

1 INTRODUÇÃO

Por ser considerado fonte digna de subsistência em praticamente todas as culturas, o trabalho é inerente ao homem, embora a tutela jurídica ao trabalho seja recente na história do direito. Sua origem remonta ao contexto da industrialização na Europa do Século XVIII, quando, por iniciativa dos trabalhadores e à custa de muita luta contra os abusos cometidos por empregadores, o estado reconheceu a necessidade de estabelecer um canal de negociação para garantir alguns direitos até então ignorados, como jornada de trabalho, por exemplo.

Desde então, tanto a sociedade quanto o universo juslaboral passaram por grandes transformações. A consciência das implicações da situação de subordinação e pessoalidade do trabalhador aliada à necessidade de proteção de outros direitos como saúde, integridade física e psíquica impuseram a elevação dos direitos trabalhistas ao patamar constitucional.

A partir destas constatações, este estudo pretende discutir o valor do trabalho como direito fundamental inerente à dignidade da pessoa humana na sociedade moderna, o papel do estado no seu resguardo e os aparentes entraves à sua efetivação a partir das alterações introduzidas pela Reforma Trabalhista (Lei 13.467/17), cujo principal argumento para sua criação foi o de que a Consolidação das Leis do Trabalho tornou-se anacrônica, por não mais atender ao dinamismo e às particularidades das relações de trabalho na atualidade.

Para alcançar a finalidade colimada optou-se pela pesquisa teórica, que será desenvolvida por meio da utilização do método dedutivo, a partir de consulta a textos legais e repertório doutrinário e jurisprudencial, constituído principalmente de obras que discutem o assunto, periódicos e material disponibilizado na internet que versam sobre a temática objeto de pesquisa.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO

Embora seja objeto de pródigas discussões na literatura jurídica, não há consenso sobre o conceito de “direitos fundamentais”, que, não raro, é utilizado como sinônimo de “direito humanos”, constituindo imprecisão terminológica, nas palavras de Ingo W. Sarlet (2010, p. 29).

[...] o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direito humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade

universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2010, p. 119), relaciona cinco características que facilitaríamos a identificação da fundamentalidade de um direito. Para ele “um direito fundamental deve manifestar cinco traços, ao menos. São eles: 1) ser vinculado diretamente à dignidade humana; 2) portanto, concernir a todos os seres humanos; 3) ter valor moral; 4) ser suscetível de promoção ou garantia pelo direito; e 5) pesar de modo capital para a vida de cada um.”

Nesse contexto, é, também, de grande valia a lição de Robert Alexy (2008, p. 50), quanto à relação entre direito fundamental e norma de direito fundamental:

Entre o conceito de norma de direito fundamental e o conceito de direito fundamental há estreitas conexões. Sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito. Se a recíproca é verdadeira, isso já é duvidoso. Ela não é verdadeira quanto há normas de direitos fundamentais que não outorgam direitos subjetivos.

Os direitos fundamentais nasceram no contexto dos movimentos iluministas, com o propósito de proteger o cidadão em face do Estado absolutista, resumidos a anseios de igualdade, liberdade e fraternidade. Por esta razão, tais direitos passaram a ser denominados pela doutrina como “direitos de primeira geração” ou “primeira dimensão”.

Essa primeira conquista se contentava com a mera abstenção do Estado, porém, revelou-se “insuficiente, pois se percebeu que, sobretudo em países democráticos, sem sempre é o Estado que significa a maior ameaça aos particulares, mas sim outros particulares, especialmente aqueles dotados de algum poder social ou econômico” (SILVA, 2008, p. 18).

Já naquele momento histórico ficou claro que a atuação dos particulares sem a intervenção moderadora do Estado representava campo fértil para o cometimento de excessos oriundos do poder econômico e/ou social, especialmente em relações como as trabalhistas, onde não há simetria entre as partes envolvidas.

Na esteira das ideias iluministas, os movimentos reivindicatórios iniciados na Revolução Industrial, causados principalmente pelo aviltamento das condições de trabalho e emprego, trouxeram consequências drásticas. Desemprego em massa e manifestações violentas clamando por justiça social demandavam do estado agora uma prestação positiva.

Conquistavam-se, então, direitos em favor da garantia de um mínimo existencial a cada indivíduo (saúde, educação, trabalho, lazer e previdência social), que constituem os denominados “direitos de segunda geração”.

Após a consagração desses direitos sociais e com a devastação da Europa no ambiente pós-guerra, emerge a preocupação em garantir direitos relacionados à paz, ao meio ambiente equilibrado, à qualidade de vida e à autodeterminação dos povos. Convencionou-se falar, assim, em “direitos de terceira dimensão”, o que não encerra as gerações de direito, uma vez que a doutrina já menciona direitos de quarta e até de quinta gerações.

2.1 A DIGNIDADE DO TRABALHO

Qualquer discussão sobre o valor do trabalho em ambiente democrático parte da premissa de que o labor constitui a forma como o homem se realiza e alcança a plenitude de sua dignidade. Embora essa dignidade diga respeito à própria condição humana, “a formulação de conceito que seja atual sobre a dignidade do ser humano é uma das tarefas mais tortuosas apresentadas pelas doutrinas filosóficas e constitucional contemporâneas” (DELGADO, 2006b, p. 72).

Nos tempos atuais, o trabalho significa mais do que a possibilidade de obtenção do mínimo: simboliza a realização pessoal, pela satisfação em consumir bens e serviços colocados à disposição do indivíduo; representa também fator de integração com o semelhante, de equilíbrio psíquico e emocional através da consciência de utilidade social.

Na perspectiva histórica, o trabalho sempre esteve ligado umbilicalmente à saga da espécie humana pela sobrevivência, conforme argumenta Irani Ferrari *et al* (1998, p. 23-24):

O trabalho sempre preservou o homem de sua própria destruição e o impeliu a interagir, unindo-se a outro ou a outros. Seja na caça, seja na pesca, seja na fabricação de instrumento para execução de serviços, o trabalho sempre foi um fator individual de conquista e também um fator social de cooperação na busca de idênticos ideais. A espécie humana, de geração a geração, mantém -se viva pelo trabalho, sob a forma de cooperação ou trabalho coletivo [...]

Para Gabriela Neves Delgado (2006a, p. 206), “no desempenho das relações sociais, em que se destacam as trabalhistas, deve ser vedada a violação da dignidade, o que significa que o ser humano jamais poderá ser utilizado como objeto ou meio para a realização do querer alheio”. Assevera, ainda, que o Estado Democrático deve ter como diretriz um sistema de valores centralizado no ser humano enquanto pessoa.

Nesse sentido, a necessidade histórica de superação do desequilíbrio existente entre as partes envolvidas nas relações trabalhistas levou à criação do direito do trabalho, com carga propositalmente protetiva ao hipossuficiente.

A adoção de um corpo legislativo, inicialmente de forma esparsa, e, depois, consolidada, significou o reconhecimento do valor jurídico dessa configuração, com fundamento no trabalho como direito inerente à dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, pondera Maurício Godinho Delgado (2009, p. 62):

Quanto às suas funções e atuação na comunidade circundante, é segmento jurídico que cumpre objetivos jurídicos fortemente sociais, embora tenha também importantes impactos econômicos, culturais e políticos. Trata-se de segmento jurídico destacadamente teleológico, finalístico, atado à meta de aperfeiçoar as condições de pactuação da força de trabalho na sociedade capitalista. Em consonância com isso, destaca-se por forte direcionamento interventivo na sociedade, na economia e, principalmente, na vontade das partes contratuais envolvidas nas relações jurídicas que regula.

Independentemente, porém, da existência de normatização e até de um ramo específico do direito, a proteção ao trabalho em sua inteireza é questão de solidariedade social. Gabriela Neves Delgado (2013, p. 10), aponta “a convergência entre os pilares da dimensão ética dos direitos humanos (dignidade, cidadania e justiça social) e a solidariedade”.

Neste sentido, a solidariedade social

implica o reconhecimento de que, embora cada um de nós componha uma individualidade, irredutível ao todo, estamos também todos juntos, de alguma forma irmanados por um destino comum. Ela significa que a sociedade não deve ser o *locus* da concorrência entre os indivíduos isolados, perseguindo projetos pessoais antagônicos, mas sim um espaço de diálogo, cooperação e colaboração entre pessoas livres e iguais, que se reconheçam como tais.
(SARMENTO, 2004, p. 338-339)

Embora a preocupação com justiça social esteja intimamente atrelada à questão econômica, ela vai muito além de possibilitar a inclusão social e a participação autônoma dos sujeitos. Implica também e, por exemplo, promover bem-estar pela distribuição de trabalho e renda mais equânimes, procurando oferecer acesso às políticas públicas sociotrabalhistas.

Daniel Sarmiento (2008, p. 240) esclarece que a teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares surgiu na Alemanha, no início da década de 50, e que nossa Carta Constitucional de 1988 prevê a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, por considerar que

[...] só existe efetivamente autonomia privada quando o agente desfrutar de mínimas condições materiais de liberdade. Isso não acontece em grande parte dos casos de aplicação dos direitos humanos nas relações entre particulares, nas quais a manifesta desigualdade entre as partes obsta, de fato, o exercício da autonomia. Pensar a autonomia privada, num sentido pleno, é pensar também nos constrangimentos impostos a ela por agentes não estatais, no contexto de uma sociedade

profundamente assimétrica e excludente [...] – como ocorre nas relações trabalhistas.

Nesse mesmo sentido, no voto vencedor proferido pelo Ministro Gilmar Mendes ao julgar o RE 201.819/RJ, ficou consignado que “ [...] os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes públicos.”

2.2 A OIT E O DIREITO AO TRABALHO

Ao reduzir homens à condição de objetos, a serem negociados e tratados a bel-prazer de seus senhores, a escravidão constituiu a primeira questão de direitos humanos a despertar grande inquietação internacional.

Embora latente a preocupação há alguns séculos, a articulação dessa demanda mundialmente é um fenômeno moderno, só materializada a partir de 1919, com a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) pelo Tratado de Versalhes, que oficializou o fim da Primeira Guerra Mundial.

Essa notável proteção à dignidade da pessoa humana no trabalho é patrocinada pela OIT por meio de sua Constituição (1919), pela Declaração de Filadélfia (1944), pela Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho (1998), entre outros diplomas jurídicos supranacionais.

Tem relevância capital para orientar a atuação da Organização os quatro princípios fundamentais estabelecidos na Declaração de Filadélfia: o primeiro deles enuncia que “o trabalho não é uma mercadoria”; o segundo explicita “a liberdade de expressão e de associação como condições indispensáveis a um progresso ininterrupto”; o terceiro dispõe que “a penúria, seja onde for, constitui um perigo para a prosperidade em geral” e o quarto princípio declara que “a luta contra a carência, em qualquer nação, deve ser conduzida com inefável energia, e por um esforço internacional contínuo e conjugado (...)”¹

¹ Em acréscimo à vedação ao retrocesso dos direitos fundamentais trabalhistas, é oportuno mencionar previsão contida na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), contido no art. 26. Desenvolvimento Progressivo. “Os Estados-Partes *comprometem-se a adotar providência*, 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”. O Pacto de São José da Costa Rica foi integrado ao sistema de direito positivo interno do Brasil pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. (original não destacado).

Segundo a OIT, o trabalho com dignidade é o ponto de convergência de seus quatro objetivos, que foram definidos na Declaração de 1998: liberdade sindical e reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; eliminação de todas as formas de trabalho forçado; abolição efetiva do trabalho infantil; eliminação de todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupação, promoção do emprego produtivo e de qualidade, e extensão da proteção social e fortalecimento do diálogo social (BRASIL, 2013, p. 10).

O que se observa, pondera Delgado (2013, p. 20), é que “a OIT tem sido relevante espaço para o estabelecimento de direitos individuais e coletivos trabalhistas de viés universal, o que vai de encontro a sua proposta de interpretação extensiva de Direitos Humanos.”

Sendo uma agência tripartite, que reúne Estados, trabalhadores e empregadores, a Organização, juntamente com sindicatos e organizações não-governamentais, tem como bandeira o trabalho decente, o desenvolvimento social e econômico, a liberdade de associação e de negociação coletiva, a segurança no emprego, o trabalho de imigrantes e outras questões relevantes na ordem internacional.

Atualmente, o conjunto de ações é muito abrangente, formando a chamada “Agenda do Trabalho Decente”², que visa a alcançar um trabalho com dignidade para todos, respeitando, incondicionalmente, as normas internacionais do trabalho.

No Brasil, a preocupação com a concretização da justiça social preconizada pela OIT ocorreu, especialmente com a promulgação da Constituição de 1988, que estabelece como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”, ao lado da “soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana e pluralismo político”.

2.3 A FUNÇÃO TUTELAR DO ESTADO

Após a instituição da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948)³, abriu-se séria discussão sobre a maneira mais eficaz de assegurar o reconhecimento e a observância

² O Trabalho Decente é uma condição fundamental para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável. Entende-se por Trabalho Decente um trabalho adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, capaz de garantir uma vida digna. (Agenda Nacional do Trabalho Decente, p. 5.)

³ O Artigo 23 da DUDH foi reservado ao tratamento do direito ao trabalho: “1. Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego; 2. Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual; 3. Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência

dos direitos nela previstos (PIOVESAN, 2011, p. 163-164). Optou-se, então, pela elaboração de dois instrumentos: o Pacto Internacional de Direitos Civis – PIDCP e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC⁴.

O PIDESC é um tratado multilateral adotado pela Assembléia Geral da ONU. Os Estado que o assinaram comprometem-se a trabalhar para a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais de todas as pessoas. [...] além do direito ao trabalho com dignidade, os direitos sociais incluem o direito à saúde, o direito à educação e o direito a um padrão de vida adequado. (BRASIL,, 2013, p. 23)

Tem sido amplamente difundida a ideia de que os direitos civis e políticos geram “obrigações negativas” para o Estado e que os direitos econômicos, sociais e culturais, dentre os quais se inclui o direito fundamental ao trabalho, geram “obrigações positivas”.

Nesse sentido, a posição do Ministro Gilmar Mendes, em voto proferido na ADIn nº 3.112:

Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), mas também podem ser traduzidos como proibições de proteção deficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote).

Gabriela Neves Delgado (2006b, p. 74) enfatiza que “se existe um direito fundamental, deve também existir um dever fundamental de proteção. Quando o Direito utiliza-se da regulamentação jurídica significa, antes de tudo, que ele servirá como suporte de valor para proteger o homem em seus direitos.” Para tanto, deve-se dar atenção à complexidade das relações de trabalho, para permitir a superação do seu paradigma econômico-financeiro, de modo que o contrato de trabalho tenha como objetivo o cumprimento de sua função social.

É por meio do trabalho que o indivíduo toma consciência de sua utilidade social e se vê valorizado. Por outro lado, é sabido que o trabalho sem valor ou do qual o indivíduo não tenha razões para se orgulhar constitui fonte de humilhação e de sérios problemas psicológicos.

conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de proteção social; 4. Toda a pessoa tem o direito de fundar com outras pessoas sindicatos e de se filiar em sindicatos para a defesa dos seus interesses.

⁴ O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - PIDESC, adotado pela Assembleia Geral da ONU em 1966, é o principal instrumento internacional de proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Entrou em vigor na ordem internacional em 03 de Janeiro de 1976, e foi ratificado pelo Brasil em 1992.

No Brasil, a pobreza, a falta de oportunidades e a baixa escolaridade são alguns fatores que fomentam a falta de opções e acabam por submeter o indivíduo à mera condição de “força de trabalho”, totalmente marginalizado da distribuição de riquezas que ajuda a produzir.

Nesse contexto é primordial o Estado implementar políticas públicas, através de ações fiscalizadoras, preventivas e/ou repressivas, para impedir que, em pleno Século XXI, sejam recorrentes, por exemplo, as denúncias de trabalho infantil, trabalho análogo à condição de escravo⁵, adoecimento de trabalhadores por ausência de uso de equipamento de proteção individual, a mutilação ou morte de operários, obrigados à submissão a atividades de risco com precária ou nenhuma segurança.

Pode-se enfatizar o papel do Estado, citando Norberto Bobbio:

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados. (1992, p.25)

Se se faz necessária “uma reconstrução jurídica da proteção ao trabalho, por meio da introdução de nova fundamentação à seara trabalhista, baseada na orientação filosófica de que todo trabalho digno deve ser efetivamente protegido pelo Direito do Trabalho” (DELGADO, 2006b, p. 74), parece estar na contramão da realidade social algumas flexibilizações dos direitos trabalhistas introduzidas pela Lei 13.467, com vigência a partir de 11 de novembro de 2015.

3 DIRETRIZES DA LEI 13.467/17

É por meio do trabalho que o indivíduo toma consciência de sua utilidade social e se vê valorizado. Por outro lado, é sabido que o trabalho sem valor ou do qual a pessoa não tenha razões para se orgulhar constitui fonte de humilhação e de sérios problemas psicológicos.

Alice Monteiro de Barros (2016, p. 46) argumenta que

⁵ Para se ter uma idéia da dimensão da questão, só no ano de 2013, os Auditores Fiscais do Trabalho resgataram 2.063 trabalhadores encontrados em condições similares à de escravidão. Considera-se como tal, o trabalho forçado, a servidão por dívida, a jornada exaustiva e/ou trabalho degradante. (fonte: <http://acesso.mte.gov.br>) Acesso em 04 de fevereiro de 2016

[...] o trabalho tem um caráter pessoal, constituindo um ato de vontade livre do homem; tem um caráter singular, na medida em que traduz uma expressão do valor e da personalidade de quem o executa. O trabalho atua como meio de subsistência, e acesso à propriedade, e cumpre um conjunto de funções sociais. Em consequência, ele representa um ponto de reflexão singularmente característico pela sua transcendência social.

Tanto aqui quanto em outras plagas, a consagração dos direitos fundamentais no texto Constitucional tem uma história de avanços e retrocessos. Se do final do Século XVII e ao início do Século XX as Constituições serviam para conformar a força do Direito, acentuadas alterações políticas e econômicas sujeitaram o Direito Constitucional e as próprias Constituições a profundas transformações, a partir do fim da segunda guerra.

No final do século XX e início do XXI, a ideia de Constituição passou a ser vista como fator complicador e comprometedor da globalização do mercado e também como um freio à expansão econômica e financeira. Como consequência, a tutela dos direitos elencados na Constituição tem sido duramente atingida. (MORAIS; NASCIMENTO: 2010, p. 19-20)

Particular interesse, por suas implicações sociais, merece o tratamento ao direito fundamental ao trabalho, quando confrontado com as alterações promovidas pela Lei 13.467/17, a denominada Reforma Trabalhista.

Iniciada, timidamente, com um projeto de poucos artigos, acabou transformando-se em uma mudança bem mais ampla, envolvendo a estrutura do Direito do Trabalho, seus princípios e fundamentos.

Ultimada no momento em que o país encontrava-se mergulhado em uma grave crise política, com altíssima rejeição popular de seus governantes, o texto legislativo não teve a desejável e necessária discussão com a sociedade, afetada em massa pelas mudanças, conforme observam Cassar e Borges (2017, VII), na Introdução da obra:

Vivemos um momento em que a humanidade vem passando por inúmeras mudanças de paradigmas, também a sociedade brasileira. Até aí, nenhuma novidade. Todavia, de um modo geral, o que nos tem diferenciado com relação às outras sociedades é que no Brasil, não raro, as mudanças são casuísticas, além de representarem a vontade de um momentâneo grupo que se encontra de plantão no poder, faltando-lhe, assim, a devida legitimação social material (e não formal). Esse modelo de imposição de vontade é que nos tem deixado apopléticos.

A falta de cuidado e, (por que não?) de responsabilidade das autoridades competentes ficaram evidentes com a edição da Medida Provisória n.808, que tentou “amenizar” alguns pontos tidos como sensíveis da Lei 13.467/17. Assolado por denúncias de corrupção, o governo necessitava divulgar a imagem de pro-atividade e reformismo, por isso a aprovação

da lei tinha urgência. Então negociou-se com o Congresso Nacional a aprovação do Projeto de Lei sem alterações, ficando estas, posteriormente, a cargo de uma Medida Provisória, ignorando para tanto, por completo, os requisitos da relevância e da urgência estatuídos no artigo 62 da Constituição Federal.

Assim, com apenas três dias de vigência, a Lei 13.467/17 seria alterada em 14 de novembro de 2018, pela Medida Provisória n. 808, que versou, dentre outras matérias, sobre parâmetros para fixação da indenização por dano moral; trabalho da gestante em ambiente insalubre; trabalho autônomo, trabalho intermitente e destinação de gorjetas.

O desapareço pela questão atingiu seu ápice quando a Medida Provisória perdeu a vigência em 23 de abril de 2018 sem que fosse transformada em lei, trazendo ainda mais insegurança na aplicação da lei.

Após quase um ano de vigência da nova Lei, as posições de especialistas sobre as alterações levadas a efeito vão de um extremo a outro⁶.

É inegável que as sucessivas ondas de transformação tecnológica, aliadas a outros fatores que promovem constantes alterações nas relações sociais, alteraram profundamente a divisão do trabalho em escala mundial.

Além destas transformações, no Brasil, utilizava-se um outro argumento para justificar a necessidade urgente de alteração na legislação trabalhista: a constatação de que o perfil do trabalhador do Século XXI, não é mais o mesmo daquele, em sua maioria analfabeto, que a

⁶Citam-se, exemplificativamente, duas posições antagônicas. A primeira, de dois doutrinadores e juízes do trabalho, radicalmente opostos às alterações levadas a efeito, em artigo no qual criticam matéria de autoria do ex-presidente do TST, Ministro Ives Gandra Martins Filho: “Então, os direitos trabalhistas precisam, concretamente, avançar e não retroceder. Além disso, qualquer direcionamento econômico deve respeitar os ‘ditames da justiça social’, diz o artigo 170 da mesma Constituição e a livre iniciativa está vinculada a um valor social (art. 1º. IV), assim como a propriedade possui uma função social (art. 5º, XXIII).

E, de fato, a jurisprudência citada pelo Ministro não criou direitos, apenas impediu que direitos dos trabalhadores fossem negados por práticas administrativas empresariais, o mesmo se dando com as invalidações de normas coletivas, afinal, autonomia negocial não é fundamento para se negarem os parâmetros mínimos da proteção jurídica social, até porque a proteção não diz respeito aos interesses exclusivos dos trabalhadores e sim ao modelo de produção capitalista em geral, o qual requer padrões de concorrência, com limites mínimos de exploração do trabalho, para que não acelere sua lógica autofágica.” (SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. **Mais uma do Ives**: rifando direitos fundamentais e a Justiça do Trabalho. Disponível em: <https://www.jorgesoutomaior.com/blog/mais-uma-do-ives-rifando-direitos-fundamentais-e-a-justica-do-trabalho>. Acesso em 02 de agosto de 2018)

A segunda, de um professor e doutor em economia, José Márcio Camargo, na palestra proferida no Seminário sobre a Reforma Trabalhista ocorrido no Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, nos dias 03 e 04 agosto de 2017, em Belo Horizonte. Durante a exposição o palestrante ressaltou que, ao lado da reforma do ensino médio, da reforma que limitou o teto dos gastos e da futura reforma da previdência, a reforma trabalhista talvez tenha sido a reforma mais importante no Brasil nos últimos 70 anos, desde que a CLT foi criada. Na ótica do palestrante, a discussão sobre a reforma não foi rápida, como acusam alguns, mas muito longa: “Vem desde os anos 80.” (disponível em <https://portal.trt3.jus.br/internet/conheca-o-trt/comunicacao/noticias-juridicas/seminario-reforma-trabalhista-o-trabalho-terceirizado-precarizacao-ou-alternativa-economica-viavel>. Acesso em 05 de agosto de 2018)

legislação trabalhista pretendeu proteger na década de 40, época da criação da Consolidação das Leis do Trabalho.

Nessa ordem de ideias, entendeu-se, então, que a tutela legal não seria necessária na mesma medida de outrora e a permanência da legislação de índole protecionista daria ensejo a abusos por parte dos trabalhadores, oneraria excessivamente e, em alguns casos, até inviabilizaria a atividade empresarial.

Assim, a Reforma Trabalhista (ou mini reforma, como querem alguns) teria como fundamento a necessidade da “modernização” das relações de trabalho, conferindo maior autonomia às cláusulas dos contratos de trabalho, com ênfase do negociado sobre o legislado e também no argumento do anacronismo da CLT frente aos novos contornos das relações de trabalho e a pouca liberdade negocial ali prevista.

Por esse entendimento, dava-se como certo que havia obstáculo à criação de novos postos de trabalho, em razão da rigidez do texto legislativo então vigente.

Como a CLT é estatuto uno, que disciplina tanto normas de direito material quanto processual, a reforma abrangeu tanto a legislação substantiva quanto a adjetiva e foi além, ao estabelecer limitações à interpretação da lei pelo Poder Judiciário trabalhista, ao determinar, por exemplo, no art. 8º, § 2º. que “Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei.”

No mesmo sentido são as disposições do § 3º. do mesmo artigo, ao estabelecer impedimento de intervenção do Poder Judiciário nos instrumentos de negociação coletiva:

No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

No mesmo sentido, são as inovações introduzidas no artigo 702 sobre as restrições ao poder de editar Súmulas pelo Tribunal Pleno.

Tais disposições foram objeto de preocupação de juízes do Trabalho, o que restou evidenciado no Enunciado n. 2 da 2ª. Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, ocorrida nos dias 09 e 10 de outubro de 2017 em Brasília- DF:

Os Juízes do Trabalho, à maneira de todos os demais magistrados, em todos os ramos do judiciário, devem cumprir e fazer cumprir a Constituição e as leis, o que importa no exercício do controle difuso de constitucionalidade e no controle de convencionalidade das leis, bem como no uso de todos os métodos de interpretação/aplicação disponíveis. Nessa medida: I. Reputa-se autoritária e antirrepublicana toda ação política, midiática, administrativa ou correicional que pretender imputar ao juiz do trabalho o "dever" de interpretar a Lei nº 13.467/2017 de modo exclusivamente literal/gramatical. II. A interpretação judicial é atividade que tem por escopo o desvelamento do sentido e do alcance da lei trabalhista. É função primordial do Poder Judiciário trabalhista julgar as relações de trabalho e dizer o direito no caso concreto, observando o objetivo da República Federativa do Brasil de construir uma sociedade mais justa e igualitária. Exegese dos artigos 1º, 2º, 3º, 5º, inciso XXXV, 60 e 93, IX e 114 da CRFB/88. III. Inconstitucionalidade do § 2º e do § 3º do artigo 8º da CLT e do artigo 611-A, §1º, da CLT. Será inconstitucional qualquer norma que colime restringir a função judicial de interpretação da lei ou imunizar o conteúdo dos acordos e convenções coletivas de trabalho da apreciação da justiça do trabalho, inclusive quanto à sua constitucionalidade, convencionalidade, legalidade e conformidade com a ordem pública social. Não se admite qualquer interpretação que possa elidir a garantia da inafastabilidade da jurisdição, ademais, por ofensa a o disposto no art. 114, I, da CRFB /88 e por incompatibilidade com os princípios da separação dos poderes, do acesso a justiça e da independência funcional. **(Enunciado n. 2 - Interpretação e aplicação da Lei 13.467/17.** disponível em <http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>) Acesso em 25.08.2018

Parece claro que alguns dispositivos como o que permite o trabalho da gestante em ambiente insalubre, condicionada à apresentação de atestado médico, viola direito fundamental, quando se sabe que a maioria esmagadora das destinatárias da norma são trabalhadoras de pouca condição econômica, dependentes de serviço público de saúde, o que pode significar acesso tardio a um atestado.

A tarifação do dano moral também tem recebido severas críticas. O dano de natureza extrapatrimonial foi concebido pelo legislador no artigo 223-G de maneira proporcional ao salário do ofendido.

O artigo 223-C relaciona como bens tutelados inerentes à pessoa física “a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física ou jurídica” Assim, é de se concluir que a honra, por exemplo, de uma pessoa de salário menor vale menos que a honra de um empregado de salário maior, ainda que a lesão ao direito de ambos tenha se originado no mesmo fato.

São ainda indicados como pontos de fragilidade e de precarização do trabalho, entre outros: a prevalência do negociado sobre o legislado (artigo 611-A), num momento em que, pela perda da receita, os sindicatos encontram-se cada vez mais combatidos no seu poder de negociação; a desobrigação da assistência sindical nas rescisões; a limitação das parcelas de natureza salarial recebidas pelo empregado; a autorização para prestação da jornada doze por trinta e seis sem concessão de intervalo para repouso e a instituição do trabalho intermitente,

que joga por terra o próprio conceito de empregado e a proteção que se lhe entendia como inerente até então .

Para Delgado e Delgado (2017, p. 39-40) é evidente o descompasso entre o direcionamento apontado pela Lei 13.467/17 e a diretriz da matriz constitucional de 1988:

A reforma trabalhista implementada no Brasil por meio da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, desponta por seu direcionamento claro em busca do retorno ao antigo papel do Direito na História como instrumento de exclusão, segregação e sedimentação da desigualdade entre as pessoas humanas e grupos sociais. Profundamente dissociada das ideias matrizes da Constituição de 1988, como a concepção de Estado Democrático de Direito, a principiologia humanística e social constitucional, o conceito constitucional de direitos fundamentais da pessoa humana no campo justarabalista e da compreensão constitucional do Direito como instrumento de civilização, a Lei n. 13.467/2017 tenta instituir múltiplos mecanismos em direção gravemente contrária e regressiva.

Na parte processual, as mudanças não foram menos impactantes e citam-se apenas algumas: prescrição intercorrente; relativização do conceito de justiça gratuita, obrigando o pagamento de honorários periciais e sucumbenciais e de custas a quem receba acima de 40% do teto do benefício pago pela Previdência Social; condenação em custas ao trabalhador injustificadamente faltoso à audiência.

Colocando fim à cizânia jurisprudencial e doutrinária existente até então, o artigo 11-A estatuiu a incidência da prescrição intercorrente no prazo de dois anos. O § 1º. estabelece que “A fluência do prazo prescricional intercorrente inicia-se quando o exequente deixa de cumprir determinação judicial no curso da execução”.

No processo laboral o instituto ganha contornos especiais porque muitas vezes a decisão judicial a que o autor da ação deixa de cumprir é a que lhe determina a indicação de meios para prosseguimento da execução, quando já esgotadas todas as medidas que o juiz poderia tomar de ofício para a localização de bens do devedor.

E ocorre pelo simples fato de que o devedor não possui bens em seu nome. Neste caso, haverá o perecimento do direito do empregado por circunstâncias absolutamente alheias à sua vontade.

No tocante à gratuidade da justiça, o § 4º. do artigo 790 determina a obrigatoriedade de comprovação da hipossuficiência pelo interessado e o artigo 790-B estabelece o encargo dos honorários periciais à parte sucumbente, ainda que beneficiária da justiça gratuita. Neste caso, o pagamento se dará com o crédito existente no processo de que se cuida ou em outro processo no qual a parte sucumbente tenha crédito.

Se, por um lado, a providência é moralizadora e poderá reduzir o número de lides temerárias, não se pode negar que as novas disposições são inibidoras do acesso à justiça.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução do trabalho, paralelamente ao desenvolvimento da civilização, representa fator de autoafirmação, porque se o trabalho é um direito fundamental deve pautar-se na dignidade da pessoa humana, resgatando o compromisso que o Direito do Trabalho tem com a justiça social, desde sua origem, conciliando a produção de riquezas com o bem-estar coletivo.

A realização dos ditames constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária; de erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades regionais; de promoção do bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, passa pela plena oferta de oportunidade de trabalho e pela defesa intransigente do direito ao trabalho com dignidade.

Partindo dessas premissa ratifica-se, pois, que é função estatal proteger e preservar o valor do trabalho digno por meio da regulamentação jurídica coerente e fomento à sua prática, de modo que os direitos trabalhistas de indisponibilidade absoluta sejam assegurados a todo e qualquer indivíduo, oportunizando o reconhecimento social do sujeito no mundo.

Não há dúvidas de que várias medidas impostas pela Reforma Trabalhista tendem a reprimir demandas temerárias, de baixíssima probabilidade de êxito. O problema é que várias restrições impostas também desestimulam a busca da satisfação de direitos efetivamente descumpridos e ainda colocam um freio de discutível pertinência à atividade do judiciário trabalhista.

Espera-se que as arguidas desconformidades da nova lei com os princípios constitucionais que norteiam o direito do trabalho e com os tratados internacionais ratificados pelo governo brasileiro sejam equacionados conforme cada caso, de modo a restabelecer o equilíbrio entre “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” preconizados no artigo 1º., IV da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 ed. Atualizada por ALENCAR, Jessé Cláudio Franco de. São Paulo: LTr, 2016.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República – SDDH/PR. **Direito a um trabalho com dignidade**. Brasília, 2013, 56p.

BRASIL. Agenda Nacional do Trabalho Decente. Brasília, 2006. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/documents/publication/wcms_226229.pdf. Acesso em 15.08.2018.

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à reforma trabalhista: Lei 13.467./17**. São Paulo; Método: 2017.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2006a.

DELGADO, Gabriela Neves. **O trabalho enquanto suporte de valor**. In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, n. 49, jul-dez/2006b. p. 63-78

DELGADO, Gabriela Neves. **Os direitos sociotrabalhistas como dimensão dos direitos humanos**. In: Revista brasileira de direitos humanos. n. 5, abril-junho/2013, p. 5-23.

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

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8 ed. São Paulo: Ltr, 2009.

FERRARI, Irani. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. MARTINS FILHO, Ives Gandra e COSTA, Armando Cassimiro. **História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. . São Paulo: Saraiva, 2006.

MORAIS, José Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e Cidadania: por uma jurisdição constitucional democrática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12 ed. . São Paulo: Saraiva, 2011

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ing Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre os particulares. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008.