a dignidade da pessoa humana. Não há como dissociar a figura do trabalhador da figura humana, possuidora de direitos fundamentais de origem *jusnaturalista*, positivista ou moralista. A pessoa em busca de uma melhoria de vida necessita de todo o arcabouço protetor da principiologia dos direitos humanos.

Contudo, devido a diversas influências no processo de evolução econômica interna do país, a legislação trabalhista muitas vezes constitui alvo de flexibilização de seus direitos, a fim de que atenuem a clássica rigidez existente no sistema jurídico trabalhista. Há também casos de total desregulamentação do conjunto de regramento existente sobre diversos institutos.

A despeito de geralmente os atos que flexibilizem ou desregulem os direitos trabalhistas resultarem de discursos fundados de propósitos de melhoria econômica estatal, somados com modernização do texto legal, adaptando as mudanças sociais e melhoria da vida dos trabalhadores, essa atuação deve levar em consideração princípios constitucionais e internacionais a fim de que não configure uma inconstitucionalidade. Nesse sentido é que se utiliza das premissas basilares do princípio da proibição do retrocesso, com o intuito de que se mantenham as premissas progressistas constitucionais e internacionais, assegurando ao trabalhador a proteção oriunda do princípio da dignidade da pessoa humana, proporcionando o mínimo existencial também na dimensão profissional do indivíduo.

Direitos sociais fundamentais do trabalho

Os direitos sociais, para além de direitos prestacionais, são símbolos de conquista da sociedade em um Estado Democrático de Direito. De forma diversa dos direitos individuais e políticos, a sociedade clamou não mais por um direito negativo, uma abstenção estatal, mas sim uma ação do Estado. Ao Estado não suplica tão somente renúncia, atuação de caráter iminentemente liberal, por consequência, movido por lemas progressistas e revolucionários, o poder constituinte elencou os direitos sociais de forma expressa na Constituição Federal de 1988.

Barroso leciona que os direitos sociais têm como objetivo sanar as falhas do mercado, utilizando premissas de proteção da coletividade contra a pobreza e a promoção da justiça social. Ainda relata que os direitos sociais têm como objeto:

assegurar aos indivíduos vida digna e acesso às oportunidades em geral. Idealmente, são direitos que devem ser satisfeitos, não por prestações individuais, mas por serviços públicos de qualidade disponíveis para todos (BARROSO, 2020, p. 498).

O direito do trabalho é considerado o primeiro dos direitos sociais a emergir, segundo Martinez (2019). O direito do trabalho é fruto de lutas de classes, com expansão ao redor do mundo, através da evolução do capital e da necessidade de haver regulação para proteção de um desequilíbrio que cada vez mais se acentuava, assim, paulatinamente os direitos sociais dos trabalhadores criaram relevância e expressão.

No Brasil² foi a Constituição brasileira de 1934 que dispôs pela primeira vez sobre direitos trabalhistas, contudo foi a Constituição Federal de 1988 que elencou os direitos dos trabalhadores no rol dos direitos sociais na carta constitucional, no art. 6º ao lado dos demais direitos sociais em espécie e no art. 7º dispendo sobre inúmeros direitos individuais trabalhistas e constituindo princípios basilares da matéria.

Nada obstante a localização dos direitos sociais no art. 6º da Carta Constitucional de 1988 e a presunção lógica da fundamentalidade de suas premissas, há autores que advogam pela não creditação dos direitos sociais como direitos fundamentais, sustentando que o rol composto no artigo mencionado, intentam, apenas, em

² O processo de constitucionalização do direito do trabalho no mundo iniciou-se com a Constituição Mexicana de 1917 e posteriormente com a Constituição da Alemanha de 1919, a “Constituição de Weimar”.

objetivos, metas ou promessas realizadas pela assembleia constituinte a fim de ser alcançadas através da atuação dos demais poderes.

As controvérsias existentes duvidam da constitucionalização dos direitos sociais, questionam se haveria necessidade de dispô-los justamente no principal texto do ordenamento jurídico. Mas, principalmente, discordam sobre a fundamentalidade dos direitos sociais, visto que considerá-los direitos fundamentais faz com que subsistam consequências, principalmente no que se referem à tutela desses direitos, isto é, quanto ao regime jurídico que estes direitos terão, indagando quais seriam a eficácia e efetividade dos direitos sociais (LEITE, 2019).

Para Sarlet, subsiste objeção sobre a efetividade dos direitos sociais no que se refere ao exposto no §1º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, quanto à aplicabilidade dos direitos fundamentais (MARINONI, 2019). Uma vez que o Texto Constitucional confere aos direitos fundamentais aplicabilidade imediata, isto quer dizer que eles seriam diretamente aplicáveis, não necessitando de uma norma infraconstitucional para regulamentá-los. Nesse sentido, o autor pondera o fato de que os direitos sociais, mesmo na condição de direitos prestacionais, teriam eficácia plena, servindo como “autênticos trunfos contra a maioria”,³ visto que impedem que haja dependência dos direitos sociais à complementação do legislador infraconstitucional, tornando-se capaz de produzir efeitos desde já.

Vale ressaltar que a compreensão de os direitos sociais possuírem eficácia plena não é uníssona na doutrina. Virgílio Afonso da Silva, defendendo a classificação de José Afonso da Silva, entende que a aplicabilidade imediata das normas constitucionais está presente não só no conceito de eficácia plena, mas também nas normas de eficácia contida e ainda completa, justificando que estão inseridos no rol dos direitos fundamentais justamente os direitos sociais, que para o autor são normas de eficácia limitada (SILVA, 2017).

A contenda quanto aos direitos sociais fundamentais constituírem normas programáticas ou meramente programáticas também é afastada pela maioria da doutrina. Sarlet leciona que esses argumentos quando levantados são seguidos por um reconhecimento de que esses direitos prestacionais teriam eficácia vinculativa, mas não poderiam ensejar uma aplicação direta pelos Poderes Executivo e Judiciário, sem antes serem de certa maneira complementados pelo Poder Legislativo. O mesmo autor afasta essa compreensão argumentando que, caso sustentasse

³ Sarlet menciona que a expressão “trunfos contra a maioria”, quando se refere aos direitos fundamentais sociais, é citada por Jorge Reis Novais em: *Direitos Sociais. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, p. 16.

essa linha argumentativa, estaria transformando os direitos sociais em meros direitos, retirando o manto de fundamentalidade que o constituinte originário estabeleceu (LEITE, 2019).

Salienta-se que esses argumentos não esgotam todas as controvérsias existentes na doutrina no que concerne à eficácia e efetividade dos direitos fundamentais sociais, pretendendo demonstrar os temas mais controversos citados por doutrinadores entusiastas da matéria. Sendo assim, quanto à querela da fundamentalidade dos direitos sociais, temos ainda quem pugne pela desconsideração do caráter fundamental dos direitos sociais trabalhistas.

A despeito da indubitabilidade da disposição constitucional no art.6º bem como da disposição no art. 7º dispoendo sobre inúmeros direitos e compondo princípios basilares do Direito do Trabalho, a fim de corroborar com a fundamentalidade dos direitos sociais trabalhistas, há também a justificativa utilizada por Sarlet, quando demonstra o alicerce da fundamentalidade dos direitos sociais, sob uma perspectiva filosófica (LEITE, 2019).

O autor considera que os direitos sociais, para além de exprimir um direito positivo, que clama por prestações do Estado, também consistem em liberdades negativas perante o Estado e a coletividade, isto se denota claramente quando o poder constituinte previu no rol de direitos sociais direitos prestacionais, porém com a “feição de típicos direitos negativos”, citando como exemplo o direito de greve, da liberdade de associação sindical, das proibições de discriminação entre os trabalhadores.

Sarlet reconhece que os direitos dos trabalhadores estão inseridos nos direitos sociais. Denota que a evolução do reconhecimento jurídico dos direitos humanos e fundamentais, tanto na esfera nacional quanto na esfera internacional, foi acompanhado pela percepção social do Direito do Trabalho, o que reforça a vinculação (LEITE, 2019).

Ainda argumenta que os direitos dos trabalhadores demonstram o caráter social dos direitos sociais, visto que, para além da necessidade da atuação construtiva do Estado sob os primados da justiça social, a fim de dirimir o desequilíbrio social e garantir o mínimo existencial à sociedade, também impõem que os indivíduos possam exercer suas liberdades e ainda suplicam proteção do Estado a esta parcela hipossuficiente, tratando-se do caso dos trabalhadores.

Godinho defende a tese de que somente com a Constituição Federal de 1988 realmente se pode considerar existente o Direito Constitucional do Trabalho no Brasil, relatando diferentes aspectos para justificar sua proposição. Inicia observando que a Constituição de 1988 é fundada no primado do Estado Democrático de Direito

que se ampara na dignidade da pessoa humana, na sociedade política democrática e inclusiva e na sociedade civil também democrática e inclusiva, o que o autor entende por tais valores imprescindíveis para o Direito do Trabalho.

Outra justificativa é o próprio fato de o direito do trabalho estar inserido no rol de direitos e garantias individuais e sociais fundamentais. Também justifica quanto à presença de princípios gerais⁴ na Constituição, que possui íntima relação com o Direito do Trabalho e também constitucionalizou diversos princípios do direito individual e coletivo do trabalho. O seguinte argumento refere-se à relevância da pessoa humana e do trabalho nos principais títulos normativos da Constituição: princípios fundamentais, direitos e garantias individuais, da ordem econômica e financeira e da ordem social.

Para além dessas justificativas, Godinho argumenta que a Constituição Federal de 1988 elencou diversos direitos trabalhistas individuais e coletivos e conferiu um novo *status* quanto às normativas internacionais com a temática de direitos humanos que são ratificadas no país, em especial sobre direitos dos trabalhadores, incorporando também importantes primados das Convenções elaboradas pela OIT. A Constituição também sistematizou diversos dispositivos sobre os servidores estatutários e celetistas e, por fim, o autor ressalta a constitucionalização da estruturação da Justiça especializada do Trabalho e do processo judicial trabalhista (DELGADO, 2019).

A forte relação que o Direito do Trabalho possui com os direitos humanos é de elementar percepção, visto que o trabalho consiste numa atividade humana em que o indivíduo desprende de sua força de trabalho de forma intrínseca à sua própria realidade, não podendo separar o homem do trabalho que ele realiza, constituindo o local de trabalho ambiente em que perpassa parte significativa de sua vida. A despeito da constitucionalização do direito do trabalho, conferindo *status* de fundamentalidade para esses direitos, a intrínseca relação destes com os direitos humanos é também formalizada em normativas internacionais.

Carlos Henrique Bezerra Leite corrobora com a compreensão do caráter humanitário intrínseco ao conceito de trabalho, contudo ressalta que não é qualquer trabalho que deve ser considerado direito humano e fundamental, “mas apenas o trabalho que realmente dignifique a pessoa humana”. Demonstrando a importância

⁴ Godinho exemplifica citando os princípios da dignidade da pessoa humana; da centralidade da pessoa humana na ordem jurídica e na vida socioeconômica; da justiça social; da inviolabilidade física e psíquica do direito à vida; do respeito à privacidade e à intimidade; da não discriminação; da valorização do trabalho e emprego; da proporcionalidade; da segurança; da subordinação da propriedade à sua função socioambiental; da vedação do retrocesso social.

da relação do trabalho com os valores da dignidade da pessoa humana, visto que, para se considerar um trabalho decente no sentido pretendido pelo constituinte originário, deve estar presente o mínimo para configurar uma qualidade de vida digna ao indivíduo trabalhador.

A compreensão do direito do trabalho como um direito social fundamental é de extrema importância, visto que estamos diante de um conjunto de direitos que, apesar de possuir clara feição humanitária, seus titulares pertencem a uma classe hipossuficiente que necessita historicamente da proteção do Estado imperativa a fim de que persista uma garantia de direitos básicos para a manutenção da dignidade do trabalhador e conseqüentemente a dignidade da pessoa humana, diante das diversas tentativas de flexibilizar e desregular tais direitos.

Princípio da proibição do retrocesso social

Considerando a noção estabelecida até então, temos os direitos sociais como direitos fundamentais, expressão de uma evolução societária e estatal, abandono de um Estado estritamente liberal e o retrato da busca por um Estado ativo, que interfere na esfera dos indivíduos para atenuar não tão somente o desequilíbrio constatado, mas também atenuar o nível de miserabilidade que as classes vulneráveis possuíam, garantindo o mínimo para uma qualidade de vida digna, através da atitude típica do Poder Executivo em assegurar políticas públicas prestacionais, do Poder Legislativo em proporcionar legislação que traduza a progressividade necessária para os direitos sociais e do Poder Judiciário, que, na maioria das vezes, exterioriza a premissa da teoria do *checks and balances system*, possibilitando a garantia dos direitos sociais constitucionais apesar da omissão dos demais poderes.

O dever do Estado de atuar de forma progressiva quanto à garantia da materialização dos direitos sociais está previsto em normas internacionais, presente no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC de 1966, no Pacto de São José da Costa Rica de 1969 e no Protocolo de San Salvador de 1988. A compreensão de progressividade contida nesses instrumentos normativos é a mesma composta no princípio da proibição do retrocesso, inserido no art. 30 da Declaração Universal de Direitos Humanos – DUDH de 1948.⁵

⁵ O art. 30 da DUDH diz que: “Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos”.

A noção do princípio da proibição do retrocesso surge como um mecanismo de inibir a atuação do legislador e também diante dos atos administrativos que de maneira direta ou indireta suprima, condicione ou de alguma forma atenuem os direitos sociais conquistados e constitucionalizados em 1988 e também do Poder Judiciário no momento em ponderar colisões dos direitos fundamentais em casos concretos, ocasião que deve ser analisado de forma pomenorizada para que não haja retrocesso, fazendo desaparecer o núcleo essencial de algum direito social.

Sarlet, e a maioria da doutrina, compreende que a jurisprudência e a doutrina vêm aos poucos, reconhecendo o princípio da proibição do retrocesso como uma garantia constitucional implícita, servindo para controlar os atos do legislador, quando na sua atuação típica infraconstitucional revogue direitos fundamentais sociais, o que, no entendimento do autor, seria o mesmo que violar a própria Constituição Federal e legislar contra os direitos fundamentais (MARINONI, 2020).

A fundamentação para o princípio da proibição do retrocesso ser considerado como um princípio constitucional implícito costuma relacionar-se ao disposto no art. 2º do PIDESEC, quanto ao dever de realização progressiva dos direitos sociais. Também se relaciona a matriz do princípio da segurança jurídica, presente no preâmbulo da carta constitucional e no *caput* dos art. 5º e art. 6º. Também tem relação com o princípio da confiança, como princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988). E ainda o princípio da proibição do retrocesso social tem ligação íntima com o princípio da dignidade da pessoa humana, pois, como já mencionado, tem como premissa inibir a mitigação ou supressão da proteção e dos direitos já alcançados quanto aos direitos sociais (MARINONI, 2020).

As medidas adotadas, geralmente pelo Legislativo e Executivo, que acabam por afetar em alguma medida avanços constitucionais alcançados, frequentemente são justificadas por haver uma deficiência de recursos públicos ou uma necessidade imperativa de adaptação da legislação para com a modernidade, com a transformação da sociedade, utilizando muitas vezes modelos sociais comparativos de países que possuem outra dinâmica societária, características de Estado diferentes, com níveis de miserabilidade muito inferiores, com histórico de evolução diverso do existente no Brasil.

A pretensão de haver uma manutenção do mínimo existencial muitas vezes pode levar a crer que o propósito é assegurar o mínimo para a existência do indivíduo, nada obstante a literalidade da expressão, vale ressaltar que há diferença entre o mínimo existencial e o mínimo vital para a existência de todos. Para o mínimo existencial a doutrina classifica duas modalidades: o mínimo fisiológico e o mínimo existencial sociocultural.

O mínimo existencial fisiológico ou mínimo vital é corolário ao direito à vida, previsto no art. 5º da Constituição Federal de 1988. Tem relação com suprir as necessidades básicas do ser humano para que se preserve sua vida, como impedir que alguém deixe de viver devido à fome. Já o mínimo existencial na sua parcela sociocultural é o que Flávio Martins percebe que tem muito mais a acrescentar ao apenas manter o indivíduo vivo, se traduz no dever de abstenção e ação por parte do Estado, é incluir ao mínimo existencial vital os direitos culturais, propiciando as condições de inserção do indivíduo na vida social, sustentando a necessidade de todas essas parcelas para uma qualidade de vida digna (MARTINS, 2020).

Sendo assim, o autor demonstra que para o mínimo existencial não basta sobreviver, tornando-se imperativo assegurar aos indivíduos as parcelas necessárias para que este se insira na sociedade com as suas necessidades supridas, para atingir e usufruir do princípio da igualdade para com os demais cidadãos. É a intersecção com o princípio da dignidade da pessoa humana, que da mesma forma não termina na exclusiva sobrevivência do indivíduo e sim na sobrevivência digna, na preservação dos direitos sociais, na saúde, na educação, na moradia, no transporte, no lazer, no trabalho, e tantos outros direitos sociais explícitos e implícitos no ordenamento jurídico pátrio.

A noção de mínimo existencial se assemelha com o conceito de núcleo essencial do direito fundamental, que também é utilizado como concepção de limitar a restrição a um direito fundamental social. Definir o núcleo essencial de um direito fundamental social não é uma tarefa simples de ser realizada por um jurista, apesar da noção prévia que constitui em reconhecer uma parcela mínima do direito fundamental que não pode ser suprimida. Barroso, ao tentar definir o conceito, conclui que ainda pode se estabelecer uma definição em abstrato, mas, para delinear o núcleo essencial de um direito fundamental em concreto, deve-se associar ao mecanismo da ponderação, disposto no princípio da proporcionalidade, tornando-se necessária uma análise do intérprete de cada caso para que se defina ao certo qual o núcleo essencial inatingível de cada direito fundamental.

Nada obstante a concepção de que os direitos fundamentais, principalmente na sua dimensão social, devem ter um núcleo essencial para ser protegido, que deve o Estado em todas suas figuras e poderes proporcionar o mínimo existencial de cada direito disposto na Constituição Federal, os direitos fundamentais sociais não são direitos absolutos, podendo ser restringidos diante de colisão com demais direitos fundamentais. Contudo, em defesa do princípio da proibição do retrocesso social, a atuação estatal que eventualmente restrinja os direitos sociais deve possuir parâmetros, a fim de que este ato administrativo, legislativo ou até mesmo judicial não seja posteriormente considerado inconstitucional pelo Poder Judiciário.

Ao tratar sobre a temática do princípio da proibição do retrocesso social, Sarlet (2019) leciona que o Estado na sua atuação deve demonstrar efetivo risco social e ainda deve demonstrar que não poderia ser compensada por outra medida, medida esta que não mitigue um direito social já conquistado. Esse critério também deve ser associado com os parâmetros aqui tratados, a noção de mínimo existencial, de ponderação com o uso do princípio da proporcionalidade e o regime dos limites aos limites dos direitos fundamentais.

Dessa forma, Sarlet (2019) compreende que quanto aos parâmetros sobre os limites aos limites dos direitos fundamentais, em respeito ao princípio da proibição do retrocesso, ao restringir os direitos fundamentais e conseqüentemente, direitos sociais, deve o Estado observar alguns pontos, o primeiro deles é que a medida estatal restritiva deve “buscar atender finalidade constitucional legítima, portanto, ter por objetivo a proteção ou promoção de outro direito fundamental ou a salvaguarda de interesse constitucionalmente relevante”.

Isto é, não pode o Estado restringir um direito fundamental sem que haja uma análise da colisão entre os direitos sociais, sopesando qual a decisão que menos restrinja os avanços sociais. Depois, Sarlet ressalta que “a medida restritiva não poderá afetar o núcleo essencial do direito social”, é o mencionado núcleo que preserva elementos essenciais do referido direito, para que assim não aniquile por completo a essência deste direito. Em seguida, o autor destaca a utilização do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade nessa restrição. E, por fim, salienta a necessidade de respeitar a reserva legal e o princípio da segurança jurídica, garantias da coisa julgada, do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e observância e respeito aos requisitos da proteção à confiança legítima (MARINONI, 2020).

A compreensão de que os direitos sociais estão inseridos no rol de matérias impeditivas de reforma pelo poder de reforma constitucional advém da percepção primeiramente de que os direitos sociais são direitos fundamentais, depois que como direitos fundamentais estão inseridos no art. 60, §4º, da Constituição Federal, que inibe que determinadas matérias sejam suprimidas da Constituição, as denominadas cláusulas pétreas, são elas: “a forma Federativa de Estado; O voto direto, secreto, universal e periódico; A separação dos poderes; Os direitos e Garantias individuais”.

No entanto, devido ao conteúdo literal expresso no dispositivo, persistem controvérsias quanto à abrangência dos direitos sociais nesse rol proibitivo, a norma diz que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: os direitos e garantias individuais, e por individuais há parcela doutrinária que não compreende inseridos os direitos fundamentais sociais. Contudo, a maioria da

doutrina, filiados da teoria extensiva ou ampliativa, entende que deve abarcar todo e qualquer direito ou garantia fundamental no rol de matérias protegidas contra o poder reformador, compreendendo dessa forma os direitos sociais aplicados ao trabalhador (MARINONI, 2020).

Compreendendo a noção valorativa a qual se sustenta o princípio da proibição do retrocesso social, há de se ressaltar que o princípio da proibição do retrocesso é utilizado comumente pela maioria da doutrina trabalhista como um elemento argumentativo adicional a fim de restringir os ditos avanços legislativos que acabam por suprimir direitos já alcançados pela coletividade, direitos que, para além do caráter humanitário internacional, foram constitucionalizados e constituem direito adquirido mínimo para a sobrevivência da parcela da sociedade que direcionam.

Ainda, o princípio da proibição do retrocesso é considerado por Godinho como segmento do Direito Internacional do Trabalho, princípio constitucional do trabalho, e indica o princípio da proibição do retrocesso como uma diretriz orientadora fundamental, utilizada pelo jurista como fator interpretativo e hierarquizante. O autor conceitua o princípio da proibição do retrocesso como uma diretriz que informa que as regras internacionais de direitos humanos, ressaltando que as que tratam sobre direitos trabalhistas “expressam e confirmam os avanços civilizatórios no plano interno a que se dirigem, não podendo prevalecer caso signifiquem diminuição de padrão protetivo em contraponto com as regras internas já existentes” (DELGADO, 2020).

Percebe-se que o princípio da proibição do retrocesso social possui uma vertente progressista, a fim de que as conquistas realizadas pelo homem não sejam retrocedidas, possuindo no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana um dos seus maiores primados. Nesse sentido, na seara trabalhista, temos o princípio da proteção como orientação para a razão de existir da disciplina. O princípio da proteção existe a fim de buscar um equilíbrio na história de vida do trabalhador, que às duras penas conquistou direitos para proteger-se contra a busca desenfreada pelo lucro que faz com que atenuem cada vez mais direitos dos trabalhadores.

A doutrina entende que o princípio da proteção está inserido implicitamente na Constituição Federal, no art. 7º, *caput*. Mauricio Godinho Delgado (2020) informa que esse princípio serve como uma “teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia – o obreiro –, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho”. Percebe-se como o princípio da proteção advindo das relações de trabalho tem intrínseca relação com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, pois ambos trazem

o valor humano como propósito central. Ambos possuem em seus escopos o direito humano e a luta por um equilíbrio quanto ao avanço do capitalismo e os riscos inerentes à qualidade de vida do homem.

Por esse ângulo, o Direito Trabalhista apresenta-se como instrumento de regulação das relações que possuem dimensão de trabalho, pretendendo melhorar as condições de comprometimento dos indivíduos, sendo assim é utilizado o princípio da proibição do retrocesso na seara trabalhista com o intuito sempre de evitar que uma norma trabalhista que traz benefícios ao trabalhador seja afastada, seja por uma flexibilização de um direito ou por uma desregulamentação de uma lei, o que será abordado adiante.

Flexibilização e desregulamentação dos direitos trabalhistas e o princípio da proibição do retrocesso social

Com o avanço do capitalismo e o crescimento das consequências negativas da globalização para os trabalhadores, a flexibilização e a desregulamentação dos direitos trabalhistas tornaram-se alternativas para as empresas diminuírem os gastos e auferirem maior lucro. Contudo, é importante ressaltar que a flexibilização dos direitos trabalhistas não é uma prática ilegal, por assim dizer, configurando-se uma saída para empresas que poderiam ter suas portas fechadas e desempregar dezenas ou até milhares de trabalhadores, no entanto algumas especificidades devem ser observadas.

São inúmeras as razões que a doutrina levanta para justificar a ocorrência da flexibilização ou a desregulamentação dos direitos trabalhistas, comumente ligadas ao princípio neoliberalista imposto no território nacional, com suas premissas axiológicas que permitem e propagam esse tipo de ideário. São argumentos que justificam os fenômenos a transmutação da economia mundial e o consequente enfraquecimento da política interna dos países, o que gera altos índices de desemprego mundial e de subemprego para milhares de pessoas, tornando-se necessária a adoção de medidas que harmonizem os interesses das empresas com as necessidades básicas dos profissionais (CASSAR, 2017).

A flexibilização dos direitos trabalhistas, segundo Maurício Godinho Delgado:

é a possibilidade jurídica, estipulada por norma estatal ou por norma coletiva negociada, de atenuação da força imperativa das normas componentes do Direito do Trabalho, de modo a mitigar a amplitude de seus comandos e/ou os parâmetros próprios para a sua incidência (DELGADO, 2020, p. 72).

Isto é, é a autorização de uma atuação de exceção perante o Estado de normas imperativas já estabelecidas ou da iminência de normas mais brandas, no que se refere à rigidez da imperatividade das normas trabalhistas, devido à proteção existente na seara trabalhista ao trabalhador, consubstanciada na parte hipossuficiente da relação. Nesse sentido, seja por norma estatal ou por norma coletiva, são atenuados os dispositivos já existentes protetivos do trabalhador, sendo assim a flexibilização trabalhista pode ser heterônoma ou autônoma.

A flexibilização heterônoma trabalhista pode ocorrer tanto quando a norma jurídica estatal por si só já realiza a diminuição da rigidez ou quando autoriza que outro agente possa realizar essa atenuação, o que ocorre geralmente com as normas advindas da negociação coletiva. Godinho entende que a flexibilização heterônoma tem como limite em seu conteúdo o que está disposto na própria Constituição Federal. Já para a flexibilização autônoma trabalhista, a norma que flexibiliza os direitos trabalhistas é fruto da negociação coletiva sindical, com anuência de norma constitucional ou legal, nesse caso, o autor entende que não somente a Constituição figura como limite a essa flexibilização, mas também a legislação heterônoma estatal e as normas de tratados e convenções internacionais ratificados (DELGADO, 2020).

Compreendendo que os interesses das partes na relação trabalhista são distintos, a intervenção estatal serve como um meio de equilibrar as balizas de uma relação de força e poder desproporcional. São utilizados princípios básicos do Direito do Trabalho para defender a salvaguarda humanitária que tende a ser ameaçada com o processo de flexibilização dos direitos trabalhistas, como o princípio da proteção do trabalhador. Este princípio é utilizado em contraponto com a necessidade atual de manutenção da saúde da empresa.

Devendo haver na prática a utilização dos mecanismos da ponderação existentes no princípio da proporcionalidade. Em combate ao abuso de direito, a fim de que se mantenha a empresa saudável, atuando com base em regramento legal, preservando o princípio da dignidade da pessoa humana, existem situações que a flexibilização pode ocorrer sem que haja uma necessária precarização ou um retrocesso social, para tanto deve ser observado em conjunto os princípios aqui narrados, com ênfase no princípio da proteção e também o da adaptabilidade, que ressalta a importância da presença do Estado como regularizador das normas, autorizando e em alguns casos flexibilizando (DELGADO, 2020).

É o que Vólia Cassar leciona:

A flexibilização não pode servir ao empregador como desculpa para ter lucro superior, para aumentar seus rendimentos. A flexibilização é um direito do patrão, mas deve ser utilizada com cautela e apenas em caso de real e comprovada necessidade de recuperação da empresa. Daí por que os princípios da razoabilidade, da lealdade, da transparência, da necessidade, devem permear todo o processo, sob a tutela sindical (art. 50, III, da Lei nº 11.101/2000) (CASSAR, 2017, p. 35).

Outra classificação sobre a prática da flexibilização dos direitos trabalhistas é aquela assinalada por Jean-Claude Javillier, que entende que a flexibilização pode ser de proteção, de adaptação e de desregramento. A flexibilização de proteção é aquela que objetiva combinar tanto as normas estatais como as normas heterônomas e as normas coletivas, autônomas, de modo a favorecer os trabalhadores. Essa modalidade de flexibilização utilizada fundamenta-se pelo princípio da norma mais favorável, optando em colisão de duas ou mais normas sobre a mesma temática, aquela que favorece o trabalhador.

Já a flexibilização de adaptação é a flexibilização que se origina das estratégias sindicais no que se refere às adaptações necessárias quanto às dificuldades ou crises enfrentadas, devendo haver flexibilização fixada nas normas coletivas, a fim de preservar a manutenção dos empregos; são as exceções que a própria Constituição Federal de 1988 prevê no art. 7º, VI, XIII e XIV. Por fim, a flexibilização de desregramento é aquela flexibilização que realiza uma abstenção na legislação heterônoma, implicando a desregulamentação de um direito ou instituto (LEITE, 2019).

Apesar de o autor classificar a desregulamentação como uma modalidade da figura da flexibilização, a maioria da doutrina entende que são institutos diversos. Na ocorrência do fenômeno da flexibilização dos direitos trabalhistas, como visto, ocorre uma atenuação do regramento imperativo existente, mas ainda mantém um mínimo de direito protetivo existente através de uma mínima atuação estatal, já na figura da desregulamentação dos direitos trabalhistas ocorre uma retirada total de atuação estatal, retirando todos os direitos impostos a um conjunto de regramento ou sobre um instituto pontual.

Godinho conceitua a atuação estatal consubstanciada na figura da desregulamentação trabalhista na “retirada, por lei, do manto normativo trabalhista clássico sobre determinada relação socioeconômica ou segmento das relações de trabalho, de maneira a permitir o império de outro tipo de regência normativa” (DELGADO, 2020). Nesse caso ocorre medida mais violenta do que ocorre com a flexibilização dos direitos trabalhistas, visto que uma parcela de trabalhadores não possui sequer

direitos mínimos protegidos pelo Estado, o que ocorre por meio de iniciativas legais, que abrem exceção à primazia da normatização estatal, como exemplo a doutrina costuma indicar a situação que ocorre com as relações cooperativistas, que retiram o manto protetivo imperativo normativo trabalhista.

Considerando que o trabalho se traduz como uma esfera significativa da vida do ser humano, deve-se defender a manutenção dos direitos trabalhistas protetivos que foram sistematizados constitucionalmente e em normas infraconstitucionais, frutos de convenções internacionais sobre direitos humanos e com o necessário respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, corolário da edificação da Constituição Federal de 1988.

A referida Constituição possui no seu art. 7º a previsão de progressividade dos direitos sociais trabalhistas, prevendo que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social”, construindo em seus incisos os direitos designados como mínimos e indisponíveis por parcela da doutrina, constituindo um patamar mínimo civilizatório, devendo ser coibida qualquer medida tendente a mitigar esses direitos.

As premissas valorativas consubstanciadas no princípio da proibição do retrocesso devem ser utilizadas como argumentação adicional de extrema importância a fim de reprimir as normas que não utilizam os princípios da segurança jurídica, princípio da confiança, princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, haja vista o que ressaltado conquanto a inserção dos direitos sociais ao rol dos direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, ainda restaria inconstitucional qualquer medida que pretenda flexibilizar ou desregular direito trabalhista que contrarie os direitos fundamentais sociais trabalhistas explícitos no art. 7º e os direitos fundamentais sociais trabalhistas implícitos no ordenamento jurídico, por configurarem, conforme maior doutrina, como inseridos no rol de matérias protegidas contra o poder reformador, no §4º art. 60 da Constituição Federal de 1988, as chamadas cláusulas pétreas.

Por fim, deve ser utilizado o princípio da proibição do retrocesso social como limite à atuação estatal de flexibilização e desregulamentação dos direitos trabalhistas, principalmente em nome do princípio da dignidade da pessoa humana e com o valor social do trabalho, pois, para além de um dos principais princípios constitucionais da ordem jurídico-constitucional, é necessário para a manutenção dos primados da pessoa humana como valor central da sociedade, e ainda, decorrendo do princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da garantia ao mínimo existencial, que serve como salvaguarda para a tutela dos direitos sociais contidos

na constituição, reivindicando ao Poder Público a manutenção de um padrão mínimo civilizatório para todos os trabalhadores.

Conclusão

O ordenamento jurídico pátrio possui em sua lei maior premissas fundamentais a serem respeitadas, elencadas expressa e implicitamente no Texto Constitucional. Os chamados princípios fundamentais são as diretrizes e os valores que devem ser seguidos pelo Estado e, portanto, em sua função criadora e editora de normas. Sendo assim, com a compreensão de que haverá limitações aos fundamentos constitucionais surge a necessidade de ser preservado um conteúdo mínimo com a finalidade de ser assegurada a segurança de que, apesar de não absolutos, a relevância de seu valor será considerada.

Portanto, deve existir proteção aos direitos sociais, contra sua mitigação, por ainda ser considerada como cláusula pétrea da Constituição Federal. A dignidade da pessoa humana como fundamento da República deve ser compreendida no contexto também das outras normas do mesmo Título em que se fala no valor social do trabalho, em sociedade justa e solidária, em erradicação da pobreza e marginalização e em redução de desigualdades sociais.

Nesse sentido, a prática de flexibilização e desregulamentação dos direitos trabalhistas realizadas a todo e qualquer custo, em busca de maior lucro para os empresários, donos do capital, é uma forma de precarização dos direitos trabalhistas que deve ser sempre rechaçada no ordenamento jurídico. Constituindo o princípio da proibição do retrocesso social e suas matrizes axiológicas que o fundamentam um grande aliado argumentativo para combater medidas legislativas que condicionem, retirem ou mitiguem os direitos fundamentais sociais trabalhistas.

The principle of prohibition of social background as a limit to deregulation and flexibilization of fundamental social rights at work

Abstract: The Principle of Prohibition of Social Setback is provided in international diplomas and is recognized as an implicit principle of the 1988 CF. Considering all the theoretical framework that underpins this principle, it is clear that it has the power to ally itself as a mechanism to limit the trend of flexibilization and deregulation of the fundamental social rights of work. However, one must analyze the similarities that this principle has with the constitutional premises of labor rights in the country, that is, in addition to a Social Right, they constitute fundamental rights and, therefore, deserve the protections and translation of the intended legal nature of the Original Constituent, as well as the intimate relationship that labor law has with human rights and with the foundations of human dignity.

Keywords: Fundamental rights. Fundamental social rights at work. Principle of prohibition of social backwardness. Flexibility. Deregulation.

El principio de prohibición del retraso social como límite a la desregulación y flexibilización de los derechos sociales fundamentales en el trabajo

Resumen: El principio de prohibición del retraso social está previsto en diplomas internacionales y es reconocido como un principio implícito de la CF de 1988. Considerando todo el marco teórico que sustenta este principio, es claro que tiene el poder de aliarse como mecanismo para limitar la tendencia de flexibilización y desregulación de los derechos sociales fundamentales del trabajo. Sin embargo, se debe analizar las similitudes que este principio guarda con los presupuestos constitucionales de los Derechos del Trabajo en el País, es decir, además de un Derecho Social, constituyen Derechos Fundamentales y, por tanto, merecen la protección y traducción de la pretendida naturaleza jurídica de la Constituyente Original, así como la íntima relación que tiene el Derecho del Trabajo con los derechos humanos y con los fundamentos de la dignidad humana.

Palabras clave: Derechos fundamentales. Derechos sociales fundamentales en el trabajo. Principio de prohibición del retraso social. Flexibilidad. Desregulación.

Referências

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Constitucional Descomplicado*. E-book. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever da proporcionalidade*, 1999. Acesso em: 18 dez. 2020. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:BlinlZZjg8J:bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47313/45714+&cd=1&hl=ptBR&ct=clnk&gl=br>.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação: 2020.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). *Revista de Informação Legislativa/Senado Federal*, Brasília, ano 36, n. 144, out./dez. 1999.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito do Trabalho*. E-book. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional*. Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARTINS, Flávio. *Direitos Sociais em tempo de crise econômica*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais, Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. 1. ed. Editora Malheiros: São Paulo, 2017.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MELO, Maria Wanessa Bandeira de Albuquerque. O princípio da proibição do retrocesso social como limite à desregulamentação e flexibilização dos direitos fundamentais sociais do trabalho. *Revista Fórum Trabalhista – RFT*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 125-142, jan./mar. 2022.
