

v. 3 (2020)

ISSN 2595-9689



Revista Jurídica  
**TRABALHO e  
DESENVOLVIMENTO HUMANO**  
Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região

Received: 08.02.2020  
Accepted: 02.06.2020

<https://doi.org/10.33239/rjtdh.v3.61>

**1** Professor da Faculdade e do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Pelotas (UFPel). Pós-doutor pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Mestre em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Universidade de Coimbra. Especialista em Ciências Penais pela PUC-RS. Advogado.

<https://orcid.org/0000-0001-5955-4292>

**2** Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pelotas (UFPel). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito UFPel. Advogado.

<https://orcid.org/0000-0002-0597-0474>



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

# Diálogo social, pacto social, reforma trabalhista e a proibição do retrocesso: um contrassenso prenunciado

Social dialogue, collective bargaining, labor reform and social non-retrogression principle: a foreshadowed nonsense

Diálogo social, pacto social, reforma laboral y prohibición del retroceso: un contrassenso prenunciado

*Guilherme Camargo Massau<sup>1</sup>*

*André Kabke Bainy<sup>2</sup>*

## RESUMO

O objetivo do texto é analisar se a Reforma Trabalhista, em dois pontos, fere o princípio de proibição de retrocesso social e o de redução das desigualdades sociais, que, à época de sua aprovação, foi apresentada como alternativa necessária à superação do cenário de crise. Para tanto, o texto questiona se de fato houve efetivo pacto social, por meio do diálogo e concertação social, que atribuisse efetividade e legitimidade às alterações legislativas, bem como reflete se a mudança definitiva de paradigma, no sentido de ser dada ainda maior conotação à atuação sindical, por intermédio da prevalência das negociações coletivas, foi feita de maneira coerente. Por fim, apresenta delimitações teóricas quanto ao princípio da proibição do retrocesso social, cotejando-as com dois aspectos trazidos pela nova lei.

**PALAVRAS-CHAVE:** reforma trabalhista; diálogo social; pacto social; proibição do retrocesso.

## ABSTRACT

The purpose of the text is to analyze if the Labor Reform, in two aspects, violates the social non-retrogression principle and the reduction of regional inequalities principle, which, at the time of its approval, was presented as the necessary alternative to overcoming the crisis scenario. Therefore, the text questions whether there was an effective social pact, through social dialogue and concertation, that would give effectiveness and legitimacy to legislative changes, as well as reflects whether the definitive paradigm shift, in the sense of being given even greater connotation to the union action, through the prevalence of collective bargaining, was done in a coherent way. Finally, it presents theoretical delineations regarding the social non-retrogression principle, comparing them with two aspects brought by the new law.

**KEYWORDS:** labor reform; social dialogue; collective bargaining; social non-retrogression principle.

## RESUMEN

El objetivo del texto es analizar si la Reforma Laboral, en dos puntos, viola el principio de prohibición del retroceso social y la reducción de las desigualdades sociales, que, en el momento de su aprobación, se presentó como una alternativa necesaria para superar el escenario de crisis. Con este fin, el texto cuestiona si hubo, de hecho, un pacto social efectivo, a través del diálogo social y la consulta, que atribuye efectividad y legitimidad a los cambios legislativos, así como refleja si el cambio de paradigma definitivo, en el sentido de dar una connotación aún mayor a la acción sindical, a través del predominio de la negociación colectiva, se realizó de manera coherente. Finalmente, presenta delineamientos teóricos sobre el principio de la prohibición del retroceso social, comparándolos con dos aspectos traídos por la nueva ley.

**PALABRAS CLAVE:** reforma laboral; diálogo social; pacto social; prohibición del retroceso.

## INTRODUÇÃO

As relações trabalhistas são uma mistura de consenso e conflito. Exemplos dessa afirmação são inúmeros: de um lado a atividade econômico-empresarial pretenda a geração de riqueza e lucro, de outro, esse crescimento econômico depende de mão de obra qualificada, representada pelos empregados; se de um lado os empregados querem ter mais e melhores condições de trabalho digno e direitos, de outro, a exigibilidade destes pode trazer encargos que se tornam desinteressantes/desestimulantes ao poderio econômico, o que pode culminar no fechamento de postos de trabalho.

Nesse contexto, aparece o método consensual de resolução de conflitos no âmbito do trabalho (judicial ou extrajudicial). Uma das questões que merece ser debatida é se esta busca pela consensualidade, tão presente na órbita justralhista, sofreu enfraquecimento com a Lei 13.467/2017.

Assim, o ponto de partida da discussão concerne a aspectos da negociação coletiva do/no trabalho, que, em tempos de reforço dos discursos acerca da “flexibilização trabalhista”, voltam a ganhar ainda mais relevo.

A hipótese aqui defendida é que a Lei 13.467/2017, somada à ausência de adequado diálogo social, trouxe inovações no direito do trabalho que ofendem o princípio da proibição do retrocesso e, assim, padecem de inconstitucionalidade por ofensa a direitos fundamentais sociais historicamente consagrados.

Para tanto, será exposta uma introdução conceitual de cada um destes fenômenos/institutos. Após, será analisada a definição, alcance e aplicabilidade do princípio da proibição ao retrocesso e seu suporte de incidência calcado em um dos objetivos fundamentais impressos na Constituição Federal (CF) de 1988, qual seja o constante do Art. 3º, III, **erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais**. Por fim, na tentativa de se estabelecer um diálogo do princípio da proibição do retrocesso com as mudanças trazidas pela Lei 13.467/2017, será proposta uma abordagem que indique a possibilidade de invocação, ou não, da inconstitucionalidade em pontuais circunstâncias normativas.



## 1. O Direito do Trabalho e a reforma trabalhista

### 1.1 Uma breve conceituação – Diálogo social, pacto social, concertação social e negociação coletiva

A expressão “diálogo social” no mundo do trabalho pode ser encarada sob um duplo viés. O primeiro, mais voltado ao “senso comum”, diz respeito a toda e qualquer forma de interação social havida no ambiente laboral, visto que essa é pressuposto intrínseco àquela. Por outro lado, é possível se obter uma conceituação mais estrita de “diálogo social”, especialmente no âmbito do qual se limita o presente estudo, que é aquela que se aproxima da definição da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que o reconhece como requisito para a justiça social nas relações de trabalho.

A propósito das diretrizes esculpidas pela OIT, o diálogo social é preconizado por aquela organização internacional como um dos objetivos estratégicos de todas as políticas da OIT na busca do trabalho decente<sup>1</sup>.

Com efeito, o diálogo social - sintetizado como o fato social que abrange todo o tipo de negociação e consulta, incluindo a mera troca de informação, entre as diversas partes interessadas - tem por objetivo a promoção de consensos e o estabelecimento de um espaço de participação dos atores do mundo do trabalho: empregadores, sindicatos e o governo.

No diálogo social podem existir as chamadas relações diretas (ou “bipartidas”) entre o trabalhador e a gestão/empregadores (ou os sindicatos e as organizações de empregadores), bem como as chamadas relações “tripartidas” entre as autoridades governamentais, os sindicatos e as organizações representativas dos empregadores.

---

<sup>1</sup> Formalizado pela OIT em 1999, o conceito de trabalho decente sintetiza a sua missão histórica de promover oportunidades para que homens e mulheres obtenham um trabalho produtivo e de qualidade, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humanas, sendo considerado condição fundamental para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável. O trabalho decente é o ponto de convergência dos quatro objetivos estratégicos da OIT: 1) o respeito aos direitos no trabalho, especialmente aqueles definidos como fundamentais (liberdade sindical, direito de negociação coletiva, eliminação de todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupação e erradicação de todas as formas de trabalho forçado e trabalho infantil); 2) a promoção do emprego produtivo e de qualidade; 3) a ampliação da proteção social; e 4) o fortalecimento do diálogo social.



Em ambas as modalidades de diálogo social, entende-se que os governos devem ocupar um papel de proatividade, criando os meios legais e institucionais que garantam uma interação eficaz e minimamente igualitária entre as partes. A diferença é que na chamada relação tripartida, além de estabelecer as “regras do jogo”, o Estado passa a integrar a discussão propriamente dita, seja como ente regulador, seja como ente promotor de ideias e garantias em determinado contexto.

Para a efetivação do diálogo social, podem ser estabelecidas como condições favoráveis<sup>2</sup>: (a) o respeito pelos direitos fundamentais da liberdade sindical e da negociação coletiva; (b) o apoio institucional adequado; (c) organizações de trabalhadores e de empregadores fortes e independentes, com capacidade técnica e acesso à informação relevante para participar no diálogo social; e (d) vontade política e empenhamento de todas as partes no diálogo social.

Quanto aos fundamentos que justificam o diálogo social, tem-se a ideia de ser socialmente benéfico que o Estado, por vezes, abandone o seu status de “soberano” sobre as demais organizações da sociedade civil, para comportar-se como um ator social no mesmo nível dos demais. Ou seja: pressupõe um processo de tomada de decisões aberto, não autoritário e compartilhado, no qual as partes interessadas não atuam sem antes comunicarem-se com demais questões que podem afetá-las.

A noção de diálogo social está intimamente ligada ao sentido de concertação social, situado pela doutrina como a “participação das forças fundamentais da sociedade civil na definição das grandes linhas da política social do governo e na fixação dos grandes parâmetros da negociação coletiva”<sup>3</sup>. A concertação social aponta para o procedimento negocial cujo objetivo é a obtenção de um pacto social. Tal pacto,

[...] como resultado colimado pelas tratativas entre os grandes atores sociais, pode eventualmente não ser alcançado ou mesmo não chegar a ser

---

<sup>2</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Tripartismo e Diálogo Social**, 2018. Disponível em: <[https://www.ilo.org/lisbon/temas/WCMS\\_650874/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/lisbon/temas/WCMS_650874/lang--pt/index.htm)>. Acesso em 20 mai. 2018.

<sup>3</sup> CÓRDOVA *apud*. GUNTHER, Luiz Eduardo e ZORNIG, Cristina Maria Navarro. A implantação do pacto social no Brasil. In: **Tribuna PR**, 2002. Disponível em: <<http://www.tribunapr.com.br/noticias/a-implantacao-do-pacto-social-no-brasil/>>. Acesso em: 19 mai. 2018.



formalizado. Isso não descaracteriza a concertação social como um procedimento que se justifica em nome de sua obtenção.<sup>4</sup>

A OIT, ao tornar-se adepta do tripartismo, é a única “instituição intergovernamental na qual o direito ao voto na elaboração de normas e políticas não é exclusivo dos governos, mas é exercido também pelas organizações de trabalhadores e empregadores”<sup>5</sup>.

Diferentemente da noção de “diálogo social” – que denota uma característica mais relacionada ao procedimento –, o pacto social pode ser entendido como uma prática de política social e econômica para enfrentar situações das mais diversas naturezas como aquelas decorrentes de crise econômica ou mesmo em situações de bonança<sup>6</sup>.

Para que seja alcançado o pretendido pacto social, é necessário o preenchimento de alguns critérios de ordem: (a) psicológica - disposição da maioria em encontrar o consenso; (b) política - aceitação do diálogo pelos partidos políticos; (c) econômica - a reformulação da economia do País, visando ao seu melhor desempenho<sup>7</sup>. Disso costuma-se sustentar a existência de um tripé estruturante do pacto social, baseado em: (1) uma ação política, considerada a atuação do poder, visando determinados objetivos, por considerá-los fonte de governo (elemento/pressuposto político); (2) o consenso, operando o renascimento dos contratos, refletindo vontades convergentes para enfrentar situações críticas (elemento/pressuposto volitivo); (3) objetivo de atingir a estabilidade econômica, vale dizer, o combate da recessão, da inflação e do desemprego (elemento/pressuposto finalístico)<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> FREITAS JR. *apud*. GUNTHER, Luiz Eduardo e ZORNIG, Cristina Maria Navarro. A implantação do pacto social no Brasil. In: **Tribuna PR**, 2002. Disponível em: <<http://www.tribunapr.com.br/noticias/a-implantacao-do-pacto-social-no-brasil/>>. Acesso em: 19 mai. 2018.

<sup>5</sup> ABRAMO, Lais, ARAÚJO, Andrea e BOLZON, Andréa. Tripartismo e participação social: potencialidades e desafios do encontro entre dois processos na I Conferência Nacional de Emprego e Trabalho Decente. In.: **Revista Latino-americana de Estudos do Trabalho**, ano 18, nº 30, 2013, p. 211-248. Disponível em: <[http://relet.iesp.uerj.br/Relet\\_30/12%20-%20Tripartismo%20e%20participacao%20social%20-%20RELET%2030%20-%20WEB.pdf](http://relet.iesp.uerj.br/Relet_30/12%20-%20Tripartismo%20e%20participacao%20social%20-%20RELET%2030%20-%20WEB.pdf)>. Acesso em: 02 jan. 2019.

<sup>6</sup> ALVAREZ, Oscar Hernandez. **O Pacto Social na América Latina**. São Paulo: LTr, 1996, p. 26.

<sup>7</sup> NASCIMENTO, Amaury Mascaro. **A política trabalhista e a nova república**. São Paulo: LTr, 1985, p. 36-37.

<sup>8</sup> GUNTHER, Luiz Eduardo e ZORNIG, Cristina Maria Navarro. A implantação do pacto social no Brasil. In: **Tribuna PR**, 2002. Disponível em: <<http://www.tribunapr.com.br/noticias/a-implantacao-do-pacto-social-no-brasil/>>. Acesso em: 19 mai. 2018.



No que tange aos objetivos do pacto social, o autor espanhol Carlos López-Monis afirma que em todo o pacto social persegue-se alguns objetivos ou todos eles<sup>9</sup>. Quanto à natureza jurídica do pacto social, a doutrina aponta que este se constitui como “uma nova fonte de produção jurídica, qual seja, o direito negociado, gerando uma divisão de responsabilidade entre os parceiros sociais”.

Deve recordar-se que os pactos podem ser tanto formais como informais, e instrumentam políticas de objetivos sociais e econômicos, aproximando-se das convenções coletivas de trabalho, conforme Cassio Mesquita Barros, “mas com estas não se confundem, pois não estipulam condições de trabalho e não são firmadas entre empregados, empregadores ou suas organizações”<sup>10</sup>.

José Augusto Rodrigues Pinto trata o pacto social como um dos instrumentos da negociação coletiva, em plano igual ao da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, distinguindo as duas figuras em dois fatores: o primeiro fator pelos sujeitos participantes, visto que o Pacto Social sempre conta com a presença do Estado, ao passo que a Convenção Coletiva e o Acordo Coletivo de Trabalho são bilaterais; e o segundo fator, relativo aos objetivos, pois o Pacto Social, diferentemente da Convenção ou do Acordo Coletivo de Trabalho, não pretende delimitar especificamente as condições de trabalho, mas a concertar vontades política, profissional e econômica, estipulando condições para a criação normativa<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> “a) administrar de forma solidária uma situação de crise, procurando aumentar o crescimento econômico, a estabilidade de preços e salários e a redução nas taxas de desemprego; b) reformular o sistema de relações trabalhistas do País, introduzindo modificações de fundo no modelo de organização sindical, na regulamentação do direito de greve e na participação dos trabalhadores na empresa; c) fixar, com o maior grau de consenso possível, os princípios de um novo quadro de valores econômicos e sociais, a serem plasmados em um texto constitucional que inaugure uma nova etapa na vida do país” LÓPEZ-MONIS, Carlos. **Os pactos sociais na Espanha**. In.: Relações coletivas de trabalho: estudos em homenagem ao Ministro Arnaldo Süssekind. São Paulo: LTr, 1989, p. 114-123.

<sup>10</sup> BARROS *apud*. GUNTHER, Luiz Eduardo e ZORNIG, Cristina Maria Navarro. A implantação do pacto social no Brasil. In: **Tribuna PR**, 2002. Disponível em: <<http://www.tribunapr.com.br/noticias/a-implantacao-do-pacto-social-no-brasil/>>. Acesso em: 19 mai. 2018.

<sup>11</sup> PINTO *apud*. GUNTHER, Luiz Eduardo e ZORNIG, Cristina Maria Navarro. A implantação do pacto social no Brasil. In: **Tribuna PR**, 2002. Disponível em: <<http://www.tribunapr.com.br/noticias/a-implantacao-do-pacto-social-no-brasil/>>. Acesso em: 19 mai. 2018.



A tarefa atribuída ao pacto social é hercúlea: buscar-se soluções conjuntas, nas esferas econômicas e sociais, num contexto de um país continental. Isso fica ainda mais agravado quando se chega à conclusão de que vivemos num período de carência de diálogo e de interlocutores social, moral e juridicamente legítimos a conduzirem as propostas e encaminhamentos. Por outro lado, sabe-se que nos países que adotaram o modelo fundado na concertação social, foi possível uma maior capacidade de resistência à crise econômica e aos problemas de governabilidade<sup>12</sup>.

Daí chegamos a um paradoxo: se por um lado o pacto social pode revelar-se como elemento importante à solução de problemas econômicos, sociais e políticos (governabilidade), por outro, a sua efetivação depende, ao menos em um mínimo grau, de condições sociais, políticas e econômicas minimamente favoráveis.

Quanto à evolução dos pactos sociais no âmbito internacional, destaca-se que “boa parte da flexibilização na Europa, em especial na Itália, deu-se pela participação ativa de sindicatos representativos de classes, mútua cooperação e pelos pactos sociais, estruturando, assim, um pilar básico que modela a coesão social”<sup>13</sup>.

Já a negociação, pode ser compreendida, em um sentido amplo, como a “maneira autônoma de dirimir conflitos, na qual os próprios agentes interessados interagem e se articulam com este objetivo”<sup>14</sup>, motivo pelo qual se sustenta que a “resolução dos conflitos ou mesmo a dinâmica da negociação coletiva é desenvolvida pela atuação dos atores sociais tratando dos impasses através de cessões recíprocas de interesses”<sup>15</sup>.

Quanto à sua definição jurídica, cabe destacar aquela constante do art. 2º da Convenção 154 da OIT<sup>16</sup>. Quanto ao fundamento jurídico que justifica e preenche o conceito

---

<sup>12</sup> GHUNTER, Luiz Eduardo e ZORNIG, Cristina Maria Navarro. A implantação do pacto social no Brasil. In: **Tribuna PR**, 2002. Disponível em: <<http://www.tribunapr.com.br/noticias/a-implantacao-do-pacto-social-no-brasil/>>. Acesso em: 19 mai. 2018.

<sup>13</sup> GOMBAR, Jane. **Um diálogo social entre Brasil e Itália**. Porto Alegre: Cidadela, 2015, p. 79.

<sup>14</sup> MENDONÇA, Guilherme Moraes. Da negociação coletiva: fundamentos, objetivos e limites. In.: **Direito Coletivo do trabalho: curso de revisão e atualização**. Org. THOME, Candy Florencio. SCHWARZ, Rodrigo Garcia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 51.

<sup>15</sup> MENDONÇA, Guilherme Moraes. Da negociação coletiva: fundamentos, objetivos e limites. In.: **Direito Coletivo do trabalho: curso de revisão e atualização**. Org. THOME, Candy Florencio. SCHWARZ, Rodrigo Garcia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 51.

<sup>16</sup> “Para efeito da presente Convenção, a expressão ‘negociação coletiva’ compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias



de negociação coletiva, devem ser destacados duas circunstâncias basilares: (i) a busca pelo equilíbrio negocial – haja vista ser nítido que há uma relação marcada pelo desequilíbrio entre empregado e empregador, o que deve ser levado em conta; e (ii) o direito fundamental à liberdade sindical – visto que é a partir daí que as partes podem exercer o direito de associação sindical, visando à discussões e ganhos que interessam à sua determinada classe.

A propósito do direito fundamental à liberdade sindical, destaca-se que é ele, o sindicato, que assume destaque na questão subjetiva da negociação coletiva. Ora, se a “negociação como maneira de resolução de conflitos é um processo caracterizado por concessões mútuas entre os representantes do capital e trabalho, que tendem a desaguar na formalização de acordos coletivos”<sup>17</sup>, parece acertado admitir-se que a negociação coletiva é a principal razão de ser de um sindicato.

A OIT fomenta a negociação coletiva, considerando-a como a forma democrática de composição dos conflitos coletivos do trabalho. Isso pode ser observado nas Convenções nº 98, 151 e 154, além da Recomendação nº 163. Nesse contexto, pode-se dizer que, segundo a OIT, o direito de negociar coletivamente há de ser voluntário, livremente exercido, na busca de melhores condições de vida dos trabalhadores, imune a qualquer amarra do poder público que possa inibir seu exercício, havendo de ter os agentes participantes da negociação liberdade de escolha quanto ao nível em que se deve proceder à negociação.

Enoque Ribeiro dos Santos pondera que somente com a CF/88 a estrutura sindical brasileira foi radicalmente alterada, mediante a introdução de vários aspectos de democracia sindical e valorização da negociação coletiva<sup>18</sup>.

---

organizações de empregadores, e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, com o fim de: (a) fixar as condições de trabalho e emprego; ou (b) regular as relações entre empregadores e trabalhadores; ou (c) regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez.” ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 154**. Disponível em: <[http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT\\_154.html](http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_154.html)>. Acesso em 21 mai. 2018.

<sup>17</sup> MENDONÇA, Guilherme Moraes. Da negociação coletiva: fundamentos, objetivos e limites. In.: **Direito Coletivo do trabalho: curso de revisão e atualização**. Org. THOME, Candy Florencio. SCHWARZ, Rodrigo Garcia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 52-53.

<sup>18</sup> SANTOS, Enoque Ribeiro dos. A negociação coletiva de e trabalho como instrumento de pacificação social. In.: **Direito Coletivo do trabalho: curso de revisão e atualização**. Org. THOME, Candy Florencio. SCHWARZ, Rodrigo Garcia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 62.



Ainda a propósito da dependência do Estado no que tange à regulamentação coletiva, a negociação coletiva nos países de capitalismo avançado foi fruto do costume, pois nos Estados onde as convenções têm eficácia porque constituem uma espécie de *gentlemen agrément*, ou seja, não é por força de normas cogentes que as reconheçam, nem por participarem no sistema de *common law*<sup>19</sup>.

Ao contrário, a legislação trabalhista brasileira sempre deu prevalência à lei estatal sobre a negociação coletiva, no sentido de ser o direito positivo o responsável por, a um só tempo, suprir a insuficiência do sindicalismo brasileiro e manter as reivindicações operárias no limite das possibilidades nacionais<sup>20</sup>. O instituto, assim, veio dos códigos para os fatos. Ou seja: de cima para baixo.

## 1.2. Do (inexistente) diálogo social para a aprovação da Reforma Trabalhista

Não obstante a busca pelo consenso tenha sido um argumento diversas vezes invocado para se justificar a aprovação da Reforma Trabalhista, parece questionável que, quanto à Lei 13.467/2017, a sociedade tenha praticado um “diálogo social” (na acepção típica do conceito) e que tenha sido chegado a um consenso social sobre a necessidade da Reforma – o que beira ao absurdo.

Isso porque, se de um lado é verdade que no cenário de crise institucional (política, econômica e jurídica) vivida pelo Brasil nos últimos anos, que culminou no decréscimo econômico e consequente fechamento de postos de trabalho – nesse ponto havendo total consenso acerca da necessidade urgente de se manter os postos de trabalho ainda existentes -, a forma como seria levada a reforma, quais as consequências e impactos; a quem prejudicaria/beneficiaria, qual o intuito de cada uma das alterações realizadas nos institutos jurídicos trabalhistas, e outros questionamentos similares, aparentemente passaram longe de

---

<sup>19</sup> SANTOS, Enoque Ribeiro dos. A negociação coletiva de e trabalho como instrumento de pacificação social. In.: **Direito Coletivo do trabalho**: curso de revisão e atualização. Org. THOME, Candy Florencio. SCHWARZ, Rodrigo Garcia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 62.

<sup>20</sup> SANTOS, Enoque Ribeiro dos. A negociação coletiva de e trabalho como instrumento de pacificação social. In.: **Direito Coletivo do trabalho**: curso de revisão e atualização. Org. THOME, Candy Florencio. SCHWARZ, Rodrigo Garcia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 62.



discussão e reflexão social. É possível cogitar-se de que havia um pacto social para a realização de reforma legislativa que privilegiasse a manutenção dos postos de trabalho (finalidade), mas é absolutamente impensável que tenha havido um pacto social no que concerne às alterações e procedimentos para tanto (caminho para se atingir a finalidade).

Afora isso, causa estranheza a velocidade pela qual, sob os argumentos da “flexibilização” e da “modernização”, tal reforma foi levada a efeito no âmbito político.

Desse cenário, a conclusão que se extrai é a de que o diálogo social ocorrido na fase de discussão da reforma trabalhista foi um diálogo limitado, que não alcançou a maioria das vozes atingidas pela mesma, e que, portanto, jamais foi gerado um pacto social capaz de dar legitimidade social às alterações propostas pela Lei 13.467/2017.

Daí porque, parece-nos acertado sustentar que os princípios, conceitos e institutos do diálogo social, pacto social e concertação social foram inadvertidamente desconsiderados quando da aprovação da Reforma Trabalhista.

Ocorre que a ofensa àqueles conceitos não se deu tão somente para que a aprovação ocorresse; o conteúdo propriamente dito da reforma passou a se tornar um mecanismo de parcial desobediência àqueles predicados outrora tão caros ao direito do trabalho.

Mas além: revelaram-se, de modo bastante evidente, alterações normativas que pioraram o status jurídico de proteção até então havido em favor dos trabalhadores, havendo amplo espaço para, inclusive, questionar-se de eventual padecimento da Lei 13.467/2017 (ou de parte de seus dispositivos) por vício de inconstitucionalidade.

## 2. Princípio de proibição de retrocesso social

O princípio de proibição de retrocesso social encontra-se implícito na concepção lógica da Constituição. A ausência de sua menção explícita não lhe retira as consequências lógico-normativas que decorrem da incidência de algumas normas, sejam regras e/ou princípios<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Adotar-se-á a linha de Alexy (ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994), considerando norma como princípio ou regra e levando em consideração as respectivas características, *vide*: DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 106-109.



Por conseguinte, cabe situá-lo a partir de elementos da CF/88 imediatamente vinculados à concepção da vedação do retrocesso social.

Contudo, desde já, convém destacar a impossibilidade de se defender de uma proibição absoluta de retrocesso social, justamente pelo fato de se reconhecer as mudanças sociais pelas quais o Estado e a sociedade passam, como é o caso da Reforma da Trabalhista. É preciso, porém, que se tenha um mínimo de segurança jurídica em relação ao patamar de efetividade conquistado pelos direitos sociais<sup>22</sup>.

## 2.1 Lógica histórico-constitucional

O desenrolar histórico-constitucional é um dos elementos que pode servir como (um primeiro) fundamento para a consistência do princípio da proibição de retrocesso social. Destaca-se, nesse tópico, a característica do constitucionalismo<sup>23</sup>, a cada aperfeiçoamento pelas forças históricas, expandir e fortalecer as características de documento-garantia<sup>24</sup> dos cidadãos e indivíduos diante do Estado. Trata-se de reconhecer o desdobrar lógico das mudanças que derivaram inúmeros institutos positivados e, também, a derivação da vedação de medidas retrocessivas que atinjam núcleos essenciais de direitos e garantias sociais. Desde então, o documento constitucional se consolidou como pedra angular do Estado de Direito (democrático) por meio da força e supremacia constitucional<sup>25</sup> adquirida ao longo da história, calcado nas experiências inglesa, norte-americana e francesa<sup>26</sup>.

Essas conquistas históricas, constitucionalmente, são intangíveis ao ato de supressão. Todas elas representam um fortalecimento de garantias aos indivíduos (em sentido geral) frente ao Estado, sendo que as extinguir ou as enfraquecer a ponto de torná-las ineficazes

---

<sup>22</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 17, Porto Alegre, 1999. p. 111-114, 127.

<sup>23</sup> A importância do assegurar direitos encontra-se na *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789, no seu Art. 16. SILVA, Suzana Tavares da. **Direitos fundamentais na arena global**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, p. 18.

<sup>24</sup> VOLÄNDER, Hans. **Die Verfassung**. Idee und Geschichte. München: C.H.Beck, 1999, p. 7.

<sup>25</sup> NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 116.

<sup>26</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 52-53.



representa uma ruptura nas bases do constitucionalismo. O princípio de proibição de retrocesso social corrobora, em sua lógica, conquistas históricas, assim como as citadas, ao vedar imposições do Estado que enfraqueçam ou anulem o núcleo essencial dos direitos sociais.

O constitucionalismo desenvolvido nos últimos séculos acarretou uma identificação dos cidadãos com o projeto de comunidade político-social do Estado ao qual pertencem<sup>27</sup>. Por isso, elementos constitucionais introduzidos por força de movimentos históricos merecem maior proteção do que aqueles resultantes de deliberações políticas circunstanciais. É necessário reconhecer a coerência do desenrolar temporal que resultou no sistema constitucional que se tem atualmente. Os direitos sociais não se encontram na Constituição Federal por mera deliberação política circunstancial, mas por redundarem em opção pertinente e importante de avanço social no Estado brasileiro.

O desenrolar histórico constitucional culminou contemporaneamente nas seguintes consequências, nas quais o princípio de proibição de retrocesso social, logicamente, se apoia: 1) o princípio do Estado Direito social necessita de um patamar mínimo de **proteção da confiança**, de **segurança jurídica**<sup>28</sup> e de **manutenção mínima do nível de continuidade jurídica**; por isso, medidas sociais retrocessivas e retroativas causam enfraquecimento e contradizem o Estado de Direito social; 2) o princípio da dignidade humana exige do aparato estatal prestações sociais positivas a fim de garantir o mínimo de existência com dignidade; por conseguinte, o efeito esperado desse princípio é a exigência de que medidas não fiquem aquém do patamar considerado como mínimo; 3) o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais (Art. 5º, §1º, da CF) indica a exigência de maximização e a não redução da proteção dos direitos fundamentais; 4) a insuficiência de proteção que o princípio da segurança jurídica do Art. 5º, XXXVI, da CF pode oferecer aos direitos fundamentais sociais; 5) a vinculatividade dos órgãos estatais às normas constitucionais e aos seus atos anteriores (princípio da confiança), que faz com que os órgãos do Estado

---

<sup>27</sup> SILVA, Suzana Tavares da. **Direitos fundamentais na arena global**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, p. 11.

<sup>28</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 257.



mantenham sua autonomia, sem, contudo, perderem como fundamento de suas ações as normas constitucionais, sem as quais as decisões tomadas pelos órgãos podem estar em direto desrespeito constitucional<sup>29</sup>. Tais consequências são respostas históricas político-jurídicas decorrentes de opressões, violações e injustiças socialmente situadas<sup>30</sup>.

Com as conquistas constitucionais na seara social com vistas à justiça social<sup>31</sup>, surge o dever de realização progressiva dos direitos sociais, assim como ocorreu e que ainda, com menor necessidade, acontece com os direitos de liberdade. Admitir medidas retrocessivas que anulem essas conquistas implica desprezar o Estado social e alguns dos objetivos constitucionais (Art. 3º, III, da CF).

## 2.2 Limites à reforma constitucional

O limite material<sup>32</sup> à reforma constitucional estabelecido no Art. 60, §4º, da CF – as chamadas **cláusulas pétreas** – veda a abolição do núcleo essencial material dos conteúdos normativos da forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais. O sentido normativo do dispositivo constitucional não veda modificações, inclusive restrições à esfera de incidência, mas sim a supressão do núcleo essencial<sup>33</sup>.

Embora a literalidade do Art. 60, §4º, IV, da CF infira a exclusão dos direitos sociais do âmbito da proteção das **cláusulas pétreas**, no que tange o sistema constitucional como pedra angular do sistema jurídico que é unitário, adota-se, nesse texto, a posição majoritária da

---

<sup>29</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 464-466; NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 115, 135-136.

<sup>30</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana**. Dignidade e direitos fundamentais. v. I. Coimbra: Almedina, 2015, p. 71.

<sup>31</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 456-457.

<sup>32</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, BRANDÃO, Rodrigo. Comentário ao artigo 60. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentário à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1129-1131.

<sup>33</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 156-160.



doutrina e a inclinação do Supremo Tribunal Federal em incluir os direitos sociais – e os demais capítulos do Título II da CF – no raio de proteção material das **cláusulas pétreas**<sup>34</sup>.

Destarte, o princípio da proibição de retrocesso social constitui-se em um limite normativo ao Poder Legislativo e um critério normativo ao Poder Judiciário. Some-se a isso o Art. 2º, 1, do Pacto Internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais – internalizado pelos Decretos Legislativo n. 226/91 e Presidencial n. 591/92<sup>35</sup> – o qual traz o compromisso dos Estados signatários em **progressivamente**<sup>36</sup> empregar meios apropriados e recursos disponíveis para que os indivíduos exerçam os direitos constantes do Pacto. A palavra **progressivamente** impede que se aceite o estabelecimento de normas que causem retrocesso nas conquistas já estabelecidas<sup>37</sup>.

### 2.3. Segurança jurídica

O princípio da segurança jurídica constitui-se em uma das formas de densificação do princípio da proibição de retrocesso social, embora seus conteúdos não se confundam<sup>38</sup> totalmente. Mencionado no Preâmbulo, no *caput dos* 5º e 6º da CF e especificado no Art. 5º, XXXVI, da CF<sup>39</sup>, o princípio da segurança jurídica oferece estabilidade à ordem jurídica, especialmente ao núcleo essencial dos direitos sociais, fazendo com que o indivíduo e a sociedade (como grupo de indivíduos) possam estabelecer relações entre si e com o Estado a

<sup>34</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, BRANDÃO, Rodrigo. Comentário ao artigo 60. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentário à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1135-1138).

<sup>35</sup> BRASIL. Presidência da República. **Decreto n. 591**, de 6 de julho de 1992. [www.planalto.gov.br/ccivil\\_3/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_3/decreto/1990-1994/d0591.htm). Acesso em 05/01/2018.

<sup>36</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 619.

<sup>37</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 390.

<sup>38</sup> DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 213-217.

<sup>39</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 452.



partir de parâmetros tutelados pela proteção da confiança, tendo como base estrutural à segurança jurídica a **cognoscibilidade**<sup>40</sup>, a **confiabilidade**<sup>41</sup> e a **calculabilidade**<sup>42</sup>.

Por meio da consolidação do pensamento constitucional, tem-se o Estado de Direito como manifestação de um Estado de segurança jurídica<sup>43</sup>. Trata-se de subprincípio de categoria estruturante do Estado de Direito que perpassa pelos direitos fundamentais para evitar que deságue em inclinações despóticas<sup>44</sup>; assim, ao impedir medidas retrocessivas de direitos adquiridos, garante-se um nível de estabilidade para viver e agir sem medo ou insegurança no âmbito social e estatal<sup>45</sup>.

Logo, o princípio da segurança jurídica abrange a segurança pessoal e social, protegendo a pessoa ou/e grupo de pessoas contra atos do poder público ou de particulares que violam direitos e garantias pessoais ou/e sociais com **medidas retroativas** (contra direitos adquiridos, coisa julgada e ato jurídico perfeito). Também, o princípio da segurança jurídica incide contra as medidas retrocessivas de caráter prospectivo. Neste talante, não se admitem reformas constitucionais ou infraconstitucionais que revoguem, suprimam ou anulem núcleos essenciais de normas materiais de direitos sociais regulamentados por dispositivos constitucionais ou infraconstitucionais, mesmo com efeitos prospectivos<sup>46</sup>, que já integram o **patrimônio**<sup>47</sup> do indivíduo e do grupo de indivíduos. Portanto, o princípio da segurança

---

<sup>40</sup> ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica. **Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 683.

<sup>41</sup> ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica. **Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 863.

<sup>42</sup> ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica. **Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 684.

<sup>43</sup> HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. 19 ed. Heidelberg: Müller, 1993, p. 206.

<sup>44</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 451.

<sup>45</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 619-620; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 452-453; NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 110.

<sup>46</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 452-453.

<sup>47</sup> Entenda a palavra patrimônio no sentido empregado por: SARLET, Ingo Wolfgang, O Estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 17, Porto Alegre, 1999. p. 111-132.



jurídica encontra-se logicamente atrelado ao princípio da proibição do retrocesso concretizado por meio de barreira de redução de conteúdo material de direitos e de garantias em termos de acesso aos direitos sociais – de dimensão positiva e negativa.

#### 2.4. Repercussões na eficácia e efetividade

Recai na eficácia e efetividade das regras e princípios de direitos sociais a proibição de medidas retrocessivas, já que o Art. 5º, §1º, da CF atribui aplicação imediata. Destarte, as normas de direitos sociais não podem ser esvaziadas em sua dimensão de aplicabilidade. Dessa forma, a vedação do retrocesso assume uma eficácia “protetiva” dos direitos sociais<sup>48</sup>. Como consequência, na dimensão defensiva ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana, a proibição de medidas retrocessivas tem a finalidade de garantir a efetividade de níveis de proteção concretizados nas normas de direitos sociais existentes, fundamentalmente no que tange às garantias mínimas de existência digna<sup>49</sup>.

Por consequência, as prestações básicas correspondentes ao mínimo existencial não podem ser suprimidas ou reduzidas, inclusive se ressalvados os direitos adquiridos, sob pena de se ferir o princípio da proibição de retrocesso no que diz respeito a medidas que garantam, em certo grau, a efetivação do núcleo essencial da dignidade da pessoa humana. Se determinados níveis de proteção ao mínimo existencial já se encontram alcançados, não existe justificativa para que legislação superveniente suprima ou reduza posições sociais adquiridas. Por isso, tornam-se juridicamente injustificáveis medidas retrocessivas, podendo o Poder Judiciário considerá-las inconstitucionais<sup>50</sup>. Não se trata da impossibilidade de revogação ou alteração de lei, mas, quando isso ocorrer, o legislador deve substituir ou alterar

---

<sup>48</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 455-466.

<sup>49</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 620.

<sup>50</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 620.



a lei por disposições de garantias e de direitos de igual ou maior grau de proteção das anteriores<sup>51</sup>.

Contudo, situa-se aqui uma objeção à proibição de retrocesso, pois ela se direciona à competência do legislador. Ela refere-se à falta de conteúdo específico dos direitos sociais na Constituição. Essa indeterminabilidade faria com que o legislador tivesse ampla liberdade de conformação de tais direitos fundamentais. Isso englobaria, inclusive, a possibilidade retroceder em suas próprias decisões, embora o legislador esteja limitado pelo princípio da proteção da confiança, pela imprescindibilidade de justificar as medidas reducionistas e na intangibilidade do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Assim, não se pode anular o núcleo essencial dos direitos fundamentais<sup>52</sup>.

Em segundo lugar, o legislador constitucional derivado e infraconstitucional está vinculado às normas constitucionais, pois ao legislar com o intuito de concretizá-las, não pode, **posterior e simplesmente**, desfazer o que realizou no cumprimento de mandamento constitucional<sup>53</sup>. Se isso for admitido, a eficácia e a efetividade constitucionais – fundamentalmente no que se refere ao núcleo essencial dos direitos sociais, vinculado ao mínimo existencial – ficariam a critério do legislador constitucional derivado e do infraconstitucional, subvertendo o comando do próprio legislador que instauraria uma situação social favorável e, depois, conforme seu arbítrio e sua oportunidade, substituiria a situação favorável por uma desfavorável (ou menos favorável)<sup>54</sup>.

Assim, entende-se que depois de conquistado determinado grau de realização de direitos sociais, estes passam a constituir garantia institucional. Logo, tornam-se direitos subjetivos, limitando **em grau** a retrocessividade de **direitos adquiridos**. Caso se admitisse que

---

<sup>51</sup> DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 281-283.

<sup>52</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 461-462.

<sup>53</sup> Uma crítica à aplicação do princípio da proibição de retrocesso quando de recriação de omissão constitucional, *vide*: DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 259-268.

<sup>54</sup> Opinião contrária de tal impeditivo, *vide*: ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais**. Na constituição portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1987, p. 308-309; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 337-338; *vide*: DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 148-150.



medidas retrocessivas pudessem atingir o núcleo essencial de direitos fundamentais sociais, estar-se-ia, igualmente, ferindo o princípio da proteção da confiança, o da segurança jurídica e o mínimo existencial que sustenta a concretização da dignidade humana<sup>55</sup>.

### 3. Objetivos constitucionais fundamentais como critério de aplicação do princípio da proibição de retrocesso social

A CF, como a ordem jurídica como um todo, deve ser interpretada de forma sistemática. No caso do princípio da proibição de retrocesso social, está-se diante de um princípio constitucional implícito e complexo, no que se refere a sua delimitação. Portanto, propõe-se aqui a necessidade de ter como critério interpretativo outro princípio constitucional, o de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Tal princípio está inserido no Art. 3º, III, da CF, e compõe a chamada cláusula transformadora, cujo objetivo é impelir e delimitar o Estado a promover mudanças na estrutura socioeconômica da sociedade<sup>56</sup>.

#### 3.1. Morfologia dos objetivos fundamentais

O Art. 3º da CF (objetivos fundamentais) é peculiar na história constitucional brasileira. Ele impõe objetivos qualificados de fundamentais ao Estado brasileiro. Trata-se do anseio de **transformação** do legislador originário que estabeleceu como diretriz constitucional a **cláusula de transformação** expressa o modelo de uma constituição dirigente<sup>57</sup>. Tem-se como consequência da imposição normativa dos objetivos fundamentais, a necessidade de os três

---

<sup>55</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 336-337.

<sup>56</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**. Uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 36-37; VOLÄNDER, Hans. **Die Verfassung**. Idee und Geschichte. München: C.H.Beck, 1999, p. 10.

<sup>57</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**. Uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 37.



Poderes aplicarem as normas constitucionais de acordo com os objetivos expressos. Se as aplicarem de forma a contrariá-los, estar-se-á diante de uma inconstitucionalidade.

### 3.1.1. Cunho programático

Desta forma, por conter objetivos a serem, constantemente, perseguidos, as normas do Art. 3º da CF possuem cunho programático<sup>58</sup>, impondo o dever de o Estado remover os obstáculos de ordem social que restringem a liberdade e a igualdade<sup>59</sup>. Elas impõem finalidades nas quais, no entanto, não se identificam limites, *e.g.*, do texto normativo do Art. 3º, III, da CF não se encontram explícitos os meios de se erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Com a vênica técnica, não há precisão a ser medida na sua concretização.

O sentido normativo dos objetivos fundamentais é criar um dever de que em a cada atuação do Estado – também, pode-se pensar no âmbito privado – os objetivos previstos estejam presentes, quando for possível, no sentido enfraquecer as barreiras de convivência social. Tal exigência surge depois da Segunda Grande Guerra com o Estado social<sup>60</sup>. Somente a presença dos objetivos fundamentais na atuação é capaz de fazer com que os mesmos se densifiquem ao ponto de identificar um mínimo de concretização dos objetivos, *e.g.*, diante do texto normativo do Art. 3º, III, da CF é preciso que a norma tenha elementos conducentes à erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais. Se nela estiverem presentes elementos opostos, não serão concretizados os objetivos fundamentais.

---

<sup>58</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, 454(754)-455.

<sup>59</sup> APOSTOLI, Adriana. **La svalutazione del principio di solidarietà**. Crisi di un valore fondamentale per la democrazia. Milano: Giuffrè, 2012, p. 9.

<sup>60</sup> APOSTOLI, Adriana. **La svalutazione del principio di solidarietà**. Crisi di un valore fondamentale per la democrazia. Milano: Giuffrè, 2012, p. 10, 18.



### 3.1.2. Alta densidade normativa<sup>61</sup>

Embora tenha-se identificado o cunho programático – genérico em relação às demais normas programáticas ou de baixa densidade normativa –, é preciso ressaltar que os objetivos fundamentais são normas aplicáveis imediatamente, que independem de ulterior restringibilidade do legislador. Eles possuem alta densidade normativa, pelo fato de que, para concretizá-los, é preciso que em cada constituição de norma haja a presença do conteúdo dos objetivos. Por conseguinte, o texto normativo do Art. 3º da CF torna-se critério interpretativo para todos que aplicarem as normas constitucionais e infraconstitucionais – pelo critério hierárquico. Trata-se, todavia, de um critério normativo, uma vez que a cada interpretação devem ser levados em consideração os objetivos possíveis de serem concretizado no caso específico<sup>62</sup>.

Dessa forma, cada norma extraída de texto normativo deve apresentar algum grau de densidade de um ou de alguns dos objetivos fundamentais. O aplicador do direito, dentro das interpretações possíveis, deve optar por aquela que se incline aos incisos do Art. 3º da CF. A aplicação da norma extraída do texto dos objetivos fundamentais dá-se no encontro da norma a ser aplicada ao caso concreto com a incidência dos objetivos fundamentais.

Por fim, destaca-se que os objetivos fundamentais independem de ulterior restringibilidade do legislador para serem aplicados. Também se defende a vedação de delimitação e definição normativa do conteúdo dos objetivos do Art. 3º da CF por parte do legislador ordinário, sob pena de restringir o âmbito interpretativo-finalista dos objetivos fundamentais. Nesse caso estaria vedada a redução de conteúdo a ser compreendido dos objetivos constitucionais.

---

<sup>61</sup> Classificação de SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 260-261.

<sup>62</sup> Essa perspectiva está pautada em: FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 27-28.



### 3.2. Suporte fático da redução das desigualdades sociais (Art. 3º, III, da CF)

O suporte fático que contém o princípio da redução das desigualdades sociais diz respeito à parte final do inciso III. O texto normativo que remete à redução das desigualdades sociais tem o seguinte enunciado: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – [...] a redução das desigualdades sociais [...]”. O texto constitucional em análise divide-se em duas partes: a primeira, o *caput*, condiz com a declaração de que os incisos que se seguem ao *caput* trazem (constituem) os objetivos fundamentais constitucionais do Estado brasileiro; a segunda parte, o inciso III, no referente à redução das desigualdades sociais, traz o verbo (reduzir) no infinitivo. Dessa forma, o dispositivo normativo tem a seguinte leitura: “constitui-se em objetivo fundamental da República Federativa do Brasil reduzir as desigualdades sociais”.

Nessa frase do dispositivo normativo constitucional têm-se duas orações: 1) a finita: “constitui-se em objetivo fundamental da República Federativa do Brasil reduzir as desigualdades sociais”; 2) a não finita: reduzir as desigualdades sociais. Por conseguinte, a não finita é uma oração subordinada infinitiva, exercendo a função de sujeito, sendo uma oração **subordinada substantiva infinitiva subjetiva**. Salienta-se que o verbo do *caput* está conjugado no indicativo do presente, referindo-se à existência dos valores fundamentais listados nos incisos do Art. 3º da CF. Acrescenta-se a oração **subordinada substantiva infinitiva subjetiva** remete ao sujeito **redução das desigualdades sociais**. Por conseguinte, a referência normativa do texto constitucional em análise adquire um significado de imperativa existência do valor da igualdade social, resultando no objetivo de formação de uma sociedade igualitária.

O texto normativo do qual se aduz o princípio da igualdade social proporciona ao intérprete/aplicador do direito critérios valorativos para estabelecer posição mediante o caso concreto, pois impõe uma ação<sup>63</sup>. No entanto, seu conteúdo não pode ser determinado somente com a incidência do sentido normativo extraído do Art. 3º, III, da CF, mas do contexto histórico-constitucional axiológico a determinar o conteúdo pragmático da situação jurídico-

<sup>63</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 4 ed. Madrid: Trotta, 2002.



subjéitiva<sup>64</sup>, pelo fato da sua vagueza<sup>65</sup>, pois embora se possam determinar limites de sentido<sup>66</sup> do que é ou não desigualdade social, muitas possibilidades se encaixam no que seja ou não redução da desigualdade social. Nesse espaço, o interprete/aplicador do Direito pode utilizar de discricionariedade no momento da tomada de decisão. Por isso, deve-se ter no horizonte dois tipos de significados: a) o das expressões isoladas de um paradigma abstrato aplicável a uma série ilimitada de casos possíveis; b) o que, entre diversos potenciais significados, advém de forma concreta na expressão linguística do texto constitucional a partir do contexto no qual há o ato de proferir o significado<sup>67</sup>.

Por se constituir em norma-princípio constitucional, é preciso reconhecer a manifestação de dois princípios inerentes ao sistema constitucional: a **força normativa da constituição**, que vincula, reciprocamente, o conjunto de normas jurídicas constitucionais com a realidade político-social<sup>68</sup>, a fim de aperfeiçoar a concretização da norma; a **supremacia da constituição**, que conduz os Poderes do Estado a atuarem em conformidade com os objetivos normativos e as normas constitucionais<sup>69</sup>. Esses dois princípios incidem na direção da concretização constitucional, conformando a ação e reprovando a omissão dos Poderes constituídos no que se refere ao paradigma constitucional.

#### 4. A (in)constitucionalidade de alguns aspectos da Lei 13.467/2017

A questão da (in)constitucionalidade da Reforma Trabalhista, como visto acima, tem sido objeto de debate desde o início da formulação do projeto de lei. Por um lado, há quem

---

<sup>64</sup> APOSTOLI, Adriana. *La svalutazione del principio di solidarietà. Crisi di un valore fondamentale per la democrazia*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 23.

<sup>65</sup> A vagueza tem como característica as delimitações do significado. A área de aplicação da expressão linguística não está precisamente delimitada. Com isso, passam a existir casos limites, os quais não se sabe se o dispositivo **interpretado** é aplicável ou não (LUZZATI, Claudio. *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1990, p. 47 e 51).

<sup>66</sup> LUZZATI, Claudio. *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1990, p. 42.

<sup>67</sup> LUZZATI, Claudio. *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1990, p. 43.

<sup>68</sup> HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 19 ed. Heidelberg: Müller, 1993, p. 28.

<sup>69</sup> HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 19 ed. Heidelberg: Müller, 1993, p. 82.



defenda que as alterações são juridicamente legítimas<sup>70</sup> (e, portanto, constitucionais), haja vista que precedidas do devido processo legislativo; por outro lado, se pode sustentar que as alterações trazidas pela Reforma importa em expressiva redução dos direitos dos trabalhadores, e, porquanto caracterizadora da quebra do paradigma protetivo, revelando-se inconstitucionais.

Embora diametralmente opostas, tais posturas incorrem em um mesmo equívoco de generalização (quase metafísica) demasiada, sem a necessária análise da concretude normativa da (in)constitucionalidade. O presente estudo tem como objetivo analisar se alguns pontos da Reforma Trabalhista são constitucionalmente adequados materialmente. Logo, não se analisará existência de algum vício no processo legislativo da Reforma. No entanto, analisar-se-á se a Reforma não viola o princípio da proibição do retrocesso social. Contudo, para densificar a análise – já que se trata de um princípio implícito e amplo – utilizar-se-á como norma delimitadora da existência ou não de retrocesso o princípio fundamental objetivo da redução da desigualdade social (ou da igualdade social).

Desta feita, ter-se-á retrocesso social inconstitucional se as modificações trabalhistas acarretaram(ão) aumento na desigualdade social. Isto demonstra a existência de violação de princípio dos objetivos fundamentais da CF e, com isto, retrocesso social. Desta feita, foram escolhidos dois exemplos passíveis de serem questionados em relação à constitucionalidade. Destaca-se que o STF já considerou inconstitucional (ADI 5938)<sup>71</sup> a possibilidade de trabalhadoras gestantes exercerem atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, e de lactantes exercerem atividades insalubres em qualquer grau, estabelecida no art. 394-A da CLT.

---

<sup>70</sup> Exemplificativamente, cita-se o pensamento já externado algumas vezes pelo Min. Ives Gandra Filho, no sentido da inexistência de qualquer inconstitucionalidade no texto da Reforma, conforme entrevista veiculada no sítio da Confederação Nacional do Transporte. Disponível em: <<https://www.cnt.org.br/agencia-cnt/reforma-trabalhista-constitucional-entrevista-ives-gandra-filho>>. Acesso em 31 dez. 2019.

<sup>71</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5938**, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 29 de maio de 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5447065>>. Acesso em 03 jan. 2020.



#### 4.1. Contrato de trabalho intermitente

A primeira alteração legislativa cuja análise é pertinente ao presente trabalho refere-se à normatização do chamado “contrato de trabalho intermitente”, estabelecido no art. 443 da CLT. Registra-se que, até o advento da Lei 13.467/2017, a legislação trabalhista reconhecia como modalidades genéricas de contrato de trabalho os por prazo determinado ou indeterminado (além de modalidades de contrato de trabalho específicas, como do atleta profissional, do aprendiz, dentre outros).

Ocorre que, com a Reforma, a CLT, com um apelo liberal preconizado no art. 444 no sentido de que os contratos poderiam ser objeto de livre negociação “das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes”<sup>72</sup>, passou a aceitar a elaboração de contrato individual de trabalho, acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, também para a prestação de trabalho intermitente (*caput* do art. 443 da CLT)<sup>73</sup>.

Nos termos do §3º do art. 443 da CLT, o contrato de trabalho intermitente pode ser conceituado como aquele no qual há prestação de serviços subordinada, porém não contínua, ocorrendo alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade, à exceção legal dos aeronautas.

A inauguração normativa do “contrato intermitente” traz consigo inúmeras críticas. A primeira delas diz respeito à perspectiva “consequencialista” da Reforma. Conforme já mencionado alhures, durante o período de deliberações legislativas acerca da Reforma Trabalhista, o grande argumento justificador a favor da Reforma se dava no sentido de ser medida necessária para a manutenção dos empregos existentes, criação de novos postos de

---

<sup>72</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho, Rio de Janeiro-RJ, maio 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De15452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm)>. Acesso em: 02 jan. 2019.

<sup>73</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho, Rio de Janeiro-RJ, maio 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De15452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm)>. Acesso em: 02 jan. 2019.



trabalho e reaquescimento da economia nacional. Ocorre que há estudo no âmbito da OIT<sup>74</sup> no sentido de que, nos últimos 20 anos, a diminuição da dimensão protetiva jus trabalhista não resultou em criação de empregos. A flexibilização não se converte, necessariamente, em critério de redução da taxa de desemprego, não havendo, ao menos até o presente momento, base empírica para justificar a veracidade dos pressupostos justificadores da Reforma.

A segunda situação que leva à reflexão diz respeito à figura do “risco” empresarial. As empresas, preocupadas com o aumento de despesas sem a certeza de geração de receita, resistem às contratações típicas até que tenham certeza do reaquescimento econômico. Surge a figura do contrato intermitente como um mecanismo de contratação “segura” – haja vista que, após a sua criação normativa, o risco de uma ação trabalhista foi consideravelmente reduzido – porém ainda “barata”.

No entanto, com a perspectiva de alteração do ponto mais basilar da relação de emprego – a própria figura do contrato de trabalho -, em última análise está repassando o risco da atividade empresarial (relativo às incertezas do mercado e tudo que lhe permeia) aos trabalhadores, num evidente contrassenso ao ainda estabelecido no próprio art. 2º da CLT, no sentido de ser considerado “empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”<sup>75</sup>, quanto mais se for considerada a prévia existência das modalidades de contrato por prazo determinado e contrato de experiência, que, aparentemente, dariam conta de desonerar os encargos empresariais – se comparado com o contrato de trabalho por prazo indeterminado – sem que redundasse em evidente prejuízo aos trabalhadores.

A terceira crítica situação observada a partir da criação do contrato de trabalho intermitente diz respeito à violação, ainda que reflexa, do princípio geral dos contratos. Ora, se todo contrato – incluindo-se o contrato de trabalho – deve ser certo e determinado, uma relação contratual que não estabelece de maneira específica e determinada os dois principais

---

<sup>74</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, *World employment and social outlook*, Genebra, OIT, 2015. Disponível em: <[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms\\_337069.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_337069.pdf)>. Acesso em 02 jan. 2020.

<sup>75</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho, Rio de Janeiro-RJ, maio 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: 02 jan. 2019.



elementos contratuais (jornada e remuneração), mantendo-os propositadamente abertos, aparenta vício que compromete sua validade.

Ao levar em consideração às críticas ao contrato de trabalho intermitente, nota-se uma ampliação no poder negociação entre as partes (empregador e empregado). Contudo, em uma negociação individual – não coletiva – prevalece a vontade de quem possui mais condições de fazer sobrepor sua vontade. Neste caso, o empregador tem ao seu favor alguns fatores, *e.g.*, o poder econômico, a possibilidade de optar por outra pessoa, a necessidade do emprego pelo negociante dentre outras circunstâncias peculiares ao caso concreto.

Visualiza-se, assim, um retrocesso na legislação trabalhista. Esta nova modalidade de contrato lança o trabalhador em situação de uma maior vulnerabilidade. Isto pelo fato de ser um contrato que o faz assumir riscos, que antes eram assumidos pelo empregador. Destarte, se âmbito de proteção foi flexibilizado, lançando-o em uma situação de maior insegurança, no que diz respeito a manutenção de suas garantias. Isto, **por si só**, caracterizaria um retrocesso social.

Contudo, ainda é um argumento amplo, mas se se invocar o dispositivo constitucional do art. 3º, III, da CF no que diz respeito à redução de desigualdades sociais, então o retrocesso social torna-se evidente. Ao levar em consideração a existente diferença social entre empregador e empregado, no momento em que a parte vulnerável da relação empregatícia perde garantias de estabelecer uma relação proporcionalmente mais equânime, a tendência é ter-se um incremento na desigualdade social entre estas duas classes. Isto pelo fato de que menos garantias e direitos, menos recursos econômicos e segurança em relação ao exercício de sua atividade laboral. O efeito da Reforma Trabalhista, nesta dimensão, tende aumentar as diferenças sociais.

#### 4.2. Os danos extrapatrimoniais

Uma segunda alteração trazida pela Reforma Trabalhista diz respeito à regulamentação dos “danos extrapatrimoniais”, no art. 223 e suas ramificações, da CLT, sendo



a questão do *quantum* indenizatório previamente fixado em lei, algo peculiar e, no mínimo, questionável.

Acerca do valor pré-estabelecido em lei para a reparação dos danos extrapatrimoniais trabalhistas, o texto de lei originalmente aprovado, no §1º do art. 223-G, assim pretendeu regulamentar a matéria: nos termos do inciso I, ofensas de natureza leve ensejarão indenização de até três vezes o último salário contratual do ofendido; nos termos do inciso II, ofensas de natureza média ensejarão indenização de até cinco vezes o último salário contratual do ofendido; nos termos do inciso III, ofensas de natureza grave ensejarão indenização de até vinte vezes o último salário contratual do ofendido; e, por fim, nos termos do inciso IV, ofensas de natureza gravíssima ensejarão indenização de até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

Disso se depreende o intuito de concretizar verdadeiro critério de tarifação do dano moral trabalhista, levando à busca pela “objetividade” ao grau máximo de intransigência e desarrazoabilidade teórica e jurídica. A partir do momento em que a indenização reparatória é fixada com base no ganho salarial da vítima – e não com base na conduta e culpa do infrator, e/ou nas demais circunstâncias do caso concreto – resta evidente mácula ao princípio da isonomia, haja vista que situações idênticas poderiam ensejar indenizações absolutamente disparates umas das outras.

Ocorre que, antes da entrada em vigor desse fragmento legislativo, por meio da Medida Provisória 808, houve uma tentativa de amenização do problema criado pela norma recém promulgada. Essa tentativa, numa breve síntese, optou por afastar o parâmetro salarial como base de cálculo da indenização, passando-se a utilizar, daí em diante, o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social. No entanto, o critério da tarifação ainda persistiu.

E, não obstante tenha havido um aprimoramento legislativo a partir da mudança trazida pela MP 808, referido aprimoramento não foi suficiente para afastar a atecnicidade e inconstitucionalidade do critério tarifário ainda prestigiado na lei, quanto mais se considerarmos que a Medida Provisória foi extirpada do ordenamento jurídico após a fluência do seu prazo de validade.



Partindo-se do pressuposto de que o dano moral corresponde à lesão de direitos subjetivos “cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro, como é o caso dos direitos da personalidade”<sup>76</sup>, o dano moral trabalhista seria, nesse contexto, o dano extrapatrimonial (não pecuniário) consubstanciado na violação da esfera da personalidade jurídica do sujeito, em meio a uma relação de emprego.

Ora, a crítica mais evidente diz respeito à sua inconstitucionalidade em virtude de esculpir requisitos e limitações aonde a própria Constituição Federal não estabelece.

Com efeito, a justificação teórica dos direitos da personalidade, da sua eventual violação, e do mecanismo jurídico denominado “responsabilidade civil dos danos extrapatrimoniais” pressupõe o estabelecimento de requisitos mínimos para sua configuração, porém, a resposta adequada ao direito não prescinde de uma análise casuística, pautada no caso concreto.

Revela-se impossível se considerar que diversas situações, com as mais diversas circunstâncias/pormenores/fatores/causas/concausas possam ser tratadas de maneira indistintamente equivalentes, no que tange à reparação do dano.

Ora, a ordem constitucional prevê no artigo 5º, inciso V, que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”, estabelecendo uma proporcionalidade subjetiva entre a ofensa e a reparação, o que a doutrina traduz como princípio da reparação integral no campo da responsabilidade civil. Trata-se de critério mais justo, pois tarifação institui uma verdadeira punição ao ofendido. A Reforma, no entanto, traz em seu bojo evidente retrocesso no aspecto.

Estabelecer valores a título indenizatório, em lei geral e abstrata, rompe com a relação fática e proporcional entre o causador do dano material, moral ou à imagem e o ofendido. A consequência é a dissociação entre o fato danoso e o prejuízo do ofendido, deixando um ofensor em uma situação confortável, pois o mesmo, previamente, poderá calcular se vale ou não apenas causar o dano ao empregado. Neste caso, o ônus é transferido ao empregado-ofendido, pois terá seu bem jurídico desprotegido, suscetível a violações

---

<sup>76</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. v. 3: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 42.



pelo fato de seu prejuízo poder ser maior que o ônus indenizatório suportado pelo empregador.

Neste sentido, o retrocesso social ocorre na medida em que a parte vulnerável da relação empregatícia possui grande chance de arcar com o prejuízo que não deu causa. Trata-se de uma redução de garantia do empregado, pois é um fator que o mesmo tende a suportar em seu patrimônio material e/ou moral. Giza-se a redução de garantias que se dá na perda de proporcionalidade a ser efetuada pelo magistrado em estabelecer o valor indenizatório condizente com o caso concreto. Por este fator, tem-se outro exemplo de violação do objetivo fundamental constitucional de redução das desigualdades sociais, ao menos, entre empregador e empregado, pois se retirou garantia e direito do polo vulnerável e se fortaleceu proteções ao polo hipersuficiente, desequilibrando – ainda mais – a relação social/econômica da esfera trabalhista.

## CONCLUSÕES

O presente trabalho teve por objetivo expor uma breve definição dos conceitos de diálogo social, pacto social e negociação coletiva, tentando relacioná-los ao contexto havido por força da reforma trabalhista – Lei 13.467/2017.

Para tanto, fez-se uma abordagem crítica à insuficiência (ou completa inexistência) do diálogo social para a discussão e aprovação da supracitada reforma - mesmo se considerarmos que havia uma espécie de pacto social quanto à manutenção dos postos de trabalho e a necessidade de proposições políticas neste sentido.

Ato contínuo, foi feita uma abordagem teórico-reflexiva acerca do princípio da proibição do retrocesso, e o quanto ele é uma realidade normativa na Constituição Federal brasileira. Por fim, foram escolhidos, exemplificativamente, três alterações normativas trazidas pela Reforma Trabalhista: (i) a criação da figura do “contrato de trabalho intermitente”, que é sobremaneira generalista nos dois aspectos mais relevantes da relação laboral – jornada e salário – transferindo ao empregado o ônus da atividade empresarial; (ii)



o estabelecimento de um critério tarifário das indenizações por dano moral na esfera laboral, baseado no salário percebido pela vítima, e não nas circunstâncias do caso concreto.

Os dois exemplos citados revelam não apenas uma opção política, mas, em verdade, uma ofensa aos predicados constitucionalmente estabelecidos, significando verdadeiro retrocesso a alguns direitos fundamentais sociais até então já consolidados. Destarte, tem-se que a forma proposta em legislação corresponde, no aspecto, a um verdadeiro e insustentável retrocesso técnico-jurídico, cabendo à hermenêutica constitucional o exercício de uma interpretação conforme à constituição e à tutela dos direitos fundamentais.

Cogita-se que parte desses retrocessos não restariam configurados se, no mínimo, por meio de um verdadeiro diálogo social, fossem estabelecidos consensos mínimos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMO, Lais, ARAÚJO, Andrea e BOLZON, Andréa. Tripartismo e participação social: potencialidades e desafios do encontro entre dois processos na I Conferência Nacional de Emprego e Trabalho Decente. In.: **Revista Latino-americana de Estudos do Trabalho**, ano 18, nº 30, 2013, p. 211-248. Disponível em: < [http://relet.iesp.uerj.br/Relet\\_30/12%20-%20Tripartismo%20e%20participacao%20social%20-%20RELET%2030%20-%20WEB.pdf](http://relet.iesp.uerj.br/Relet_30/12%20-%20Tripartismo%20e%20participacao%20social%20-%20RELET%2030%20-%20WEB.pdf)>. Acesso em: 02 jan. 2019.

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

ALVAREZ, Oscar Hernandez. **O Pacto Social na América Latina**. São Paulo: LTr, 1996.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais**. Na constituição portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1987.



APOSTOLI, Adriana. *La svalutazione del principio di solidarietà. Crisi di un valore fondamentale per la democrazia*. Milano: Giuffrè, 2012.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**. Uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho, Rio de Janeiro-RJ, maio 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: 02 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5938**, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 29 de maio de 2019. Disponível em: <  
<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5447065>>. Acesso em 03 jan. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CONFEDERAÇÃO Nacional do Transporte. Disponível em: <<https://www.cnt.org.br/agencia-cnt/reforma-trabalhista-constitucional-entrevista-ives-gandra-filho>>. Acesso em 31 dez. 2019.

DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. v. 3: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2008.



GHUNTER, Luiz Eduardo e ZORNIG, Cristina Maria Navarro. A implantação do pacto social no Brasil. In: **Tribuna PR**, 2002. Disponível em: <<http://www.tribunapr.com.br/noticias/a-implantacao-do-pacto-social-no-brasil/>>. Acesso em: 19 mai. 2018.

GOMBAR, Jane. **Um diálogo social entre Brasil e Itália**. Porto Alegre: Cidadela, 2015.

HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. 19 ed. Heidelberg: Müller, 1993.

LÓPEZ-MONIS, Carlos. Os pactos sociais na Espanha. In.: **Relações coletivas de trabalho: estudos em homenagem ao Ministro Arnaldo Süssekind**. São Paulo: LTr, 1989, p. 114-123.

LUZZATI, Claudio. **La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico**. Milano: Giuffrè, 1990.

MENDONÇA, Guilherme Morais. Da negociação coletiva: fundamentos, objetivos e limites. In.: **Direito Coletivo do trabalho: curso de revisão e atualização**. Org. THOME, Candy Florencio. SCHWARZ, Rodrigo Garcia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 47-60.

NASCIMENTO, Amaury Mascaro. **A política trabalhista e a nova república**. São Paulo: LTr, 1985.

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

NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana**. Dignidade e direitos fundamentais. v. I. Coimbra: Almedina, 2015.



ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Diálogo social no trabalho: dar voz e liberdade de escolha a mulheres e homens**. Lisboa: 2008. Disponível em: [http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/gender\\_fevereiro.pdf](http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/gender_fevereiro.pdf). Acesso em 20 mai. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 154**. Disponível em: [http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT\\_154.html](http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_154.html). Acesso em 21 mai. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **World employment and social outlook**, Genebra, OIT, 2015. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms\\_337069.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_337069.pdf). Acesso em 02 jan. 2020.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. A negociação coletiva de e trabalho como instrumento de pacificação social. In.: **Direito Coletivo do trabalho: curso de revisão e atualização**. Org. THOME, Candy Florencio. SCHWARZ, Rodrigo Garcia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 61-94.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 17, Porto Alegre, 1999. p. 111-132.

SARLET, Ingo Wolfgang; BRANDÃO, Rodrigo. Comentário ao artigo 60. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentário à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1129-1131.



SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, Suzana Tavares da. **Direitos fundamentais na arena global**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011.

VOLÄNDER, Hans. **Die Verfassung**. Idee und Geschichte. München: C.H.Beck, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. Trad. Marina Gascón. 4 ed. Madrid: Trotta, 2002.

