

A VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO LIMITE À FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS BRASILEIRAS*

Aline Paula Bonna**

SUMÁRIO

- 1 INTRODUÇÃO**
- 2 O PARADOXAL SURGIMENTO DO DIREITO DO TRABALHO E SUA DERRUIÇÃO EM VIRTUDE DA HEGEMONIA DO PENSAMENTO ECONÔMICO NEOLIBERAL**
- 3 A HERMENÊUTICA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA: DA “INSINCERIDADE NORMATIVA” À FILTRAGEM CONSTITUCIONAL**
- 4 A VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL**
- 5 A VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO LIMITE À FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS BRASILEIRAS**
- 6 CONCLUSÃO**

RESUMO

A tendência de flexibilização das normas trabalhistas é uma realidade no Brasil, imposta por forças econômicas globalizadas, capitaneadas pelo neoliberalismo. Entretanto, no plano jurídico, vive-se, atualmente, um momento de profunda reformulação da hermenêutica constitucional. No paradigma pós-positivista, importantes princípios de interpretação das regras jurídicas, como a vedação do retrocesso social, impedem o esvaziamento de normas de proteção social já realizadas no plano infraconstitucional.

Palavras-chave: Globalização. Neoliberalismo. Flexibilização trabalhista. Pós-positivismo. Hermenêutica constitucional contemporânea. Bloco de constitucionalidade. Princípio do não-retrocesso social. Progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo se propõe a demonstrar como a hermenêutica jurídica contemporânea, de matriz pós-positivista, reaproxima o direito dos ideais de justiça e, resgatando a força normativa dos princípios constitucionais, notadamente da vedação ao retrocesso social, pode funcionar como barreira de contenção ao hegemônico discurso neoliberal e seus vetores flexibilizantes sobre os direitos sociais já implementados no plano infraconstitucional brasileiro.

* Artigo científico apresentado ao curso de pós-graduação em Direito do Trabalho do Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

** Especialista em Direito do Trabalho pela PUCMINAS. Assistente de Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

2 O PARADOXAL SURGIMENTO DO DIREITO DO TRABALHO E SUA DERRUIÇÃO EM VIRTUDE DA HEGEMONIA DO PENSAMENTO ECONÔMICO NEOLIBERAL

Os papéis desempenhados pelo direito do trabalho na sociedade são, e sempre foram, essencialmente contraditórios.

O reconhecimento de garantias trabalhistas, inicialmente, servia muito mais aos interesses das classes que expropriavam a força de trabalho do que representava alguma efetiva preocupação estatal com a dignidade humana do operário. Com efeito, nos primórdios do capitalismo, o incremento da renda proletária era de vital importância para o desenvolvimento do próprio sistema, até então focado no escoamento da produção industrial. Conferir direitos aos trabalhadores não era outra coisa senão transformá-los em consumidores.

Não obstante os objetivos econômicos subjacentes às suas origens, o incipiente ramo jurídico acabou contagiando a consciência coletiva acerca da impreterível necessidade de positividade de normas de proteção social. A partir de então, o direito do trabalho convolveu-se em um novo paradoxo, dessa vez de cunho mais político e ideológico: passou a ser objeto de lutas e reivindicações do proletariado e, concomitantemente, de concessões estatais com o fim de conter a eclosão de movimentos políticos contrários às classes dominantes.

A questão restou muito bem definida nas seguintes palavras de Jorge Luiz Souto Maior (2000):

O direito do trabalho surge como fórmula da classe burguesa para impedir a emancipação da classe operária, mas, paradoxalmente, com ele inicia-se um processo de valorização do trabalho [...]. No entanto, atualmente, o mundo está passando por uma transformação estrutural importante. O intenso aprimoramento da tecnologia, provocado pela automação computadorizada, tem agravado o desemprego, o que aos poucos, obedecendo a velha lei da oferta e da procura, vai devolvendo ao trabalho o valor que sempre teve, qual seja, nenhum. [...] Nesta substituição do homem pela máquina - que, aliás, não é dado inédito na história -, há uma diminuição do valor do trabalho e, conseqüentemente, uma diminuição da importância do direito do trabalho (surtem as idéias de flexibilização e de desregulamentação). O trabalho volta, assim, a ser uma noção de direito, não de liberdade. Nesse novo contexto, do mundo do desemprego, o trabalho passa a ser visto até mesmo como um privilégio, tenha o valor que tiver. (SOUTO MAIOR, 2000, p. 20-22)

O novo contexto a que se refere o autor é o atual estágio do sistema capitalista, muito comumente chamado de globalização. Esse fenômeno é marcado por uma profunda transformação do modo de produção econômica e tem reclamado, sem qualquer pudor, a mitigação das normas de proteção do trabalhador.

Com muita propriedade, Mauricio Godinho Delgado¹ descreve o fenômeno globalizante, identificando nele três pressupostos de natureza essencialmente estrutural: a generalização do sistema econômico para além do núcleo original,

¹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*. São Paulo: LTr, 2006.

proporcionada especialmente pela formação de grandes blocos econômicos, que acabam intensificando antigas dependências e debilidades de nações periféricas; a nova revolução tecnológica, notadamente na área de comunicação, permitindo a realização concomitante de operações econômicas por agentes de vários lugares do mundo, bem como a difusão acrítica do ideário econômico neoliberal; a hegemonia do capital financeiro-especulativo, desvinculado da antiga noção de “produção”, que só acentua o endividamento de determinadas economias nacionais.

Discorre, ainda, o autor sobre os fatores conjunturais que envolvem a consagração desse modelo. Para ele, sem a pressão comunista ou qualquer outro eficaz contraponto ao “formulário ideológico neoliberal”, o pensamento crítico derruiu; o que, somado à atenuação das barreiras nacionais, à massificação dos meios de comunicação e ao refluxo do movimento sindical, permitiu a hegemonia absoluta do pensamento econômico liberalizante, hoje apresentado como algo inerente e inevitável para o sistema capitalista.

Acrescenta o eminente jurista que o neoliberalismo não se confunde com o liberalismo clássico, que fomentava um Estado mínimo indutor das forças econômicas e até mesmo certo compromisso entre capital e trabalho (fordismo). Não. O capitalismo contemporâneo, francamente competitivo, não prevê qualquer reciprocidade; encerra, ao revés, uma “matriz intelectual desconstrutivista do primado do trabalho e do emprego”, à qual deve se submeter o Estado, sob pena de arruinar-se no mercado internacional.

Esse “pensamento econômico único” pugna por radicais transformações nas normas de proteção social, tornando latentes no seio da sociedade contemporânea movimentos de flexibilização e/ou desregulamentação do direito do trabalho, que se concretizam com a implementação de políticas públicas tendentes a reduzir, senão a abolir, garantias laborais, hoje encaradas como verdadeiros entraves ao desenvolvimento da economia.

O “receituário neoliberal” torna-se especialmente sedutor nos países periféricos, que, de forma aparentemente consensuada e sem qualquer adaptação às suas realidades, acolhem-no como uma questão de sobrevivência da competitividade das empresas nacionais no mercado globalizado e, por conseguinte, como *conditio sine qua non* do crescimento econômico da nação.

No caso brasileiro, de tradição eminentemente escravagista, em que as normas de proteção social, na expressão de Souto Maior (2000), não são vistas como “direito conquistado”, mas sim “concedido”, os efeitos deletérios da hegemonia neoliberal são particularmente delicados, porquanto implementados, inclusive, pela ação sindical. Uma vez mais, socorremo-nos da lição de Jorge Luiz Souto Maior (2000), para esclarecer a extensão do problema:

[...] em nossa realidade, como de resto na realidade que impera em todo o mundo, constata-se o dismantelamento da organização sindical. Os trabalhadores já não se identificam como classe. [...] o que se constata do quadro econômico-social atual é que não há possibilidade de os trabalhadores se unirem para reivindicar direitos. No máximo conseguem manter o emprego, um emprego cada vez mais com menos direitos. Há de se reconhecer, portanto, que a retórica da normatização pela via da negociação só interessa a um lado, o que provoca um desequilíbrio ainda maior nas relações de emprego [...]. (SOUTO MAIOR, 2000, p. 28-29)

É nesse contexto que o direito do trabalho e a própria Constituição da República - ao inserir direitos e garantias sociais no rol das cláusulas pétreas - são apontados como os grandes responsáveis pelo encarecimento da mão-de-obra e, conseqüentemente, pela inviabilização da atividade empresarial e pela expansão da economia informal.

Entretanto, os especialistas advertem que o custo do trabalho no Brasil não é elevado e que os direitos trabalhistas não são desproporcionais ou excessivos, tanto que não impediram o *boom* econômico vivenciado pelo país na década de 70. Outrossim, falar em flexibilização só faria sentido se estivéssemos diante de um ordenamento jurídico inflexível, o que não é o caso do Brasil.²

Demais disso, o discurso flexibilizante, a despeito de ser apresentado como transitório, para solucionar crises momentâneas e incrementar o desenvolvimento econômico da nação, torna-se irreversível e aguça sobremaneira os níveis de injustiça social.

Nos países que já experimentaram a flexibilização do direito do trabalho, como a Espanha, por exemplo, não se identificou contundente relação desta com a geração de novos empregos; pelo contrário, acentuaram-se os índices de informalidade e subemprego. A esse respeito, ressalta Jorge Luiz Souto Maior (2000):

[...] menos direitos trabalhistas não significam mais emprego, por uma razão muito simples: o sucesso econômico não implica desenvolvimento social. [...] pois a tendência, em longa escala (talvez nem tão longa assim), é a de que os trabalhadores que ocupam os empregos precários que se criam são os mesmos que antes ocupavam os empregos efetivos. Pode-se dizer que pelo menos não passaram a ser desempregados, mas esse argumento do mal menor despreza a dignidade humana [...]. (SOUTO MAIOR, 2000, p. 29-30)

Esse autor cita, mais adiante, diversas alternativas para a superação do desemprego e das crises econômicas, que prescindem de flexibilização das normas trabalhistas, arrematando o raciocínio com preciosas palavras:

Ainda que se encontre algo em que a legislação trabalhista brasileira precise de atualização - pois todo direito deve evoluir -, nada justifica que se altere o enfoque do problema. O direito do trabalho brasileiro, no geral, não é, como visto acima, rígido e antiquado. Por isso, a discussão está desviando-se do problema central. A questão crucial, que se opõe à efetividade dos direitos trabalhistas, é o desemprego, mas este não pode ser, em hipótese alguma, creditado ao direito do trabalho. (SOUTO MAIOR, 2000, p. 164)

Com tudo o que foi dito até aqui, pretendeu-se demonstrar que a economia, não obstante se tratar de ciência social intrinsecamente ligada ao direito, não pode, como vem acontecendo, ditar a estruturação das normas de proteção social, de

² SIQUEIRA NETO, José Francisco *apud* SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, p. 154.

forma absolutamente alheia às conquistas sociais já positivadas. Se há necessidade de alteração do direito do trabalho, mister perquirir o panorama jurídico que a lastreia e os princípios e métodos científicos que devem nortear eventuais modificações, à luz dos postulados da nova hermenêutica jurídica.

3 A HERMENÊUTICA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA: DA “INSINCERIDADE NORMATIVA” À FILTRAGEM CONSTITUCIONAL

A despeito da existência de certo ceticismo quanto ao direito e ao Estado pós-moderno, Luís Roberto Barroso assevera que, após uma histórica falta de efetividade de sucessivas Cartas Políticas, o constitucionalismo brasileiro vive “um momento sem precedentes, de vertiginosa ascensão científica e política” (BARROSO, 2006, p. 02), no qual as normas constitucionais, especialmente as principiológicas, são elevadas de meros “conselhos políticos” ao núcleo do ordenamento jurídico. O resgate da normatividade (imperatividade mais efetividade) dos princípios constitucionais implica conferir-lhes, sejam eles explícitos ou não, três funções primordiais: condensar os valores maiores de determinada coletividade, dar unidade e harmonia ao sistema jurídico e, por fim, condicionar a atividade do intérprete.³

Mister frisar, de pronto, que essa reviravolta pela qual passa o constitucionalismo brasileiro não é um fenômeno isolado, mas decorre de um novo paradigma jurídico, o pós-positivismo, cuja compreensão exige uma breve digressão histórica sobre a ciência do direito.

Em radical contraponto ao jusnaturalismo, surgiu, ao final do século XVIII, o movimento da codificação do direito e, com ele, ascendeu-se o positivismo jurídico. Hans Kelsen, seu maior expoente, buscando conferir cientificidade ao direito, tentou aproximá-lo das ciências naturais e, desvinculando o direito da moral, proclamou a validade estritamente formal das regras jurídicas. Por conseguinte, o papel das Constituições restringia-se a organizar o Estado, a conferir direitos individuais e a estabelecer o procedimento de formulação das regras infraconstitucionais, servindo, pois, de norma fundamental de validade destas.

Ocorre que tal feticismo pela lei, absolutamente desvinculado do conteúdo ético das normas jurídicas, entrou em decadência em meados do século XX, quando se percebeu que ele era capaz de legitimar práticas francamente degradantes da dignidade da pessoa humana, como o nazifascismo. Daí surgiu a necessidade de se reaproximarem direito e ética.

Em um primeiro momento, o positivismo crítico estabeleceu princípios gerais de direito, nitidamente ligados ao ideal de justiça, como forma de podar os excessos da letra fria da lei. Hoje, já se fala, contudo, em vinculação da própria validade das normas jurídicas ao conteúdo axiológico das mesmas e à sua conformação com os princípios materiais da Constituição, que traduzem os valores supremos de determinada sociedade. É esse cenário que se tem denominado pós-positivismo.

³ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro *in A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 29-30.

Outro fator que concorreu para a reformulação da hermenêutica jurídica foi a constatação da baixa densidade normativa dos princípios constitucionais. Em muitos países do mundo, as normas inseridas na Magna Carta nunca passaram de efêmeras promessas políticas, de enunciados retóricos e vazios de efetividade. Nesse diapasão, Luís Roberto Barroso (2002) registra uma lamentável realidade:

Em nenhuma esfera, jurídica, observa Linhares Quintana, é tão grande o abismo entre a validade e a vigência do Direito. [...] Por mais de uma razão, determinada disposição constitucional deixa de ser cumprida. Em certos casos, ela se apresenta desde o primeiro momento como irrealizável. De outras vezes, o próprio poder constituído impede sua concretização, por contrariar-lhe o interesse político. E, ainda, um preceito constitucional frustra-se em sua realização por obstáculos opostos por injunções de interesses de segmentos econômica e politicamente influentes. (BARROSO, 2002, p. 61)

Na seqüência, o notável doutrinador registra que a “insinceridade normativa” é ainda mais contundente na consagração dos inúmeros direitos sociais proclamados pelo constituinte originário, que, não raras vezes, padece de nítida demagogia, contrariando as reais possibilidades de cumprimento pelo Estado.⁴ O clássico exemplo, a nosso ver, é a definição de salário mínimo, contida no inciso IV do artigo 7º da CRFB/88, que não goza, por motivos óbvios, de qualquer credibilidade perante os milhões de cidadãos brasileiros.

Lênio Luiz Streck (2003) também destaca o resgate do caráter “dirigente-valorativo-principiológico” do Texto Constitucional e, relacionando-o ao substancialismo de Alexy e Dworkin, propõe uma postura intervencionista do Judiciário na interpretação das normas infraconstitucionais.⁵ Aludindo-se, ainda, ao garantismo de Ferrajoli, descreve o paradigma do direito contemporâneo:

[...] alteram-se em primeiro lugar as condições de validade das leis que dependem do respeito já não somente em relação às normas processuais sobre a sua formação, senão também em relação às normas substantivas sobre seu conteúdo, isto é, dependem de sua coerência com os princípios de justiça estabelecidos pela Constituição; em segundo lugar, altera-se a natureza da função jurisdicional e a relação entre o juiz e a lei, que já não é, como no paradigma juspositivista, sujeição à letra da lei qualquer que seja o seu significado, senão que é uma sujeição, sobretudo, à Constituição que impõe ao juiz a crítica das leis inválidas através de sua reinterpretação em sentido constitucional e sua declaração de inconstitucionalidade; em terceiro, altera-se o papel da ciência jurídica que, devido ao câmbio paradigmático, resulta investida de sua função à não somente descritiva, como no velho paradigma paleojuspositivista, senão crítica e construtiva em relação ao seu objeto [...]. Por último, altera-se a relação entre a política e o Direito. Uma vez que o Direito já não está subordinado à política como se dela fosse instrumento,

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 64.

⁵ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 40 e ss.

senão que é a política que se converte em instrumento de atuação do Direito, subordinada aos vínculos a ela impostos pelos princípios constitucionais: vínculos negativos, como os gerados pelos direitos às liberdades que não podem ser violados; vínculos positivos, como os gerados pelos direitos sociais, que devem ser satisfeitos. (STRECK, 2003, p. 47-48).

Nesse panorama, o que exige, atualmente, o constitucionalismo brasileiro é uma constante filtragem constitucional, pela qual nenhuma norma jurídica pode ser considerada válida se não passar pelo crivo da Magna Carta.

Ademais, a hermenêutica jurídica contemporânea, eminentemente axiológica, impõe interpretações cada vez mais expansivas dos direitos fundamentais, culminando com a compreensão do chamado bloco de constitucionalidade.⁶ Em poucas palavras, a expressão designa a irradiação do valor constitucional para disposições exteriores ao texto formal da Carta Política, encampando valores materialmente constitucionais, inclusive, princípios metajurídicos e regramentos infraconstitucionais.

Mas não é só.

Não mais se admite que as normas constitucionais, especialmente as definidoras de direitos fundamentais, sejam elas regras ou princípios, funcionem como meros conselhos ao legislador. A elas também se reconhece força cogente, que condiciona a atividade legiferante, por meio de eficácias negativa e positiva. Esta entendida como o direito subjetivo do beneficiário da norma reivindicar a produção de seus efeitos; aquela como a possibilidade de invalidação de normas ou atos que contrariem os efeitos determinados pelo comando constitucional.

Particularmente inovadora é a eficácia negativa. Nos dizeres de Ana Paula Barcellos, trata-se de “uma construção doutrinária especialmente relacionada com as normas-princípios constitucionais” (BARCELLOS, 2002, p. 66), que rompe definitivamente com a clássica visão de que as chamadas “normas programáticas” não possuíam qualquer eficácia até que regras infraconstitucionais regulamentassem a produção de seus efeitos essenciais.

Com essa compreensão, desde o momento em que uma norma é inserida no corpo constitucional, formal ou materialmente, ela já possui, no mínimo, um efeito esterilizante da atividade estatal desconforme com seus preceitos. Um importante desdobramento de tal eficácia negativa é o chamado “princípio do não-retrocesso social” ou “eficácia vedativa do retrocesso”, analisado a seguir.

4 A VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

A vedação do retrocesso social é a possibilidade de

invalidação da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva equivalente. (BARCELLOS, 2002, p. 69)

⁶ A expressão “bloco de constitucionalidade” foi cunhada pelo Conselho da França, em 1971, no *leading case* em que se estendeu a juridicidade do texto constitucional aos valores materiais proclamados no preâmbulo da Carta de 1958.

Frise-se que não se trata de invalidação da substituição de medidas igualmente tendentes a concretizar determinada norma constitucional, mas daquelas que representem significativo esvaziamento do comando maior. A discricionariedade do legislador quanto a escolhas de políticas públicas de realização dos direitos fundamentais remanesce incólume; o que não se admite é apenas a restrição injustificada de um direito já incorporado no patrimônio jurídico do cidadão.

Nesse diapasão, já lecionava, há algum tempo, J. J. Gomes Canotilho (1995), focando-se, particularmente, nos direitos de segunda dimensão:

A idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de “contra-revolução social” ou da “evolução reaccionária”. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direitos dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente uma garantia institucional e um direito subjectivo. Desta forma, e independentemente do problema fáctico da irreversibilidade das conquistas sociais (existem crises, situações econômicas difíceis, recessões econômicas), o princípio em análise justifica, pelo menos, a subtração à livre e oportunística disposição do legislador, da diminuição de direitos adquiridos [...]. O reconhecimento desta protecção de direitos prestacionais de propriedade, subjectivamente adquiridos, constituiu um limite jurídico do legislador, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente. Esta proibição justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada justiça social [...]. (CANOTILHO, 1995, p. 468-469)

Entre nós, não destoa a lição de Lênio Luiz Streck (2003):

Dito de outro modo, a Constituição não tem somente a tarefa de apontar para o futuro. Tem, igualmente a relevante função de proteger os direitos já conquistados. Desse modo, mediante a utilização da principiologia constitucional (explícita ou implícita), é possível combater alterações feitas por maiorias políticas eventuais, que legislando na contramão da programaticidade constitucional, retiram (ou tentam retirar) conquistas da sociedade. (STRECK, 2003, p. 53)

Adiante, este último autor, deixando entrever que a doutrina da eficácia vedativa dos princípios constitucionais não é tão recente como possa parecer, cita o seguinte trecho do famoso acórdão n. 39/84, do Tribunal Constitucional de Portugal, pelo qual se invalidou a revogação de boa parte da Lei do Serviço Nacional de Saúde do país:

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

Encampa, igualmente, a tese da vedação do retrocesso social o notável professor Ingo Wolfgang Sarlet, que estabelece uma relação umbilical entre ela e os princípios da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana.⁷

Esclarece, de plano, o autor que a garantia da segurança jurídica não se esgota na irretroatividade das leis, ou na proteção conferida ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito (inciso XXXVI do art. 5º da CR/88), tampouco na limitação ao poder constituinte derivado. Vai muito além, podendo atingir regras que, não obstante possuam “efeitos exclusivamente prospectivos”, possam implicar algum retrocesso social, frustrando legítimas expectativas de direito, criadas pelo próprio Estado ao concretizar direitos fundamentais proclamados na Lei Maior. Sustenta o eminente jurista (2005):

A segurança jurídica, na sua dimensão objetiva, exige um patamar mínimo de continuidade do (e, no nosso sentir, também no) Direito, ao passo que, na perspectiva subjetiva, significa a proteção da confiança do cidadão nesta continuidade da ordem jurídica no sentido de uma segurança individual das suas próprias posições jurídicas. [...] Importa lembrar aqui o fato de que a proteção da confiança constitui um dos elementos materiais do princípio da boa-fé, tendo por corolário - notadamente no âmbito das relações negociais - o dever da parte de não fraudar as legítimas expectativas criadas pelos próprios atos, o que evidencia a conexão direta da boa-fé com a proteção da confiança no sentido de uma certa auto-vinculação dos atos e, portanto, de uma inequívoca relação com a noção de proibição do retrocesso. (SARLET, 2005)

Conclui o douto professor que o princípio em apreço decorre de pelo menos três passagens de nossa Carta Política: ao instituir um Estado Democrático e Social de Direito, explicitando, já no preâmbulo, a segurança como um valor supremo da sociedade; no § 1º do art. 5º, ao proclamar o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais; e, finalmente, ao inserir a dignidade humana no rol de fundamentos da República Federativa do Brasil.

Acrescenta que a proteção da dignidade humana, em sua perspectiva negativa, exige a obstrução de medidas retrocessivas que possam, inesperadamente, deslocar a pessoa de uma posição jurídica mais favorável, já lhe conferida pelas instituições sociais e estatais, a um patamar aquém do mínimo existencial condigno.

A par da perspectiva constitucionalista até aqui apresentada, o *non regresso* também é extraído dos tratados de direitos econômicos, sociais e culturais ratificados pelo Brasil, no livre e pleno exercício de sua soberania, perante as Nações Unidas e a OEA, cujo contributo não poderia ser preterido no presente estudo, mesmo assumindo o risco de abreviar por demais questão de tamanha complexidade e profundidade.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. Disponível na *Internet*: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 24 nov. 2007.

Destaque-se, nesse sentido, que tanto pelo *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, de 1966, quanto pelo apelidado *Protocolo de São Salvador*, em vigor desde 1999 (Decreto n. 3.321/99), o Brasil se comprometeu a implementar, progressivamente e com o máximo de seus recursos disponíveis, os direitos ligados à igualdade. Dessa noção de progressividade, extrai-se a vedação do retrocesso, como um vetor dinâmico e unidirecional positivo, que impede a redução do patamar de tutela já conferido à pessoa humana.⁸

Em magistral tese de doutoramento, a professora Daniela Muradas (2007) ressalta que esses e outros diplomas internacionais, além de firmarem para os Estados convenientes o dever de informar as medidas adotadas para a progressiva implementação dos direitos neles previstos, afiançam o princípio da vedação do retrocesso, na medida em que proíbem a supressão ou a limitação das garantias reconhecidas na ordem jurídica interna sob o pretexto de que estas não são perfilhadas naqueles ou o são em menor grau. Assim, o escopo da sociedade internacional é sempre acumular vantagens ao plano nacional e, por meio do esforço contínuo e conjugado dos Estados, propiciar ininterrupto incremento à posição sociojurídica do trabalhador enquanto uma das nuanças da pessoa humana.⁹

E arremata a jurista, citando singela e primorosa ponderação de Fábio Konder Comparato:

A consciência ética coletiva [...] amplia-se e aprofunda-se com o evoluir da História. A exigência de condições sociais aptas a propiciar a realização de todas as virtualidades do ser humano é, assim, intensificada no tempo e traduz-se, necessariamente, pela formulação de novos direitos humanos. É esse movimento histórico de ampliação e aprofundamento que justifica o princípio da irreversibilidade dos direitos já declarados oficialmente, isto é, do conjunto de direitos fundamentais em vigor. Dado que eles se impõem, pela sua própria natureza, não só aos Poderes Públicos constituídos em cada Estado, como a todos os Estados no plano internacional, e até mesmo ao próprio Poder Constituinte, à Organização das Nações Unidas e a todas as organizações regionais de Estados, é juridicamente inválido suprimir direitos fundamentais, por via de novas regras constitucionais ou convenções internacionais. (COMPARATO *apud* MURADAS, 2007, p. 308)

⁸ Nesse sentido, leciona Flávia Piovesan (2002):

Se os direitos civis e políticos devem ser assegurados de plano pelo Estado, sem escusa ou demora - têm a chamada auto-aplicabilidade, os direitos sociais, econômicos e culturais, por sua vez, nos termos em que estão concebidos pelo Pacto, apresentam realização progressiva. [...] No entanto, cabe realçar que tanto os direitos sociais, como os direitos civis e políticos demandam do Estado prestações positivas e negativas, sendo equivocada e simplista a visão de que os direitos sociais só demandariam prestações positivas [...]. Da aplicação progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais resulta a cláusula de proibição do retrocesso social em matéria de direitos sociais [...]. (PIOVESAN, 2002, grifos nossos)

⁹ MURADAS, Daniela. Contributo ao Direito Internacional do Trabalho: a reserva implícita ao retrocesso sociojurídico do trabalhador nas convenções da Organização Internacional do Trabalho. 2007. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte. p. 302/313.

Por derradeiro, mas sem qualquer pretensão de esgotar o tema da hierarquia jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos no sistema jurídico pátrio - ordem do dia no Supremo Tribunal Federal¹⁰ -, vale salientar que estes são, no mínimo, materialmente constitucionais, integrando, pois, o bloco de constitucionalidade, cuja juridicidade não mais se questiona.

Nesse cenário, pode-se afirmar, seguramente, que a efetivação dos direitos sociais já se convolou de uma obrigação moral em uma obrigação jurídica da República Federativa do Brasil.

Enfim, a vedação do retrocesso social não é um simples devaneio de doutrinadores vanguardistas. É, hoje, um preceito jurídico positivado, que ganha, a nosso ver, especial relevo diante da onda flexibilizante das normas trabalhistas que vem se instalando no Brasil.

5 A VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO LIMITE À FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS BRASILEIRAS

Apresentado o contexto de crise do direito do trabalho, bem como as possibilidades da chamada filtragem constitucional, resta-nos investigar os limites que esta impõe às medidas flexibilizantes de cunho retrocessivo à proteção social já implementada no ordenamento jurídico brasileiro.

Antes, porém, cumpre registrar duas observações.

A primeira é que, embora muitas vezes sejam tomadas como sinônimos, a flexibilização não se confunde com a desregulamentação do direito do trabalho. Enquanto esta consiste na completa substituição das normas trabalhistas estatais pela regulamentação autônoma, aquela encerra apenas uma adaptação das leis laborais às novas realidades das relações de trabalho.

Mas não se pode deixar de advertir que, embora tais fenômenos sejam teoricamente distintos e até - em certo grau - defensáveis, na prática, ao menos na

¹⁰ A esse respeito, confira-se o voto proferido pelo Min. Celso de Mello no RE 466.343/SP, assim sintetizado pelo Informativo n. 498 do Supremo Tribunal Federal:

[...] Contrapondo-se, por outro lado, ao Min. Gilmar Mendes no que respeita à atribuição de *status* supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, afirmou terem estes hierarquia constitucional. No ponto, destacou a existência de três distintas situações relativas a esses tratados: 1) os tratados celebrados pelo Brasil (ou aos quais ele aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da CF/88, revestir-se-iam de índole constitucional, haja vista que formalmente recebidos nessa condição pelo § 2º do art. 5º da CF; 2) os que vierem a ser celebrados por nosso País (ou aos quais ele venha a aderir) em data posterior à da promulgação da EC 45/2004, para terem natureza constitucional, deverão observar o iter procedimental do § 3º do art. 5º da CF; 3) aqueles celebrados pelo Brasil (ou aos quais nosso País aderiu) entre a promulgação da CF/88 e a superveniência da EC 45/2004, assumiriam caráter materialmente constitucional, porque essa hierarquia jurídica teria sido transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade. RE 466343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 12.03.2008.

Disponível na *internet*: <<http://www.stf.gov.br/portal/informativo>>. Acesso em: 21.04.2008.

realidade brasileira, não passam, muitas vezes, de falácia para a precarização das condições mínimas de trabalho. A uma, porque a força sindical pátria, que nunca foi lá muito expressiva, está sensivelmente reduzida em virtude do reticente desemprego que assola o país. A duas, que não há falar em mitigação de uma proteção social que sequer se concretizou no Brasil. Como adverte, sem eufemismo, Lênio Luiz Streck (2003), o Estado Social, entre nós, nunca passou de um simulacro, haja vista que a intervenção estatal não foi capaz de atenuar as desigualdades sociais,

parcela expressiva dos mínimos direitos individuais e sociais não é cumprida, o controle abstrato de normas apresenta um *deficit* de eficácia, decorrente de uma baixa constitucionalidade, [e] os preceitos fundamentais que apontam para o acesso à justiça continuam ineficazes. (STRECK, 2003, p. 51)

A segunda observação, não menos importante que a primeira, é a de que não se olvida da necessidade de evolução do direito do trabalho, como, de resto, do direito como um todo, nem se pretende impedir a adequação das normas trabalhistas às novas realidades das relações laborais. Absolutamente. O que se repugna são as alterações legislativas e políticas públicas que pretendam, exclusivamente, reduzir o custo do trabalho, na esteira do discurso neoliberal de “contenção do desemprego”.

Com efeito, na revisão do direito do trabalho, não se podem perder de vista os preceitos maiores desse ramo jurídico, a saber, o princípio da proteção e a busca da justiça social, ambos construídos a partir da constatação de inexorável desigualdade fática que permeia as relações por ele reguladas. A propósito, ante a pressão da economia internacional pela desvalorização do trabalho, deve-se ter sempre em mente que:

O Estado-providência não foi um obstáculo ao normal percurso histórico. Não foi uma invenção artificial dos governantes. Foi, isto sim, uma necessidade e mesmo uma decorrência natural da nova sociedade de riscos, a sociedade industrial, onde o mal se poderia localizar e, por isso, poderia e deveria ser atacado. [...] Essa realidade ainda não se alterou, sobretudo no Brasil, mesmo que retoricamente se queira apresentá-la diferente. (SOUTO MAIOR, 2000, p. 257)

Lembre-se, também, de que os direitos sociais, pelo tão-só fato de estarem encampados pela Magna Carta, ainda que levem a qualificação - quase pejorativa - de normas programáticas, gozam da eficácia negativa imediata própria das normas constitucionais, ou seja, condicionam a atividade legiferante, eivando de nulidade regras posteriores que atentem contra o seu conteúdo.

Outrossim, galgando o *status* de direitos humanos, as garantias laborais incorporam o vetor progressista e expansivo que rege a matéria, inclusive no plano internacional, sendo certo que suas projeções na legislação ordinária passam a integrar o bloco de constitucionalidade, impedindo o retorno a uma situação anterior de omissão estatal ou de esvaziamento puro e simples do mandamento constitucional outrora realizado.

Em suma, tão logo possuam alguma concretude no plano infraconstitucional, os direitos sociais não podem ser simplesmente restringidos ou abolidos por medidas estatais retrocessivas, não acompanhadas de uma previsão compensatória que mantenha nível similar de proteção social.¹¹ E, advirta-se, a compensação aqui exigida deve ser específica e real; não se exaure na mera promessa de criação de mais empregos, pois, como visto, esse discurso, via de regra, é falacioso e, mesmo que ocorra a criação de novos postos de trabalho, esses são francamente mais precários que os anteriores, muitas vezes não atendendo sequer ao patamar básico de uma existência condigna.

Demais disso, a vedação do retrocesso social tem especial aplicabilidade no direito do trabalho, porquanto norteado pelo princípio da norma mais favorável. A força dessa premissa é tamanha que pode tornar uma lei ordinária mais benéfica hierarquicamente superior à própria Constituição¹², não podendo, pois, com muito mais razão, ser extirpada do ordenamento sem equivalente respaldo de proteção ao trabalhador.

Aliás, é esse o escopo do constituinte originário ao inaugurar o rol de direitos sociais com os seguintes dizeres: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social” (Constituição da República, 1988, art. 7º). Ora, qualquer iniciante no estudo do direito sabe que a exegese de um dispositivo jurídico deve se pautar no teor de seu *caput*. Logo, outra conclusão não se chega senão a de que quaisquer modificações no rol de direitos sociais devem consistir em melhoria da posição jurídica do obreiro.

A propósito, na lição de Daniela Muradas (2007), a soma do princípio da norma mais favorável com o princípio da progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, vetores igualmente unidirecionais, delineia, definitivamente, a vedação do retrocesso social:

As noções de progresso e de não retrocesso social ainda se relacionam ao princípio da proteção ao trabalhador, pedra angular do Direito do Trabalho. O princípio da proteção ao trabalhador, como se sabe, grava a originalidade do justtrabalhismo, enunciando o seu sentido teleológico. Com lastro na dignidade da pessoa humana e no valor insito ao trabalho do homem, o princípio tutelar enuncia ser a missão deste ramo jurídico a proteção do trabalhador, com a retificação jurídica da desigualdade

¹¹ Interessante, a propósito, o Enunciado n. 33 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, aprovado em 23.11.2007, que coloca o princípio em comento como limite, inclusive, da atividade sindical, nestes termos:

“NEGOCIAÇÃO COLETIVA. SUPRESSÃO DE DIREITOS. NECESSIDADE DE CONTRAPARTIDA. A negociação coletiva não pode ser utilizada somente como um instrumento para a supressão de direitos, devendo sempre indicar a contrapartida concedida em troca do direito transacionado, cabendo ao magistrado a análise da adequação da negociação coletiva realizada quando o trabalhador pleiteia em ação individual a nulidade de cláusula convencional.”

¹² AFONSO, Túlio Augusto Tayano. Direitos sociais e o princípio do não retrocesso social. *Revista de Direito do Trabalho*. RT, v. 32, n. 124, out./dez./06, p. 245-246.

socioeconômica inerente à relação entre capital e trabalho. O sentido tuitivo, em uma perspectiva dinâmica, se relaciona à idéia de ampliação e aperfeiçoamento de institutos e normas trabalhistas. Assim, afiança-se o compromisso da ordem jurídica promover, quantitativamente e qualitativamente, o avanço das condições de pactuação da força de trabalho, bem como a garantia de que não serão estabelecidos recuos na situação sociojurídica dos trabalhadores. (MURADAS, 2007, p. 02-03)

Portanto, sob todos os prismas que se analise a questão, os direitos sociais estão preservados de medidas de cunho retrocessivo que venham a ser propostas pelo Poder Público, pressionado que está pela hegemonia do pensamento econômico ultraliberal, seja contra o poder constituinte reformador (art. 60, § 4º, IV, CR/88), seja contra o legislador infraconstitucional - (arts. 1º, 3º, 5º, §1º, e 7º, *caput*, CR/88).

Tudo isso porque é ululante que as normas de proteção social são frutos de importantes conquistas históricas dos trabalhadores, que não podem ser preteridas por um Estado de Direito que tem como pilares a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho (incisos III e IV do art. 1º da CR/88), bem como objetiva a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a erradicação da pobreza e da marginalização (incisos I e III do art. 3º da CR/88).

Não bastassem todos esses dispositivos, o operador do direito, como visto, ainda pode se valer de uma ampla gama de princípios constitucionais, materiais e instrumentais, para invalidar uma regra flexibilizante retrocessiva ou, ao menos, conferir-lhe uma interpretação conforme a Constituição.

Tudo sem falar nos diplomas internacionais de direitos humanos econômicos, sociais e culturais ratificados pelo Brasil, cuja obrigatoriedade jurídica não pode ser relegada ao limbo.

Por derradeiro, vale registrar que, sobretudo no direito do trabalho,

[...] tem especial realce a busca do sentido das normas a partir do resultado que tal ou qual significado atribuído à norma possa produzir na realidade, o que é uma característica do direito social [...]. Uma regra positiva, portanto, isoladamente, não tem o poder de negar a existência do princípio. Integrada ao ordenamento jurídico, que comporta, como visto, vários valores contraditórios, é possível que se dê à regra um sentido diametralmente oposto daquele que conste em sua literalidade [...]. (SOUTO MAIOR, 2000, p. 253-261)

Em suma, o pós-positivismo liberta o intérprete das algemas da literalidade fria da lei e o aparelho, de forma contundente, para obstar, até mesmo pela via do controle difuso de constitucionalidade, a implementação de dispositivos legais que venham na contramão do progresso social do trabalhador.

6 CONCLUSÃO

Vive-se, hoje, um momento em que as forças hegemônicas internacionais, de viés eminentemente econômico, tendem a prevalecer sobre os ideais de justiça que deveriam estruturar o direito, legitimando, de forma aparentemente consensual, a redução de garantias individuais. O predomínio de considerações econômicas,

notadamente voltadas para a superação do desemprego estrutural que assola muitos países do mundo, busca justificar a revogação de leis sociais e, de um modo geral, a precarização das relações de trabalho, chegando a colocar as normas constitucionais como entrave da economia nacional.

Contudo, a democracia, tão cara aos Estados de Direito contemporâneos, permite a formação de contrapoderes sociais; como diria o saudoso Afonso Pena, o belo da democracia é que ninguém pode tudo, nem pode sempre. E, felizmente, o discurso neoliberal coexiste, no plano jurídico-filosófico, com um novo paradigma, que resgata a força normativa dos valores materiais consagrados nas Cartas Políticas. Trata-se do pós-positivismo, que, reaproximando direito e axiologia, reformula a hermenêutica jurídica, pautando-a em diversos princípios de interpretação e efetivação das normas constitucionais.

Um deles ganha especial relevo para a proteção dos direitos sociais já concretizados no ordenamento jurídico contra as investidas contrárias do Estado, muitas vezes pressionado pela busca de competitividade no mercado globalizado. É o princípio do não-retrocesso social.

Na esteira da lição de Gomes Canotilho, sem embargos da autonomia inerente à atividade legiferante, os direitos sociais, após sua realização no plano infraconstitucional, saem da esfera de plena disponibilidade pelo legislador, passando a pressupor uma abstenção do Estado. Logo, o postulado da vedação do retrocesso social permite que o intérprete deixe de aplicar, por inconstitucional, uma regra jurídica que restrinja ou exclua, pura e simplesmente, uma norma trabalhista já implementada, sem qualquer medida concreta que mantenha equivalente o patamar de proteção social contido na previsão revogada.

Demais, a hermenêutica jurídica contemporânea, que gravita em torno da dignidade da pessoa humana, é marcada pela incessante reconstrução e efetividade dos direitos humanos (históricos, universais e indivisíveis), que pressupõem uma interpretação cada vez mais progressiva e expansiva. Em decorrência, as garantias trabalhistas contempladas nos tratados internacionais e na legislação ordinária representam concretas projeções dos direitos fundamentais contidos no artigo 7º da CR/88, integrando, indubitavelmente, o bloco de constitucionalidade que deve ser respeitado pelas políticas públicas posteriores.

Tudo isso porque o atual estágio da civilização tem por escopo o contínuo progresso da proteção à pessoa humana, notadamente em seu matiz laborativo. Nesse cenário, exsurge o postulado da vedação do retrocesso como contundente barreira de contenção das práticas flexibilizantes que venham em sentido contrário, negativo, ao *status* sociojurídico do trabalhador.

E, finalmente, partindo da premissa de que, no Brasil, a resistência ao arbítrio estatal começa “de cima para baixo”, conclui-se que está nas mãos dos operadores do direito obstar a implementação de práticas retrocessivas ao desenvolvimento social já consolidado no país e, gradualmente, incutir na consciência coletiva a irrenunciabilidade da justiça distributiva e progressista como cerne do Estado Democrático de Direito.

Lançadas as sementes doutrinárias, cabe à jurisprudência cultivá-las com seu adubo interpretativo, colocando a salvo os direitos dos trabalhadores brasileiros, sob a copa da vedação do retrocesso social que, curiosamente, floresce no terreno árido do pensamento neoliberal dominante.

7 REFERÊNCIAS

- AFONSO, Túlio Augusto Tayano. Direitos sociais e o princípio do não retrocesso social. *Revista de Direito do Trabalho*. RT, v. 32, n. 124, p. 237-252, out./dez./06.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 355p.
- BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. Disponível na *internet*: <www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaprocl/revproc2003/arti_histdirbras.pdf>. Acesso em: 29 fev. 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro. In *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. rev. e atual. BARROSO, Luís Roberto (org.), Rio de Janeiro: Renovar, 2006, Cap. 1, p. 1-48.
- BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988, 168p.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador - Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982. 539p.
- _____. *Direito constitucional*. 5. ed., Coimbra: Almedina, 1995, 1227p.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*. São Paulo: LTr, 2006, 149p.
- GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *O princípio da proibição do retrocesso social e sua função limitadora dos direitos fundamentais*. Universidade de Passo Fundo, Faculdade de Direito, v. 14, n. 14, p. 29-36, jul./00.
- JOSINO NETO, Miguel. O bloco de constitucionalidade como fator determinante para a expansão dos direitos fundamentais da pessoa humana. *Jus Navigandi*. Disponível na *internet* em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3619>>. Acesso em: 13 abr. 2008.
- MEIRELES, Edilton. *Princípio do não-retrocesso social no direito do trabalho*. Porto Alegre: Síntese Trabalhista, v. 15, n. 179, p. 56-60, maio/04.
- MURADAS, Daniela. *Contributo ao Direito Internacional do Trabalho: a reserva implícita ao retrocesso sociojurídico do trabalhador nas convenções da Organização Internacional do Trabalho*. 2007, 392p. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e os desafios. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível na *internet*: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/10798,1>>. Acesso em: 12 abr. 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Mundo Jurídico*. Disponível na *internet*: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 24 nov. 2007.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000, 407p.
- STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, 328p.