

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
NÍVEL MESTRADO**

**DEMIAN DINIZ DA COSTA**

**OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS TRABALHISTAS E O PRINCÍPIO DO NÃO  
RETROCESSO SOCIAL FRENTE À CRISE DO COVID-19**

**São Leopoldo  
2022**

DEMIAN DINIZ DA COSTA

**Os Direitos Constitucionais Trabalhistas e o Princípio do Não Retrocesso Social frente à crise do Covid-19**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS

Área de concentração: Direito Público

Orientador: Prof. Dr. Gabriel de Jesus Tedesco Wedy

São Leopoldo

2022

C837d

Costa, Demian Diniz da

Os direitos constitucionais trabalhistas e o princípio do não retrocesso social frente à crise do Covid-19. / Demian Diniz da Costa -- 2022.

123 f. ; 30cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2022.

Orientador: Prof. Dr. Gabriel de Jesus Tedesco Wedy.

1. Direitos trabalhistas. 2. Constituição. 3. Direitos fundamentais. 4. Princípio - Não-retrocesso social. 5. Covid-19. I. Título. II. Wedy, Gabriel de Jesus Tedesco.

CDU 349.2

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD  
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: "**OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS TRABALHISTAS E O PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO SOCIAL FRENTE À CRISE DO COVID-19**" elaborada pelo mestrando **Demian Diniz da Costa**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 28 de outubro de 2021.



Prof. Dr. **Anderson Vichinkeski Teixeira**

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Gabriel de Jesus Tedesco Wedy Participação por Webconferência

Membro: Dr. Fernando Reverendo Vidal Akaoui Participação por Webconferência

Membro: Dr. Wilson Engelmann Participação por Webconferência

Para Alice e Gustavo

## AGRADECIMENTOS

À minha esposa Denise, por ter sido uma companheira e incentivadora neste curso de Mestrado.

Ao meu pai, Paulo e minha mãe Helena (*in memoriam*) por sempre serem uma referência para mim na vida e no Direito.

Um especial agradecimento ao meu Orientador, Dr. Gabriel Wedy, pela paciência, orientação e conselhos no desenvolvimento deste trabalho.

Agradeço também a todos os professores que, de alguma maneira, contribuíram para a conclusão desta jornada, como o professor Dr. Darci Guimarães Ribeiro, professor Dr. Leonel Severo Rocha, Professor Dr. Lênio Luis Streck, Professora Dra. Raquel Von Hohendorff, Professora Dra. Thêmis Limberger, Professor Dr. Wilson Engelmann e Professor Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira.

Agradeço também aos colegas que nas aulas e debates contribuíram com ideias e conselhos nesta trajetória.

## RESUMO

Partindo do entendimento dos direitos sociais trabalhistas como direitos fundamentais, esta dissertação analisa os efeitos e garantias daí advindas, buscando a efetivação dos direitos trabalhistas. Abordamos ainda o conteúdo jurídico do princípio da proibição do retrocesso social como garantia da proteção dos direitos sociais, efetuando pesquisa jurisprudencial que demonstra a vinculação da Justiça do Trabalho ao princípio da proibição do retrocesso social, tendo por escopo a defesa dos direitos sociais trabalhistas. A dissertação apresenta a análise do princípio do não retrocesso e a incidência do mesmo na proteção e efetivação dos direitos sociais trabalhistas previstos na Constituição Federal. As reformas trabalhistas realizadas nos últimos anos trouxeram um enfraquecimento e restrição dos Direitos Trabalhistas Constitucionais devido à Agenda Neo-Liberal dos Governos pós-impeachment de 2016. A restrição dos Direitos Sociais Trabalhistas foi agravada com a sequência de Medidas Provisórias editadas no ano de 2020 como justificativa de medidas necessárias ao enfrentamento ao desemprego causado pela epidemia do Covid-19.

**PALAVRAS-CHAVE: Direitos Sociais trabalhistas. Constituição. Direitos Fundamentais. Princípio do Não-Retrocesso Social. Covid-19.**

## **ABSTRACT**

Based on the understanding of social labor rights as fundamental rights, this dissertation analyzes the effects and guarantees arising therefrom, seeking the realization of labor rights. We also approach the legal content of the principle of prohibition of social retrogression as a guarantee of the protection of social rights, carrying out jurisprudential research that demonstrates the link of the Labor Court to the principle of prohibition of social retrogression, having as its scope the defense of social labor rights. The dissertation presents the analysis of the principle of non-regression and its impact on the protection and enforcement of social labor rights provided for in the Federal Constitution. The labor reforms carried out in recent years have brought a weakening and restriction of Constitutional Labor Rights due to the Neo-Liberal Agenda of Governments after the 2016 impeachment. justification of necessary measures to fight the unemployed caused by the Covid-19 epidemic.

**KEYWORDS: Social Labor Rights. Constitution. Fundamental Rights. Principle of Social Non-Retrogression. Covid-19.**



## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
ADI	Ação Declaratória de Inconstitucionalidade
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
Min.	Ministro
MP	Medida Provisória
Rel.	Relator
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>11</b>
<b>2 OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS TRABALHISTAS</b> .....	<b>17</b>
2.1 Os direitos trabalhistas enquanto direitos fundamentais .....	17
2.2 Estado liberal clássico.....	34
2.3 O estado social.....	39
2.4 Os direitos sociais trabalhistas e sua evolução constitucional brasileira...43	
2.4.1 <i>Os direitos sociais trabalhistas e o conceito de constituição dirigente</i> .....	52
2.5 Funções dos direitos fundamentais e consequências no âmbito dos direitos sociais .....	62
2.5.1 <i>Direitos fundamentais enquanto direitos de defesa</i> .....	63
2.6 Titularidades e destinatários dos direitos sociais e trabalhistas .....	65
2.7 A efetividade das normas de direitos sociais trabalhistas.....	67
2.7.1 <i>Direitos sociais como direitos a prestações</i> .....	67
2.8 Direitos constitucionais trabalhistas e as cláusulas pétreas .....	70
2.9 <b>NORMAS INTERNACIONAIS ACERCA DOS DIREITOS SOCIAIS</b> .....	<b>74</b>
2.9.1 <i>Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Carta das Nações Unidas</i> ....	74
2.9.2 <i>A proteção do direito internacional regional</i> .....	75
2.9.3 <i>A Convenção Americana de Direitos Humanos</i> .....	76
2.9.4 <i>Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais</i> .....	76
<b>3 RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL</b> .....	<b>78</b>
3.1 A reserva do possível e o custo dos direitos trabalhistas .....	81
<b>4 A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO</b> .....	<b>90</b>
4.1 O impacto da Covid-19 nos direitos trabalhistas .....	95
4.2 A proibição do retrocesso e os limites do sacrifício.....	102
<b>5 O PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA</b>	<b>106</b>
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>113</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>119</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve a finalidade de desenvolver a questão do reconhecimento dos direitos constitucionais trabalhistas como direitos fundamentais, e a aplicabilidade e do efeito do “princípio do não retrocesso social” como forma de proteção e garantia destes direitos.

O estudo deste importante assunto visa atribuir eficácia e efetividade ao valor segurança jurídica no âmbito dos direitos trabalhistas, protegendo os trabalhadores de medidas restritivas de direitos.

O princípio do não retrocesso social é um princípio que proíbe ao legislador a supressão ou alteração das normas infraconstitucionais que concretizam normas constitucionais de direitos sociais e trabalhistas de violarem a sua eficácia.

Verifica-se que o assunto estudado é totalmente atual e relevante, pois, diante da denominada crise do Estado Social, passando pelas Reformas Trabalhistas em curso desde o impeachment de 2016 e agravado pelo quadro de crise sanitária do Covid-19, resultou em uma série de ataques aos direitos trabalhistas, com reduções no alcance destes e até mesmo supressões de direitos constitucionalmente garantidos.

Encontramos no texto constitucional a enumerações destes direitos, além de princípios e garantias da aplicação dos dispositivos de proteção de direitos e no princípio do não retrocesso social em especial, uma forma de proteção e a busca da máxima efetividade dos direitos trabalhistas fundamentais, no momento em que este evita o retrocesso de uma conquista já alcançada.

O tema escolhido foi os Direitos Trabalhistas na Constituição, elencados no art. 7º no capítulo dos Direitos Sociais, sendo a delimitação do tema a classificação dos Direitos Trabalhistas como Direitos Fundamentais e seus efeitos na proteção destes direitos, uma vez que há certo questionamento na doutrina e até mesmo, esta deixa de considerar os direitos trabalhistas como fundamentais.

Para a formulação do problema, foi questionado se os Direitos Trabalhistas previstos na Constituição teriam a mesma hierarquia dos Direitos e Garantias Individuais, a ponto de serem protegidos pela imutabilidade das cláusulas pétreas,

conforme previsão do art. 60, §4º, IV, que veda a deliberação de proposta de emenda tendente a abolir direitos e garantias individuais, ou mesmo, alteração de tais direitos via legislação hierarquicamente inferior. Desta forma, os direitos constitucionais trabalhistas não poderiam sofrer alterações via emenda constitucional, ou mesmo, não poderiam sofrer redução ou restrição através da legislação ordinária.

Tal questionamento advém das atuais reformas legislativas que apresentaram modificações em uma série de direitos trabalhistas, com restrições como a assistência dos sindicatos na rescisão do contrato de trabalho, ou a estipulação de honorários sucumbenciais ao trabalhador, resultando em uma redução do número de ações trabalhistas. Bem como às propostas legislativas e de emendas constitucionais que tendem a reduzir ou mesmo abolir alguns destes direitos, como, até mesmo, a extinção da Justiça do Trabalho.

Especialmente no momento atual de pandemia pela Covid-19 na qual uma série de medidas provisórias passaram a limitar, restringir e até a violar direitos trabalhistas tidos como direitos sociais fundamentais, a questão assume pertinência, pois sob o argumento da manutenção da atividade empresarial, permitiu-se a redução salarial de empregados e mesmo a possibilidade de inadimplência de acordos judiciais firmados com a justificativa de insuficiência de recursos por parte de empregadores.

A hipótese consiste em: os Direitos Trabalhistas Constitucionais podem ser considerados um direito fundamental?

Na hipótese do reconhecimento dos Direitos Trabalhistas como um direito fundamental, analisar-se-á como estes evoluíram dentro do estudo dos direitos fundamentais, sua classificação nas gerações dos direitos e suas características bem como, as garantias que os direitos trabalhistas teriam como uma garantia fundamental, em especial, na hipótese de vedação de redução ou abolição destes direitos e a aplicação do Princípio do Não Retrocesso, tanto no Direito Comparado e sua aplicação nos Tribunais Nacionais, especialmente no STF, TRT e no Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.

Como justificativa, temos que a Constituição Federal de 1988 trouxe ao ordenamento jurídico constitucional elementos de diversos ramos do Direito, não se limitando à matéria de natureza preponderantemente Constitucional.

Dentre estes, incluiu os Direitos Trabalhistas entre os Direitos Sociais no Capítulo II do Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais.

A Constituição elevou os valores sociais do trabalho a fundamento e inseriu o trabalho no rol dos Direitos Sociais, explicitando de forma exemplificativa, diversos direitos básicos trabalhistas no artigo 7º, que mesmo inseridos na Carta Magna, para a sua efetivação necessitam da incontestante atuação do Estado.

A nossa Constituição, em seu artigo 6º, *caput*, do Capítulo II, do Título II, que versa sobre os Direitos e Garantias Fundamentais, consagra a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desempregados como direitos sociais.

O Legislador Constituinte reservou à saúde com uma seção no Capítulo II, do Título VIII, *Da Ordem Social*, assegurando o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos.

Também a Constituição da República consagra a educação com toda a Seção I, do Capítulo III, do Título VIII, que trata da Ordem Social, qualificando o acesso ao ensino obrigatório e gratuito como direito público subjetivo. Como se não bastasse, a própria Constituição, após inaugurar um Estado Social e Democrático de Direito, assentado, dentre outros fundamentos, na dignidade da pessoa humana e tendo a República Federativa por objetivo constituir uma sociedade livre justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização; e promover o bem-estar de todos. Teve, ainda, a atenção para declarar que as normas dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (artigo 5º, § 1º da Constituição Federal).

Ocorre que, considerando a tamanha preocupação do legislador constituinte originário com a saúde e a educação, a ponto considerar ambos como direito de todos e dever do Estado, e de elevar o ensino obrigatório e gratuito à condição de um direito fundamental público subjetivo, não vemos a mesma preocupação do legislador em relação aos direitos trabalhistas constitucionais, sendo, por exemplo, quase utópico o direito quanto ao salário mínimo poder cobrir todas as necessidades do trabalhador.

A Constituição Federal de 1988 configurou o Brasil como um Estado Democrático de Direito e dentre as forças que redigiram o texto constitucional, houve clara disputa entre o capital e o emprego. A mesma Constituição que privilegia a propriedade, protege o valor social do trabalho, porém, na prática, os direitos econômicos preponderam sobre os direitos trabalhistas e os direitos individuais sobre os coletivos mesmo sendo uma Constituição Dirigente, que impõe ao Estado tarefas e funções na proteção dos direitos sociais, como essencial para a efetividade dos direitos fundamentais necessárias à garantia de um patamar básico de dignidade do trabalhador.

Pretende-se, ainda, identificar o rol dos direitos fundamentais trabalhistas elencados no art. 7º da Constituição de 1988, como um bloco de fundamentalidade social-trabalhista que não pode ser objeto de transação sem compensação equivalente, irradiando os efeitos de tal característica à legislação infraconstitucional por intermédio do princípio da proibição do retrocesso em matéria social.

Temos, portanto, direitos constitucionais previsto, de aplicação imediata e de interpretação extensiva e, mesmo assim, deixam de ser aplicados. Isto quando não são reduzidos ou mesmo extintos, fazendo os direitos sociais retrocederem a um estado anterior de sua conquista.

Neste sentido, tais direitos passaram a contar com a relevância e proteção até então destinada aos Direitos Individuais e até mesmo, pode-se considerar que passaram a contar com a condição de imutabilidade das cláusulas pétreas da Constituição.

Assim, a dissertação foi desenvolvida analisando tal questão referente à classificação dos Direitos Trabalhistas Constitucionais como Direitos Fundamentais e a não possibilidade de retrocesso destes direitos já alcançados, obtendo o resultado prático de se obter maior efetividade destes direitos previstos na Constituição.

Será feita uma análise do histórico dos Direitos Trabalhistas nas Constituições Brasileiras, bem como, análise do Princípio do Não Retrocesso no Direito Comparado. Bem como, análise do posicionamento dos Tribunais Superiores pátrios sobre este assunto, objetivando concluir a hipótese de

configuração ou não dos Direitos Sociais como Garantias Fundamentais e a incidência do Princípio da Não Retroatividade destes Direitos.

Como objetivo geral, tem-se a análise da inserção dos Direitos Constitucionais Trabalhistas como Direitos Fundamentais na Constituição, buscando fundamentação teórica e jurisprudencial acerca do tema.

O objetivo específico foi de pesquisar doutrina nacional e estrangeira sobre os direitos trabalhistas como direitos fundamentais e análise de julgamentos do STF em que se debateu a aplicação do Princípio do não retrocesso.

A metodologia de trabalho foi a pesquisa bibliográfica principalmente, com análise da doutrina relativa à classificação dos direitos trabalhistas como direitos fundamentais.

Também foi utilizada análise de casos do STF sobre o princípio da não retroatividade, constatando a ocorrências em que o preceito foi arguido perante o Tribunal.

A pesquisa foi realizada tendo como diretriz o pluralismo metodológico e com a formulação de uma problematização que deve ser fracionada em problemas menores, que são as questões orientadoras da pesquisa (segunda regra), e os pensamentos devem atingir objetivos menores (específicos), e depois maiores (gerais) (terceira regra).

Finalmente, deve ter a síntese e a revisão, para a solução ou a conclusão diversa (terceira e quarta regra).

Para operacionalizar a dissertação, foi necessário definir a pesquisa quanto aos meios e aos fins.

Dentre as 07 (sete) modalidades de pesquisa, quanto aos fins, foram utilizadas as seguintes: exploratória, descritiva e explicativa. Os métodos eleitos para pesquisa, quanto aos meios, foram o bibliográfico, o documental e o estudo de casos – jurisprudência.

A pesquisa bibliográfica é a fonte mais prática para adquirir conhecimento, pois é possível ter acesso a um grande número de informações.

Outro meio de pesquisa que foi adotado na dissertação foi a documental, utilizando a legislação pertinente ao assunto e as decisões dos tribunais para embasar os fundamentos do estudo em questão.

No segundo capítulo do desenvolvimento, será abordado o conceito dos direitos trabalhistas enquanto direitos fundamentais, sendo analisada a sua evolução histórica como conquista social e valorização do trabalho como direito fundamental do homem.

Será analisado também como tais direitos trabalhistas foram sendo incorporados no nosso ordenamento jurídico, tanto na legislação ordinária como nas Constituições desde o Império até à Constituição de 1988, acompanhando as evoluções dos direitos trabalhista do estado liberal para o estado social.

No terceiro capítulo a dissertação irá analisar a questão da reserva do possível e o mínimo existencial, pois tal questão tem sido justificativa para a redução do alcance dos direitos sociais e trabalhistas, sob o argumento econômico.

Porém, é tal redução de direitos não possui previsão legal expressa, além de ser incompatível com a aplicação e interpretação extensiva dos direitos fundamentais, sendo verdadeira diminuição do alcance dos direitos trabalhistas constitucionalmente previstos.

A redução dos direitos trabalhistas pela reserva do possível fica vulnerável ao arbítrio e vontade do governante do momento, deixando de ser um preceito e objetivo constitucional para ser mera política de governo, tendo sua redução maior alcance em governos de cunho neoliberal, beirando a extinção de direitos.

O quarto capítulo da dissertação irá tratar do princípio do não retrocesso, sendo este uma forma de preservação dos direitos alcançados por uma sociedade, vedando o retrocesso a um estágio anterior de evolução.

Além da conceituação teórica e doutrinária do princípio do não retrocesso, será estudada a aplicação deste pelo ordenamento pátrio e estrangeiro, tendo por fim a pesquisa jurisprudencial se o princípio do não retrocesso é ou não aplicada pelos Tribunais Superiores e de que foram este conceito tem sido recepcionado nos julgamentos.



## 2 OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS TRABALHISTAS

O presente capítulo visa apresentar a existência de verdadeiros princípios constitucionais trabalhistas, inseridos na nossa Constituição no Capítulo II, dentro do Título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, a sua origem no nosso ordenamento jurídico e os efeitos da classificação dos direitos constitucionais trabalhistas como direitos fundamentais.

### 2.1 Os direitos trabalhistas enquanto direitos fundamentais

Os direitos fundamentais foram uma conquista decorrente da evolução do Estado, a partir de uma série de eventos, sendo a cada época resultado da luta e conquista de direitos, que foram de tempos em tempos incorporados nos ordenamentos jurídicos.

Inicialmente, houve a conquista de algumas liberdades clássicas, como o devido processo legal, a liberdade de ir e vir e a garantia da propriedade.

Tais eventos, segundo Tom Bingham, seriam “milestones<sup>1</sup>” do nosso Estado de Direito.

Segundo Ingo Sarlet, uma abordagem histórica pressupõe somente a partir do reconhecimento e da consagração dos direitos fundamentais pelas primeiras Constituições, surge a problemática das assim denominadas “gerações<sup>2</sup>” (ou dimensões) dos direitos fundamentais, pois elas são diretamente ligadas às transformações geradas pelo reconhecimento de novas necessidades básicas, de modo especial em virtude da evolução do Estado Liberal (Estado formal de

---

<sup>1</sup> BINGHAM, Tom. **The rule of law**. 1. ed. London: Penguin Books, 2010. p. 10. E-book.

<sup>2</sup> Parte da doutrina critica essa classificação dos direitos em dimensões ou gerações, por ela ser incompatível com as avançadas teorias do Direito e de uma concepção de Estado Democrático (Social) de Direito. Os direitos fundamentais, inseridos em uma ordem constitucional, devem ser compreendidos como um rol único e direcionado em um mesmo objetivo, em razão de que não se pode mais falar em direitos fundamentais unicamente negativos ou positivos, pois essas possibilidades de natureza se confundem, são interdependentes. BORTOLOTTI, José Carlos Kraemer; MACHADO, Guilherme Pavan, O reconhecimento dos direitos sociais como fundamentais no Brasil, **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 34, p. 281–302, 2018, p. 288.

Direito) para o moderno Estado de Direito (Estado social e democrático [material] de Direito)<sup>3</sup>.

Dos marcos históricos, pode-se ter como ponto de partida Magna Carta Inglesa de 1225<sup>4</sup>.

Há apenas três originais sobreviventes da Magna Carta. Estão na Biblioteca Britânica, Salisbury e Lincoln<sup>5</sup>, sendo um texto muito difícil de se decifrar, além de estar em latim, sendo os seus artigos (chamados de capítulos) mais importantes, o 39 e o 40.

*39. Nenhum homem livre será apreendido ou preso ou destituído de seus direitos ou posses, ou banido ou exilado, ou privado de sua posição de qualquer outra forma, nem prosseguiremos com força contra ele, ou enviaremos outros para fazê-lo, exceto pelo julgamento legal de seus iguais ou pela lei da terra.*

*40. Para ninguém venderemos, para ninguém negar ou atrasar o direito ou a justiça.*<sup>6</sup>

A linguagem do capítulo 39 foi criticada como "vaga e insatisfatória"<sup>7</sup>, o capítulo 40 "teve muito lido para ele que teria espantado seus autores"<sup>8</sup>.

A Magna Carta foi um evento que mudou o cenário constitucional na Inglaterra e, com o tempo, no mundo.

Em primeiro lugar, e em contraste com outras cartas europeias do período, incluindo a da Hungria de 1222, foi uma concessão a todos os homens livres em todo o reino.

Claro, nem todos os homens (ou mulheres) na época eram livres.

Mas, em um grau excepcional, assumiu uma paridade legal entre todos os homens livres, contribuindo assim para um senso de comunidade que pode, talvez, ajudar a explicar a feliz liberdade britânica da revolução sangrenta desde sua guerra civil há 350 anos.

<sup>3</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda, 2012, p. 25.

<sup>4</sup> Ver: OLIVEIRA, Rafael. **A vinculação do legislador ao princípio da razoabilidade na restrição de direitos fundamentais**: o caso da lei seca (Lei n. 11.705/2008). Brasília, 2011. 84f. - Dissertação (Mestrado). Instituto Brasiliense de Direito Público.

<sup>5</sup> BINGHAM, Tom. **The rule of law**. 1. ed. London: Penguin Books, 2010. p. 10. E-book.

<sup>6</sup> BINGHAM, Tom. **The rule of law**. 1. ed. London: Penguin Books, 2010. p. 12. E-book.

<sup>7</sup> BINGHAM, Tom. **The rule of law**. 1. ed. London: Penguin Books, 2010. p. 12. E-book.

<sup>8</sup> BINGHAM, Tom. **The rule of law**. 1. ed. London: Penguin Books, 2010. p. 12. E-book.

Em segundo lugar, e ao contrário da impressão dada por alguns livros de história elementar, as raízes da Magna Carta foram muito mais profundas.

Em terceiro lugar, a Carta foi importante porque representou e expressou uma clara rejeição do poder real inexplicável, uma afirmação de que mesmo o poder supremo no Estado deve estar sujeito a certas regras predominantes.

Hoje, no Reino Unido, falamos da autoridade legislativa suprema como rainha no Parlamento, do executivo como Ministros de Sua Majestade e do judiciário como Juízes de Sua Majestade, e isso está legalmente correto.

Em 1215 os poderes legislativos, executivos e judiciais estavam realmente concentrados no Rei, o Senhor Ungido.

Mas ele ficou sujeito à restrição da lei.

É por isso que a Magna Carta foi um divisor de águas tão significativo.

Nela, claramente reconhecível, estava o Estado de Direito em embrião.

Em quarto lugar, o significado da Magna Carta não estava apenas no que realmente disse, mas, talvez em uma medida ainda maior do que as gerações posteriores alegaram e acreditaram que tinha dito.

Às vezes, o mito é mais importante que a realidade.

Assim foi com a Magna Carta.

Nos Estados Unidos, mais de 900 tribunais federais e estaduais nos Estados Unidos haviam citado a Magna Carta.

No meio século entre 1940 e 1990, a Suprema Corte o fez em mais de sessenta casos.

O segundo texto marcante na história dos direitos fundamentais foi a *Bill of Rights*<sup>9</sup> de 1689 e a Lei de Assentamento de 1701.

Ingo Sarlet refere também a as declarações de direitos inglesas do século XVII, nomeadamente, a *Petition of Rights*, de 1628, firmada por Carlos I, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, subscrito por Carlos II, e o *Bill of Rights*, de 1689, promulgado pelo Parlamento e que entrou em vigor já no reinado de Guilherme d'Orange, como resultado da assim denominada "Revolução Gloriosa"<sup>10</sup>, de 1688, havendo, ainda, quem faça menção ao *Establishment Act*, de 1701, que definiu as leis da Inglaterra como direitos naturais de seu povo.

---

<sup>9</sup> FIORAVANTI, Maurizio, **Constitucion**: de la antigüedad a nuestros días, Madrid: Edítorial Trotta, 2001, p. 90.

<sup>10</sup> FIORAVANTI, Maurizio, **Constitucion**: de la antigüedad a nuestros días, Madrid: Edítorial Trotta, 2001, p. 96.

*Nesses documentos, os direitos e liberdades reconhecidos aos cidadãos ingleses (tais como o princípio da legalidade penal, a proibição de prisões arbitrárias e o habeas corpus, o direito de petição e uma certa liberdade de expressão) surgem, conforme referiu Vieira de Andrade, como enunciações gerais de direito costumeiro resultando da progressiva limitação do poder monárquico e da afirmação do Parlamento perante a coroa inglesa.*

*Importa consignar, aqui, que as declarações inglesas do século XVII significaram a evolução das liberdades e privilégios estamentais medievais e corporativos para liberdades genéricas no plano do direito público, implicando expressiva ampliação, tanto no que diz com o conteúdo das liberdades reconhecidas, quanto no que toca à extensão da sua titularidade à totalidade dos cidadãos ingleses.<sup>11</sup>*

A revolução de 1688-9, pela qual Tiago II foi expulso e substituído por Guilherme III (o Príncipe de Orange, importado dos Países Baixos) e sua esposa Maria II (filha de Tiago), ganhou a descrição "gloriosa" porque era pacífica<sup>12</sup>.

Nenhum sangue foi derramado. Mas para aqueles que traçavam o desenvolvimento do Estado de Direito também era glorioso.

Magna Carta e a Petição de Direito entregaram mensagens contundentes de que até os reis estão sujeitos à lei.

Mas o rei João repudiou Magna Carta assim que sua crise imediata acabou, e Carlos I tinha respondido à Petição de Direito, governando como um autocrata, sem recurso ao Parlamento, por onze anos.

Em 1688-9 a mensagem foi menos contundente, mas o mais eficaz para ser assim: à Guilherme de Orange foi oferecido o trono, mas apenas se ele estivesse disposto a aceitar os termos em que foi oferecido<sup>13</sup>.

Havia um pacto constitucional, não do tipo que os filósofos políticos teorizavam, mas um negociado entre o futuro monarca e os líderes políticos da época.

É conhecido pela história como A Declaração de Direitos de 1689.

A fuga de Tiago II deixou o país sem um parlamento e sem um rei com autoridade para convocar um.

---

<sup>11</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda, 2012, p. 29.

<sup>12</sup> BINGHAM, Tom. **The rule of law**. 1. ed. London: Penguin Books, 2010. p. 12. E-book.

<sup>13</sup> BINGHAM, Tom. **The rule of law**. 1. ed. London: Penguin Books, 2010. p. 12. E-book.

Mas o que passou para a Câmara dos Comuns nomeou um comitê de trinta e cinco membros para elaborar os termos sobre os quais, se ele os aceitasse, Guilherme se tornaria rei.

O comitê trabalhou com uma velocidade surpreendente, elaborando uma declaração que foi negociada em detalhes com representantes de Guilherme e Maria antes que eles finalmente a aceitassem, em 13 de fevereiro de 1689.

Só então foi feito o acordo. Tornou-se possível que um parlamento fosse chamado, e a Declaração de Direitos, conforme acordado por Guilherme e Maria com pequenas alterações, foi promulgada em lei, recebendo o parecer favorável real em dezembro de 1689<sup>14</sup>.

Há uma tendência de pensar que convenções, cartas e projetos de lei de direitos são um desenvolvimento moderno, e a Declaração de Direitos 1689 foi apenas em parte voltada para a proteção dos direitos individuais.

Seu foco principal era as regras às quais a Coroa deveria ser submetida. Essas regras eram de imensa e duradoura importância.

Nenhum monarca poderia novamente confiar na autoridade divina para anular a lei.

A autoridade e a independência do Parlamento foram proclamadas; a integridade de seus procedimentos foi protegida e não poderia haver exército permanente em tempo de paz sem sua sanção.

O poder de suspender leis sem o consentimento do Parlamento foi condenado como ilegal.

Assim foi o poder de dispensar leis ou a execução de leis "como foi assumido e exercido ultimamente", uma disposição que posteriormente a legislação tinha a intenção de esclarecer, mas nunca fez.

Liberdade pessoal e segurança foram protegidas pela proibição da exigência de multas excessivas, a imposição de fiança excessiva e a infringência de "punições cruéis e incomuns", porém, o julgamento do Júri foi protegido.

Um judiciário verdadeiramente independente é uma das mais fortes salvaguardas contra a ilegalidade executiva; torna-se, assim, vítima de governos autoritários e antidemocráticos.

A lição de que até mesmo a autoridade suprema do estado está sujeita à lei foi dolorosamente aprendida.

Custou a cabeça de um rei e de, outro seu trono.

Mas a Grã-Bretanha que emergiu da Gloriosa Revolução foi aquela em que o Estado de Direito, imperfeita e incompletamente, manteve influência.

Em sequência no campo histórico, está a Constituição dos Estados Unidos.

A Constituição dos Estados Unidos foi um posto crucial na história do Estado de Direito e da Democracia<sup>15</sup>.

Não foi a primeira tentativa de elaborar um documento que estabelecesse os respectivos poderes e deveres das diferentes instituições de governo. Oliver Cromwell, com pré-ciência característica, havia antecipado isso (no caso, sem sucesso) em seu Instrumento de Governo de 1653.

Mas a Constituição dos EUA foi inovadora em sua tentativa esclarecida de criar um governo central forte e eficaz e mantendo a autonomia dos estados individuais e (nas dez primeiras alterações) preservando os direitos fundamentais do indivíduo.

A Constituição também foi inovadora em ser o produto não ditado por um grupo dominante, mas de amplo debate, de muita qualidade e genuíno endosso democrático.

O mais revolucionário de todos, no entanto, foi a entronização da Constituição da lei.

A história anterior ajuda a explicar por que isso foi feito.

Os líderes da Revolução Americana continham uma série de advogados proeminentes, bem versados no direito comum inglês e familiarizados com o que, a essa altura, acreditava-se que a Magna Carta representa.

O artigo VI da Constituição em conformidade previa: Esta Constituição, e as Leis dos Estados Unidos que serão feitas em sua perseguição; e todos os Tratados feitos, ou que serão feitos, sob a Autoridade dos Estados Unidos, serão a Lei Suprema da Terra; e os juízes de cada Estado devem estar vinculados, portanto, a qualquer coisa na Constituição ou leis de qualquer Estado ao contrário, não obstante.

Assim, o Congresso (artigo I), o presidente (artigo II) e o judiciário federal (artigo III) deveriam ter poderes como foram conferidos ou pela Constituição, e nenhum outro.

---

<sup>14</sup> BINGHAM, Tom, **The rule of law**. 1. ed. London: Penguin Books, 2010, p. 12. E-book.

<sup>15</sup> BINGHAM, Tom. **The rule of law**. 1. ed. London: Penguin Books, 2010. p. 12. E-book.

Isso contrastou, e continua a contrastar, com a onipotência legislativa teoricamente apreciada pela Coroa no Parlamento no Reino Unido.

Este ponto foi totalmente apreciado, de qualquer forma, no lado oeste do Atlântico, na época.

Assim, pela primeira vez, a lei expressa na Constituição era para ser suprema, vinculando não só o executivo e os juízes, mas também o próprio Legislativo.

Tom Bingham, parafraseando Tom Paine destaca o curioso jogo de palavras que evidencia a diferença entre Estados Unidos e Inglaterra<sup>16</sup>.

Se na Inglaterra, *The King is The Law* (O Rei é a Lei), nos Estados Unidos *The Law is the King* (A Lei é o Rei).

Este foi, de fato, um avanço para o Estado de Direito, dando à lei da Constituição, interpretada pela Suprema Corte dos Estados Unidos, uma autoridade que nunca havia desfrutado em lugar nenhum.

Além da Constituição Americana, as dez primeiras alterações à Constituição dos EUA, que entraram em vigor em 15 de Dezembro de 1791<sup>17</sup>, foram conhecidas como A Declaração Americana de Direitos.

O artigo I, enquadrado para restringir o exercício do poder legislativo, prevê que "o Congresso não fará nenhuma lei respeitando um estabelecimento de religião, ou proibindo o livre exercício dele; ou abrindo a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito do povo pacificamente de se reunir, e pedir ao governo uma reparação de queixas".

O artigo II estabelece que "uma milícia bem regulamentada, sendo necessária à segurança de um Estado livre, o direito do povo de manter e portar Armas, não será infringida." O artigo III é direcionado ao faturamento de soldados em tempos de paz e guerra, sem dúvida uma questão que persistiu após a Revolução Americana.

O artigo IV tem um significado mais geral: "O direito do povo de estar seguro em suas pessoas, casas, documentos e efeitos, contra buscas e apreensões irracionais, não será violado, e nenhum Mandado emitirá, mas por causa provável, apoiado por Juramento ou afirmação, e particularmente

---

<sup>16</sup> BINGHAM, Tom. **The rule of law**. 1. ed. London: Penguin Books, 2010. p. 12. E-book.

<sup>17</sup> FIORAVANTI, Maurizio, **Constitucion**: de la antigüedad a nuestros días, Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 100.

descrevendo o local a ser revistado, e as pessoas ou coisas a serem apreendidas."

Assim, como na Inglaterra, nenhuma busca geral, inespecífica, seria autorizada.

O artigo V refletia a prática britânica naquela época: nenhuma pessoa deve responder por um crime capital, ou de outra forma infame, nem qualquer pessoa deve responder pelo mesmo delito duas vezes; nem será obrigado em qualquer caso criminal a ser testemunha contra si mesmo, nem ser privado de vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem a propriedade privada deve ser tomada para uso público, sem a devida compensação.

A expressão "devido processo legal", deriva de traduções posteriores do capítulo 39 da Magna Carta.

O artigo VI, mais uma vez, reflete e vai além da prática britânica na época, destaca Bingham<sup>18</sup>:

*Em todas as ações penais, o acusado terá o direito a um julgamento rápido por um júri imparcial do Estado e do distrito em que o crime deve ter sido cometido, e ser informado da natureza e causa da acusação; para ser confrontado com as testemunhas contra ele, mas ele não tinha ter processo obrigatório para obtenção de testemunhas a seu favor, e ter a assistência do advogado para sua defesa.*

O terço desses direitos, conhecido pelos advogados americanos como "a cláusula de confronto", foi uma rejeição explícita do procedimento notoriamente injusto adotado no julgamento de Sir Walter Raleigh por traição, quando o procurador-geral (Sir Edward Coke) inflexivelmente se recusou a chamar a testemunha principal em cuja evidência a acusação se baseou, evidência que a testemunha havia mais tarde retirado.

O artigo VII preserva o direito a julgamento por júri em qualquer caso civil em que a soma em disputa exceda vinte dólares<sup>19</sup>.

O artigo VIII, emprestado da Lei britânica de Direitos, prevê: "Não será exigida fiança excessiva, nem multas excessivas impostas, nem punições cruéis e incomuns infligidas."

---

<sup>18</sup> BINGHAM, Tom. **The rule of law**. 1. ed. London: Penguin Books, 2010. p. 12. E-book.

<sup>19</sup> BINGHAM, Tom. **The rule of law**. 1. ed. London: Penguin Books, 2010. p. 12. E-book.



O artigo IX prevê que certos direitos da Constituição não restrinjam outros direitos do povo não enumerados na Constituição, e o artigo X reserva aos Estados poderes não delegados ao Governo Federal pela Constituição. A Declaração Americana de Direitos foi objeto de uma luta prolongada, mas os direitos garantidos em 1791 são direitos que os cidadãos americanos continuam a desfrutar.

Também Tom Bingham destaca a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 como tendo refletido a influência de Rousseau e outros filósofos do Iluminismo do século XVIII.

Foi primeiro elaborado e apresentado pelo Marquês de Lafayette, que havia retornado da América inspirado pelos princípios consagrados na Declaração de Independência americana<sup>20</sup>.

Declarou que os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos; que o objetivo de toda a associação política era preservar os direitos naturais e imprescritíveis do homem; que a soberania repousa na nação; que a liberdade consistia em liberdade para fazer qualquer coisa que fosse prejudicial aos outros; que a lei só poderia proibir ações que fossem prejudiciais; que a lei era uma expressão da vontade geral; que ninguém deveria ser acusado ou preso ou preso, exceto nos casos e de acordo com os formulários estabelecidos por lei; que a lei deveria prever apenas punições quando fossem estritamente necessárias, e não deveriam permitir a penalização retrospectiva; que, como as pessoas eram consideradas inocentes até que se provassem culpadas, toda aspereza desnecessária em seu tratamento inicial deveria ser evitada; que ninguém deveria ser assediado por conta de suas opiniões e crenças religiosas, desde que não perturbassem a ordem pública; que a livre comunicação de ideias era um dos direitos mais preciosos; que a proteção dos direitos do homem e do cidadão exigia que houvesse forças militares; que uma contribuição comum para as despesas do Estado era necessária; que deveria haver o direito de votar sobre a tributação; que a sociedade tinha o direito de exigir que os funcionários públicos respondessem por seus atos administrativos; que uma sociedade em que a observância da lei não fosse assegurada, nem a separação de poderes definida, não tinha constituição alguma; e, finalmente, que uma vez que a propriedade era

---

<sup>20</sup> BINGHAM, Tom. **The rule of law**. 1. ed. London: Penguin Books, 2010. p. 12. E-book.

um direito inviolável e sagrado, ninguém deveria ser privado dela, salvo onde a necessidade pública exigisse, e então ele deveria ser compensado.

Algumas dessas disposições seguem atuais.

O marco final apresentado por Tom Bingham é a Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>21</sup>, aprovada pela Assembleia Geral das Recém-formadas Nações Unidas em Paris em 10 de Dezembro de 1948, com 48 votos a favor, oito abstenções (União Soviética, Belarus, Ucrânia, Tchecoslováquia, Polônia, Iugoslávia, Arábia Saudita e África do Sul se abstiveram. Honduras e Lêmen não estavam presentes) e nenhum voto contra.

Ao contrário dos desejos originais dos britânicos, segundo Bingham<sup>22</sup>, a declaração não foi (e não é) vinculante.

Mas, a Magna Carta, na Declaração de Direitos de 1689, na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e no Cidadão de 1789 e na Declaração americana de Direitos, forneceram o padrão comum para os direitos humanos sobre o qual os compromissos formais do tratado foram posteriormente fundados, e inspirou o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, o Pacto Internacional sobre a Economia, Direitos Sociais e Culturais 1966, o Pacto Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1966 e tratados regionais como a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos de 1950, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, a Carta Africana sobre Direitos Humanos e os Povos de 1981 e a Convenção Árabe sobre Direitos Humanos 1994<sup>23</sup>.

Para John Humphrey, o ilustre advogado internacional canadense que preparou o primeiro rascunho, a Declaração “não tinha pai” porque “literalmente centenas de pessoas contribuíram para a sua elaboração<sup>24</sup>”.

Mas a Declaração foi, como o Papa João XXIII disse em sua encíclica *Pacem in Terris*, em 1963, "um ato de maior importância" e o papel de liderança foi exercido por quatro pessoas em particular: Eleanor Roosevelt, René Cassin, Charles Malik do Líbano e P.C. Chang da China.

---

<sup>21</sup> Ver: BARUFFI (ORG), Helder, **Direitos Fundamentais Sociais**: estudos em homenagem aos 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e aos 20 anos da Constituição Federal. Dourados: Editora UFGD, 2009.

<sup>22</sup> BINGHAM, Tom. **The rule of law**. 1. ed. London: Penguin Books, 2010. p. 32. E-book.

<sup>23</sup> BINGHAM, Tom. **The rule of law**. 1. ed. London: Penguin Books, 2010. p. 32. E-book.

<sup>24</sup> BINGHAM, Tom. **The rule of law**. 1. ed. London: Penguin Books, 2010. p. 32. E-book.

Para Tom Bingham<sup>25</sup>, o Estado de Direito agora exige a proteção dos direitos humanos fundamentais. Esses quatro, mais do que qualquer outro, merecem crédito pela aceitação quase mundial desse princípio e pelas medidas tomadas em muitos países posteriormente para tornar o princípio aplicável e eficaz.

Para Ingo Sarlet<sup>26</sup>, a fase “pré-constitucional” é um momento anterior ao surgimento das constituições modernas e apresentam algumas concepções doutrinárias e formas jurídicas que antecederam e influenciaram o reconhecimento, em nível do direito constitucional positivo, dos direitos fundamentais no final do século XVIII, até a sua consagração ao longo do século XX.

As declarações surgiram como teorias filosóficas, em virtude das quais as primeiras afirmações dos direitos fundamentais são tão somente a expressão de um pensamento individual. Num segundo momento passam da teoria à prática, do direito somente pensado para o direito realizado. Neste sentido, a afirmação dos direitos fundamentais ganha em concretude e eficácia, mas perde em universalidade.

Para Gilmar Mendes,<sup>27</sup> a sedimentação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias é resultado de maturação histórica, o que também permite compreender que os direitos fundamentais não sejam sempre os mesmos em todas as épocas, não correspondendo, além disso, invariavelmente, na sua formulação, a imperativos de coerência lógica.

Durante o desenvolvimento da história, os direitos fundamentais passaram por quatro estágios ou gerações ou ainda, dimensões de desenvolvimento, ou seja, em direitos de primeira, de segunda, de terceira e, para alguns, de quarta geração ou dimensão.

Os direitos fundamentais de primeira geração, são resultado do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa contra o abuso estatal.

---

<sup>25</sup> BINGHAM, Tom. **The rule of law**. 1. ed. London: Penguin Books, 2010. p. 32. E-book.

<sup>26</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. p. 312.

<sup>27</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 139.

São, portanto, direitos de caráter “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção do Estado, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos.

*Também o direito de igualdade, entendido como igualdade formal (perante a lei) e algumas garantias processuais (devido processo legal, habeas corpus, direito de petição) se enquadram nesta categoria. Em suma, como relembra P. Bonavides, cuida-se dos assim chamados direitos civis e políticos, que, em sua maioria, correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental, mas que continuam a integrar os catálogos das Constituições no limiar do terceiro milênio, ainda que lhes tenha sido atribuído, por vezes, conteúdo e significado diferenciados.<sup>28</sup>*

Os assim chamados direitos de segunda geração são os direitos econômicos, sociais e culturais.

Com o avanço da industrialização e crescentes problemas sociais e econômicos dela derivados, as doutrinas socialistas passaram a ganhar espaço e o crescente descontentamento com o modelo individualista gerou uma onda de protestos e contestações por parte dos trabalhadores.

Ao contrário dos direitos de primeira geração, que possuíam um caráter negativo, uma abstenção, os direitos de segunda geração passaram a exigir uma ação por parte do Estado, requerendo a intervenção do Estado para garantir o bem-estar social<sup>29</sup>.

Como direitos de terceira geração, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade<sup>30</sup>, se diferenciam das duas gerações anteriores ao deixar de lado a figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), sendo direitos de titularidade coletiva ou difusa.

Dentre os direitos fundamentais da terceira dimensão, estão os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e

---

<sup>28</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda, 2012, p. 32.

<sup>29</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda, 2012, p. 32–33.

<sup>30</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda, 2012, p. 32–33.

qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação.<sup>31</sup>

Porém, tais direitos demonstram serem cumulativos e agregadores entre gerações, ou seja, não há alternância, substituição ou supressão dos direitos anteriormente reconhecidos.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão foram os primeiros a serem reconhecidos, com as Declarações do século XVIII e as primeiras constituições escritas que surgiram no constitucionalismo ocidental, como resultado do pensamento liberal-burguês da época. São direitos individualistas, exercidos pelo indivíduo frente ao Estado, como direitos de defesa. Como maiores exemplos temos os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à segurança e à igualdade, posteriormente complementados pelos direitos de expressão coletiva e os direitos políticos. Eles já se consolidaram universalmente e são reconhecidos por todas as constituições democráticas.

O Estado de Direito Social surge a partir do momento em que há a previsão pelos textos constitucionais de uma estruturação da ação pública e das políticas públicas sobre a ordem econômica, destinando-se a promover a intervenção estatal idônea a dirigir a atividade econômica para os objetivos constitucionalmente consagrados.

Os direitos passam a ser protegidos, como autênticos direitos positivos, mas valem somente no âmbito do Estado que os reconhece e os incorpora em seu ordenamento jurídico, tanto que temos a coexistência de países com maior e menor garantia de direitos fundamentais, pois os direitos não eram universalizados.

Somente com a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948<sup>32</sup>, os direitos fundamentais passam a ser, simultaneamente, universais e positivos: universais no sentido de que os destinatários dos direitos são todos os homens, e positivos no sentido de que os direitos deverão ser não apenas proclamados, mas efetivamente protegidos até mesmo do próprio Estado que os tenha violado.

---

<sup>31</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda, 2012, p. 33.

<sup>32</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro; FERRARI, Irany; FILHO, Ives Gandra da Silva Martins, **História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 50.

Temos, portanto, que nas três fases históricas da formação das declarações de direitos, os direitos fundamentais nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos restritos, e encontram sua plena realização como direitos positivos universais.

Porém, no momento em que se universalizavam, as declarações de direitos fundamentais necessitavam de efetivação de suas disposições, o que ocorreu com a positivação destes direitos, mediante o reconhecimento dos direitos fundamentais pelas Constituições. Surgindo assim o fenômeno da constitucionalização dos direitos fundamentais, característica do Estado democrático de Direito, no qual estes direitos devem ser respeitados pelos três poderes estatais.

Vale ressaltar que, para Norberto Bobbio<sup>33</sup>, nesses últimos anos, falou-se e continua a se falar de direitos do homem, entre eruditos, filósofos, juristas, sociólogos e políticos, muito mais do que se conseguiu fazer até agora para que eles sejam reconhecidos e protegidos efetivamente. Pode-se afirmar que o desenvolvimento da teoria e da prática dos direitos do homem ocorreu, a partir do final da guerra, essencialmente em duas direções: na direção da universalização e naquela de sua multiplicação.

Essa multiplicação ocorreu de três modos: a) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, idosos e demais vulneráveis.

Os direitos fundamentais assumem posição de destaque na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem primeiro direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 61.

<sup>34</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 140.

Diante do contexto histórico de crises sociais no século XIX, o Estado liberal se transforma em Estado Social, ou *Welfare State*, o qual passa a intervir na sociedade e na economia. Neste momento surgem os direitos de segunda geração, os quais outorgam ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais como saúde, educação, trabalho, assistência social, entre outros.

*Historicamente, o Estado de Direito é concebido entre o final do século XIX e o início do século XX, e pode ser genericamente definido como um tipo específico de Estado no qual o poder não pode ser utilizado senão pelos meios autorizados pela ordem jurídica em vigor, possuindo os indivíduos recursos jurisdicionais para o combate dos possíveis abusos por ele perpetrados. No entanto, mesmo após as revoluções dos séculos XVIII e XIX, que se pautaram nos ideais iluministas e também colocaram fim ao absolutismo estabelecendo diretrizes para o Estado de Direito — incluindo a limitação de poderes —, a presença do autoritarismo nunca deixou de existir<sup>35</sup>.*

Esses direitos são os direitos sociais, econômicos e os direitos culturais, os quais são denominados de direitos de igualdade, que visam reduzir material e concretamente as desigualdades sociais e econômicas, até então existentes, que debilitavam a dignidade humana.

O Estado de Direito Social surge a partir do momento em que há a previsão pelos textos constitucionais de uma estruturação da ação pública e das políticas públicas sobre a ordem econômica, destinando-se a promover a intervenção estatal idônea a dirigir a atividade econômica para os objetivos constitucionalmente consagrados. Além disso, volta-se para a satisfação das condições existenciais mínimas, que se encontram abrigadas nas constituições pelos direitos sociais.

Observa-se que estes direitos possuem uma dimensão positiva, pois não devem limitar os poderes do Estado, no âmbito das liberdades individuais, mas, sim, exigir do Estado a sua intervenção para atender as crescentes necessidades dos indivíduos. A Constituição mexicana de 1917 e da República de Weimar, de 1919, foram as primeiras a sistematizar e reconhecer, em termos definitivos, os direitos sociais.

---

<sup>35</sup> REZENDE, Renato Horta; CAMPOLINA MONTI, Laura, Pandemia e estado de exceção: a escalada da precarização dos direitos sociais trabalhistas no Brasil em meio à crise provocada pelo Covid-19, **Opinión Jurídica**. v. 19, n. 40, p. 313–339, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.22395/ojum.v19n40a16>. p. 315.

Wilson Engelmann e Raquel Von Hohendorff<sup>36</sup> afirmam que um dos marcos do caráter inovador da América Latina na internacionalização dos direitos humanos, a Constituição mexicana de 1917 que harmonizou como indivisíveis os direitos de cunho liberal com os de natureza social. Tal Constituição contemplou direitos sociais e econômicos, sem declarar a superioridade deles em relação às liberdades, antecipando, assim, com muita anterioridade, a inter-relação e interdependência entre direitos sociais e de liberdade, tendência que depois se firmou internacionalmente.

*Em termos de conteúdo, foi a primeira constituição que considerou o mundo remodelado após a Primeira Guerra Mundial, incorporando garantias sociais e econômicas, além de proteções e disposições específicas acerca da reforma agrária, do trabalho e das dimensões sociais dos direitos de propriedade<sup>37</sup>.*

No que se refere à elevação dos direitos trabalhistas à qualidade de direitos fundamentais, Wilson Engelmann e Raquel Von Hohendorff citam Fábio Konder Comparato que salienta a importância histórica dessa contribuição, uma vez que na Europa a questão da dimensão social dos direitos humanos apenas emergiu após a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), tendo influência da Carta mexicana na Constituição de Weimar, em 1919, e na redação das Convenções da Organização Internacional do Trabalho, em 1919, cujo teor alcança as matérias já abordadas na Constituição mexicana, como a limitação da jornada, a proteção da maternidade, entre outros. Além disso, a Carta mexicana teve forte impacto na região latino-americana, reforçando a ideia de que a dignidade humana e a sociedade são a base das expressões dos direitos humanos<sup>38</sup>.

Nada obstante, o grande problema dos direitos fundamentais sociais não está em sua declaração ou no reconhecimento formal de suas garantias, mas sim na sua efetivação, que consiste na realização concreta das prestações que

---

<sup>36</sup> ENGELMANN, Wilson; HOHENDORFF, Raquel von, Repensando o ensino dos direitos humanos na academia jurídica: o resgate das contribuições coloniais e contemporâneas da América Latina na fundamentação de um novo discurso. **Direito Público**. p. 46–76, 2016, p. 66.

<sup>37</sup> ENGELMANN, Wilson; HOHENDORFF, Raquel von, Repensando o ensino dos direitos humanos na academia jurídica: o resgate das contribuições coloniais e contemporâneas da América Latina na fundamentação de um novo discurso., **Direito Público**. p. 46–76, 2016, p. 66.

<sup>38</sup> ENGELMANN, Wilson; HOHENDORFF, Raquel von, Repensando o ensino dos direitos humanos na academia jurídica: o resgate das contribuições coloniais e contemporâneas da América Latina na fundamentação de um novo discurso., **Direito Público**. p. 46–76, 2016, p. 66.



compõem seus respectivos objetos, quais sejam: acesso à saúde, educação, assistência e previdência sociais, ao trabalho.

Os direitos fundamentais de terceira geração são resultado de novas reivindicações do gênero humano, resultantes do impacto tecnológico e do estado contínuo de beligerância. Esses direitos caracterizam-se por destinarem-se à proteção, não do homem em sua individualidade, mas do homem em coletividade social, sendo, portanto, de titularidade coletiva ou difusa.

Englobam o direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à segurança, o direito à paz, o direito à solidariedade universal, ao reconhecimento mútuo de direitos entre vários países, à comunicação, à autodeterminação dos povos e ao desenvolvimento. Alguns desses direitos fundamentais de terceira dimensão já possuem reconhecimento constitucional, embora a maioria ainda não encontre posituação constitucional, mas conste em alguns tratados internacionais.

Para alguns autores, existem direitos fundamentais de uma quarta dimensão, os quais são resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização desses direitos no plano institucional, que corresponde à última fase de institucionalização do Estado social.

Seriam os direitos à democracia direta, ao pluralismo e à informação, que constituem a base de legitimação de uma possível globalização política e deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.

Neste diapasão, os direitos fundamentais podem ser conceituados como posições jurídicas concernentes às pessoas que, do ponto de vista do Direito Constitucional positivo, foram por seu conteúdo, importância e fundamentalidade material, integradas ao Texto Constitucional e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como os direitos que, pelo seu objeto e significado, possam lhes ser equiparados tendo ou não assento na Constituição formal, considerando a abertura conferida pelo art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988.

Estes direitos foram sendo implementados nas diversas formas que o estado passou a se apresentar, tendo seu início, no Estado Liberal Clássico.

## 2.2 O estado liberal clássico

O Estado Liberal Clássico surgiu como um contraponto ao Estado Absolutista<sup>39</sup>.

Com o avanço econômico da burguesia, esta passou a almejar o poder político, que estava concentrado nas mãos do Soberano Absolutista.

Eclodem então as revoluções liberais, como a Francesa (1789)<sup>40</sup> e Americana (1776)<sup>41</sup>, que trazem os preceitos de liberdades individuais, direitos fundamentais, separação de poderes e a implementação da democracia como forma de exercício do poder.

A forma utilizada pela nova ordem estabelecida para a tomada e consolidação do poder foi a retirada do poder do soberano, através da implementação de um Sistema de Garantias, por meio de normas gerais e abstratas e de direitos fundamentais.

Conforme Paulo Bonavides:

*A filosofia política do liberalismo, preconizada por Locke, Montesquieu e Kant, cuida que, decompondo a soberania na pluralidade dos poderes, salvaria a liberdade. Fazia-se mister contrapor à onipotência do rei, um sistema infalível de garantias. Essa doutrina é, como se vê, um termômetro das tendências antiabsolutistas.<sup>42</sup>*

Surgem, então, os Direitos Humanos de Primeira Geração, através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Tais Direitos têm como ideia centrar a prevalência da liberdade individual, exercida através de direitos civis e políticos. Esses direitos só poderiam ser conquistados mediante a restrição do controle do Estado, já que sua atuação interfere na liberdade do indivíduo.

Os direitos civis ou individuais são prerrogativas que protegem a integridade humana contra o abuso de poder ou qualquer outra forma de

<sup>39</sup> DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves, **Constituição da República e direitos fundamentais**: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho. 4<sup>a</sup>. São Paulo: LTr, 2017, p. 19.

<sup>40</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucion**: de la antigüedad a nuestros días. Madrid: Editorial Trotta, 2001. p. 96.

<sup>41</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucion**: de la antigüedad a nuestros días. Madrid: Editorial Trotta, 2001. p. 96.

<sup>42</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 45.

arbitrariedade estatal, podendo ser elencados os direitos à liberdade de expressão, direito ao devido processo legal, presunção de inocência, proteção à vida privada, à liberdade de locomoção.

No âmbito dos direitos políticos, estes se alicerçam na participação popular via exercício da democracia.

Esta participação se dá através do exercício do direito de votar e ser votado e participar da administração através do voto, o que resultou no conceito de legitimação do poder através do voto.

Segundo Paulo Bonavides, “do Princípio liberal chega-se ao princípio democrático. Do governo de uma classe, ao governo de todas as classes”<sup>43</sup>.

Da mesma forma, Darci Guimarães Ribeiro:

*A ideia foi realmente um verdadeiro sucesso, tanto que encontramos ainda hoje esta forma de legitimidade social. Modernamente, esta ideia ainda configura o ideal de democracia, razão pela qual o Estado Liberal floresceu*<sup>44</sup>.

Outra característica do estado liberal foi o surgimento do Constitucionalismo.

Como forma de instrumentalizar a limitação de poderes do Estado e do Soberano, a Constituição tinha o propósito de restringir o poder do Estado, a fim de resguardar os direitos individuais.

As Constituições passaram a estabelecer a separação de poderes e forma de atuação do Estado e suas limitações.

A clássica separação de poderes e estabelecimento das atribuições de cada poder, delegou ao Poder Executivo a tarefa de executar a administração, ao legislativo a tarefa de criar leis e ao Judiciário a atribuição de fiscalizar o cumprimento das mesmas e a resolução dos conflitos.

No campo jurídico, havia pouca ou nenhuma margem para a atividade do juiz, que tinha a mera função de reproduzir o texto legal na sentença.

---

<sup>43</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 43.

<sup>44</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, p. 53–56, 2019.

Este período ainda foi marcado pelo surgimento das codificações, como o Código Napoleônico, dentro do mesmo ideal de criação de leis para restringir o poder do Estado e permitir a maior liberdade dos indivíduos.

Esta liberdade era garantida pelos princípios processuais como Devido Processo Legal e Princípio da Legalidade que permitiam aos indivíduos não serem vítimas de arbítrio (Princípio da Legalidade) e de se sujeitarem a um rito processual determinado (Devido Processo Legal).

Segundo Rui Portanova, o Princípio do Devido Processo Legal é uma garantia do cidadão<sup>45</sup>.

Tal garantia constitucional garante ao cidadão a segurança de um trâmite processual de acordo com normas previamente estabelecidas.

Veda, portanto, o arbítrio.

Conforme o autor,

*o conceito, (não a expressão), tem sua origem em 1215, na Carta Magna inglesa do rei João, denominado “Sem Terra”. A Carta não foi ditada em inglês, por o latim era o idioma oficial e dos meios cultos e intelectuais. Assim, na expressão per legem terrae que aparecia no art. 39 está a primeira ideia do que hoje veio a se chamar devido processo legal. A ideia, com a expressão em língua inglesa, que se tornou consagrada, due process of Law, apareceu pela primeira vez numa emenda à Constituição americana. Na primavera de 1789, Madison introduziu no Primeiro Congresso uma emenda, que depois se converteu na Quinta Emenda: no person shall be... deprived of life, liberty or property, without due process of Law (nenhuma pessoa será privada de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal).<sup>46</sup>*

Esta redação, praticamente foi repetida literalmente em Constituições mundo afora por mais de 200 anos<sup>47</sup>.

Segue Rui Portanova afirmando que o princípio é tão amplo e tão significativo que legitima a jurisdição e se confunde com o próprio Estado de Direito<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda, 1999. p. 145.

<sup>46</sup> PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda, 1999. p. 145.

<sup>47</sup> Sobre a evolução dos direitos fundamentais nas Constituições, ver: SLHESSARENKO Junior, Miguel. **A concretização responsável dos direitos fundamentais sociais: constitucionalização das políticas públicas, reservada do possível e ponderação social na educação**. Brasília, 2010. 195 f. - Dissertação. Instituto Brasiliense de Direito Público.

Este princípio, que era eminentemente jurídico, passou também ao processo administrativo, conforme art. 5º, LV da Constituição Brasileira:

*LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.*

No mesmo sentido de evitar o arbítrio, o Princípio da Legalidade também trouxe ao cidadão uma proteção contra injustiças do Estado.

Também no nosso art. 5º da Carta Magna, o Princípio da Legalidade está elencado no seu inciso II:

*II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;*

No campo da legislação ordinária, os princípios libertários do Estado Social foram materializados nas codificações modernas.

Na França, o Código Napoleônico foi pioneiro na regulamentação dos direitos e liberdades do indivíduo, servindo de inspirações de diplomas legais ao redor do mundo.

No Brasil, inspirou o Código Civil de 1916, consagrando a liberdade individual no Princípio do *Pacta Sunt Servanda*.

O contrato era Lei entre as Partes, não cabendo ao Estado a interferência no mesmo.

Era a consagração da liberdade entre os indivíduos.

Porém, tal liberdade trouxe consequências.

Se a liberdade individual foi impulsionada pela Revolução Industrial e pelo enriquecimento da burguesia (acompanhado do aumento do poder político desta), trouxe também a desigualdade social, aumento da exploração do trabalho e marginalização da sociedade<sup>49</sup>.

De início, no Estado Liberal a premissa maior consistia em preservar o pressuposto liberdade/igualdade enquanto enunciado-guia capaz de embasar as

---

<sup>48</sup> PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda, 1999. p. 145.

<sup>49</sup> Sobre este tema: SLHESSARENKO Junior, Miguel. **A concretização responsável dos direitos fundamentais sociais**: constitucionalização das políticas públicas, reservada do possível e ponderação social na educação. Brasília, 2010. 195 f. - Dissertação. Instituto Brasiliense de Direito Público.

teorias dos contratos e das obrigações, na medida se pressuponha também uma simetria entre os sujeitos-contratantes/contratados. Do mesmo modo que se impunha o afastamento do estado nessa esfera, sob pena de quebrar, primeiro, o dogma da propriedade privada a e, depois, daquela mesma liberdade/igualdade enquanto enunciado-guia a legitimar a presença daqueles sujeitos. Afinal, as pessoas nasciam livres e iguais. Não deu certo. Houve uma exploração sem precedentes do trabalho humano que desencadeou o aparecimento das lutas coletivas.

Estas, por sua vez, forçaram o estado a mudar de posição. Dai a passagem do Estado Liberal para o Estado Social de Direito .

Se a população pré-industrial era subordinada ao Soberano, sem liberdade, grande parte da população industrial passou para o Estado Liberal<sup>50</sup> na mesma condição, com uma liberdade formal, mas subordinada à vontade dos detentores dos meios de produção.

Luciano Martinez<sup>51</sup> cita Lenio Streck<sup>52</sup>, ao afirmar que a passagem para o Estado Social de Direito, para o Estado Democrático de Direito pressupõe uma valorização do jurídico, e, fundamentalmente, exige a (re)discussão do papel destinado ao Poder Judiciário (e à justiça constitucional) nesse (novo) panorama estabelecido pelo constitucionalismo do segundo pós-guerra, mormente em países como o Brasil.

A liberdade entre os homens pode ser formal, mas materialmente, não se percebe a mesma liberdade.

Tal desigualdade levou ao aumento da pressão social e ao surgimento do Estado Social, como iremos expor.

---

<sup>50</sup> SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas, **Instituições de direito do trabalho**. 14<sup>a</sup> ed. São Paulo: LTr, 1993, p. 52.

<sup>51</sup> MARTINEZ, Luciano.; TEIXEIRA FILHO, João. de Lima. **Comentários à Constituição de 1988 em matéria de direitos sociais trabalhistas (arts. 6º a 11)**: uma homenagem aos 30 Anos da Constituição da República e aos 40 anos da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2019. p. 51.

<sup>52</sup> STRECK, Lenio. Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda, 2014. p. 53.

## 2.3 O estado social

Se o Estado Liberal Clássico<sup>53</sup> permitia a liberdade quase que absoluta ao indivíduo, nos meados do Século XIX<sup>54</sup> surgiram as lutas de classes trabalhadoras que passaram a pedir uma atuação estatal em defesa dos desvalidos.

Se antes, era preciso limitar o poder absoluto do soberano, agora, passou-se a ser necessário limitar o poder absoluto dos indivíduos. A atividade privada passou a sofrer intervenção estatal.

“O Estado deve deixar de intervir nas relações trabalhistas, que seriam reguladas pelas condições econômicas. Entretanto, o empregado não é igual ao empregador e, portanto, necessita de proteção<sup>55</sup>”.

O Estado Social não somente passou a ser constrito a garantir e a proteger os direitos e liberdades, mas também a realizar ações necessárias ao preenchimento de seu conteúdo efetivo, especialmente no plano econômico<sup>56</sup>.

O avanço do liberalismo veio acompanhado da Revolução Industrial<sup>57</sup>, que foi marcada no campo social pelas jornadas laborais exaustivas, trabalhos de crianças e mulheres em tarefas insalubres, além da baixa remuneração.

Foi necessário, portanto, a implementação de uma Segunda Geração de Direitos, no caso, direitos sociais.

A transição do Estado Liberal para o Estado Social trouxe ao mundo jurídico uma grande mudança, se a atividade estatal era no período liberal de se abster de intervir na vida de seus cidadãos sem relevância ou sem objetivo de promover ações sociais, a sociedade, em virtude dessa lacuna, ficou coberta por desigualdades sociais.

Nesse panorama surge o Estado Social, objetivando a promoção do bem-estar social, buscando uma melhora de vida da sociedade com a promoção de direitos como direito à educação, à liberdade e a saúde<sup>58</sup>.

---

<sup>53</sup> DELGADO, Maurício Godinho.; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e direitos fundamentais**: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho. 4<sup>a</sup>ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 32.

<sup>54</sup> SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas, **Instituições de direito do trabalho**. 14<sup>a</sup> ed. São Paulo: LTr, 1993, p. 32.

<sup>55</sup> MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 54/55.

<sup>56</sup> MARTINEZ, Luciano; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Comentários à Constituição de 1988 em matéria de direitos sociais trabalhistas (arts. 6º a 11)**: uma homenagem aos 30 Anos da Constituição da República e aos 40 anos da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2019. p. 33.

Foi delegado ao Estado a função de implementar a Justiça Social, limitando a liberdade individual.

O Estado Social teve forte crescimento após os horrores da Primeira Guerra Mundial, quando se exigiu do Estado uma atuação no sentido de acolhimento dos necessitados e das populações que ficaram marginalizadas.

Surge uma necessidade do Estado garantir direitos de oportunidade iguais a todos os cidadãos, através de políticas públicas como acesso básico à saúde, educação, habitação, trabalho, lazer, entre outros.

Os Direitos de Segunda Geração estão ligados ao conceito de igualdade e compete ao Estado a garantia dos direitos sociais, econômicos e culturais, todos imprescindíveis à possibilidade de uma vida digna.

Estes direitos aparecem na forma dos chamados direitos fundamentais, pois impõem ao Estado um conjunto de obrigações que se materializam em normas constitucionais, execução de políticas públicas, programas sociais e ações afirmativas. Cabe ao Estado a obrigação de cumpri-las, sujeito a sanções em caso contrário.

*Os regimes constitucionais ocidentais prometeram, explícita ou implicitamente realizar o Estado Social de Direito, quando definem um capítulo de direitos econômicos e sociais. Expressas são as Constituições da República Federal Alemã e da Espanha, definindo os respectivos Estados como sociais e democráticos de Direito<sup>59</sup>.*

No campo legislativo, além do avanço dos Direitos Sociais nas Cartas Constitucionais, a produção legislativa ordinária atendeu ao clamor por proteção do Estado aos Direitos dos Trabalhadores.

São marcantes as Constituições Mexicanas de 1917 e de Weimar de 1919, que foram pioneiros no estabelecimento de Direitos Sociais.

Na Itália, a *Carta Del Lavoro* de 1927 criou o sistema corporativista que buscava organizar a economia em torno do Estado, promovendo o interesse nacional, além de impor regras a todos às pessoas.

---

<sup>57</sup> SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas, **Instituições de direito do trabalho**. 14<sup>a</sup> ed. São Paulo: LTr, 1993, p. 32.

<sup>58</sup> BORTOLOTTI, José Carlos Kreamer; MACHADO, Guilherme Pavan. O reconhecimento dos direitos sociais como fundamentais no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 34, 2018. p. 283.

<sup>59</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 117.



Conforme Sergio Pinto Martins:

*o interesse nacional colocava-se acima dos interesses dos particulares. Mussolini dizia na época: 'Tudo no Estado, nada contra o Estado, nada fora do Estado' (tutto nello Stato, niente contra lo Stato, nulla al di fuori dello Stato). As diretrizes básicas do corporativismo eram: a) nacionalismo, b) necessidade de organização, c) pacificação social, d) harmonia entre o capital e o trabalho<sup>60</sup>.*

Também em 1948 a Declaração Universal dos Direitos do Homem prevê direitos aos trabalhadores, como a limitação ao trabalho, férias remuneradas periódicas, repouso e lazer.

No Brasil, a Constituição de 1824<sup>61</sup>, mais ligada ao Estado Absolutista nas com influência do Estado Liberal, e distante do Estado Social, previa a extinção das corporações de ofício, estabelecendo a liberdade do exercício dos ofícios e profissões<sup>62</sup>.

As legislações trabalhistas à época eram voltadas para eliminar ou restringir os efeitos da escravidão, como a Lei do Ventre Livre de 1871 que tornava livre o menor nascido após ela. Porém, o menor ficaria sob a tutela do senhor ou de sua mãe até os oito anos, quando o senhor (e não o menor) poderia optar em receber uma indenização do governo ou usar o trabalho do menino até os 21 anos.

Também a Lei dos Sexagenários de 1885, dava liberdades aos escravos com mais de 60 anos. Porém, estes, mesmo livres, deveriam prestar mais três anos de “serviços gratuitos” ao seu senhor.

Somente em 13/05/1888 foi assinada a Lei Áurea, que abolia a escravidão, criando uma força de trabalho igual entre os trabalhadores, o que não se tinha com a escravidão.

Com isso, todos passaram a ser trabalhadores.

Foram necessários quase 40 anos para que as leis trabalhistas, sob os preceitos do Estado Social, chegassem ao Brasil.

---

<sup>60</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 54.

<sup>61</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro; FERRARI, Irany; FILHO, Ives Gandra da Silva, **História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho**. p. 52.

<sup>62</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 55.

A Constituição de 1934<sup>63</sup> é a primeira Constituição Brasileira a tratar do Direito do Trabalho, sendo garantida a Liberdade Sindical, isonomia salarial, salário-mínimo, jornada de oito horas de trabalho, proteção da mulher e dos menores no trabalho, repouso semanal e férias anuais remuneradas.

Esta intervenção Estatal, típica do Estado Social, foi acentuada pela Constituição de 1937<sup>64</sup>, outorgada por Getúlio Vargas.

Em 1943, foi editado o Decreto criando a CLT.

*A CLT harmoniza as três fases do Governo Vargas. A primeira fase era dos decretos legislativos de 1930 a 1934. A segunda fase foi aproveitar as matérias legislativas do Congresso Nacional de 1934 a 1937. A terceira fase era dos decretos-leis de 1937 a 1941. As inspirações da CLT foram o Primeiro Congresso Brasileiro de Direito Social, realizado em São Paulo em 1941. Em segundo lugar foram utilizadas as Convenções da OIT que tinham sido ratificadas e também as que não tinham. Em terceiro lugar, foi utilizada a Encíclica Rerum Novarum, que preconiza a ideia de justiça social. Por último, os pareceres dos consultores jurídicos do Ministério do Trabalho Oliveira Vianna e Oscar Saraiva<sup>65</sup>.*

A CLT sistematizou uma série de normas esparsas, não sendo um Código.

Uma crítica comum feita à CLT é de que a mesma teria conotação fascista, por ser uma cópia da Carta Del Lavoro.

Mas a CLT não foi uma cópia do texto italiano. Esta tinha 30 declarações. A CLT tem aproximadamente 922 artigos. A CLT é muito mais abrangente que a norma italiana<sup>66</sup>.

A Constituição de 1946<sup>67</sup>, sob um novo regime democrático, manteve e ampliou os direitos sociais na Constituição, como participação nos lucros, repouso salarial remunerado, estabilidade e direito de greve.

A mesma sistemática foi mantida na Constituição outorgada de 1967<sup>68</sup>.

<sup>63</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro; FERRARI, Irany; FILHO, Ives Gandra da Silva Martins, **História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho**. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 533.

<sup>64</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro; FERRARI, Irany; FILHO, Ives Gandra da Silva Martins, **História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho**. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 55.

<sup>65</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 55.

<sup>66</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 55.

<sup>67</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro; FERRARI, Irany; FILHO, Ives Gandra da Silva Martins, **História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho**. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 57.

<sup>68</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro; FERRARI, Irany; FILHO, Ives Gandra da Silva Martins, **História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho**. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 57.

Porém, o grande marco da constitucionalização dos Direitos Sociais foi a Constituição de 1988, sendo os Direitos Sociais classificados como Direitos e Garantias Sociais, enquanto que nas cartas anteriores tais preceitos estavam no âmbito da ordem econômica e social.

Será abordada agora, a evolução dos direitos sociais trabalhistas nas Constituições Brasileiras.

## 2.4 Os direitos sociais trabalhistas e sua evolução constitucional brasileira

A história percorrida pelo constitucionalismo brasileiro ganhou uma importante página quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, tendo em vista o fato de esta ter sido a primeira a consagrar um título específico para os chamados direitos e garantias fundamentais (Título II), comportando em seu bojo quatro capítulos, quais sejam: Dos direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I); Dos direitos sociais (Capítulo I; Da nacionalidade (Capítulo III) estando incluído nestes os direitos sociais e os direitos dos trabalhadores; e Dos partidos políticos (Capítulo IV)<sup>69</sup>.

*Os inegáveis fatos de promover um avanço em consagrar os direitos sociais no mesmo tópico dos direitos fundamentais, bem como aquele de proporcionar uma expressiva abertura de seu rol de direitos sociais tutelados, vem à tona para evidenciar o quão comprometido foi o constituinte originário brasileiro de 1987/1988 na missão de consagrar o caráter além social de sua obra estabelecadora do Estado Brasileiro. Pode-se dizer, democrática a Constituição Federal de 1988 é, em sua substância, uma Constituição Social de Direito.<sup>70</sup>*

Há estreita ligação dos direitos fundamentais com o princípio do Estado social consagrado pela nossa Constituição.

<sup>69</sup> MARTINEZ, Luciano; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Comentários à Constituição de 1988 em matéria de direitos sociais trabalhistas (arts. 6º a 11)**: uma homenagem aos 30 Anos da Constituição da República e aos 40 anos da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2019. p. 33.

<sup>70</sup> MARTINEZ, Luciano; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Comentários à Constituição de 1988 em matéria de direitos sociais trabalhistas (arts. 6º a 11)**: uma homenagem aos 30 Anos da Constituição da República e aos 40 anos da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2019. p. 33.

Apesar da ausência de norma expressa no direito constitucional pátrio qualificando a nossa República como um Estado Social e Democrático de Direito (o art. 1º, caput, refere apenas os termos democrático e Direito)<sup>71</sup>, nem por isso o princípio fundamental do Estado social deixou de encontrar guarida em nossa Constituição.

*Além de outros princípios expressamente positivados no Título I de nossa Carta (como, por exemplo, os da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária etc.) tal circunstância se manifesta particularmente pela previsão de uma grande quantidade de direitos fundamentais sociais, que, além do rol dos direitos dos trabalhadores (arts. 7º a 11 da CF), inclui diversos direitos a prestações sociais por parte do Estado (arts. 6º e outros dispersos no texto constitucional).<sup>72</sup>*

Nas Constituições anteriores fazia-se referência a alguns direitos sociais, como a proteção à maternidade e à infância, direito à educação, entre outros, mediante dispositivos esparsos e não sistematizados e incluídos no rol dos direitos individuais ou nos títulos da ordem econômica e social.

Historicamente, a Constituição do Império, de 1824, previa no art. 179, que:

*Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte:  
XXXI. A Constituição tambem garante os soccorros publicos.  
XXXII. A Instrucção primaria, e gratuita a todos os Cidadãos.<sup>73</sup>*

Na Constituição Republicana de 1891<sup>74</sup> não havia qualquer previsão de direitos sociais.

<sup>71</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda, 2012, p. 48.

<sup>72</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda, 2012, p. 48.

<sup>73</sup> BRASIL. **CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO IMPÉRIO DO BRASIL**. Rio de Janeiro: Imperador Dom Pedro Primeiro, 1824. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm) .Acesso em: 29 mar. 2020

<sup>74</sup> BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL**. Rio de Janeiro: Congresso Constituinte, 1891. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm) .Acesso em: 29 mar. 2020

Apenas na Constituição de 1934<sup>75</sup>, sob a influência do Estado Social e da Constituição de Weimar é que os direitos sociais passaram a figurar nos textos Constitucionais Brasileiros.

A Constituição de 1934 contemplava a inviolabilidade do direito à subsistência (art. 113, caput), os direitos à assistência judiciária gratuita, direitos ao trabalho e à assistência dos indigentes, a existência digna como objetivo da ordem econômica (art. 115), assistência social e saúde pública (art. 138), proteção à maternidade e à infância (art. 141) e o direito à educação (art. 149)<sup>76</sup>.

Sob o Regime do Estado Novo de Getúlio Vargas, foi outorgada a Constituição de 1937 que apresentava os direitos sociais de dever de educação dos filhos (art. 125), a proteção da infância e da juventude (art. 127), a gratuidade e obrigatoriedade do ensino primário (art. 130) e o dever social do trabalho e o direito à subsistência mediante o trabalho (art. 136)<sup>77</sup>.

Na Constituição de 1946, sob o reflexo do constitucionalismo do Segundo Pós-Guerra e Declaração Universal dos Direitos Humanos havia a previsão do direito dos necessitados à assistência judiciária (art. 141, § 35), estabelecendo a justiça social como objetivo da ordem econômica (art. 145), além de prever o direito ao trabalho (art. 145, parágrafo único), a assistência à maternidade e à infância (art. 164) e o direito à educação (art. 166)<sup>78</sup>.

A Constituição de 1967, promulgada em pleno regime militar, manteve contudo o conteúdo social dos textos anteriores, ainda que com algumas alterações, estando presentes nos artigos art. 150, § 32 (direito dos necessitados à assistência judiciária), art. 157, caput (justiça social como objetivo da ordem econômica), art. 157, II (“valorização do trabalho como condição da dignidade humana”), e art. 168, que tratava do direito à educação<sup>79</sup>.

---

<sup>75</sup> BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL**. Rio de Janeiro: Assembléia Nacional Constituinte, 1934. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm) .Acesso em: 29 mar. 2020

<sup>76</sup> BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL**. Rio de Janeiro: Assembléia Nacional Constituinte, 1934. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm) .Acesso em: 29 mar. 2020

<sup>77</sup> BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1937. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm) .Acesso em: 29 mar. 2020

<sup>78</sup> BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL**. Rio de Janeiro: Assembléia Nacional Constituinte, 1946. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm) .Acesso em: 29 mar. 2020

<sup>79</sup> BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**. Brasília: Congresso Nacional, 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm) . Acesso em: 29 mar. 2020

Tais direitos e objetivos sociais foram mantidos na Emenda Constitucional nº 01 de 1969.<sup>80</sup>

Com a Constituição de 1988<sup>81</sup>, o art. 6º reuniu os direitos sociais básicos e o art. 7º os direitos constitucionais dos trabalhadores em posição privilegiada no texto Constitucional.

Para Ingo Sarlet<sup>82</sup>, os direitos sociais estão inseridos em num contexto mais amplo no plano constitucional. Já em seu Preâmbulo, a Constituição evidencia o forte compromisso com a justiça social, comprometimento este reforçado pelos princípios fundamentais elencados no Título I da CF, dentre os quais se destaca a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III), positivada como fundamento do próprio Estado Democrático de Direito.

*Tal princípio, para além de outros aspectos dignos de nota, atua como verdadeiro fio condutor relativamente aos diversos direitos fundamentais, reforçando a existência de uma recíproca complementaridade entre os direitos civis e políticos (por muitos, designados de direitos individuais ou direitos de liberdade) e os direitos sociais, na medida em que os direitos fundamentais (ainda que não todos e não da mesma forma) expressam parcelas do conteúdo e dimensões do princípio da dignidade humana. Além disso, a busca da justiça social, portanto, o compromisso com a realização dos direitos sociais, guarda sintonia com os objetivos fundamentais da República elencados no art. 3.º da CF, que estabelece como norte, dentre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, assim como a erradicação da pobreza e da marginalização, além da redução das desigualdades sociais. O mesmo ideário consta do art. 170, que explicita a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa como fundamentos da ordem econômica, vinculando esta última à garantia de uma existência digna para todos, conformada aos ditames da justiça social, de tal sorte que se pode afirmar que a dignidade da pessoa humana é também o fundamento e o fim da ordem econômica na Constituição.*<sup>83</sup>

De acordo com a Constituição de 1988, o valor social do trabalho é fundamento da República Brasileira (art. 1º, IV). Os direitos sociais estão

---

<sup>80</sup> BRASIL. **EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 1**. Brasília: Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm) .Acesso em: 29 mar. 2020

<sup>81</sup> BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Brasília: Assembléia Nacional Constituinte, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) .Acesso em: 29 mar. 2020

<sup>82</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. p. 620.

dispostos no capítulo II do título II – Direitos e Garantias Fundamentais. Ainda, a valorização do trabalho humano também é um dos fundamentos da Ordem Econômica (art. 170) e o trabalho é um direito social fundamental previsto no art. 6º do texto constitucional, assim como os direitos trabalhistas, estes elencados no art. 7º.

Para Maurício Godinho, são quatro os principais princípios constitucionais afirmativos do trabalho na ordem jurídico-cultural brasileira: o da valorização do trabalho, em especial do emprego; o da justiça social; o da submissão da propriedade à sua função socioambiental; e o princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>84</sup>

Arnaldo Sussekind<sup>85</sup> enumera que os direitos constitucionais trabalhistas são, o princípio da não-discriminação, que proíbe diferença de critério de admissão, de exercício de funções de salário por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (art. 7º, inciso XXX da Constituição Federal), ou de critério de admissão e de salário em razão de deficiência física (art. 7º, inciso XXXI da Constituição Federal) e o princípio da irredutibilidade do salário.

*Além dos direitos do trabalhador expressamente referidos nos arts. 7 a 11 da Constituição e dos estatuídos nas leis que ela recepcionou, integram o nosso direito positivo os constantes dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte (§ 2º do art. 5º já transcrito). Certo que é amplo o elenco de direitos social-trabalhistas relacionados na Carta Magna brasileira e na legislação infraconstitucional; contudo, há normas internacionais, compatíveis com o nosso sistema, que o complementam O §3º do art. 5º da Constituição, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, atendeu, parcialmente, a manifestação da doutrina, estatuinto que os tratados (as convenções internacionais são tratados) sobre direitos humanos, se aprovados pela Câmara dos Deputados e o Senado Federal, em dois turnos, por três quintos de votos, terão a eficácia de emendas constitucionais<sup>86</sup>.*

---

<sup>83</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. p. 620.

<sup>84</sup> DELGADO, Maurício Godinho, Direitos fundamentais na relação de trabalho. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, n. 2, p. 11–39, 2007, p. 14–15.

<sup>85</sup> SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**: Ampliada e Atualizada até 10.09.2009. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 77.

<sup>86</sup> SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**: Ampliada e Atualizada até 10.09.2009. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 79.

Para Ingo Sarlet<sup>87</sup>, estas incorporações de Direitos Sociais demonstra uma sinergia do direito constitucional positivo brasileiro com a agenda do direito internacional (seja no plano regional, seja no plano universal) dos direitos humanos, onde os direitos humanos à moradia e à alimentação já se faziam presentes antes de serem incorporados ao texto da Constituição Federal.

Segundo Renato Horta Rezende,

*O artigo 6º da Constituição da República de 1988 refere-se de maneira bastante genérica aos direitos sociais por excelência, como o direito à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social e à assistência aos desamparados. Diversas são, portanto, as espécies de direitos sociais. A doutrina, contudo, com fins didáticos, vem agrupando tais direitos sociais em algumas categorias: 1ª) os direitos sociais dos trabalhadores; 2ª) os direitos sociais da seguridade social; 3ª) os direitos sociais de natureza econômica; 4ª) os direitos sociais da cultura; 5ª) os de segurança. Os direitos sociais dos trabalhadores podem ser classificados em: 1º) direitos sociais individuais do trabalhador; 2º) direitos sociais coletivos do trabalhador<sup>88</sup>.*

O art. 7º da Constituição<sup>89</sup> relaciona os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, mas seu parágrafo único também assegura uma série de direitos aos trabalhadores domésticos.

São os Direitos Constitucionais Trabalhistas:

*Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:*  
*I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;*  
*II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;*  
*III - fundo de garantia do tempo de serviço;*  
*IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;*

<sup>87</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. p. 639

<sup>88</sup> REZENDE, Renato Horta; CAMPOLINA MONTI, Laura. Pandemia e estado de exceção: a escalada da precarização dos direitos sociais trabalhistas no Brasil em meio à crise provocada pelo Covid-19. **Opinião Jurídica**. v. 19, n. 40, p. 313–339, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.22395/ojum.v19n40a16>. p. 328.

<sup>89</sup> BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Brasília: Assembléia Nacional Constituinte, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm), Acesso em: 20 mar. 2020.



- V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;
- VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;
- VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;
- VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;
- IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;
- X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;
- XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;
- XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei;
- XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;
- XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;
- XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;
- XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;
- XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
- XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;
- XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;
- XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;
- XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;
- XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;
- XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;
- XXIV - aposentadoria;
- XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas;
- XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;
- XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei;
- XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;
- XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;

*XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;*

*XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;*

*XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;*

*XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;*

*XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.*

Segundo José Afonso da Silva<sup>90</sup>, são direitos dos trabalhadores os enumerados nos incisos do art. 7º, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.

Assim, temos direitos expressamente enumerados e direitos simplesmente previstos.

Dos enumerados, uns são imediatamente aplicáveis, outros dependem de lei para sua efetivação prática.

As normas que os definem, com eficácia imediata ou não, importam em obrigações estatais no sentido de proporcionar aos trabalhadores os direitos assegurados e programados. Toda atuação em outro sentido infringe-as.

Não é o objetivo desta dissertação a análise direito por direito dos enumerados no art. 7º da Constituição Federal, mas sim, a classificação destes direitos como direitos fundamentais.

Porém, os direitos fundamentais sociais não estão restritos aos elencados no art. 7.º da CF, que concentra os direitos fundamentais sociais básicos, os quais sejam: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade, à infância e assistência aos desamparados, além do direito à moradia que foi acrescentado com a Emenda Constitucional 26, de 14.02.2000 e o direito à alimentação que foi inserido por meio da Emenda Constitucional 64, de 04.02.2010.

*A sustentação da fundamentalidade de todos os direitos assim designados no texto constitucional (que alcança todo o Título II e, portanto, os direitos sociais do artigo 6º e os direitos dos trabalhadores), por sua vez, implica reconhecer pelo menos a*

---

<sup>90</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 292.

*presunção em favor da fundamentalidade também material desses direitos e garantias, ainda que possamos ter, a depender da orientação ideológica ou concepção filosófica professada, boas razões para questionar tal fundamentalidade.*<sup>91</sup>

Segundo Gabriel Wedy<sup>92</sup>, no Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana foi alçado, pelo Constituinte Originário, como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1, inc. II). Na Alemanha, a Lei Fundamental de 1949 dispõe, em seu art. I: "A dignidade da pessoa humana deve ser inviolável. Respeitá-la e protegê-la será dever de toda a autoridade estatal".

Desse princípio emana o discurso na defesa e na construção de uma variada gama de direitos fundamentais escritos e não escritos. A Constituição Cidadã de 1988, além de garantir os direitos fundamentais, outorgou a eles eficácia vinculante e imediata, nos termos do art. 5, § 19.

Existe uma notável tradição, na maioria dos países democráticos, de que a fonte dos direitos fundamentais está expressa na própria Constituição.

Exemplos de tal fato são os textos da Lei Fundamental de Bonn (1949), a Constituição portuguesa (1976) e a Constituição espanhola (1978). Para Bruce Ackerman, contudo, a fonte dos direitos fundamentais estaria diretamente no povo<sup>93</sup>.

Os demais dispositivos constitucionais que tratam de direitos sociais, estão previstos nos títulos que tratam da ordem econômica (função social da propriedade urbana e rural) e da ordem social (normas sobre o sistema de seguridade social, designadamente, saúde, assistência e previdência social, bens culturais, família, proteção do idoso, meio ambiente, educação etc.).

Além disso, os direitos dos trabalhadores estão elencados nos arts. 7.º a 11, sendo um conjunto de direitos e garantias que concretizam o direito geral ao trabalho e à proteção do trabalhador.

Para Ingo Sarlet<sup>94</sup>, a inserção de um leque de direitos sociais no título dos direitos fundamentais, somada ao regime jurídico-constitucional dos direitos

---

<sup>91</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, v. 20, p. 163–206.

<sup>92</sup> WEDY, Gabriel. **Desenvolvimento sustentável na era das mudanças climáticas**: um direito fundamental. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 172.

<sup>93</sup> WEDY, Gabriel. **Desenvolvimento sustentável na era das mudanças climáticas**: um direito fundamental. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 172.

<sup>94</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. p. 626

fundamentais, ainda mais em face de seu desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, asseguraram aos direitos sociais um lugar de destaque na agenda jurídica e política.

Assim, os direitos sociais somente podem ser compreendidos (e aplicados) a partir de uma análise conjunta e sistemática com todas as normas constitucionais que direta e indiretamente a eles se vinculam e com a legislação infraconstitucional e da jurisprudência que os concretiza.

Será abordado no subcapítulo seguinte, os Direitos Sociais Trabalhista e o conceito de Constituição Dirigente como forma de efetivação destes direitos.

#### *2.4.1 Os direitos sociais trabalhistas e o conceito de constituição dirigente*

Foi o constitucionalismo americano que introduziu a ideia de que somente uma Constituição escrita merece esta denominação, vinculando a positivação de regras fundamentais de organização política e definição da forma de exercício do poder, através de um poder constituinte de origem popular, estabelecendo, ainda, um poder de emenda à Constituição. Neste sentido Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz destaca que

*a ideia de Constituição como lei suprema do país, herdada do contratualismo puritano, da experiência constitucional inglesa no tocante à liberdade e suas garantias e do sentimento de independência das colônias, que garantisse aos norte-americanos uma organização política estável, forneceu os fundamentos para o conceito, que se estabeleceu definitivamente a partir de 1776.<sup>95</sup>*

Por seu turno, a experiência francesa teve caráter revolucionário, servindo a Constituição do Estado como marco para a ruptura com as concepções absolutistas de exercício do poder, quebra de paradigma, este necessário à afirmação da classe burguesa alicerçada em dois fundamentos ideológicos básicos: *a universalização dos seus valores e a introdução da ideias de Estado Constitucional<sup>96</sup>*, erigindo a lei por sua generalidade e abstração, como a principal expressão do direito.

---

<sup>95</sup> DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos, **Constituição e hermenêutica constitucional**. Mandamento. Belo Horizonte, 2002. p. 55-56

<sup>96</sup> DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos, **Constituição e hermenêutica constitucional**. Mandamento. Belo Horizonte, 2002. p. 66-67

Neste aspecto, cabe ressaltar a crítica de Edmund Burke<sup>97</sup>, que diferenciava sobremaneira o movimento revolucionário francês do britânico ocorrido em 1688, imputando, a este último, um sentido de continuidade e preservação do sistema político pré-existente, baseado na tradição e nos costumes típicos da sociedade inglesa.

Não é demais relembrar, ainda, a importância do pensamento de Hans Kelsen<sup>98</sup> para a afirmação jurídica da supremacia constitucional, pedra angular de todo o constitucionalismo moderno, enfatizando a estrutura escalonada do ordenamento jurídico como um dos eixos centrais da sua Teoria Pura do Direito.

Para Joaquim José Gomes Canotilho<sup>99</sup>, as constituições escritas são uma criação da época moderna, constituindo-se, originariamente, como uma ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito, no qual se declaram as liberdades e se fixam os limites do poder político.

O constitucionalismo moderno, portanto, eclodiu em meados do século XVIII com características próprias e com a ideologia de limitação do poder estatal, preservando os direitos e garantias fundamentais.

A Constituição surge como um documento escrito e rígido, e ponto central no ordenamento, sendo norma suprema e fundamental do sistema jurídico-político de um Estado, hierarquicamente superior a todas as normas infraconstitucionais, das quais constituiria o fundamento de validade, somente podendo ser alterada por procedimentos especiais previstos em seu próprio texto.

Como decorrência da supremacia constitucional, restaria instituído um sistema de responsabilização jurídico-política do poder que a desrespeitasse, inclusive por meio do controle de constitucionalidade dos atos do Parlamento.

O constitucionalismo moderno vem, portanto para romper as barreiras das garantias fundamentais limitadas pelos Estados Absolutistas, destruindo o

---

<sup>97</sup> Edmund Burke, em oposição a Rousseau, é a expressão do contratualismo conservador, defendendo a ideia de mudança sem ruptura em nome da segurança jurídica. Para ele uma Constituição na verdade se consubstanciaria no pacto social firmado entre as partes constituintes de um Estado, pelo que a Revolução Inglesa teria sido feita para preservar as antigas leis e liberdades e a Constituição de governo historicamente construída através do regime monárquico. FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucion**: de la antigüedad a nuestros días. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

<sup>98</sup> Hans Kelsen defendeu uma característica essencial e permanente ao conceito de Constituição, como fundamento do Estado, a base sobre a qual se construiria toda a ordem jurídica. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

paradigma de soberania e supremacia das forças estatais, imbuído de um ideal de justiça, de direito igualitário e acima de tudo de organização do poder político.

Esta limitação do poder de atuação do Estado, descentralizando os poderes executivo, legislativo e judiciário, coloca a Constituição como o referencial de direito e justiça, com força capaz de limitar e vincular os órgãos do aparelho estatal.

Pertinente, no entanto, a reflexão de Canotilho ao trabalhar a ideia da necessidade de que o conceito de Constituição seja sempre buscado em referência a “uma situação constitucional concreta, historicamente existente em um determinado país”<sup>100</sup>, pelo que a Constituição de 1988 somente pode ser entendida na ambiência histórica de sua produção.

As mudanças históricas que levaram as normas de conteúdo social a serem incorporadas aos textos constitucionais, em uma tendência a garantir condições materiais de desenvolvimento dos indivíduos no seu processo de inserção social.

A crescente constatação da ineficácia das garantias de cunho estritamente formal e individualista, ante as concretas condições existenciais, deu origem ao constitucionalismo social em que não apenas direitos individuais passam a constar dos catálogos dos direitos fundamentais, mas também, direitos sociais e trabalhistas coletivos.

Necessário relembrar a lição de Ferdinand Lassale<sup>101</sup>, ao trabalhar com o conceito de Constituição de um Estado como algo mais que uma simples lei,

*a lei fundamental da nação, constituindo-se em fundamento de validade de todas as outras leis, o que traz implicitamente, a noção de necessidade ativa, de uma força eficaz e determinante que atua sobre tudo que nela se baseia, fazendo-a assim e não de outro modo, sendo, no entanto, real e efetiva quando reflete os fatores reais e efetivos do poder*<sup>102</sup>.

---

<sup>99</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria constitucional**. Coimbra: Almeida, 1993. p. 61–62.

<sup>100</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria constitucional**. Coimbra: Almeida, 1993. p. 75.

<sup>101</sup> LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 6ªed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001. p. 10.

<sup>102</sup> LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 6ªed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001. p. 10.

Para Lassale, todo país tem, necessariamente, uma Constituição real e efetiva, pois não é possível imaginar uma nação onde não existam os fatores reais do poder, quaisquer que eles sejam, razão pela qual uma Constituição não seria uma prerrogativa dos tempos modernos, o sendo a noção de Constituição escrita, que muitas das vezes serviria, apenas, para encobrir os fatores reais do poder, na medida em que não corresponderiam às constituições reais e efetivas, se constituindo apenas em um documento, uma mera folha de papel<sup>103</sup>.

Contrapondo-se, em parte, a esta concepção que vincula a questão constitucional apenas às questões políticas, Konrad Hesse defende a importância da Constituição enquanto documento jurídico, sustentando que existe um condicionamento recíproco *entre a Constituição jurídica e a realidade político-social*, pelo que incabível a ruptura entre a *realidade e a norma, entre ser (Sein) e dever ser (Sollen)*.<sup>104</sup>

A ideia da Constituição como portadora de uma força normativa, com pretensão de eficácia, independente das concretas condições de sua realização, na verdade, é a tônica dos textos constitucionais sociais modernos, e, a partir desta concepção, a Constituição não configura, portanto, apenas a expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social<sup>105</sup>.

Assim, para Hesse, uma “Constituição real” e uma “Constituição jurídica” estão em uma relação de coordenação, pelo que a Constituição jurídica tem seu próprio significado e adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia, observada sua vinculação a uma situação histórica concreta e seus condicionantes<sup>106</sup>.

Hesse afirma, ainda, que se uma Constituição jurídica não quiser permanecer eternamente estéril, ela não deve procurar construir o estado de forma abstrata e teórica, pois a força vital e a eficácia da Constituição assentam-

---

<sup>103</sup> LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001. p. 25-27.

<sup>104</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 14.

<sup>105</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 15.

<sup>106</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 16.

se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva, convertendo-se, então, na ordem geral objetiva do complexo das relações da vida<sup>107</sup>.

Para Lenio Streck,<sup>108</sup> a Constituição pátria aponta claramente para a construção de um Estado Social com viés intervencionista, que deve ser orientado pela concretização de políticas públicas distributivas, consoante os ditames alicerçados no artigo 3º do texto constitucional.

Destarte, ela deve sim conter força normativa suficiente a garantir esse núcleo de modernidade não cumprida consubstanciado nas próprias finalidades estatais descritas no mencionado dispositivo constitucional.

A partir desta concepção, a Constituição deixa de ser concebida como um simples manifesto político formal, ideal, para ser compreendida como uma norma jurídica fundamental, elaborada para exercer uma função dúplice de garantia dos direitos existentes e como diretriz para o futuro, ou seja, com noções de preservação e projeção aliadas, sempre no sentido da garantia de um desenvolvimento social.

É neste sentido que uma noção de Constituição dirigente, como a formulada por Canotilho, deve ser revista, entrelaçando-a com a questão da fundamentalidade dos direitos sociais.

Atualmente, os debates acerca da aprovação ou rejeição da ideia de uma Constituição dirigente, na verdade, envolvem uma questão maior que perpassa a discussão acerca do papel que a Constituição desempenha na contemporaneidade, dividindo posições doutrinárias, tendo, de um lado, os chamados *procedimentalistas*, que defendem a concepção de Constituição apenas como instrumento de governo, definidor de competências, e de outro lado os *substancialistas*, que adotam a concepção de Constituição como instrumento jurídico de definição dos fins do Estado e da sociedade.

Canotilho desenvolveu o conceito de Constituição dirigente em sua tese de doutorado intitulada “*Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*”, onde

---

<sup>107</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 18.

<sup>108</sup> STRECK, Lenio Luis. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.



o autor trabalha fundamentalmente com o problema das relações entre a Constituição e a lei infraconstitucional, indicando como questão nuclear do estudo *o que deve (e pode) uma constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais.*<sup>109</sup>

Importante trabalhar a ideia do dirigismo constitucional, de forma a tentar responder às seguintes questões: o que realmente pode ser compreendido no conceito de Constituição dirigente? Até que ponto a noção de Constituição dirigente pode, ainda, ser uma construção teórica necessária na atualidade, principalmente no contexto histórico nacional?

Não é demais ressaltar, como questão prefacial, que o processo de constitucionalização dos direitos sociais alterou de forma substancial os contornos do Estado, impondo-lhe um papel ativo de intervenção na esfera econômica, passando a atuar como agente promotor do bem-estar social, passando os textos constitucionais a definirem tarefas públicas, voltadas à consecução de uma igualdade substancial no seio da sociedade, conformando um Estado Social, na medida em que passa a assegurar o desenvolvimento do indivíduo, por meio de uma intervenção social, cultural e econômica.

O Estado, na sua concepção social, então, não se limitaria mais a assegurar uma liberdade formal, mas procuraria estabelecer uma igualdade material, igualdade de oportunidades, justificando a intervenção estatal, sobressaindo neste caso a atuação do Poder Executivo, progredindo para um Estado Democrático de Direito com dois fundamentos centrais: a garantia irrestrita fundamentais, dos direitos incluídos neste rol os direitos sociais, e a defesa da democracia.

Nesta esteira, tem-se a noção de Constituição dirigente formulada por Canotilho, segundo a qual o texto constitucional se caracteriza pelo seu conteúdo programático, que atribui ao Estado a realização de fins e a consecução de tarefas necessárias à conformação de um Estado de Justiça Social, além de prever a estrutura e organização dos poderes estatais, enfatizando, ainda, a definição dos direitos fundamentais, como essenciais à conformação de um Estado Democrático de Direito.

---

<sup>109</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra

Respondendo a uma das críticas procedimentalistas, pode-se dizer que a ideia de Constituição dirigente, efetivamente, resgata o político à noção meramente jurídica conferida aos textos constitucionais dos Estados de configuração liberal, na medida em que define a Constituição *como “estatuto jurídico do político”*, tornando-se o texto constitucional *premissa da política*<sup>110</sup>, sem, no entanto, sem retirar dos atores políticos o poder decisório e o trabalho compromissário com os ideais de Justiça Social, servindo os limites constitucionais como balizas a nortear as opções destes mesmos atores políticos.

Para Canotilho<sup>111</sup>, todas as Constituições, de uma forma ou de outra, *pretendem conformar o político*, razão pela qual não há razão para a dicotomização entre o político e o jurídico, tendo em vista que esta separação não reflete a realidade, servindo apenas para afastar o Direito do mundo real, onde atuam as forças efetivas de poder, criando uma Teoria Formal da Constituição, à semelhança da proposta kelseniana, enquanto o fundamento teórico de uma Constituição dirigente integra a corrente teórica da Constituição em sentido material.

O dirigismo constitucional trabalha, portanto, com a ideia de necessidade de inserção, no complexo normativo-constitucional, de fins socioeconómicos, de diretivas materiais, isto é, de um bloco programático-dirigente, sob a assertiva de

*que o problema central de uma constituição não é hoje o de simples alternativa-constituição como garantia do existente ou como projecto futuro - mas o de estabelecer uma verdadeira ordem material, na qual a dimensão programática forneça linhas de direção à política, embora não a possa nem deva definir.*<sup>112</sup>

Em sua teorização, Canotilho expressa o entendimento de que as normas programáticas não são simples programas, declarações morais ou sentenças políticas, mas normas dotadas de valor jurídico constitucional idêntico às outras normas constitucionais.

---

Editora, 2004. p. 11.

<sup>110</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 390-392.

<sup>111</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes, **Direito constitucional e teoria constitucional**. Coimbra: Almeida, 1993, p. 390.

<sup>112</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 175 e 478.

Estas servem como diretivas materiais, com efeito vinculante extensivo aos órgãos concretizadores, tendo, ainda, efeito vinculante da atividade legislativa, na medida em que traduzem uma imposição constitucional com fixação de limites positivos e negativos.

Assim, para a doutrina da Constituição dirigente, a compreensão do que sejam as imposições constitucionais pressupõe a superação da *doutrina das normas programáticas, concebidas como proclamações políticas, juridicamente desprovidas de qualquer vinculatividade*, através da assunção definitiva de que as imposições constitucionais, na verdade, são ordens de atuação positiva dirigidas sobretudo ao legislador.

Neste sentido, o legislador emitiria várias leis de 'execução', simultâneas ou sucessivas, e necessárias: (1) à conformação jurídica de situações de fato; (2) à regulamentação de questões específicas; (3) à criação de pressupostos necessários para nova evolução do regime constitucional; (4) à adaptação das leis antigas aos novos princípios da lei fundamental<sup>113</sup>.

Da mesma forma, Canotilho ressalta que a concretização das imposições constitucionais é, no plano jurídico, um processo e não um ato, é uma sequência de atualização e não um fato isolado, e por isso mesmo exige uma atuação dos poderes do Estado no sentido de observância dos limites juridicamente fixados pelo texto constitucional, enquanto no plano político se consubstancia em uma luta democrática cotidianamente renovada para fins de realização das tarefas constitucionais.

Em razão das imposições constitucionais que se dirigem e vinculam a atividade legiferante em um Estado Democrático de Direito, a lei

*não é um acto livre da constituição, mas uma actividade positiva e negativamente determinada pela lei fundamental. Isto significa que uma teoria de limites ou uma teoria da autorização são insuficientes para explicar a heteronomia vinculativa, positiva e negativa, das normas constitucionais.*<sup>114</sup>

---

<sup>113</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 480.

<sup>114</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 479.

A força vinculante da Constituição, neste caso, conforma a atividade do legislador que não pode deixar de atuar nas hipóteses em que o texto constitucional lhe atribui a atividade legiferante, bem como ao fazê-lo não pode desjuridicizar aquelas matérias que compõem o bloco de constitucionalidade, dentre elas os direitos fundamentais e o princípio democrático.

Segundo Canotilho, a força vinculante da Constituição dirigente introduz uma importante integração entre as relações materiais da lei e a Constituição: a lei move-se dentro do âmbito dos direitos fundamentais e considera-se como exigência de realização concreta dos direitos fundamentais<sup>115</sup>, não mais preponderando a ideia de que os direitos fundamentais estariam circunscritos ao previsto em lei, pelo que se poderia falar em uma espécie de giro conceitual, passando a temática dos direitos fundamentais a ser o centro conformador da atividade legiferante.

A partir destes traços característicos, pode-se afirmar que a Constituição de 1988 é uma Constituição dirigente, compromissada com os ideais de justiça social e construção permanente de um Estado Democrático de Direito, centrada na garantia e defesa dos direitos fundamentais, que estabelece fins e tarefas estatais e se faz necessária, dir-se-ia que imprescindível, em razão da própria história da sociedade brasileira, marcada pela desigualdade social, pelo ranço do patriarcalismo, por um déficit democrático de séculos de colonização e autoritarismo.

Pode-se, ainda, sustentar que a característica distintiva de uma Constituição dirigente é o fato do seu texto objetivar a mudança social, ultrapassando a mera noção de constituição como instrumento de governo, tendo em vista a enunciação de fins, metas, programas a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade, da mesma forma que não se restringe a ser apenas um *“estatuto jurídico do político”*, mas se configura como um plano global normativo que se dirige, se destina, ao Estado e à própria sociedade, o que no Brasil é essencial em razão do histórico atribulado de superexploração de uma grande massa da população brasileira.

---

<sup>115</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 483.

Ademais, a ideia de uma Constituição dirigente<sup>116</sup> está intimamente ligada ao conceito de Estado Democrático de Direito por se consubstanciar como instrumento garantidor da conformação dos poderes constituídos, com a finalidade precípua de implementar as promessas de uma igualdade material na busca de uma Justiça social, paradigma este escolhido pelos constituintes de 1988, como pode ser observado do *caput* do artigo primeiro do texto constitucional.

Sendo um Estado Democrático de Direito este tem na Constituição, uma redefinição do pacto político, reiterando a primazia de homens e mulheres no cotidiano histórico, pelo que os direitos fundamentais ganham proeminência, a partir da noção juspolítica da dignidade humana, visando, portanto, a garantir os direitos fundamentais, contemplando as liberdades individuais, assim como os direitos sociais e políticos enquanto conquistas da sociedade, e não como favores do Estado.

O Estado Democrático de Direito é marcado pelo pluralismo, enquanto possibilidade das manifestações das diferenças e a atualidade dos direitos fundamentais sociais, que impede que a Constituição seja instrumento legal a serviço de poucos.

Pode-se então, ser trabalhada a concepção de um Estado Democrático de Direito que pressupõe, além da garantia da participação popular, a garantia dos direitos fundamentais, em um sentido de progressividade na afirmação destes direitos, que representam, em suma, uma conquista da própria sociedade, pelo que de forma lógica pode-se concluir que movimentos de retrocesso em matéria social estariam vedados no âmbito do dirigismo constitucional.

A centralidade que os direitos fundamentais assumem em uma Constituição dirigente, necessária à construção (reconstrução) permanente de um Estado Democrático de Direito, leva a uma análise mais detida acerca da nota de fundamentalidade dos direitos sociais, com ênfase, no presente trabalho, nos direitos sociais trabalhistas que serão tratados no subcapítulo seguinte.

---

<sup>116</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 483.

## 2.5 Funções dos direitos fundamentais e consequências no âmbito dos direitos sociais

Estando os Direitos Trabalhistas situados como direitos fundamentais, estes possuem eficácia superior a das normas meramente programáticas.

Para Gilmar Mendes, a colocação do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto constitucional denota a intenção do constituinte de emprestar-lhes significado especial<sup>117</sup>.

*A complexidade do sistema de direitos fundamentais recomenda que se evitem esforços no sentido de precisar os elementos essenciais dessa categoria de direitos, em especial no que concerne à identificação dos âmbitos de proteção e à imposição de restrições ou limitações legais. Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos seus titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados.*

*Na sua acepção como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático<sup>118</sup>.*

Os direitos fundamentais têm, portanto, diferentes funções na ordem jurídica, possuindo em sua concepção tradicional dos direitos fundamentais tido como direitos de defesa destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público, seja pelo (a) não impedimento da prática de determinado ato, seja pela (b) não intervenção em situações subjetivas, seja pela (c) não eliminação de posições jurídicas<sup>119</sup>.

Nessa dimensão, os direitos fundamentais contêm disposições definidoras de uma competência negativa do Poder Público que fica obrigado a respeitar o núcleo de liberdade constitucionalmente assegurado. Bem como, há normas que consagram direitos a prestações de índole positiva, tanto prestações fáticas como prestações normativas. De acordo com a lição do jusfilósofo alemão Robert

<sup>117</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p.658.

<sup>118</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p.658.

<sup>119</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p.659.

Alexy<sup>120</sup>, seguida na doutrina portuguesa por Joaquim José Gomes Canotilho<sup>121</sup> e no Brasil replicada por Ingo Wolfgang Sarlet<sup>122</sup>, a fundamentalidade pode ser observada por meio do sentido formal e do sentido material. Enquanto a fundamentalidade formal encontra-se ligada ao simples fato de o direito estar positivado no texto constitucional, a fundamentalidade material, por sua vez, decorre da circunstância de os direitos fundamentais conterem em seu cerne decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade, “de modo especial no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa humana”.

A fundamentalidade formal, portanto, define como direito fundamental tudo o que for regularmente criado por meio de procedimento e da forma constitucionalizada, a depender da vontade do legislador constituinte. Remete-se, dessa forma, ao modelo puramente procedimental embasado na já ultrapassada estrutura formal lógico-dedutiva do positivismo jurídico tradicional, que teve em Hans Kelsen, mais especificamente em sua Teoria Pura do Direito<sup>123</sup>, sua maior expressão. Diante da vagueza da fundamentalidade no sentido formal, alheia aos valores dos bens jurídicos envolvidos e, portanto, ao reconhecimento do conteúdo da norma assim qualificada, nota-se que a definição meramente nominal de um direito fundamental evidencia sua insuficiência diante do atual paradigma pós-positivista do Estado Democrático de Direito<sup>124</sup>.

Abordaremos no subcapítulo em sequência, os direitos fundamentais trabalhistas enquanto direitos de defesa do cidadão, em especial, do trabalhador.

### *2.5.1 Direitos fundamentais enquanto direitos de defesa*

Na condição de direitos de defesa, os direitos fundamentais asseguram a esfera de liberdade individual contra interferências ilegítimas do Poder Público, provenham elas do Executivo, do Legislativo ou, mesmo, do Judiciário.

---

<sup>120</sup> ALEXY, Robert, **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 520.

<sup>121</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes, **Direito constitucional e teoria constitucional**. Coimbra: Almeida, 1993, p. 509.

<sup>122</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 59–60.

<sup>123</sup> KELSEN, Hans, **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 135.

<sup>124</sup> ALMEIDA, Dayse, A Fundamentalidade Dos Direitos Sociais. **Refletindo o Direito**, v. 1, n. 1, p. 40–65, 2006, p. 48.

Se o Estado viola esse princípio, dispõe o indivíduo da correspondente pretensão, que pode consistir, fundamentalmente, em uma: 1) pretensão de abstenção; 2) pretensão de revogação; ou, ainda, em uma 3) pretensão de anulação<sup>125</sup>.

Distinguem-se os direitos fundamentais entre direitos de defesa e direitos sociais prestacionais. Os direitos de defesa visam limitar o poder do Estado para que os direitos fundamentais dos indivíduos não sejam violados. Já os direitos sociais, enquanto direitos prestacionais, exigem uma posição ativa do Estado, na esfera econômica e social, no sentido da sua concretização<sup>126</sup>.

A tendência contemporânea é distinguir duas funções ou dimensões centrais dos direitos fundamentais que não devem ser confundidas categorias de Direitos fundamentais.

Trata-se das funções subjetiva (ou função clássica) e objetiva. Direitos fundamentais podem ser considerados, então, sob uma perspectiva objetiva e, também, subjetiva. São subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva.

Dentro de uma perspectiva subjetiva, os direitos fundamentais outorgam aos seus titulares a possibilidade de fazer valer os seus interesses em face do Estado, pessoas físicas e jurídicas<sup>127</sup>.

Os direitos de defesa ou de liberdade legitimam ainda duas outras pretensões adicionais: 4) pretensão de consideração que impõe ao Estado o dever de levar em conta a situação do eventual afetado, fazendo as devidas ponderações; e 5) pretensão de defesa ou de proteção, que impõe ao Estado, nos casos extremos, o dever de agir contra terceiros<sup>128</sup>.

Em sua origem, os direitos fundamentais constituem uma defesa do indivíduo contra o poder absoluto do Estado e de afirmação da liberdade pessoal e do direito de propriedade.

Para tanto, outorga ao indivíduo um direito subjetivo que lhe permite evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo

---

<sup>125</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p.659.

<sup>126</sup> WEDY, Gabriel, **Desenvolvimento sustentável na era das mudanças climáticas**: um direito fundamental. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 173.

<sup>127</sup> WEDY, Gabriel, **Desenvolvimento sustentável na era das mudanças climáticas**: um direito fundamental. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 173.

<sup>128</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 659/660.



a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal<sup>129</sup>.

*Analisando as posições jurídicas fundamentais que integram os direitos de defesa, importa consignar que estes não se limitam às liberdades e igualdades (direito geral de liberdade e igualdade, bem como suas concretizações), abrangendo, ainda, as mais diversas posições jurídicas que os direitos fundamentais intentam proteger contra ingerências dos poderes públicos e também contra abusos de entidades particulares, de forma que se cuida em garantir a livre manifestação da personalidade, assegurando uma esfera de autodeterminação do indivíduo<sup>130</sup>.*

Tendo o indivíduo o seu direito subjetivo contra a violação do Estado, será apreciado no capítulo seguinte quais os destinatários dos direitos sociais trabalhistas.

## **2.6 Titularidades e destinatários dos direitos sociais e trabalhistas**

Toda pessoa é capaz de direitos e obrigações. Assim, toda pessoa pode ser titular de direitos sociais, o que não significa a inexistência de restrições, como aquelas impostas em função de específicas condições do titular do direito (caso dos direitos dos trabalhadores, dirigidos a determinado grupo de pessoas) ou em decorrência de condicionamentos fáticos e jurídicos contrapostos à eficácia dos próprios direitos sociais.

Segundo o princípio da universalidade, todas as pessoas são, na condição de pessoas humanas, titulares dos direitos constitucionais sociais e trabalhistas.

Quanto à titularidade, os direitos sociais não se confundem com a figura dos direitos coletivos, pelo menos não podem ser identificados apenas com a figura de direitos coletivos.

A partir justamente da dimensão sempre em primeira linha individual da dignidade da pessoa humana e do próprio mínimo existencial, os direitos sociais têm por titular a pessoa individual, o que, todavia, não afasta uma dimensão transindividual, conforme, aliás, também tem sido destacado em diversas

---

<sup>129</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 659/660.

<sup>130</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 660.

decisões do STF, especialmente, mas não exclusivamente, no caso do direito à saúde<sup>131</sup>.

Quanto aos destinatários, os direitos sociais vinculam e obrigam os órgãos estatais, tanto no sentido de promover o direito social (dimensão positiva), como evitar a redução do mesmo (dimensão negativa).

Ainda no tocante aos destinatários das normas de direitos sociais, conquanto se admita que as normas de direitos sociais incidam nas relações entre particulares, doutrina e jurisprudência ainda debatem se realmente há uma vinculação e, em caso afirmativo, como esta opera, notadamente quando se cuida da dimensão positiva dos direitos sociais, compreendidos como direitos a prestações<sup>132</sup>.

As dimensões negativa (defensiva) e positiva (prestacional) dos direitos fundamentais sociais, geram efeitos também nas relações entre particulares.

Segundo Ingo Sarlet:

*Nesse sentido, na primeira ocasião em que tivemos a oportunidade de nos pronunciar a respeito, restou consignado que todos os direitos fundamentais, inclusive de cunho prestacional, 'são [...] eficazes (vinculantes) no âmbito das relações entre particulares, inexistindo, em princípio, distinção entre os direitos de cunho defensivo e os prestacionais, em que pese o seu objeto diverso e a circunstância de que os direitos fundamentais do último grupo possam até vincular, na condição de obrigado em primeira linha, os órgãos estatais'<sup>133</sup>.*

Para efeitos de uma possível eficácia direta dos direitos sociais nas relações entre particulares, deve-se destacar a figura do mínimo existencial, como importante critério material a ser aplicado.

*'Se uma eficácia 'prestacional' já é possível até mesmo fora do âmbito do que tem sido considerado o mínimo existencial (poder-se-á aqui citar o exemplo atual da disponibilização, ainda que cogente, por imposta pelo Poder Público, de vagas – portanto, de um acesso a prestações no campo do direito à educação também por instituições particulares de ensino superior), o que não dizer quando estiverem em causa prestações indispensáveis à satisfação das condições mínimas para uma vida com dignidade,*

<sup>131</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, p. 631.

<sup>132</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, p. 632.

<sup>133</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, p. 633.

*com apoio também – mas como argumento adicional tão somente! – no princípio da solidariedade, que, à evidência, não vincula apenas aos órgãos estatais, mas a sociedade como um todo*<sup>134</sup>.

No caso dos direitos constitucionais trabalhistas, como o próprio art. 7º da Constituição Federal estabelece, eles são destinados aos trabalhadores urbanos e rurais.

Estando estabelecidos os destinatários das normas, abordaremos no item seguinte a efetividade das normas.

## **2.7 A efetividade das normas de direitos sociais trabalhistas**

Os direitos sociais, na condição de direitos fundamentais, estão sujeitos ao regime do art. 5.º, § 1.º, da CF, ou seja, de que também as normas constitucionais que enunciam direitos sociais são normas diretamente (imediatamente) aplicáveis.

Porém, tais prestações dependem de políticas públicas e de orçamento capaz de satisfazê-las, o que nem sempre é possível ou praticado pelos Governos.

Daí se verifica uma série de questionamentos sobre a prestação destes direitos, como veremos a seguir.

### *2.7.1 Direitos sociais como direitos a prestações*

Os Direitos Sociais, na sua dimensão positiva, são considerados como direitos subjetivos de prestações estatais e são tidos como de eficácia plena em sua noção de normas de direitos fundamentais.

Não podem os direitos sociais ter sua eficácia e efetividade, mesmo como direitos a prestações, condicionadas por uma interposição legislativa, cuidando-se, nesta perspectiva, também de autênticos trunfos contra a maioria.

*Assim, também para os direitos sociais, por força do disposto no art. 5.º, § 1.º, da CF, vale a premissa de que não é possível reduzir as normas que os consagram a normas programáticas, de*

---

<sup>134</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, p. 633.

*eficácia diferida, dependente sempre e integralmente da atuação complementar do legislador infraconstitucional*<sup>135</sup>.

O problema da exigibilidade dos direitos sociais resulta na necessidade de avaliar em que medida é possível, por intermédio do Poder Judiciário, impor ao Poder Público uma prestação diretamente fundada na Constituição. Ou seja, busca-se a exigibilidade dos direitos sociais na condição de direitos originários a prestações, não previamente assegurada por lei infraconstitucional mas na Constituição.

Portanto, caberia ao Poder Judiciário impor ao Poder Público uma prestação que não pode ser reconduzida a uma prévia opção legislativa ou mesmo a uma política pública ou medida administrativa incorporada ao sistema de políticas públicas.

Para Ingo Sarlet<sup>136</sup>, a objeção mais comum ao argumento de que as normas de direitos sociais, especialmente na sua condição de direitos a prestações, seriam normas de cunho meramente programático mas não cogentes. Tais prestações não poderiam sem prévia manifestação legislativa servir de fundamento para a dedução direta da Constituição de deveres cogentes de prestação por parte do Estado e um correspondente direito originário a prestação, sob pena de usurpação da atividade legislativa.

Deve ser considerada a “reserva do possível”, com a dimensão economicamente relevante dos direitos sociais e os custos dos mesmos, tanto econômicos como políticos.

*Conquanto se reconheça que todos os direitos sempre acarretam ‘custos’ para sua efetivação e proteção, sejam direitos civis, sejam direitos políticos ou sociais, o fato é que, em termos de exigibilidade judicial, o apontado ‘fator custo’ nunca constituiu elemento impeditivo de efetivação da dimensão negativa (função de defesa) dos direitos sociais, pelo menos não no sentido de se advogar a impossibilidade de provimento judicial com base nos direitos civis e políticos, pelo menos quando não em causa pretensões de objeto positivo, ou seja, implicando prestações estatais*<sup>137</sup>.

<sup>135</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, p. 631.

<sup>136</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, p. 636.

<sup>137</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, p. 638.

Para Ingo Sarlet<sup>138</sup>, o “custo<sup>139</sup>” das prestações materiais assume uma importância na análise da eficácia e efetividade dos direitos sociais na condição de direitos a prestações pois se a alocação de recursos públicos é sempre necessária para assegurar o fornecimento das prestações materiais, a efetividade dos direitos sociais se mostraria então dependente da conjuntura econômica, o que deslocaria o debate para o problema da possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário impor aos demais atores estatais a satisfação das prestações reclamadas.

A assim chamada limitação da reserva do possível abarca uma série de aspectos, de cunho fático e jurídico.

*Em vista tanto da dimensão fática, quando da faceta jurídica da ‘reserva do possível’, passou-se a sustentar que os direitos sociais a prestações materiais estariam sob uma ‘reserva do possível’, caracterizada por uma triplíce dimensão, a saber: (a) a real disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos sociais; (b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, e, em países como o Brasil, ainda reclama equacionamento em termos de sistema federativo; e (c) o problema da proporcionalidade da prestação, em especial quanto à sua exigibilidade e razoabilidade, no que concerne à perspectiva própria e peculiar do titular do direito<sup>140</sup>.*

Por tudo isso, é possível sustentar a existência de uma obrigação, por parte dos órgãos estatais e dos agentes políticos, de maximizarem os recursos e minimizarem o impacto da reserva do possível, naquilo que serve de obstáculo à efetividade dos direitos sociais.

Além da efetividade, um dos pontos centrais na discussão sobre a classificação dos direitos constitucionais trabalhistas repousa na hipótese deles serem protegidos como cláusulas pétreas da Constituição.

---

<sup>138</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, p. 638.

<sup>139</sup> Sobre custos dos direitos, ver: HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass Robert, **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. 1ª. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

<sup>140</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, p. 639.

## 2.8 Direitos constitucionais trabalhistas e as cláusulas pétreas

Sendo os Direitos Trabalhistas previstos na Constituição como Direitos Fundamentais, surge a questão da incidência do § 4º, do art. 60, da Constituição e se esta se aplica apenas aos “direitos e garantias individuais”, ou se também os direitos sociais (e trabalhistas) estariam na esfera de proteção das denominadas “cláusulas pétreas”.

Uma primeira corrente interpreta restritivamente esse dispositivo constitucional, de forma a negar que os direitos sociais e por conseguinte, os direitos trabalhistas participem do rol dos limites materiais ao poder de reforma da Constituição.

Para os que sustentam a interpretação, literal, restritiva, tal como Octávio Bueno Magano, caso o Poder Constituinte Originário desejasse inserir, também os direitos sociais, econômicos e culturais e trabalhistas, na abrangência das “cláusulas pétreas”, o teria feito, nomeando expressamente esses direitos, não só no rol do art. 60, como em qualquer outro dispositivo da Constituição, razão pela qual não cabe agora ao intérprete extensivamente fazê-lo para agregar aos “direitos e garantias individuais” (*inciso IV, do art. 60*)<sup>141</sup>.

Nesse contexto, Maurício Antonio Ribeiro Lopes leciona que não deve ser confundida as expressões “direitos individuais” com “direitos coletivos”, embora admita que os direitos da nacionalidade, artigos. 12 e 13, e os direitos políticos, artigos 14 a 16, todos da Constituição, devem integrar as “cláusulas pétreas”, em razão de sua estreita ligação com os princípios fundamentais do Título I, da Constituição, em especial os princípios: democrático, da soberania popular e do pluralismo político<sup>142</sup>.

Ainda nessa linha argumentativa, conforme Gustavo Just da Costa e Silva há uma dualidade entre “direitos individuais” e “direitos sociais”, que nada apresentam de comum, no que diz respeito à titularidade, além de pertencerem a diferentes estágios da formação histórica dos direitos fundamentais: os primeiros se vinculam aos direitos de liberdade, de cunho liberal individualista, de dimensão

---

<sup>141</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, p. 431.

<sup>142</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro, **Poder constituinte reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira**. São Paulo: RT Editora, 1993. p. 182.

negativa, enquanto que os direitos sociais se ligam ao Estado social, de cunho solidário, de dimensão positiva<sup>143</sup>.

Outra corrente interpreta extensivamente o § 4º, do art. 60, da Constituição, para incluir os direitos sociais no rol das “*cláusulas pétreas*”. Nesse sentido, Paulo Bonavides argui, acerca da latitude e densidade normativa da expressão “os direitos e garantias individuais” (artigo 60, IV, C.F.), em face dos direitos sociais, ser

*anacrônica, obsoleta, regressiva e incompatível com o espírito da Constituição e a sistemática de sua unidade, arvorada em princípio, toda interpretação pertinente à inalterabilidade, por via de emenda, dos direitos e garantias individuais com base unicamente nos valores e princípios que outrora regiam, legitimavam e norteavam os conceitos da velha corrente liberal*<sup>144</sup>.

Também observa Paulo Bonavides, que a interpretação do inciso IV, do § 4º, do art. 60, da Constituição deve estar de acordo com a nova hermenêutica constitucional, que inter-relaciona texto e realidade fática, de modo a concretizar a norma, dar materialidade, uma vez que o verdadeiro sentido da norma não se encontra fixada de modo objetivo no seu texto, mas depende fundamentalmente do resultado da interpretação, que não despreza argumentos psíquicos, sociais, históricos, antropológicos, culturais e políticos. A nova interpretação constitucional é avessa à racionalidade da lógica cartesiana, formal-dedutiva, do positivismo jurídico que não admite conexão entre o Direito, a moral e a política, e que apenas serve a um modelo de sociedade baseada na ideologia liberal-individualista. Desse modo, escreve Bonavides<sup>145</sup>:

*A nova hermenêutica constitucional se desataria de seus vínculos com os fundamentos e princípios do Estado democrático de Direito se os relegasse ao território das chamadas normas-programáticas [...] Sem a concretização dos direitos sociais não se poderá alcançar jamais ‘a Sociedade livre, justa e solidária’, contemplada constitucionalmente como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º) [...] Em obediência aos princípios fundamentais que emergem do Título I da Lei Maior, faz-se mister, em boa doutrina, interpretar a garantia*

<sup>143</sup> SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Os limites da reforma constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 124.

<sup>144</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 641.

<sup>145</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 641-642.

*dos direitos sociais como cláusula pétrea [...] Tanto a lei ordinária como a emenda à Constituição que afetarem, abolirem ou suprimirem a essência protetora dos direitos sociais [...] padecem irremediavelmente da eiva de inconstitucionalidade.*

Ainda na defesa dos direitos sociais, como autênticos limites materiais implícitos da reforma constitucional, Ingo Sarlet afirma que ao se interpretar literalmente a norma contida no art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição, para abranger apenas os “direitos e garantias individuais” se teria que reconhecer que os demais direitos constitucionais como o direito de nacionalidade (artigos. 12 e 13), direitos políticos (artigos. 14 a 17) e os direitos essenciais de participação política, não estritamente individuais, como o direito sindical (art. 8º) e o direito de greve (art. 9º), além do mandado de segurança coletivo não compartilhariam da sólida proteção constitucional<sup>146</sup>.

Também realça Ingo Sarlet, que a inclusão dos direitos sociais no rol das “cláusulas pétreas” se justifica, tal como entende Bonavides, pela identidade da ordem constitucional, pelo momento político original do legislador constituinte de 1988, que logo no Preâmbulo da Constituição fez referência a um “Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais”. Outro argumento utilizado por Sarlet, diz respeito ao fato de todos os direitos fundamentais consagrados na Constituição serem, na verdade, direitos de titularidade individual, ainda que alguns assumam uma expressão coletiva, pois é o indivíduo que tem direito ao voto, à saúde, à educação, à moradia. Além do mais, sendo a função precípua das “cláusulas pétreas” impedir a destruição dos elementos essenciais da Constituição e a abolição dos direitos sociais, acabaria por redundar na própria ruína da identidade constitucional e na agressão de princípios como a dignidade da pessoa humana e do Estado democrático e social de Direito, em contraposição com a finalidade das “cláusulas pétreas”<sup>147</sup>.

Um terceiro publicista, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, também defende uma interpretação sistemática, para que a norma do art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição possa abranger os direitos sociais, ao argumento de que o espírito que norteou o legislador constituinte de 1988 foi de proteger indistintamente e

<sup>146</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. p. 431.

<sup>147</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.. p. 432-435.



igualmente, todos os direitos fundamentais, tanto de defesa, de primeira geração, quanto os sociais, de segunda geração<sup>148</sup>.

Na doutrina portuguesa, Jorge Miranda<sup>149</sup>, referindo-se à Constituição da República Portuguesa, especificamente em relação aos “*Limites materiais de revisão*”, pertinentes aos direitos econômicos, sociais e culturais, expressos no art. 290, alínea “e”, da Constituição (“*os direitos dos trabalhadores, das comissões de trabalhadores e das associações sindicais*”), lembra, em face do art. 16º, nº 2 (“*Âmbito e sentido dos direitos fundamentais*”), que

os direitos econômicos, sociais e culturais previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem podem considerar-se identicamente limites materiais de revisão constitucional embora implícitos. E o mesmo se diga, mais amplamente, do princípio de democracia econômica, social e cultural (art. 2º).

Assim, no âmbito do direito português, que pode muito bem servir de referência para o sistema pátrio, uma vez que a Constituição de Portugal, em seu art. 16, nº 2, determina que: “*os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem*”, que a seu turno, consagram o direito à segurança social (artigos. 22 e 25 da Declaração Universal), o direito ao trabalho (artigo. 23), o direito ao repouso e ao lazer (artigo. 24), o direito à proteção da saúde (artigo. 25), o direito à habitação (artigo. 25), o direito à alimentação (artigo. 25), o direito à educação (artigo. 26), o direito à cultura (artigo. 27). Portanto, em sintonia com as lições de Jorge Miranda, pelo menos em relação ao direito constitucional lusitano, tais direitos devem ser considerados implicitamente “*clausulas pétreas*”.

No capítulo seguinte, iremos tratar da questão da reserva do possível e do mínimo existencial, pois ambos institutos resultam em diminuição do alcance dos direitos constitucionais trabalhistas.

---

<sup>148</sup> FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 97–98.

<sup>149</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 401–402.

## 2.9 NORMAS INTERNACIONAIS ACERCA DOS DIREITOS SOCIAIS

Além da proteção no direito interno dos Direito Sociais Trabalhistas, há também importantes instrumentos internacionais de proteção ao direito dos trabalhadores.

Para Rothemburg<sup>150</sup>, no âmbito internacional, prevalece a expressão "direitos econômicos, sociais e culturais", enquanto a expressão "direitos sociais" é mais utilizada no âmbito interno (constitucional).

Dentre os instrumentos normativos internacionais mais relevantes para os Direitos Sociais, a referência maior é a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Carta das Nações Unidas.

### 2.9.1 Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Carta das Nações Unidas

A Carta das Nações Unidas, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência da Organização Internacional das Nações Unidas, entrou em vigor no Brasil por força do Decreto n. 19.841, de 22 de outubro de 1945. Já no preâmbulo, a referida Carta traz como um dos seus objetivos "promove o progresso social e melhores condições de vida" (art. 55, a). Com a Carta das Nações Unidas, inaugurou-se, no plano internacional, a proteção aos direitos sociais.

Flávio Martins<sup>151</sup> cita Flávia Piovesan afirmando:

*a criação das Nações Unidas, com suas agências especializadas, demarca o surgimento de uma nova ordem internacional que instaura um novo modelo de conduta nas relações internacionais, com preocupações que incluem a manutenção de paz e segurança internacional, o desenvolvimento de relações amistosas entre os Estados, a adoção da cooperação internacional no plano econômico, social e cultural, a adoção de um padrão internacional de saúde, a proteção ao meio ambiente, a criação de uma nova ordem econômica internacional e a proteção internacional dos direitos humanos.*

Ma mesma evolução legislativa internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10

<sup>150</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos sociais são direitos fundamentais**: simples assim. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 317.

<sup>151</sup> MARTINS, Flávio. **Direitos sociais em tempo de crise econômica**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 36.

de dezembro de 1948, nas palavras de Catarina Botelho<sup>152</sup>, "foi um dos primeiros diplomas internacionais a aglomerar, num único dispositivo normativo, direitos e liberdades clássicas juntamente com direitos sociais".

A Declaração Universal dos Direitos Humanos é um dos primeiros diplomas internacionais a aglomerar num único dispositivo normativo, direitos e liberdades clássicas juntamente com direitos sociais em uma ótica de contextualização e complementaridade, não adotando critérios de classificação que tendam a articular de modo distinto as duas categorias.

A Carta das Nações Unidas determina a importância de defender, promover e respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais, mas ela não define o conteúdo dessas expressões, deixando-as em aberto. Daí o desafio de desvendar o alcance e significado da expressão "direitos humanos e liberdades fundamentais", não definida pela Carta. Três anos após o advento da Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, veio a definir com precisão o elenco dos "direitos humanos e liberdades fundamentais" a que fazia menção os arts. 1, 13, 55, 56 e 62 da Carta".

A partir do artigo 22, a referida Declaração previu alguns direitos sociais, como segurança social, direito ao trabalho, condições razoáveis de trabalho, saúde, educação e alimentação e moradia.

### *2.9.2 A proteção do direito internacional regional*

Além do sistema global de proteção dos direitos humanos, foram criados sistemas regionais de proteção nos continentes, como o sistema europeu, o americano e o africano, cada qual com o escopo de zelar pela efetividade dos direitos previstos nas das em cada continente (na Europa, 1950; na América, em 1969 na África, em 1981<sup>153</sup>). Flávio Martins cita Hélio Bicudo que refere que "os sistema de promoção e proteção dos Direitos Humanos foram de instituídos à medida que os Estados dos continentes europeus, americano e africano

---

<sup>152</sup> MARTINS, Flávio. **Direitos sociais em tempo de crise econômica**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 37.

<sup>153</sup> MARTINS, Flávio. **Direitos sociais em tempo de crise econômica**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 62.

assumiam a relevância dos direitos humanos, como fundamento para a construção e a sobrevivência de um Estado Democrático<sup>154</sup>”.

### 2.9.3 A Convenção Americana de Direitos Humanos

A Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica de 1969, contém, ao lado dos direitos civis e políticos (Capítulo II), os direitos econômicos, sociais e culturais (Capítulo III), estes previstos genericamente em um único artigo:

*Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados<sup>155</sup>.*

O sistema interamericano também conta com o Protocolo de São Salvador (Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), que procura dotar a Convenção Americana de mecanismos que visem a implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais, tais como relatorias, observações, recomendações e petições ou comunicações individuais - reservadas estas, contudo, apenas aos direitos à associação liberdade sindical e à educação<sup>156</sup>; a essas duas situações aplica-se, portanto, o mecanismo das petições individuais.

### 2.9.4 Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais

A Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (1950) não se ocupa de direitos econômicos, sociais e culturais,

<sup>154</sup> MARTINS, Flávio. **Direitos sociais em tempo de crise econômica**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 62.

<sup>155</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos sociais são direitos fundamentais**: simples assim. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 335.

<sup>156</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos sociais são direitos fundamentais**: simples assim. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 335.

sendo complementar uma Carta Social Europeia (1961), que, todavia, é ratificada por um número bem menor de Estados e oferece uma proteção mais fraca aos direitos que menciona (dentre eles, o direito ao trabalho, o direito à proteção social, o direito à assistência social e médica - relação que foi ampliada por protocolos e inclui o direito à educação e a proibição à discriminação por incapacidade física ou mental, orientação sexual ou idade).

Um protocolo adicional foi oferecido à Carta Social em 1995 (mas com vigência somente em 2007), com a previsão de petições coletivas que permitem "as organizações (ONG, organizações internacionais de comércio/trabalhadores, representativas de parceiros sociais) submeterem queixas e assim iniciarem um procedimento de supervisão<sup>157</sup>".

---

<sup>157</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos sociais são direitos fundamentais**: simples assim. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 322.

### 3 RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL

Neste capítulo será analisada a questão da reserva do possível e o mínimo existencial aplicados aos direitos trabalhistas constitucionais, pois estes atuam como limitadores do direito.

Os direitos a prestação possuem uma dimensão econômica também, pois são satisfeitos segundo as conjunturas econômicas, de acordo com as disponibilidades do momento, na forma prevista pelo legislador infraconstitucional.

Daí se depreende que esses direitos estão submetidos à reserva do possível, pois são praticados conforme as disponibilidades materiais do Estado.

A escassez de recursos econômicos implica a necessidade de o Estado realizar opções de alocação de verbas, conforme o orçamento disponível, notadamente em momento de crise como o atual, com demandas gigantescas e arrecadação reduzida pela inatividade econômica de muitos setores.

Katharine Young<sup>158</sup> coloca que direitos econômicos e sociais são interesses e reivindicações feitas, em condições de pluralismo. As sociedades modernas são heterogêneas e as instituições legais devem lidar com fontes de significado abertamente contestadas.

Nessas sociedades, é inevitável uma pluralidade de idiomas concorrentes para articular reivindicações de justiça. Mesmo os direitos, eles próprios apenas um subconjunto de muitas respostas discursivas e conceituais à má distribuição, ao mau reconhecimento e às alegações de injustiça, contêm uma pluralidade de significados.

Uma resposta a esse pluralismo é negar direitos como abstrações vazias e rejeitar reivindicações de injustiça como meras interpretações subjetivas ou percepções intuitivas. Uma segunda resposta é entender os direitos como as articulações intersubjetivas da injustiça, a serem avaliadas e interpretadas de acordo com critérios de razoabilidade e consenso.

*Economic and social rights are interests held, and claims made, in conditions of pluralism. Modern societies are heterogeneous and legal institutions must contend with openly contested sources of meaning. In such societies, a plurality of competing idioms for articulating justice claims is inevitable. Even rights, themselves just*

---

<sup>158</sup> YOUNG, Katharine G. **Constituting economic and social rights**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 65/66.

*one sub-set of many discursive and conceptual responses to maldistribution, misrecognition, and the claims of injustice, contain a plurality of meanings.*

*One response to such pluralism is to disavow rights as empty abstractions, and to reject claims of injustice as merely subjective interpretations or intuitive perceptions. A second response is to understand rights as the intersubjective articulations of injustice, to be assessed and interpreted against criteria of reasonableness and consensus. This approach invites, not paralysis (arguably an inevitable attitude of the first response), but engagement with law. Indeed, I argue that a framework for understanding what makes law binding within a community helps us to understand what makes economic and social rights meaningful at all.*

Estando ligado ao caráter econômico, praticado pelo Poder Executivo, o alcance dos direitos possui forte ligação com a decisão política vigente no momento.

Um Estado mais Liberal tende a limitar este alcance, enquanto um Estado Social, via de regra, vai proporcionar mais efetividade aos Direitos Sociais, alocando mais verbas nesta rubrica orçamentária.

Para Gilmar Mendes, a exigência de satisfação desses direitos é mediada pela ponderação, a cargo do legislador, dos interesses envolvidos, observado o estágio de desenvolvimento da sociedade<sup>159</sup>.

Não tendo a Constituição sido taxativa sobre as opções de alocação de recursos, essas decisões devem ficar a cargo de órgão político, legitimado pela representação popular.

Essa legitimação popular assume importância, uma vez que a realização dos direitos sociais implica, necessariamente, privilegiar um bem jurídico sobre outro, buscando concretizá-lo com prioridade sobre outros, favorecendo um direito sobre outro e um segmento social em desfavor de outro.

A efetivação desses direitos implica favorecer segmentos da população, por meio de decisões que cobram procedimento democrático para serem legitimamente formadas.

Para Gilmar Mendes<sup>160</sup>, a satisfação desses direitos é deixada, no regime democrático, primacialmente, ao critério do legislador.

<sup>159</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 666.

<sup>160</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 667.

Não cabe, em princípio, ao Judiciário extrair direitos subjetivos das normas constitucionais que cogitam de direitos não originários a prestação.

O direito subjetivo pressupõe que as prestações materiais já tenham sido precisadas e delimitadas – tarefa própria de órgão político, e não judicial. Compreende-se, assim, que, por exemplo, do direito ao trabalho (art. 6º da Constituição) não se deduza um direito subjetivo do desempregado, exigível em juízo, a que o Estado lhe proporcione uma posição profissional.

Assim, os direitos sociais só existem quando as leis e as políticas sociais os garantirem.

O direito ao trabalho (art. 6º) exige uma política estatal que garanta a criação de empregos.

O direito à educação (art. 205 c/c o art. 6º), o direito à assistência social (art. 203 c/c o art. 6º) e à previdência social (art. 201 c/c o art. 6º) dependem da satisfação de uma série de pressupostos de índole econômica, política e jurídica. A submissão dessas posições a regras jurídicas opera um fenômeno de transmutação, convertendo situações tradicionalmente consideradas de natureza política em situações jurídicas.

Porém, os direitos constitucionais trabalhistas previstos no art. 7º<sup>161</sup> da Constituição Federal apresentam uma dupla característica, dependendo em parte

---

<sup>161</sup> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;

III - fundo de garantia do tempo de serviço;

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;

VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;

IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;

XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei;

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;



da atuação estatal para sua criação e regulação (atividade legislativa), sendo que o verdadeiro custo dos mesmos (pagamento de salário, estabilidade, prevenção de riscos do ambiente do trabalho) acarretariam custo ao empregador (ente privado) e não ao Estado, a priori.

Assim, no subcapítulo seguinte iremos tratar da reserva do possível e custos dos direitos trabalhistas.

### 3.1 A reserva do possível e o custo dos direitos trabalhistas

A reserva do possível suscita o complexo de condições de viabilidade prática (condições de possibilidade) de um direito fundamental e apresenta-se com maior evidência - mas não com exclusividade - em relação à dimensão prestacional dos direitos. Quando um direito carece de prestações para ser exercido, as condições para a realização dessas prestações precisam estar presentes.

- 
- XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;
  - XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;
  - XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
  - XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;
  - XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;
  - XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;
  - XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;
  - XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;
  - XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;
  - XXIV - aposentadoria;
  - XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas;
  - XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;
  - XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei;
  - XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;
  - XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;
  - XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;
  - XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;
  - XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

Conforme esse argumento, a configuração do direito subjetivo "à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos"<sup>162</sup>.

O Tribunal Constitucional Federal alemão assentou que a reserva do possível é "aquilo que o particular pode razoavelmente reclamar da sociedade", segundo Walter Rothenburg, citando Ingo Sarlet<sup>163</sup>.

Segundo o autor, na formulação da doutrina germânica, trata-se de uma perspectiva realista que considera a "capacidade real de prestação do Estado, ou seja, "existe um limite extremo aos desejos de prestações sociais na capacidade financeira do Estado".

Portanto, é preciso avaliar não apenas a existência e disponibilidade de recursos, mas ainda a proporcionalidade e a razoabilidade da alocação em determinado contexto.

Esta ponderação depende de vários fatores, não sendo uma lista fechada ou ordem absoluta, mas envolve normas, técnicas, dinheiro, clima, geografia. Mas é quase sempre a condições econômicas que se faz referência: a reserva do financeiramente possível.

O argumento da reserva do possível costuma ser articulado como objeção à concretização de direitos sociais e, embora suscite o problema real da escassez de recursos, não deve ser prisioneiro do preconceito de que os direitos sociais têm consequências financeiras incalculáveis.

Nesse caso, esse fenômeno consistirá em restrição constitucional não expressamente prevista, decorrente de uma reserva geral imanente de ponderação.

Apresentar um direito sob o prisma das dificuldades de sua implementação pode consistir num desvio de ótica e isso é marcante no âmbito econômico. Segundo tal perspectiva, os direitos teriam um custo a suportar, o que pressupõe sacrifício. Mas é possível focar sob outro prisma, mais otimista, isto é, acentuar o ganho econômico gerado pelos direitos, que podem, assim, ser apresentados como investimento a gerar vantagens.

---

<sup>162</sup> ROTHENBURG, Walther Claudius. **Direitos sociais são direitos fundamentais: simples assim**. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 97.

<sup>163</sup> ROTHENBURG, Walther Claudius. **Direitos sociais são direitos fundamentais: simples assim**. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 97.

Nesse sentido, Walter Rothenburg cita Ferrajoli que assevera que, embora haja custos para os direitos sociais, "custa muito mais o estado de indignância provocado pela sua ausência" e, mais do que isso, os direitos sociais promovem "a capacidade produtiva das pessoas"<sup>164</sup>.

Alega-se que os países economicamente menos desenvolvidos não teriam condições estruturais para atender os direitos sociais. O argumento vale em geral onde houver carência de recursos, como nas relações entre particulares (empresas que não conseguem assegurar condições adequadas de trabalho; famílias que não têm condições de proporcionar educação aos menores, por exemplo).

Walter Rothenburg cita Robert Alexy ao afirmar que "o princípio das possibilidades financeiras é o argumento mais importante para a limitação dos direitos sociais"<sup>165</sup>.

Todavia, essa é uma circunstância comum aos direitos em geral, não sendo exclusiva dos direitos sociais. Permitido seja repetir o exemplo ao direito de expressão, que pode requerer acessibilidade (como as pessoas com deficiência auditiva ou visual), inclusive no tocante aos meios de comunicação social (no caso das minorias culturais); e o exemplo do direito de locomoção (transporte coletivo em grandes cidades).

Por outro lado, se um direito não apresenta uma demanda prestacional (como o direito à alimentação e à moradia por quem não tenha problemas em satisfazê-los por sua conta), não há problema em relação a seu custo, ou seja, algumas dimensões dos direitos sociais não têm custo.

Contextos de conforto material e alto nível socioeconômico, como os existentes em países ricos, não costumam apresentar graves desafios de efetivação de direitos fundamentais. Mesmo então, todavia, é importante que os direitos fundamentais estejam previstos no Direito, justamente para serem sempre assegurados. Mas onde os direitos fundamentais têm dificuldades práticas de implementação é que ressalta a importância de sua previsão. Afinal, uma das características do Direito é a contrafaticidade, no sentido de que as normas jurídicas possuem validade mesmo contrariando a realidade e suas tendências,

---

<sup>164</sup> ROTHENBURG, Walther Claudius. **Direitos sociais são direitos fundamentais**: simples assim. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 98.

<sup>165</sup> ROTHENBURG, Walther Claudius. **Direitos sociais são direitos fundamentais**: simples assim. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 99.

ou seja, “a norma continua válida mesmo quando está sendo violada”, pois pode ser que ela pretenda exprimir um dever ser que objetiva mudar a realidade social, transformar o comportamento dos homens e as relações sociais<sup>166</sup>”.

Contudo, a inexistência atual de condições efetivas para a realização de direitos fundamentais muitas vezes não significa que essas condições não possam ser disponibilizadas, mas apenas que não o foram até então.

Pode ser esse o caso da ausência de recursos. Rothenburg cita Amartya Sen que aponta a fome como exemplo, ou seja, a não satisfação do direito fundamental à alimentação, raramente foi causada pela absoluta falta de alimentos e sim pela incapacidade de disponibilizá-los adequadamente<sup>167</sup>. Ou seja, não há carência de alimentos, mas há deficiência na forma de distribuição dos mesmos.

Por conseguinte, o custo dos direitos e as prestações de que eles necessitem, não deve ser considerado aspecto constitutivo dos direitos e sim fator externo que obsta sua realização.

De acordo com Jorge Reis Novais, quando se aprecia a proporcionalidade de uma intervenção estatal, avalia-se a relação entre o bem que se pretende proteger ou prosseguir com a restrição e o bem jusfundamentalmente protegido que resulta, em consequência, desvantajosamente afetado, de maneira que a observância ou a violação da proporcionalidade serão determinadas a partir da aferição da medida em que essa relação é considerada justa, adequada, razoável, proporcional. Com efeito, trata-se de apreciar o desvalor do sacrifício imposto à liberdade, quando comparado com o valor do bem que se pretende atingir.<sup>168</sup>

No dizer de Ana Carolina Lopes Olsen, também citada por Rothenburg<sup>169</sup>, “a reserva do possível é exterior ao direito, que não determina seu conteúdo, não influencia na sua existência jurídica (no sentido de vigência), mas pode, eventualmente, comprometer a sua eficácia”.

---

<sup>166</sup> ROTHENBURG, Walther Claudius. **Direitos sociais são direitos fundamentais**: simples assim. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 99.

<sup>167</sup> ROTHENBURG, Walther Claudius. **Direitos sociais são direitos fundamentais**: simples assim. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 100.

<sup>168</sup> NOVAIS, J. R. **Princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 181.

<sup>169</sup> ROTHENBURG, Walther Claudius. **Direitos sociais são direitos fundamentais**: simples assim. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 102.

Também Marlon A. Weichert é citado por Rothenburg<sup>170</sup> que observa que a falta de recursos é uma situação fática que impede a implementação do direito e, assim, "dispensa o Poder Público da responsabilidade pelo inadimplemento do direito fundamental social, mas não impede de reconhecer sua frustração. Seria uma cláusula de inexigibilidade de cumprimento do dever constitucional".

Meios adequados para arcar com os custos e realizar as prestações devidas são modos de cumprimento das respectivas normas jurídicas. Nesse caso, esse fenômeno consistirá em restrição constitucional não expressamente prevista, decorrente de uma reserva geral imanente de ponderação<sup>171</sup>.

Entretanto, no momento em que se permite ao arbítrio do Estado a implementação e efetividade dos Direitos Sociais, a efetivação dos direitos passam a depender do viés ideológico do governo em exercício.

Assim como os direitos em geral, e não apenas os direitos sociais trabalhistas, estão sujeitos à reserva do possível, afirma-se que os direitos têm custos.

Rothenburg cita Cass Sunstein que ressalta esse aspecto custoso dos direitos e enfatizam que, ao contrário do que tem sido disseminado, o custo não é uma implicação de determinados direitos (sociais, prestacionais) e sim uma característica de todos eles: "Direitos não podem ser protegidos ou assegurados sem financiamento e suporte público", sendo que ocultar esse fato representa um "tabu cultural"<sup>172</sup>.

Cass Sunstein<sup>173</sup> defende em "O Custo dos Direitos" que:

*Os custos públicos dos direitos não ligados ao bem-estar social demonstram, entre outras coisas, que a 'riqueza privada' tal como a conhecemos só existe em razão das instituições governamentais. Os que atacam todos os programas de bem-*

<sup>170</sup> ROTHENBURG, Walther Claudius. **Direitos sociais são direitos fundamentais**: simples assim. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 102.

<sup>171</sup> Expressão cunhada por Jorge Reis Novais, segundo o qual "será, no fundo, a ponderação dos bens em colisão que determina o resultado da respectiva prevalência, não sendo a valia abstracta de cada um deles que é decisiva, mas sim o peso relativo que apresentam no caso concreto. Logo, não é possível descrever, em abstrato e a priori, os limites imanentes, mas antes em reserva geral imanente de ponderação enquanto fundamento constitucional implícito que pode, eventualmente, justificar as restrições assim actuadas", Cf. NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p.573.

<sup>172</sup> ROTHENBURG, Walther Claudius. **Direitos sociais são direitos fundamentais**: simples assim. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 104.

<sup>173</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass Robert. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. 1ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 25.

*estar e segurança social por uma questão de princípio devem ser encontrados a contemplar o óbvio – a saber, que a definição, a atribuição, a interpretação e a proteção dos direitos de propriedade é um serviço que o governo presta aos atuais detentores de propriedade, financiado pela renda recolhida junto ao público em geral.*

Segue o autor:

*Se os direitos dependem, na prática, das alíquotas tributárias, acaso o próprio Estado de direito não depende das vicissitudes das escolhas políticas? E acaso não seria aviltante postular que os direitos – que, afinal de contas, protegem a dignidade humana – são concedidos pelo poder público (mesmo que esse poder envolva uma prestação de contas de natureza democrática)?<sup>174</sup>*

Segundo Cass Sunstein, um exame do custo dos direitos levanta várias outras questões, não somente acerca do quanto efetivamente custam os diversos direitos, mas também sobre quem decide como serão distribuídos os escassos recursos públicos no que se refere à proteção de direitos, quais direitos serão protegidos e para quem haverá essa proteção.

Quais princípios são comumente invocados para orientar essa distribuição, e se estes princípios seriam defensáveis.

As decisões sobre a formulação de políticas públicas não devem ser tomadas com base numa hostilidade imaginária entre a liberdade e o coletor de impostos; se esses dois fossem realmente adversários, todas as nossas liberdades básicas correriam o risco de ser abolidas.

Temos, por exemplo, o custo em segurança - traduzido em vigilância e policiamento que as manifestações públicas costumam implicar. Desde apresentações artísticas e esportivas a protestos populares, é significativa (mesmo que nem sempre percebida) a presença do Poder Público com o objetivo de assegurar as "liberdades" envolvidas.

Sem medidas estatais adequadas, inclusive a infraestrutura necessária à realização dos eventos (vias de acesso, parques e ginásios, fornecimento de eletricidade etc.), eles não seriam viáveis. Parece mesmo não haver direito fundamental que não apresente custos.

---

<sup>174</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass Robert. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. 1ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 26.

Segundo, Sunstein<sup>175</sup>, um estudo do custo público dos direitos individuais pode lançar nova luz sobre antigas questões, como a das dimensões apropriadas do Estado de bem-estar com ação regulamentadora e da relação entre o Estado moderno e os direitos liberais clássicos.

Percebe-se, assim, que os direitos em geral podem demandar prestações e também os direitos negativos dependem de recursos públicos para sua satisfação.

Mesmo a proteção relativamente estática que os direitos reclamam em face de agressões demanda uma estrutura institucional que impõe custos: o preço da democracia, segundo coerentemente com a posição adotada neste estudo, considera-se que, se tais custos não forem suportados, haverá violação dos respectivos direitos fundamentais, quaisquer que sejam.

*Os argumentos da reserva do possível e do custo dos direitos estão estreitamente implicados com a definição das competências estatais, ou seja, é preciso verificar qual o órgão ou autoridade que decide a respeito da alocação dos meios existentes. Na maior parte das vezes, trata-se de discutir a margem de discricionariedade executiva e legislativa, conforme parâmetros predominantemente políticos, em contraposição ao controle judicial, que se orienta por parâmetros predominantemente jurídicos, no contexto da separação de poderes. Contudo, ainda quando se defina a quem compete determinar a alocação dos meios necessários, eles podem não estar disponíveis, de onde a relativa autonomia da reserva do possível e sua irredutibilidade à questão da separação de poderes.<sup>176</sup>*

Tendo em vista a escassez de recursos, a rivalidade (concorrência) dos diversos direitos fundamentais no tocante à alocação de tais recursos e a margem de escolha dos diversos órgãos do Poder Público no quadro de distribuição de competências compõem o contexto fático-normativo a partir dessa constatação, serão distribuídos da forma mais adequada constitucionalmente.

De toda sorte, a admissão da impossibilidade prática de cumprimento de um direito fundamental deve ser tida como uma exceção, sendo que essa demonstração cabe ao Poder Público pois é o encarregado de prestar o direito

<sup>175</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass Robert. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. 1ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 27.

<sup>176</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius, **Direitos sociais são direitos fundamentais**: simples assim. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 107.

fundamental, e isso pode acontecer com qualquer direito fundamental, seja ele de defesa ou prestacional.

A presunção de factibilidade financeira é inerente à condição de direito fundamental, quer dizer, prever um direito como fundamental significa, do ponto de vista jurídico, assumir a responsabilidade financeira de realizá-lo. Essa presunção funciona "como ponto de partida das argumentações" e se apresenta como uma presunção legal (constitucional) relativa, em que, adaptando-se a lição de Leonardo de Paola, "para a caracterização do fato X [no caso, a possibilidade financeira de realização de um direito fundamental], bastará demonstrar a existência do fato e da previsão do direito como fundamental".

Mas todos os esforços precisam ser mobilizados para a concretização dos direitos fundamentais, como aponta Gustavo J. de Oliveira, citado por Walter Rothemburg:

*mesmo diante da escassez de recursos públicos - fato que eventualmente pode ser do como obstáculo para a efetivação de direitos sociais pela via direta da prestação de serviços públicos o Estado não pode isentar-se de suas responsabilidades nesse campo. A ele cumpre promover uma série de outras ações (como fomento, regulação, parcerias), as quais igualmente visam promover os valores fundamentais constitucionalmente consagrados.<sup>177</sup>*

Uma objeção à alocação de recursos necessários à realização de um direito fundamental (supostamente os direitos sociais, por demandarem integração) diz respeito à atuação de órgãos específicos do Poder Público.

Já não se trata do cabimento da reserva do possível, mas da definição de quem pode legitimamente articulá-la. Os direitos sociais seriam então direitos "fracos", por não poderem ser assegurados judicialmente, visto que o Poder Judiciário não saberia avaliar a reserva do possível e não poderia arcar com o custo dos direitos. Se o fizesse, a intervenção judicial desrespeitaria o princípio da separação de poderes.

Com efeito, o espaço de conformação legislativa e a discricionariedade administrativa em relação às políticas públicas concernentes existem a partir de um delineamento estabelecido na própria Constituição e precisam ser respeitados inclusive pelo Poder Judiciário. Não é, portanto a existência dessa margem de



apreciação que se questiona, mas a suposição de que ela seria própria dos direitos sociais (prestacionais), quando na verdade ela existe em relação aos direitos fundamentais em geral.

Tal função seria, por exemplo, o custo de previsão, instalação dos presídios para o asseguramento dos direitos em geral, especialmente dos direitos de liberdade ou de defesa, embora não tenha o condão de afastar-lhes nem a aplicação imediata, nem a possibilidade de apreciação judicial em caso de violação.

Pode-se afirmar, então, que cada direito comporta uma ação positiva do Estado e, portanto, implica o emprego de recursos financeiros; e entraria na mera oportunidade política a decisão de reforçarem-se as garantias (e os custos) das liberdades negativas ou dos direitos positivos".

As correntes político-ideológicas de direita costumam privilegiar a opção pelos direitos de liberdade; as correntes de esquerda, pelos direitos sociais.

A previsão de um direito como direito fundamental tem por escopo justamente retirá-lo da esfera de discricionariedade e atribuir-lhe a máxima cogência possível. A inscrição de determinados direitos fundamentais como direitos sociais não deve servir para devolvê-los inteiramente à discricionariedade política.

Todavia, devem ser adotados alguns parâmetros para o atendimento adequado de demandas que envolvem direitos prestacionais, tais como a correta consideração do argumento da reserva do possível ("fática") em relação com a "universalização da prestação exigida", bem como os "aspectos técnicos de políticas públicas", que recomendam cautela e reverência "em relação às decisões dos demais poderes"

Condições adequadas (reserva do possível), custos, prestações são vicissitudes de qualquer direito fundamental e não se referem apenas a certo tipo de direito, como os direitos trabalhistas.

No capítulo seguinte será tratado do Princípio do Não Retrocesso como instrumento de garantia destes direitos trabalhistas, proibindo o legislador de retomar ao estágio anterior de conquistas sociais.

---

<sup>177</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius, **Direitos sociais são direitos fundamentais**: simples assim. Salvador: Editora JusPodivm, 2021, p. 109.

#### 4 A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO

Neste capítulo será analisado o princípio do não retrocesso, ou de proibição do retrocesso e seus efeitos como garantidor dos direitos sociais trabalhistas.

O princípio da proibição de retrocesso dos direitos sociais tem sido reconhecido pelas Cortes Constitucionais, em especial em momentos de crise e durante a realização de políticas de austeridade.

Segundo este princípio, não seria possível extinguir direitos sociais já implementados no ordenamento, evitando-se um verdadeiro retrocesso ou limitação que atinja seu núcleo essencial.

Conforme Gilmar Mendes<sup>178</sup>, em Portugal, já em 1984, o Tribunal Constitucional assentou no acórdão nº 39/84 o entendimento segundo o qual, uma vez promulgada uma lei para realizar um direito fundamental, é defeso ao legislador revogá-la e fazer com que se volte ao *status quo*.

Conforme o acórdão:

*a instituição, serviço ou instituto jurídico passam a ter a sua existência constitucionalmente garantida. Uma lei pode vir a alterá-la ou reforma-la, nos limites constitucionalmente admitidos, mas não pode vir extingui-los ou revoga-los*<sup>179</sup>.

Desta forma, o Poder Legislativo não tem a obrigação apenas de efetivar o direito conquistado pela sociedade, mas também tem o dever de preservá-lo.

Também o acórdão nº 502/2002 do mesmo Tribunal Constitucional Português adotou a proteção ao Princípio da Proibição do Retrocesso Social ao julgar a inconstitucionalidade de decreto que revogava o “rendimento mínimo garantido”, caso em que novo regime reconhecia a titularidade de tal rendimento a pessoas com idade igual ou superior a 25 anos, enquanto o regime anterior garantia tal direito aos indivíduos com idade superior a 18 anos<sup>180</sup>.

---

<sup>178</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 629.

<sup>179</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 629.

<sup>180</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 629.

No acórdão, o Tribunal considerou a importância de harmonizar a estabilidade da concretização legislativa até então alcançada no campo dos direitos sociais com a liberdade de conformação do legislador.

Segundo a decisão:

*a margem de liberdade do legislador para retroceder no grau de proteção já atingido é necessariamente mínima, já que só o poderá fazer na estrita medida em que a alteração legislativa pretendida não venha a consequenciar uma inconstitucionalidade por omissão [...] noutras circunstâncias, porém, a proibição de retrocesso social apenas pode funcionar em casos-limite, uma vez que, desde logo, o princípio da alternância democrática, sob pena de se lhe reconhecer uma subsistência meramente formal, inculca a revisibilidade das opções político-legislativas, ainda quando estas assumam o caráter de opções legislativas fundamentais.<sup>181</sup>*

A vedação ao retrocesso diz respeito aos direitos fundamentais que dependem de desenvolvimento legislativo para se concretizar, uma vez obtido certo grau de sua realização, a legislação posterior não pode reverter as conquistas obtidas.

A realização do direito pelo legislador constituiria, ela própria, uma barreira para que a proteção atingida seja desfeita sem compensações<sup>182</sup>.

Além de o legislador comum sujeitar-se aos direitos fundamentais, também o poder de reforma da Constituição acha-se vinculado aos direitos fundamentais, ao menos na medida em que o art. 60, § 4º, da Carta veda emendas tendentes a abolir ou restringir direitos e garantias individuais.

Portanto, todo o processo Legislativo deve se sujeitar ao respeito aos direitos fundamentais, afastando a violação aos direitos fundamentais sociais.

Para Ingo Sarlet<sup>183</sup>, a opção por um regime geral e em princípio unificado para os direitos fundamentais implica a aplicação, aos direitos fundamentais sociais, das categorias dogmáticas dos limites e restrições, apresentada na parte

<sup>181</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 629.

<sup>182</sup> Dependendo do tipo de Estado de Direito proclamado nos textos constitucionais está diretamente relacionado com o alcance e significado do que se atribui aos direitos fundamentais. Quanto a essa questão, Jorge Reis Novais observa que Estado de Direito é o Estado juridicamente vinculado pelo direitos fundamentais e juridicamente vinculado a sua defesa e promoção. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 33.

<sup>183</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, p. 664.

geral dos direitos fundamentais, ainda que sem desenvolvimento específico para os direitos sociais.

Os direitos sociais estão submetidos a medidas restritivas e alterações em sua aplicação, devendo se submeter ao controle de legitimidade constitucional de tais restrições.

*Também neste contexto, da proteção dos direitos sociais, já se discorreu sobre a inclusão de tais direitos, juntamente com os demais direitos fundamentais, no âmbito dos limites materiais à reforma constitucional, portanto, das assim chamadas 'cláusulas pétreas', de tal sorte que quanto a tal aspecto remetemos para o capítulo relativo ao poder de reforma da Constituição. Todavia, o fato é que, para a proteção dos direitos sociais, especialmente em face do legislador, mas também diante de atos administrativos, ganhou notoriedade, inclusive e de modo particularmente intenso no Brasil, a noção de uma proibição jurídico-constitucional de retrocesso, como mecanismo de controle para coibir e/ou corrigir medidas restritivas ou mesmo supressivas de direitos sociais. Com efeito, no que diz com as garantias dos direitos sociais contra ingerências por parte de atores públicos e privados, importa salientar que, tanto a doutrina, quanto, ainda que muito paulatinamente, a jurisprudência, vêm reconhecendo a vigência, como garantia constitucional implícita, do princípio da vedação de retrocesso social, a coibir medidas que, mediante a revogação ou alteração da legislação infraconstitucional (apenas para citar uma forma de intervenção nos direitos sociais), venham a desconstituir ou afetar gravemente o grau de concretização já atribuído a determinado direito fundamental (e social), o que equivaleria a uma violação da própria Constituição Federal e de direitos fundamentais nela consagrados<sup>184</sup>.*

Para Luis Roberto Barroso<sup>185</sup>, a vedação ao retrocesso (que ele identifica como sendo uma cláusula geral e não um princípio) constitui-se, na realidade, como uma derivação da eficácia negativa, particularmente ligada aos princípios que envolvem os direitos fundamentais.

Ela pressupõe que esses princípios sejam concretizados através de normas infraconstitucionais (isto é: frequentemente, os efeitos que pretendem produzir são especificados por meio de legislação ordinária) e que, com base no direito constitucional em vigor, um dos efeitos gerais pretendidos por tais princípios é a progressiva ampliação dos direitos fundamentais.

---

<sup>184</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, p. 665.

<sup>185</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos para uma dogmática constitucional transformadora. 3 ed.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 379.

Partindo desses pressupostos, o que a vedação ao retrocesso propõe, é que se possa exigir do Judiciário a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente.

O princípio do não retrocesso social, ou “*prohibición de regresividad*” (no espanhol), “*ratchet effect*” (no inglês), “*effect cliquet*” (no francês) e ainda “*Nichtumkehrbarkeitstheorie*” (no alemão) é um fenômeno verificado na análise dos direitos sociais em momentos de crise como o atual, pois as crises econômicas e sociais possuem como forma de enfrentamento (notadamente em países com governos liberais) à redução destes direitos sociais e trabalhistas<sup>186</sup>.

Tal redução ou restrição implicam em um automático retrocesso na implementação de políticas públicas, como suspensão de programas sociais e edição de leis que revoguem ou restrinjam o alcance de leis trabalhistas historicamente conquistadas.

Para Flávio Martins<sup>187</sup>, a proibição do retrocesso consiste na vedação aplicada ao legislador e ao administrador de reduzir o nível dos direitos econômicos, sociais e culturais da população.

Uma vez consagradas as conquistas sociais de uma população, haveria ao legislador uma vedação da redução destas, sem a criação de alternativas ou compensações, embora esta compensação nem sempre tenha o mesmo alcance do direito suprimido, como no caso Brasileiro da substituição da estabilidade decenal pelo Fundo de Garantia de Tempo de Serviço, de início, opcional e posteriormente, obrigatório.

Ainda segundo Flávio Martins<sup>188</sup> e citando Jorge Reis Novais, a teoria foi construída na Alemanha nos anos de 1970, “quando a crise econômica punha em causa a possibilidade de progredir indefinitivamente nos benefícios sociais proporcionados pelo Estado social ou fazia duvidar, simplesmente, da possibilidade de os manter inalterados, desenvolveu-se uma discussão doutrinária

---

<sup>186</sup> MARTINS, Flávio. **Direitos sociais em tempo de crise econômica**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 102.

<sup>187</sup> MARTINS, Flávio. **Direitos sociais em tempo de crise econômica**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 103.

<sup>188</sup> MARTINS, Flávio. **Direitos sociais em tempo de crise econômica**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 103.

e jurisprudencial acerca dos limites que o princípio constitucional do Estado social colocaria a uma intervenção que afetasse os benefícios outrora concedidos”.

O retrocesso dos resultados de uma política pública pode ocorrer de diversas formas. Esta seria a política regressiva desenvolvida pelo Estado, quando os seus resultados sociais são piores se comparado ao momento anterior.

Seria, por exemplo, quando os índices sociais pioram, como o analfabetismo, emprego, renda, desigualdade social. Tal retrocesso verifica-se no atual momento da sociedade, com registro do autor da desigualdade em diversos índices sociais.

Conforme estudo da Fundação Getúlio Vargas<sup>189</sup> (FGV), a desigualdade está crescendo no Brasil e registrou aumento persistente no segundo semestre de 2019, superando o pico histórico observado em 1989.

Estudo realizado pelo Centro de Políticas Sociais da fundação avaliou as mudanças nos índices de desigualdade nos últimos sete anos e suas relações com o crescimento, as consequências sobre o bem estar social e a pobreza.

Segundo o documento, enquanto a renda da metade mais pobre da população caiu cerca de 18%, somente o 1% mais rico teve quase 10% de aumento no poder de compra.

Apenas em 2015<sup>190</sup>, a pobreza subiu 19,3% no Brasil, com 3,6 milhões de novos pobres. Desde o segundo trimestre do mesmo ano, até 2017, a população vivendo na pobreza no país aumentou 33%, atingindo 11,2% dos brasileiros, contra os 8,4% antes registrados. O estudo baseia-se na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio Contínua (PNADC), do IBGE, e no índice de Gini, medidor global de desigualdade.

Tal retrocesso social demonstra a incapacidade da gestão pública em manter as conquistas alcançadas nos anos anteriores.

---

<sup>189</sup> DESIGUALDADE bate recorde no Brasil, mostra estudo da FGV. In: CENTRO de estudos estratégicos da Fiocruz, 22 ago. 2019. Disponível em: <https://cee.fiocruz.br/?q=Desigualdade-bate-recorde-no-Brasil#:~:text=Estudo%20da%20Fundação%20Getúlio%20Vargas,pico%20histórico%20observado%20em%201989.&text=Apenas%20em%202015%20a%20pobreza,6%20milhões%20de%20novos%20pobres>. Acesso em: 14 ago 2020.

<sup>190</sup> DESIGUALDADE bate recorde no Brasil, mostra estudo da FGV. In: CENTRO de estudos estratégicos da Fiocruz, 22 ago. 2019. Disponível em: <https://cee.fiocruz.br/?q=Desigualdade-bate-recorde-no-Brasil#:~:text=Estudo%20da%20Fundação%20Getúlio%20Vargas,pico%20histórico%20observado%20em%201989.&text=Apenas%20em%202015%20a%20pobreza,6%20milhões%20de%20novos%20pobres>

Porém, tal retrocesso tem origem no Direito Administrativo, estando relacionado com o ato administrativo que o deu causa.

Sendo originário de um ato administrativo, o controle judicial dele é limitado, não atingindo a motivação e o mérito do mesmo, o que, muitas vezes, é a origem da desigualdade.

Um governo com enfoque liberal é regido por tais princípios, o que resulta em atos administrativos com o mesmo viés. O que por sua vez, acarreta políticas com a mesma carga ideológica. Portanto, uma política pública que vise o retrocesso social teria um controle apenas político e não judicial.

O mesmo não acontece com direitos concedidos através de uma norma, como se verá a seguir.

#### 4.1 O impacto da Covid-19<sup>191</sup> nos direitos trabalhistas

O retrocesso com origem normativa ou concedida por uma norma é verificada quando uma alteração ou nova legislação dispõe sobre um direito trabalhista já existente.

É um retrocesso mediante processo legislativo<sup>192</sup>.

A nova disposição pode aumentar o alcance do direito (aí não há retrocesso, mas avanço social) ou pode o direito suprimir ou mesmo alterar a conquista a ponto de torná-la ineficiente ou reduzida em sua essência e impacto na sociedade.

O caso típico de uma legislação que modifica um direito existente e configura um retrocesso social pode ser encontrado na reforma trabalhista (Lei 13.467/2017), ao permitir a redução do horário para almoço do trabalhador, ou criar o contrato de trabalho intermitente, eis que ambas as modificações configuram condições desfavoráveis ao trabalhador.

---

[%20a%20pobreza,6%20milh%C3%B5es%20de%20novos%20pobres](#). Acesso em: 14 ago 2020.

<sup>191</sup> Sobre o impacto da Covid na sociedade, ver: SUNSTEIN, Cass Robert., **Averting catastrophe: decision theory for covid-19, climate change, and potential disasters of all kinds**. New York: NYU Press, 2021.

<sup>192</sup> Sobre o impacto da Covid-19 na legislação trabalhista, ver: BATISTA, Homero. **Legislação Trabalhista em Tempos de Pandemia: comentários às Medidas Provisórias 927 e 936**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020 e PRITSCH, Cesar Zucatti; DE SOUZA, Rodrigo Trindade. **Direito emergencial do trabalho**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

Tal retrocesso é de difícil constatação, pois é necessário se avaliar o efeito concreto da alteração no plano fático para se constatar o efeito de retrocesso ou não da legislação, não sendo tão evidente como a simples revogação de um dispositivo.

No atual contexto da pandemia da Covid-19 e alteração da Legislação Trabalhista através de Medidas Provisórias, tem-se o quadro de grandes restrições de direitos sociais pela via legislativa.

As Medidas Provisórias 927/2020<sup>193</sup> (esta perdeu a validade) e a 936/2020 (convertida na Lei 14.020/2020) afetaram em muito os direitos sociais trabalhistas.

*Ambas as MPs tiveram sua constitucionalidade material questionada por meio de ADIs, cujas medidas cautelares de suspensão de seus efeitos foram negadas pelo STF. Em virtude da crise sanitária, econômica e política que o Brasil atravessa, a Corte compreendeu como constitucionais dispositivos diametralmente contrários ao texto da Constituição, concedendo ao Presidente da República plenos poderes para agir em nome do medo e enfrentar em seus próprios termos os inimigos que identificar<sup>194</sup>.*

A Medida Provisória 927 apresentou dispositivos sobre o *home office*, férias individuais e coletivas, antecipação de feriados, adiamento do pagamento do FGTS e, ainda, sobre a COVID-19 como doença do trabalho. Contudo, teve efeitos jurídicos apenas no tempo de sua vigência, conforme art. 62, §11º da Constituição Federal, tendo o Congresso até o dia 17/09/2020 para emitir uma regulamentação sobre os efeitos da Medida Provisória 927. Porém, a norma não foi votada pelo Senado até a data limite de 19/07/2020, perdendo a sua validade.

As medidas adotadas pelos empregadores durante a vigência da MP 927 não são afetadas, mas novos atos não podem ser praticados, nem renovados.

Um destes institutos afetados é o do teletrabalho.

A Medida Provisória 927 permitiu uma decisão unilateral. Assim, empregados que já estão em teletrabalho poderão continuar até o fim do estado de calamidade ou regulamentação contrária.

<sup>193</sup> BRASIL. **MEDIDA PROVISÓRIA Nº 927**. Brasília: Presidência da República, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm). Acesso em 15 mar. 2021.

<sup>194</sup> REZENDE, Renato Horta; CAMPOLINA MONTI, Laura. Pandemia e estado de exceção: a escalada da precarização dos direitos sociais trabalhistas no Brasil em meio à crise provocada pelo Covid-19. **Opinião Jurídica**. v. 19, n. 40, p. 313–339, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.22395/ojum.v19n40a16>. p. 321.



Os empregados que não estão em teletrabalho só poderão entrar no regime mediante acordo. Porém, a empresa precisará de acordos individuais se teletrabalho for mantido depois do estado de calamidade. As novas antecipações de férias individuais, criadas pela Medida Provisória, também estão proibidas.

Quanto à concessão de férias coletivas, retornou ao sistema tradicional de comunicação com antecedência de 15 dias ao Sindicato, sendo a possibilidade de antecipação de feriados volta a ser proibida.

O banco de horas voltou ao sistema tradicional de acordos coletivos ou individuais com prazos de 12 ou 6 meses, respectivamente.

No tocante à segurança e saúde do trabalho, as suspensões de exigências criadas pela Medida Provisória deixam de existir, retornando às regras tradicionais, como os exames médicos e funcionamento da CIPA.

No que toca à Medida Provisória 936, que possibilitou a redução das jornadas e suspensão de contratos, esta passou a ter duração total de até 120 dias de acordo com o Decreto Presidencial 10.422/2020.

A Medida Provisória 936 foi transformada na Lei 14.020<sup>195</sup> que abarcou outras matérias, como a possibilidade de complementação da contribuição para previdência e empréstimos consignados.

*Assim como a MP927/2020, a MP936/2020 afasta regras sociais fundamentais dispostas de maneira expressa no texto constitucional e reconhece uma suposta igualdade de condições entre empregado e empregador em tempos de crise, ignorando a vulnerabilidade dos trabalhadores e indo de encontro também com a Convenção 154 da Organização Internacional do Trabalho (OIT, 1983), aprovada pelo Decreto Legislativo 22, de 12 de maio de 1992, que privilegia as negociações coletivas<sup>196</sup>.*

A suspensão temporária do contrato de trabalho passou a ser regulada como sendo aplicada para empresas com faturamento anual de até R\$4,8 milhões, podendo dispensar temporariamente os funcionários sem pagamento do salário, com o governo sendo responsável por 100% do seguro-desemprego ao empregado teria direito.

---

<sup>195</sup> BRASIL. **LEI Nº 14.020**. Brasília: Congresso Nacional, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/L14020.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14020.htm). Acesso em 15 mar. 2021.

<sup>196</sup> REZENDE, Renato Horta; CAMPOLINA MONTI, Laura. Pandemia e estado de exceção: a escalada da precarização dos direitos sociais trabalhistas no Brasil em meio à crise provocada

Já empresas que faturaram mais que R\$ 4,8 milhões, por sua vez, ficam responsáveis por 30% do salário, enquanto o governo pagará 70% do seguro-desemprego correspondente, este com teto no valor de R\$ 1.813,03.

Os contratos podem ser suspensos por, no máximo, 120 dias, de acordo com o decreto 10.422/2020. Além disso, é possível, realizar suspensões de forma fracionada, com duração mínima de 10 dias, prolongando-a se for necessário. Além de ser permitido suspender apenas alguns departamentos ou empregados, conforme a necessidade do empregador.

No período de suspensão, benefícios e auxílios como vale-alimentação continuarão sendo pagos e esse funcionário não poderá trabalhar, nem mesmo remotamente.

Os acordos individuais devem ser registrados e enviados para o funcionário com, no mínimo, 48 horas de antecedência. Após a suspensão, o funcionário terá direito à estabilidade pelo mesmo período em que ficou suspenso. Dessa forma, se ele ficou 60 dias, terá estabilidade por 120 dias.

Se o empregado for demitido durante o período de estabilidade, existe uma indenização calculada com base no período suspenso, mas não se aplica em caso de justa causa.

A redução de salário base é proporcional à redução da jornada de trabalho. Vale ressaltar que o valor da hora de trabalho deve ser preservado, conforme CLT.

O período possível de redução de jornadas passou de 3 para 4 meses (ou 90 para 120 dias), considerando o tempo total de redução de jornadas e salários durante a pandemia.

As reduções mais comuns estão acontecendo nas faixas de 25%, 50% e 70%, porém, é possível fazer reduções em outras porcentagens.

Reduções diferentes deverão ser negociadas com os sindicatos, sendo que não há uma contrapartida do governo para reduções inferiores a 25%.

Há, em algumas hipóteses, a possibilidade de se realizar reduções por acordos individuais, como em reduções de jornada de 25% ou em casos que a remuneração final do empregado não for alterada. Por outro lado, há casos em que deve haver, obrigatoriamente, acordo coletivo, negociado com os Sindicatos.

É preciso ter mecanismos para garantir que seus funcionários com jornada reduzida estão, de fato, trabalhando menos, em especial para as equipes que adotaram trabalho remoto. Após a suspensão, o funcionário terá direito à estabilidade pelo mesmo período em que teve sua jornada reduzida. Dessa forma, se foram 120 dias, terá estabilidade por 240 dias.

E mais recentemente, o Projeto de Lei de Conversão nº 17, 2021 (PLV), da Medida Provisória nº 1.045<sup>197</sup>, de 2021, recria o programa emergencial de manutenção de emprego e renda, trazendo modificações na legislação trabalhista.

Inicialmente, a Medida Provisória 1.045 foi editada pelo Poder Executivo, em 28.4.2021, com apenas 25 artigos, esta tinha por objetivo instituir o novo programa emergencial de manutenção do emprego e da renda, além de trazer medidas de combate para o enfrentamento do estado de calamidade, decorrente do coronavírus. Contudo, após emendas oferecidas ao texto original, a Medida Provisória passou a ter 93 artigos, tornando uma “mini-reforma trabalhista”.

Matérias que já havia sido revogadas, como o chamado “Contrato verde e amarelo”, ressurgiram com o nome de “Priore” e corresponde a um programa para pessoas com idade entre 18 e 29 anos, referente ao primeiro registro na carteira de trabalho, como também àqueles com idade igual ou superior a 55 anos, que estejam sem vínculo formal há mais de 12 meses.

Neste ponto específico, temos um retrocesso do direito do trabalho, com a precarização da relação de emprego para trabalhadores entre 18 e 29 e acima de 55 anos.

O texto inova também com a implantação do chamado regime especial de trabalho incentivado, qualificação e inclusão produtiva (REQUIP), que aumenta ainda mais o trabalho precário e frágil, sem vínculo de emprego, em clara afronta aos Direitos Constitucionais Trabalhistas.

Por fim, a Medida Provisória modifica a norma para limitar o acesso ao Poder Judiciário, não somente na esfera da Justiça do Trabalho, mas também altera os dispositivos dos juizados especiais cíveis e criminais quanto aos critérios de acesso e Gratuidade da Justiça nos Juizados e aprofunda a reforma trabalhista, no que tange ao procedimento de jurisdição voluntária para

homologação de acordo extrajudicial, isso porque, enquanto a Lei 13.467/2017 permitia ao juiz analisar o acordo, o Projeto altera o artigo 855-D, passando a dispor que *“as partes poderão estabelecer no acordo a quitação geral do contrato de trabalho ou a quitação apenas das parcelas e dos valores expressamente declarados”*, ao que, até então, a quitação dos acordos se limitava aos valores neles expressos. Desse modo, o Juiz não poderá remover do acordo entabulado entre as partes cláusula que considere ilegítima ou inconstitucional, cabendo, doravante, somente à análise da validade do negócio jurídico.

Tais alterações originadas por um alegado enfrentamento da crise econômica causada pela Pandemia do Covid-19 representam uma violação aos Direitos Fundamentais Sociais, especialmente os Trabalhistas.

Institutos como a irredutibilidade salarial, saúde e segurança do trabalhador, a preservação da relação de emprego e proteção contra a demissão involuntária foram diretamente afetados por tais dispositivos sem a comprovada eficácia de tais medidas.

A pandemia da Covid-19 causou o aceleração das violações de direitos trabalhistas que vinham em curso desde as reformas pós-impeachment de 2016.

Em um primeiro momento, as Reformas Trabalhistas em curso, aliadas à política neo-liberal, causaram uma série de violações de direitos trabalhistas, como a redução da atuação dos sindicatos, ausência de assistência nas rescisões e condenação de empregados em custas e honorários de sucumbência na Justiça do Trabalho.

A pandemia da Covid-19 serviu como pano de fundo para o aprofundamento destas violações sob o argumento de manter o emprego, houve redução de salário, de jornada e dispensas arbitrárias.

Sendo que a redução dos direitos trabalhistas ocorreu por força de leis editadas sob o pretexto de enfrentamento da pandemia.

Segundo Renato Horta Rezende:

*Em 20 de março de 2020, o Congresso Nacional, atendendo ao pedido do Presidente da República, reconheceu, por meio do Decreto Legislativo 6, o estado de calamidade pública decorrente do isolamento social em virtude da pandemia provocada pelo*

---

<sup>197</sup> BRASIL. **MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.045, DE 27 DE ABRIL DE 2021**. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2021/Mpv/mpv1045.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Mpv/mpv1045.htm). Acesso em 26 ago 2021.

*Covid-19 (Sars-CoV-2) autorizando o Chefe do Executivo a dispensar o atingimento dos resultados fiscais e a limitação de empenho e prazos legais previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal*<sup>198</sup>.

Segue o autor: .

*Para a superação das crises, a legislação trabalhista foi, mais uma vez, identificada como o inimigo a ser vencido para que, assim, se conseguisse alcançar a manutenção de empregos e a retomada de crescimento econômico*<sup>199</sup>.

No Brasil<sup>200</sup>, há 33,6 milhões de trabalhadores com vínculo celetista. Apenas em abril de 2020, 5 milhões de trabalhadores tiveram os seus contratos suspensos. O número representa 15% dos trabalhadores formais do país, sem considerar os trabalhadores informais.

No restante do mundo, especialmente na Europa<sup>201</sup>, os números são também impressionantes, indicando que o continente europeu não se preparou de forma suficiente para lidar com a pandemia. Na Alemanha, com economia sólida, para se ter uma ideia do tamanho da crise, o Instituto de Pesquisa do Emprego Alemão prevê que 1 milhão de empregados percam as suas vagas e, mesmo com a economia voltando à normalidade, a previsão é de que a pandemia retire do mercado até 520 mil postos de trabalho.

No Reino Unido<sup>202</sup>, cerca de 185 mil empresas solicitaram ajuda estatal para segurar 1,3 milhão de vagas.

<sup>198</sup> REZENDE, Renato Horta.; CAMPOLINA MONTI, Laura. Pandemia e estado de exceção: a escalada da precarização dos direitos sociais trabalhistas no Brasil em meio à crise provocada pelo Covid-19. **Opinião Jurídica**. v. 19, n. 40, p. 313–339, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.22395/ojum.v19n40a16>, p. 320.

<sup>199</sup> REZENDE, Renato Horta.; CAMPOLINA MONTI, Laura. Pandemia e estado de exceção: a escalada da precarização dos direitos sociais trabalhistas no Brasil em meio à crise provocada pelo Covid-19. **Opinião Jurídica**. v. 19, n. 40, p. 313–339, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.22395/ojum.v19n40a16>, p. 321.

<sup>200</sup> KOURY, Luiz Ronan Neves. Direitos trabalhistas: sua preservação como direitos humanos e fundamentais em tempo de covid-19. **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte**, p. 133–146, 2020.

<sup>201</sup> KOURY, Luiz Ronan Neves. Direitos trabalhistas: sua preservação como direitos humanos e fundamentais em tempo de covid-19. **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte**, p. 133–146, 2020.

<sup>202</sup> KOURY, Luiz Ronan Neves. Direitos trabalhistas: sua preservação como direitos humanos e fundamentais em tempo de covid-19. **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte**, p. 133–146, 2020.

Na Espanha<sup>203</sup>, foram evitadas 4 milhões de demissões, mas em março foram dispensados 285,6 mil trabalhadores, elevando o número de desempregados para 3,31 milhões.

Na França<sup>204</sup>, são mais de 10 milhões de licenças parciais, sendo o esquema francês utilizado também por 60% das empresas do país, o que corresponde a 820 mil empresas.

Os números demonstram a necessidade de instrumentos que garantam a efetividade dos direitos sociais trabalhistas, sob risco de aumento da precarização do trabalho e degradação das condições de trabalho.

Neste cenário, novamente, a proibição do retrocesso tem papel importante, como garantidos dos direitos alcançados, evitando a sua redução, como abordaremos no subcapítulo seguinte.

#### **4.2 A proibição do retrocesso e os limites do sacrifício**

O princípio da proibição de retrocesso dos direitos sociais tem sido reconhecido pelas Cortes Constitucionais, em especial em momentos de crise e durante a realização de políticas de austeridade<sup>205</sup>.

Segundo este princípio, não seria possível extinguir direitos sociais já implementados no ordenamento, evitando-se um verdadeiro retrocesso ou limitação que atinja seu núcleo essencial, sendo um instrumento importante para garantia dos direitos ameaçados pela crise do Covid-19.

A vedação ao retrocesso diz respeito aos direitos fundamentais que dependem de desenvolvimento legislativo para se concretizar, ou seja, uma vez obtido certo grau de sua realização, legislação posterior não pode reverter as conquistas obtidas.

A realização do direito pelo legislador constituiria, ela própria, uma barreira para que a proteção atingida seja desfeita sem compensações.

---

<sup>203</sup> KOURY, Luiz Ronan Neves. Direitos trabalhistas: sua preservação como direitos humanos e fundamentais em tempo de covid-19. **Rev. Trib. Reg. Trab. 3<sup>a</sup> Reg., Belo Horizonte**, p. 133–146, 2020.

<sup>204</sup> KOURY, Luiz Ronan Neves. Direitos trabalhistas: sua preservação como direitos humanos e fundamentais em tempo de covid-19. **Rev. Trib. Reg. Trab. 3<sup>a</sup> Reg., Belo Horizonte**, p. 133–146, 2020.

<sup>205</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 669.

Além de o legislador comum sujeitar-se aos direitos fundamentais, também o poder de reforma da Constituição está vinculado aos direitos fundamentais, conforme o preconizado pelo art. 60, § 4º, da Constituição Federal, que veda emendas tendentes a abolir direitos e garantias.

Portanto, todo o processo Legislativo deve se sujeitar ao respeito aos direitos fundamentais, afastando a violação aos direitos fundamentais trabalhistas.

Ao firmar os direitos fundamentais, a constituição vem delimitar o âmbito de proteção do direito fundamental, mas deixa à disposição dos poderes constituídos uma margem de atuação para que possam intervir sobre ele, mediante as denominadas cláusulas de reserva, tendo por escopo viabilizar a coexistência de direitos e concretizar a harmônica convivência de seus titulares no domínio da vida real<sup>206</sup>.

Com esse modelo, por conseguinte, denota-se não só a possibilidade de se realizar a delimitação do conteúdo do direito fundamental sobre o qual incidirá eventual restrição, como ainda viabiliza a determinação dos diferentes tipos de restrições e as consequências juridicamente relevantes relativas ao respectivo regime aplicável<sup>207</sup>.

Por terem hierarquia constitucional, os direitos fundamentais somente podem ser restringidos por normas de hierarquia constitucional (restrições diretamente constitucionais) ou por normas infraconstitucionais autorizadas pela Constituição (restrições indiretamente constitucionais).

As restrições diretamente constitucionais a direitos fundamentais perfazem-se por meio de outras normas de hierarquia constitucional (princípios e regras) que contenham cláusulas restritivas escritas, no mesmo dispositivo do direito fundamental ou em outro dispositivo da Constituição, ou, ainda, por meio de cláusulas restritivas não escritas, resultante de princípios de direitos fundamentais colidentes de terceiros<sup>208</sup>.

Nesse passo, direitos fundamentais formalmente desprovidos de reservas podem vir a sofrer intervenções em seu âmbito de proteção quando isso se

---

<sup>206</sup> NOGUEIRA, Laudivon de Oliveira. **Análise da metódica da jurisdição constitucional no caso Ellwanger**. 2016. - Universidade Clássica de Lisboa, Orientador: Doutor Sergio Reis Novais, 2016. p. 77.

<sup>207</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente previstas na constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 263.

<sup>208</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente previstas na constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 283.

revelar indispensável para a proteção de outros direitos fundamentais. Isso ocorre porque os direitos fundamentais podem ter natureza estrutural de princípios, o que significar dizer que, ao se apresentarem como norma *prima facie*, tendem a ceder em face de outros bens e interesses que, no caso concreto, tenham maior peso, a restringir o direito fundamental, conduzindo-o assim a uma norma definitiva, contudo com um domínio de proteção mais restrito<sup>209</sup>.

Para Ingo Sarlet, a opção por um regime geral e em princípio unificado para os direitos fundamentais implica a aplicação, aos direitos fundamentais sociais, das categorias dogmáticas dos limites e restrições, apresentada na parte geral dos direitos fundamentais, ainda que sem desenvolvimento específico para os direitos sociais<sup>210</sup>.

Os direitos constitucionais trabalhistas estão submetidos a medidas restrições e alterações em sua aplicação, devendo se submeter ao controle de legitimidade constitucional de tais restrições.

*Também neste contexto, da proteção dos direitos sociais, já se discorreu sobre a inclusão de tais direitos, juntamente com os demais direitos fundamentais, no âmbito dos limites materiais à reforma constitucional, portanto, das assim chamadas “cláusulas pétreas”, de tal sorte que quanto a tal aspecto remetemos para o capítulo relativo ao poder de reforma da Constituição. Todavia, o fato é que, para a proteção dos direitos sociais, especialmente em face do legislador, mas também diante de atos administrativos, ganhou notoriedade, inclusive e de modo particularmente intenso no Brasil, a noção de uma proibição jurídico-constitucional de retrocesso, como mecanismo de controle para coibir e/ou corrigir medidas restritivas ou mesmo supressivas de direitos sociais. Com efeito, no que diz com as garantias dos direitos sociais contra ingerências por parte de atores públicos e privados, importa salientar que, tanto a doutrina, quanto, ainda que muito paulatinamente, a jurisprudência, vêm reconhecendo a vigência, como garantia constitucional implícita, do princípio da vedação de retrocesso social, a coibir medidas que, mediante a revogação ou alteração da legislação infraconstitucional (apenas para citar uma forma de intervenção nos direitos sociais), venham a desconstituir ou afetar gravemente o grau de concretização já atribuído a determinado direito fundamental (e social), o que*

---

<sup>209</sup> NOGUEIRA, Laudivon de Oliveira. **Análise da metódica da jurisdição constitucional no caso Ellwanger**. 2016. - Universidade Clássica de Lisboa, Orientador: Doutor Sergio Reis Novais, 2016. p. 81.

<sup>210</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.p. 644.



*equivaleria a uma violação da própria Constituição Federal e de direitos fundamentais nela consagrados.*<sup>211</sup>

Para Luis Roberto Barroso<sup>212</sup>, a vedação ao retrocesso (que ele identifica como sendo uma cláusula geral e não um princípio) constitui-se, na realidade, como uma derivação da eficácia negativa, particularmente ligada aos princípios que envolvem os direitos fundamentais.

Ela pressupõe que esses princípios sejam concretizados através de normas infraconstitucionais (isto é: frequentemente, os efeitos que pretendem produzir são especificados por meio de legislação ordinária) e que, com base no direito constitucional em vigor, um dos efeitos gerais pretendidos por tais princípios é a progressiva ampliação dos direitos fundamentais.

Partindo desses pressupostos, o que a vedação ao retrocesso propõe, é que se possa exigir do Judiciário a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente.

No capítulo seguinte, será apresentado como o Princípio do Não Retrocesso está sendo apreciado (ou não) pelos Tribunais Brasileiros.

---

<sup>211</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.p. 645.

<sup>212</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 379.

## 5 O PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

O princípio do não retrocesso tem demonstrado significativa relevância na jurisprudência nacional, sendo cada vez mais apresentado como fundamento de pedidos para garantia de direitos.

No STF, a pesquisa “princípio do não retrocesso”, efetuada no exato termo, apresenta apenas 10 resultados, sendo o mais antigo dentre os processos ativos, datado de 04/05/2011 e o mais recente de 23/04/2020.

Portanto, já se percebe que durante o ano de pandemia do Covid-19, este princípio não foi objeto de deliberação em julgamentos no STF até o momento.

Ainda, dentre os 10 julgados encontrados, apenas no Rcl 11533<sup>213</sup> que teve o Ministro Gilmar Mendes como relator, o princípio do não retrocesso foi utilizado em uma demanda trabalhista.

Em julgamento referente à admissibilidade de Recurso de Revista no TST, sobre o reconhecimento do direito à percepção de adicional de insalubridade com base no salário profissional, a alegação do recurso foi de que a denegação teria violado a Súmula Vinculante 4 da Corte, por má aplicação do enunciado.

O acórdão apenas transcreveu o voto da decisão do TST que referiu o princípio do não retrocesso:

*Vê-se, portanto, que embora aquela C. Corte tenha entendido que o salário mínimo não pode ser usado como base de cálculo do adicional de insalubridade, também entendeu que não cabe ao Judiciário, senão ao Congresso, substituí-lo por outro. Ou seja, decidiu aquele Sodalício, que, enquanto não definida por lei outra base, ela deve corresponder, ainda, ao salário mínimo, sentido no qual, aliás, já se manifestou recentemente o C. Tribunal Superior do Trabalho (RR 1150/2005-086-15-00, 7ª Turma, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, DJ 23.5.2008). E não seria o caso de se adotar o disposto na Súmula nº 17/TST, já que ela, além de afrontar o disposto na Súmula Vinculante referida, acabou sendo revogada na sessão plenária do dia 26 de junho de 2008. Apesar de tudo isso e, ressaltando meu entendimento pessoal a respeito do tema, rendo-me ao majoritário desta E. Turma, no sentido de que a base de cálculo do adicional em questão é o salário básico do trabalhador, entendimento esse bem retratado*

---

<sup>213</sup> Supremo Tribunal Federal. **Reclamação Constitucional nº 11533**. Relator para o Acórdão Min. Gilmar Mendes. Brasília, 24 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20. mar. 2020.

*pelo ilustre Juiz Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani, in verbis:*

*[...]*

*'A rigor, uma vez não-recepcionado pela vigente Carta política o quanto estatuído no artigo 192, da CLT, de considerar que, especificamente quanto ao adicional de insalubridade, a rigor, não se põe a questão atinente à utilização do salário mínimo enquanto base de cálculo; entretanto, fazendo-se abstração dessa circunstância, diante da proibição da utilização do salário-mínimo para base de cálculo e da proibição de sua substituição por decisão judicial, há inferir que haverá mesmo de ser utilizado o salário base para cálculo do aludido adicional, atento a que tal solução se harmoniza com o sistema pátrio, porquanto os demais adicionais são calculados sobre o salário básico ou contratual, exempli gratia, o de horas extras, adicional noturno, periculosidade, transferência, o que lhe confere boa consistência e atende aos princípios citados nas linhas transatas, máxime o da dignidade da pessoa humana, princípio maior da Constituição brasileira, o qual, à toda evidência, não se pode ter como atendido com o pagamento por trabalho prestado em condições deletérias com base no salário-mínimo, nem permite seja magoado o princípio do não-retrocesso social, por retirar da classe trabalhadora o pagamento do adicional de insalubridade com a utilização de mais favorável -e social- base de cálculo, para sê-lo com uma base de cálculo menor, mais prejudicial, a par de respeitar os artigos 126, do CPC e 8º, da CLT, nenhum dos quais teve sua constitucionalidade questionada. Por derradeiro, de consignar que, como a solução dessa questão não pode se ater ao aspecto pagamento apenas, mas com atenção, também, ao disposto nos artigos 1º, III, 7º, caput, IV e XXIII, 170, caput, e 193, todos da Constituição Federal, necessário o recurso ao princípio da proporcionalidade, e uma vez empregados os seus subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade estrito senso, há de se apresentar às vistas de quem assim proceda que a solução justa há de ser a que prestigie a pessoa humana do trabalhador, sua dignidade, sua saúde e o seu trabalho.*

Portanto, o Princípio do Não Retrocesso não foi a base da decisão.

Na Reclamação 19696<sup>214</sup>, tendo como relatora a Ministra Rosa Weber, o princípio do não retrocesso foi utilizado em uma questão de direito de herança.

Conforme o voto da relatora:

*Pode-se, enfim, afirmar que a Lei nº 8.971/94 representou um progresso, uma conquista social, uma evolução legislativa, ao obedecer os ditames da norma constitucional programática, equiparando os direitos sucessórios, quando atribui tratamento idêntico entre a união estável e o casamento.*

<sup>214</sup> Supremo Tribunal Federal. **Reclamação Constitucional nº 19696**. Relatora para o Acórdão Min. Rosa Weber. Brasília, 23 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20. mar. 2020.

*Portanto, a criação de uma norma posterior, (artigo 1.790,III, do Código Civil), que também é infraconstitucional ordinária e de caráter restritivo, significou um atentado ao princípio da proibição do retrocesso social.*

*O brilhante J.J. Gomes Canotilho, mencionado por José Joaquim Gomes, em seu compêndio Direito Constitucional e Teoria da Constituição, examinou os contornos desse princípio protetivo da prevalência do social, o qual proíbe o retrocesso social, e esclareceu os aspectos jurídicos deste instituto, ao afirmar:*

*‘O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas que, sem a criação de esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática em uma anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade do legislador tem como limite o núcleo essencial já realizado.’ (Livraria Almedina, Coimbra, 1998).*

*Sob tal ordem de ideias, temos que, dada execução, ou seja, regulamentada a norma constitucional de caráter programático, através de lei infraconstitucional, não cabe ao legislador ordinário retroceder, através de edição de lei ordinária superveniente, que venha a reduzir o alcance da norma constitucional.*

Outro acórdão do STF em que o Princípio do Não Retrocesso foi utilizado foi no Agravo em Recurso Extraordinário 958162<sup>215</sup>, relatado pela Ministra Carmen Lúcia.

Porém, novamente, o princípio do não retrocesso apenas foi usado no julgado em instância inferior, sendo transcrito o acórdão no voto, sem discussão acerca do princípio.

Destacamos o voto:

*Agravo nos autos principais contra inadmissão de recurso extraordinário interposto com base no art. 102, inc. III, al. a, da Constituição da República contra julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:*

*‘APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. FUNDAÇÃO PETROBRÁS DE SEGURIDADE SOCIAL – PETROS. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. INCIDÊNCIA DO REGULAMENTO VIGENTE À ÉPOCA DA CONTRATAÇÃO. LIMITADOR DE 90%. DESCABIMENTO. 1. A parte autora objetiva o recálculo de sua renda mensal inicial com base nos últimos doze meses anteriores à concessão de aposentadoria, corrigidos monetariamente, bem como seja afastado o limitador etário de 90%, pretendendo, ainda, que a correção do benefício previdenciário complementar se dê em idênticos índices aos*

<sup>215</sup> Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 958162**. Relator para o Acórdão Min. Carmen Lúcia. Brasília, 11 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20. mar. 2020.

*aplicados aos empregados da ativa. 2. A parte autora aderiu ao plano de previdência complementar oferecido pela parte demandada em 1977. Logo, quando do ingresso da parte requerente no referido plano o Regulamento vigente era aquele editado em maio de 1981. 3. Nos termos do artigos 15 e 16 do Regulamento de 1981, é possível verificar a inexistência de previsão do limitador de 90% e do congelamento do valor real do salário, que se revelam desfavoráveis à parte autora, os quais foram impostos posteriormente, devendo ser aplicado, assim, o Regulamento vigente quando do ingresso da parte requerente no plano de previdência privada, sob pena de ofensa ao princípio do não retrocesso jurídico atinente aos benefícios decorrentes de direitos sociais, interpretação esta que está consignada, por exemplo, na Súmula 288 do TST. 4. A complementação de aposentadoria deve ser calculada com base em 100% dos salários percebidos, incluindo todas as parcelas estáveis que compuseram os proventos do período previsto no Regulamento do Plano de Benefícios da PETROS. 5. O cálculo do tributo deve levar em conta o fato gerador, tanto no que diz respeito à vantagem devida como ao lapso temporal referente a esta, sob hipótese alguma pode ser exigido sobre o somatório de todas as parcelas relativas ao benefício reconhecido judicialmente. 6. Assim, o desconto previdenciário e à dedução do imposto de renda devem incidir sobre os valores do benefício devido, considerados mês a mês e sobre a parcela correspondente, na medida em que estão previstos em lei e são exigíveis quando deveriam ter sido disponibilizados o respectivo montante. 7. No que tange ao prévio custeio, deverá ser observada a compensação entre a quantia que deveria ter sido paga pelo associado, a título de salário de contribuição sobre as parcelas que lhe foram reconhecidas, e aquela que deverá ser incorporada à complementação de sua aposentadoria. 8. Condenada a ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 15% sobre o montante da condenação, desconsiderando-se as parcelas vencidas após a sentença. Inteligência da Súmula n.º. 111 do STJ. Dado provimento ao apelo.*

Nos ARE 1066284<sup>216</sup> e ARE 1184222<sup>217</sup>, o Princípio do não retrocesso foi utilizado em julgamentos referentes ao não retrocesso ambiental.

No julgamento do Recurso Extraordinário 1162159<sup>218</sup> de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, o princípio do não retrocesso foi utilizado no acórdão atacado, para impedir a retirada de direitos de pessoas com deficiência.

<sup>216</sup> Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 1066284**. Relator para o Acórdão Min. Edson Fachin. Brasília, 28 ago. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20. mar. 2020.

<sup>217</sup> Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 1184222**. Relatora para o Acórdão Min. Carmen Lúcia. Brasília, 30. Abr. 2019. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20. mar. 2020.

Porém, o Recurso não superou os requisitos de admissibilidade, não sendo objeto de deliberação sobre o tema.

Na Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental 562<sup>219</sup>, também de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, o princípio do não retrocesso foi a base do pedido, conforme o voto:

*Trata-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental com pedido liminar ajuizada pela Confederação Nacional das Profissões Liberais contra ato do Poder Público, consubstanciado em disposições da Medida Provisória 870/2019 (art. 19, caput; art. 23, IV; art. 24, XV e § 3º; art. 31, XXXI, XXXII, XXXIII, XXXIV, XXXV, XXXVI, XXXVII; art. 32, V, VIII, XXVIII, XXIX, XXX, parágrafo único; art. 37, I, II, VI; art. 55, § 2º; art. 56, I, k, ai; art. 57, I; art. 59, VI, c; art. 76; art. 78; e art. 83, caput, I, II, III e parágrafo único), sob alegação de ofensa ao disposto no art. 1º, caput e III, art. 2º e art. 5º, XXXVI e § 1º (dignidade humana e princípio do não retrocesso social); art. 1º, IV (valores sociais do trabalho); art. 4º, IX (princípio da cooperação entre os povos); art. 21, XXIV c/c art. 37, caput (indispensabilidade da inspeção trabalhista eficiente); art. 170 (valorização do trabalho humano como fundamento da ordem econômica); e art. 193 (o primado do trabalho como base da ordem social), todos da Constituição Federal. Inicialmente, a arguente indica a ocorrência de dúvida razoável '[...] sobre a escolha do instrumento mais adequado para questionar normas inconstitucionais de efeitos concretos [...]' (pág. 7 da inicial) para sustentar o cabimento da presente ação constitucional. A arguente argumenta que na edição dos atos questionados é possível '[...] perceber que a tentativa de extinguir, fragmentar ou reduzir o status, a eficácia ou a importância das funções do Ministério do Trabalho revela, na verdade a violação dos primados basilares do trabalho referidos no parágrafo anterior' (pág. 10 da inicial). Aduz, ainda, que '[t]ambém se infere com naturalidade que restam vergastados o princípio da cooperação entre os povos (art. 4º, IX), à dignidade humana (art. 1º, III), aos valores sociais do trabalho (art. 1º, IV), à justiça e à solidariedade sociais (art. 3º, I), o primado do trabalho como base da ordem social (art. 193) e, principalmente, à indispensabilidade da inspeção trabalhista eficiente, que se extrai da análise conjugada do art. 21, XXIV c/c art. 37, caput CRFB/88, todos esses postulados, igualmente, preceitos fundamentais da Constituição Brasileira. E mais! Se já não bastasse a mitigação direta de tantos enunciados constitucionais, é fácil perceber que, especificamente ao subordinar órgãos intermediários, que antes integravam a estrutura do Ministério do Trabalho, à pasta que será responsável pela Economia, a medida provisória agora questionada colocou*

<sup>218</sup> Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1162159**. Relator para o Acórdão Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 24 mai. 2019. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20. mar. 2020.

<sup>219</sup> Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento Fundamental 562**. Relator para o Acórdão Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 21 fev. 2019. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20. mar. 2020.

*essas repartições em grave conflito de interesses porque desequilibrou o trabalho frente ao capital e subverteu o preceito fundamental que dispõe justamente o contrário, ou seja, a valorização do trabalho humano como fundamento da ordem econômica (art. 170, CRFB/88). Finalmente, podemos destacar que a fragilização dessas competências também evidencia violação ao princípio do não retrocesso social, derivado dos primados da segurança jurídica, da proteção da confiança, da dignidade do ser humano e da máxima eficácia dos direitos fundamentais (art. 1º, caput e III, art. 2º e art. 5º, XXXVI e §1º, CRFB/88). Isso porque processo civilizatório da humanidade, como visto, progride tanto mais quanto se aproxima do maior controle estatal sobre as conflituosas relações trabalhistas. O Estado tem, daqui, a obrigação de preservar e maximizar os mecanismos de proteção à dignidade do trabalhador, polo mais fraco dessa contenda, sendo o sentido inverso considerado inadmissível retrocesso’ (pág. 11 da inicial). Além do mais, afirma que, ‘em paralelo ao debate sobre a violação dos preceitos fundamentais insculpidos no texto da própria Constituição, parece ser também possível trazer à baila a avaliação da convencionalidade da medida provisória impugnada [...]’ (pág. 12 da inicial), uma vez que ‘[...] direitos trabalhistas traduzem direitos humanos de segunda dimensão, pelos precedentes supra indicados, é razoável sustentar que as Convenções da Organização Internacional do Trabalho também reproduzem preceitos fundamentais em sua essência. Daí o cabimento da presente arguição’ (pág. 13 da inicial).*

Mas, novamente, o STF deixa de apreciar a questão de aplicação do princípio do não retrocesso pois o julgamento foi de ilegitimidade de parte.

Também nas Reclamações 39254<sup>220</sup> e 23726<sup>221</sup>, o princípio do não retrocesso foi arguido pelas partes, porém sem manifestação sobre o tema no voto, eis que os pedidos não passaram pela admissibilidade.

Temos, portanto, que embora o princípio do não retrocesso tenha sido utilizado pelas partes como fundamentos dos pedidos formulados junto ao STF, o Tribunal ainda não enfrentou a aplicação do princípio como elemento de garantia aos direitos constitucionais trabalhistas.

O mesmo não se verifica no TST, pois a pesquisa sobre o princípio do não retrocesso retornou com 762 acórdãos.

<sup>220</sup> Supremo Tribunal Federal. **Reclamação Constitucional nº 39254**, Relator para o Acórdão Min. Dias Tófoli. Brasília, 14 fev. 2020. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20. mar. 2020.

<sup>221</sup> Supremo Tribunal Federal. **Reclamação Constitucional nº 23726**, Relatora para o Acórdão Min. Rosa Weber. Brasília, 17 abr. 2020. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20. mar. 2020.

Verifica-se, então, que o princípio da proibição do retrocesso social vem sofrendo, paulatinamente, na jurisprudência nacional e em especial na jurisprudência trabalhista, um processo de construção positiva de defesa do núcleo essencial dos direitos sociais trabalhistas, mesmo considerando a liberdade de conformação política do legislador que, no entanto, encontra limites de liberdade de escolha, na dignidade da pessoa humana e nos princípios e fins constitucionais de uma ordem pluralista e democrática.

Não é demais enfatizar que os direitos sociais trabalhistas não objetivam apenas a regulação de situações individuais, na medida em que qualquer violação a direitos do trabalhador afeta o todo social, provocando um retrocesso das conquistas de uma legião de homens e mulheres excluídos, ao longo de séculos, do processo civilizatório e da possibilidade de inserção social com dignidade.



## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As normas constitucionais, especialmente as definidoras de direitos fundamentais, não devem ser consideradas como meros conselhos ao legislador.

Elas possuem 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.

Há a possibilidade de vários princípios concorrerem para a solução de um caso concreto, e cada um apontar para caminhos diversos. Nesse caso, cabe ao juiz avaliar quais são os princípios jurídicos preponderantes e fazer um sopesamento, estabelecendo uma relação de prioridade entre os princípios.

A colisão de princípios envolve a atividade da ponderação, e todos os princípios relevantes para o caso concreto são avaliados, e os que preponderam, de acordo com a valoração do Juiz, são aplicados ao caso sob júdice.

Na resolução da colisão entre princípios constitucionais, deve-se levar em consideração as circunstâncias que cercam o caso concreto, para que, pesados os aspectos específicos da situação, prepondere o preceito mais adequado. A tensão se resolve mediante uma ponderação de interesses opostos, determinando qual destes interesses, abstratamente, possui maior peso no caso concreto.

Diante do contexto histórico do século XIX, o Estado liberal se transforma em Estado Social, ou *Welfare State*, o qual passa a intervir na sociedade e na economia. Neste momento surgem os direitos de segunda geração, os quais outorgam ao indivíduo, direitos a prestações sociais estatais com saúde, educação, trabalho, assistência social, entre outras. Esses direitos são os direitos sociais, econômicos e culturais, os quais são denominados de direitos de igualdade, visto que tem o propósito de reduzir material e concretamente as desigualdades sociais e econômicas até então existentes, que debilitavam a dignidade humana.

No nosso contexto de crise social, em que as desigualdades sociais estão cada vez maiores, os direitos trabalhistas são totalmente afetados, sob o discurso da necessidade econômica da competição.

Para a doutrina atual, um dos desdobramentos mais importantes do novo paradigma dos direitos fundamentais é a reviravolta operada no tema concernente à eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais.

A concepção anacrônica da mera programaticidade das normas principiológicas, baseada na ideia de não obrigatoriedade do Estado de implementar os direitos fundamentais deve ser recusada, e abre-se espaço para que a principilogia constitucional garanta a plena eficácia dos direitos sociais.

Cabe ao Poder Judiciário, em cada caso, sopesar os princípios constitucionais invocados, tendo em vista o postulado da dignidade da pessoa humana, para que chegue a uma decisão razoável, que consiga efetivar direitos sociais, dentro das possibilidades do Estado.

Na doutrina e jurisprudência nacional e estrangeira, constata-se, de modo geral, uma postura pacífica em relação ao princípio da proibição do retrocesso social, sendo gradativamente adotada pelos nossos Tribunais.

De acordo com a doutrina, os direitos sociais e os direitos trabalhistas não podem ser simplesmente restringidos ou abolidos por medidas estatais retrocessivas, a não ser que estas venham acompanhadas de uma previsão compensatória que mantenha nível similar de proteção social, mantendo os alcances já conquistados

No entanto, a compensação exigida deve ser específica e real, não se exaurindo nas meras promessas de criação de mais empregos, ou programas de governo.

No plano do direito internacional, o Brasil foi signatário de diversos tratados internacionais que reconhecem os direitos sociais como direitos humanos fundamentais e que acolhem expressamente o princípio do não retrocesso social, também chamado de aplicação progressiva dos direitos dos trabalhadores.

O princípio da proibição de retrocesso social é um princípio constitucional, com caráter retrospectivo, na medida em que tem por escopo a preservação de um direitos já conquistados contra a sua restrição ou supressão arbitrárias.

Cumprе ressaltar que, no âmbito do direito constitucional brasileiro, o princípio da proibição de retrocesso decorre de modo implícito do sistema constitucional, tendo como fundamento diversos princípios.

O princípio do não retrocesso social é resultante do princípio do Estado democrático e social de Direito, o qual impõe um mínimo de segurança jurídica, a

qual diz respeito à proteção da confiança e a manutenção de um nível mínimo de continuidade da ordem jurídica. A segurança jurídica deve proteger os cidadãos contra medidas retroativas e, pelo menos em certa medida, atos de cunho retrocessivo.

O caráter relativo do princípio do não retrocesso social é verificado em face da própria realidade fática, até porque a concretização legislativa dos direitos fundamentais sociais não pode dissociar-se da realidade. O princípio da proibição de retrocesso social não é absoluto, podendo ser, inclusive, objeto de ponderação. No entanto, vale salientar que quando se trata do núcleo essencial dos direitos fundamentais, o não retrocesso deve prevalecer.

Assim, o princípio da proibição de retrocesso em matéria social, correlacionado ao direito fundamental da segurança jurídica, e de forma mais específica aos direitos dos trabalhadores, garantidores de uma vida com dignidade, exsurge a partir de uma concepção necessária de Constituição dirigente, como um princípio constitucional implícito, garantidor dos direitos fundamentais, tanto em sua dimensão negativa (garantismo negativo), em face aos excessos do Estado, quanto em sua dimensão positiva (garantismo positivo), impondo aos Poderes estatais um dever de atuação objetivando a proteção de direitos fundamentais sociais, impedindo o Estado que forneça proteção deficiente ao sistema de direitos fundamentais.

A existência no ordenamento jurídico constitucional de um princípio da proibição do retrocesso social introduz novas feições às funções desenvolvidas pelo Estado, provocando uma ruptura na concepção estática do modelo liberal de separação dos poderes, pelo que as funções estatais passam a ser vinculadas proativamente ao fim último de materialização dos preceitos constitucionais, no sentido de melhoria das condições sociais.

Neste aspecto, não apenas a Administração Pública e a atividade legiferante passam a ser obrigadas a evitar retrocessos sociais, mas o Poder Judiciário, em razão principalmente do princípio da inafastabilidade da jurisdição, tem seu papel redimensionado de forma acentuada, afastando de vez os reflexos da concepção liberal-individualista de impossibilidade de controle judicial dos atos administrativos e legislativos, impositiva ao Judiciário do mero papel apenas de guardião da lei, sem qualquer vinculação direta aos preceitos constitucionais.

Assim, a partir do paradigma de um Estado Democrático de Direito, o Judiciário assume um papel intervencionista no controle dos atos comissivos ou omissivos dos demais poderes, que importem em retrocesso social, através de uma *intervenção substancialista*, de modo a garantir a concretização de direitos trabalhistas constitucionalmente assegurados, apesar de não poder formular ou executar políticas públicas, podendo, no entanto, exercer o controle das mesmas a partir da normatividade constitucional dirigente, verificando judicialmente a adequação das políticas públicas aos princípios e fins constitucionais.

Com fundamento no princípio do retrocesso social ao Poder Judiciário, é imposto, então, um padrão de atuação diferenciado daquele que costumeiramente lhe era atribuído no paradigma do Estado Liberal, não se substituindo aos demais Poderes, mas atuando diretamente vinculado aos princípios e fins constitucionais de um Estado Democrático de Direito, garantindo a concretização de direitos sociais (tanto aqueles definidos na normatividade constitucional enquanto direitos sociais subjetivos individuais, quanto os direitos sociais prestacionais), na medida da sua possibilidade de ação.

Vale ressaltar que os direitos sociais trabalhistas, em razão da sua histórica função civilizatória, por se constituírem em fatores de integração (ou de exclusão) do homem do meio social, por visarem à melhoria nas condições sociais, ao mesmo tempo em que veiculam ideias de progresso social e modernidade, constituem-se em uma rede de proteção social reforçada, necessária a um Estado de estrutura econômica capitalista, como um patamar mínimo civilizatório que humaniza as relações de produção contra a exploração das forças de mercado.

Desta forma, o princípio da proibição do retrocesso social, como meio de garantir o valor social do trabalho, tem inserção mais explícita e reforçada na normatividade constitucional, podendo ser extraído diretamente do art. 7º, da Constituição Federal de 1998, que em seu *caput* estabelece como direitos dos trabalhadores aqueles elencados em seus incisos, *além de outros que visem à melhoria da sua condição social*, bem como da parte final do parágrafo segundo do art. 114, da Constituição Federal de 1988, com a nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que ao tratar do estabelecimento de normas coletivas de trabalho prevê que o Poder Judiciário, quando instado a solucionar conflito coletivo de trabalho, deverá decidir *respeitadas as disposições*

*legais mínimas de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.*

A partir destas observações, tem-se que argumentos pela impossibilidade de aplicação do princípio da proibição do retrocesso social, por ausência de densificação principiológica na normatividade constitucional, restam superados, ante a demonstração da efetiva inclusão constitucional deste princípio de forma reforçada no que tange aos direitos sociais trabalhistas, resultante, principalmente, de um trabalho jurisprudencial de afirmação da dignidade da pessoa humana, a partir do paradigma de um Estado Democrático de Direito centrado no valor social do trabalho.

É sustentável a tese que afirma que o poder constituinte originário de um determinado Estado deve respeitar o princípio do não retrocesso social quando se estabelece para formar uma nova ordem constitucional, pois a questão trata de direitos fundamentais que foram concretizados e já passaram a fazer parte da vida dos cidadãos. Sendo assim, o poder constituinte originário deve respeitar o núcleo essencial do direito fundamental, o conteúdo mínimo que deve ser resguardado, sendo legítimo qualquer fruto de inovação que não ultrapasse sua fronteira.

Observa-se que, em relação ao poder constituinte reformador, aplica-se, perfeitamente o princípio do não retrocesso social, pois, uma emenda ou revisão constitucional não pode retirar a eficácia de um direito social já concretizado.

Em Portugal, o princípio do não retrocesso foi aprofundado por doutrinadores como Joaquim José Gomes Canotilho e Sergio Reis Novais, que estabelecem que após sua concretização em nível infraconstitucional, os direitos fundamentais sociais assumem, simultaneamente, a condição de direitos subjetivos a determinadas prestações estatais e de uma garantia institucional, de tal sorte que não se encontram mais na esfera de disponibilidade do legislador.

Quanto à jurisprudência brasileira, verifica-se que esta vem se desenvolvendo no sentido de aplicar cada vez mais o princípio do não retrocesso social, não admitindo que medidas de cunho retrocessivo retirem a eficácia de direitos sociais já concretizados, mas ainda falta uma posição mais firme dos Tribunais em reconhecer claramente os direitos constitucionais trabalhista como direitos fundamentais.

Então, neste contexto, admite-se a plena aplicação do princípio constitucional implícito da proibição de retrocesso no direito constitucional brasileiro, pelo menos no que diz respeito à vinculação do legislador aos programas de cunho social e de emprego, o que não deixa de ser uma manifestação possível de um dirigismo constitucional, que vincula o legislador de forma direta à Constituição e que traz a garantia de uma vida digna.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ALMEIDA, Dayse. A Fundamentalidade Dos Direitos Sociais. **Refletindo o direito**, v. 1, n. 1, p. 40–65, 2006.

BARUFFI (ORG), Helder. **Direitos fundamentais sociais**: Estudos em Homenagem aos 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e aos 20 anos da Constituição Federal. Dourados: Editora UFGD, 2009.

BATISTA, Homero. **Legislação trabalhista em tempos de pandemia**: Comentários às Medidas Provisórias 927 e 936. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

BINGHAM, Tom. **The rule of law**. 1. ed. London: Penguin Books, 2010. E-book.

BORTOLOTTI, José Carlos Kraemer; MACHADO, Guilherme Pavan. O reconhecimento dos direitos sociais como fundamentais no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 34, p. 281–302, 2018.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO IMPÉRIO DO BRASIL**. Rio de Janeiro: Imperador Dom Pedro Primeiro, 1824. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm). Acesso em 20 mar. 2020

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL**. Rio de Janeiro: Congresso Constituinte, 1891. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm). Acesso em

20 mar. 2020

**BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL.** Rio de Janeiro: Assembléia Nacional Constituinte, 1934. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm). Acesso em 20 mar. 2020

**BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.** Brasília: Congresso Nacional, 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm). Acesso em 20 mar. 2020

**BRASIL. CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL.** Rio de Janeiro: Presidência da República, 1937. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm). Acesso em 20 mar. 2020

**BRASIL. CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL.** Rio de Janeiro: Assembléia Nacional Constituinte, 1946. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm). Acesso em 20 mar. 2020

**BRASIL. DECRETO-LEI Nº 5.452, DE 1 DE MAIO DE 1943.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em 20 mar. 2020.

**BRASIL. LEI Nº 14.020.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/L14020.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14020.htm). Acesso em 15 mar. 2020

**BRASIL. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 927.** Brasília: Presidência da República,



2020a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm). Acesso em 15 mar. 2020

BRASIL. **MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.045, DE 27 DE ABRIL DE 2021**. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2021/Mpv/mpv1045.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Mpv/mpv1045.htm). Acesso em 26 ago. 2021

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria constitucional**. Coimbra: Almeida, 1993.

DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. **Revista de direitos e garantias fundamentais**, n. 2, p. 11–39, 2007.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da república e direitos fundamentais**: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho. 4<sup>a</sup>. São Paulo: LTr, 2017.

DESIGUALDADE bate recorde no Brasil, mostra estudo da FGV. *In*: **CENTRO de estudos estratégicos da Fiocruz**, 22 ago. 2019. Disponível em: <https://cee.fiocruz.br/?q=Desigualdade-bate-recorde-no-Brasil#:~:text=Estudo%20da%20%2FFunda%C3%A7%C3%A3o%20Get%C3%BAlio%20Vargas,pico%20hist%C3%B3rico%20observado%20em%201989.&text=Apenas%20em%202015%2C%20a%20pobreza,6%20milh%C3%B5es%20de%20n%C3%B3s%20pobres>. Acesso em: 14 ago 2020.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica**

**constitucional**. Mandamentoed. Belo Horizonte: [s. n.], 2002.

ENGELMANN, Wilson; HOHENDORFF, Raquel von. Repensando O Ensino Dos Direitos Humanos Na Academia Jurídica: O Resgate Das Contribuições Coloniais E Contemporâneas Da América Latina Na Fundamentação De Um Novo Discurso. **Direito Público**, p. 46–76, 2016.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucion**: De la antigüedad a nuestros días. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass Robert. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. 1<sup>a</sup>. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOURY, Luis Ronan Neves. Direitos trabalhistas: sua preservação como direitos humanos e fundamentais em tempo de covid-19. **Rev. Trib. Reg. Trab. 3<sup>a</sup> Reg., Belo Horizonte**, p. 133–146, 2020.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 6<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

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

MARTINEZ, Luciano; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Comentários à Constituição de 1988 em matéria de direitos sociais trabalhistas (arts. 6<sup>o</sup> a**

11): uma homenagem aos 30 Anos da Constituição da República e aos 40 anos da Academia Brasileira de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2019.

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

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; FERRARI, Irany; FILHO, Ives Gandra da Silva Martins. **História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2011.

NOGUEIRA, Laudivon de Oliveira. **Análise da metódica da jurisdição constitucional no caso Ellwanger**. Universidade Clássica de Lisboa, Orientador: Doutor Sergio Reis Novais, 2016.

NOVAIS, José Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente previstas na constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

OLIVEIRA, Rafael. **A vinculação do legislador ao princípio da razoabilidade na restrição de direitos fundamentais: o caso da lei seca (Lei n. 11.705/2008)**.

Brasília, 2011. 84f. - Dissertação (Mestrado). Instituto Brasiliense de Direito Público.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda, 1999.

PRITSCH, Cesar Zucatti; DE SOUZA, Rodrigo Trindade. **Direito emergencial do trabalho**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

REZENDE, Renato Horta; CAMPOLINA MONTI, Laura. Pandemia e estado de exceção: a escalada da precarização dos direitos sociais trabalhistas no Brasil em meio à crise provocada pelo Covid-19. **Opinião Jurídica**, v. 19, n. 40, p. 313–339, 2020.

RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. O PAPEL DO PROCESSO NA CONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA: PARA UMA NOVA DEFINIÇÃO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, p. 53–56, 2019.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos sociais são direitos fundamentais: simples assim**. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang.; MARINONI, Luis. Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. **R. do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, [s. l.], v. 20, p. 163–206, 1988.

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

SILVA, José. Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Os limites da reforma constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SLHESSARENKO Junior, Miguel. **A concretização responsável dos direitos fundamentais sociais**: constitucionalização das políticas públicas, reservada do possível e ponderação social na educação. Brasília, 2010. 195 f. - Dissertação. Instituto Brasiliense de Direito Público.

STRECK, Lenio Luis. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

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

SUNSTEIN, Cass Robert. **Averting catastrophe**: decision theory for Covid-19, climate change, and potential disasters of all kinds. New York: NYU Press, 2021.

Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 958162**. Relator para o Acórdão Min. Carmen Lúcia. Brasília, 11 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2020.

Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento Fundamental 562**. Relator para o Acórdão Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 21 fev. 2019. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2020.

Supremo Tribunal Federal. **Reclamação Constitucional nº 11533**. Relator para o Acórdão Min. Gilmar Mendes. Brasília, 24 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20. mar. 2020.

Supremo Tribunal Federal. **Reclamação Constitucional nº 19696**. Relatora para o Acórdão Min. Rosa Weber. Brasília, 23 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20. mar. 2020.

Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 1066284**. Relator para o Acórdão Min. Edson Fachin. Brasília, 28 ago. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20. mar. 2020.

Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 1184222**. Relatora para o Acórdão Min. Carmen Lúcia. Brasília, 30. Abr. 2019. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20. mar. 2020.

Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1162159**. Relator para o Acórdão Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 24 mai. 2019. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20. mar. 2020.

Supremo Tribunal Federal. **Reclamação Constitucional nº 39254**. Relator para o Acórdão Min. Dias Tófoli. Brasília, 14 fev. 2020. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20. mar. 2020.

Supremo Tribunal Federal. **Reclamação Constitucional nº 23726**. Relatora para o Acórdão Min. Rosa Weber. Brasília, 17 abr. 2020. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20. mar. 2020.

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. **Instituições de direito do trabalho**. 14<sup>a</sup> ed. São Paulo: LTr, 1993.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**: ampliada e atualizada até 10.09.2009. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

WEDY, Gabriel. **Desenvolvimento sustentável na era das mudanças climáticas**: um direito fundamental. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

YOUNG, Katharine. G. **Constituing economic and social rights**. Oxford: Oxford University Press, 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.16309/j.cnki.issn.1007-1776.2003.03.004>. Acesso em: 20. mar. 2020