



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

CAIO VICTOR PAIXÃO DOS SANTOS

**O CONCEITO DE MODERNIDADE NO DISCURSO LEGISLATIVO
REFORMADOR:**

UMA ANÁLISE DA REFORMA TRABALHISTA NO BRASIL

BRASÍLIA

2018

CAIO VICTOR PAIXÃO DOS SANTOS

**O CONCEITO DE MODERNIDADE NO DISCURSO LEGISLATIVO
REFORMADOR:**

UMA ANÁLISE DA REFORMA TRABALHISTA NO BRASIL

Monografia apresentada como requisito para
obtenção do grau de Bacharel em Direito pela
Universidade de Brasília

Orientador: Prof. Dr. Guilherme Scotti

BRASÍLIA

2018

CAIO VICTOR PAIXÃO DOS SANTOS

O conceito de modernidade no discurso legislativo reformador: uma análise da Reforma Trabalhista no Brasil.

Monografia apresentada como requisito obrigatório para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília – UnB

Data da defesa: 03/12/2018

Resultado:

COMISSÃO AVALIADORA

Prof. Dr. Guilherme Scotti
(Orientador – Presidente)

Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto
(Membro)

Prof^a. Dr^a. Noemia Porto
(Membro)

Prof^a. Dr^a. Gabriela Delgado
(Suplente)

Ao Dr. Claudocy Pereira dos Santos, e à Dra. Rosileide Paixão dos Santos, meus amados pais e primeiros professores, cujo brilhante magistério familiar me permitiu ter uma vida digna. Mesmo errando, agradeço por terem me dado as asas que eu precisava para voar.

Aos meus irmãos, Frederico Guilherme e Letícia Evelyn, companheiros desta jornada que é a vida, por me emprestarem seus ouvidos – mesmo contra a vontade – madrugada adentro.

À Laura Rodrigues, por ter compartilhado comigo parte de seu tempo e de sua esperteza.

Ao amigo Elias Lopez, o maior galego da Galícia. Que sempre está comigo, mesmo do outro lado do Atlântico.

À gentil Ludimila Mamedes, à sempre empolgada Luma Teixeira e à carinhosa Nailah Veleci, cujas sinceras amizades tornam minha vida feliz.

À querida Rose,

e à Elda Barbosa, por terem me ajudado a encontrar todas as peças do quebra-cabeça de minha mente, quando eu achava que as tinha perdido. Obrigado.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho poderia se tornar demasiadamente penoso, e mesmo desinteressante, se não fosse a atenção e o carinho dispensado a mim pelo meu orientador e companheiro intelectual Guilherme Scotti. Agradeço aos professores Menelick de Carvalho Netto e Noêmia Porto, por aceitarem prontamente o convite para compor a minha banca. Agradeço, outrossim, a professora Érica Fernandes e ao professor Paulo Blair pelas críticas e sugestões que me permitiram pensar e desenvolver este trabalho.

Aos meus mestres, com carinho.

“O trabalho dignifica o homem, e o homem o seu trabalho”.

(Francis Cirino)

RESUMO

A vigência da Lei 13.467, de 2017 (a dita Reforma Trabalhista no Brasil) alterou mais de cem dispositivos do principal diploma regulador das relações de trabalho no Brasil, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), alterando, por conseguinte, a própria dinâmica de mercado estabelecida há décadas no país. A referida reforma legislativa, contudo, também foi capaz de suscitar profundos impactos na vida da classe trabalhadora, uma vez que se alterou amplamente a dinâmica contratual e se flexibilizou – como nunca antes visto – os objetos possíveis de livre negociação entre patrão e empregado.

A flexibilização promulgada sob a alcunha da *modernização*, acabou por tangenciar o núcleo duro dos direitos sociais e individuais do trabalhador, os quais são garantidos e protegidos não apenas pelo conjunto do ordenamento jurídico brasileiro, mas também por normativas internacionais pertinentes que a ele, também, se integram. Assim, o presente trabalho busca investigar o sentido conceitual de *modernidade* e de *moderno* dos quais se valeu o discurso legislativo reformador que motivou e justificou as específicas alterações das normas justralhistas no país; bem como analisar se tais mudanças apresentam-se, de fato, como uma perspectiva de modernidade possível, adequada e desejada ao Direito do Trabalho na contemporaneidade.

Palavras-chave: Trabalho. Direito do Trabalho. Reforma. Flexibilização. Modernidade. Moderno. Habermas. Discurso. Interpretação. Conceito interpretativo. Dworkin. Pós-positivismo. Neoconstitucionalismo. Princípios. Dignidade Humana. Direitos fundamentais. Direitos sociais trabalhistas.

ABSTRACT

The validity of Law 13.467 of 2017 (the so-called Labor Reform in Brazil) changed more than one hundred provisions of the main labor regulations regulator in Brazil, the Consolidation of Labor Laws (CLT), thus altering the dynamics established in the country for decades. The aforementioned legislative reform, however, was also capable of provoking profound impacts on the life of the working class, since the contractual dynamics changed considerably and, as never before, the possible objects of free negotiation between employer and employee became more flexible.

The flexibilization promulgated under the nickname of modernization, ended up touching the hard core of social and individual rights of the worker, which are guaranteed and protected not only by the Brazilian legal system as a whole but also by pertinent international norms that, integrate with it. Thus, the present work seeks to investigate the conceptual sense of modernity and of modernity that was used the reformist legislative discourse that motivated and justified the specific changes of the norms justralhistas in the country; as well as to analyze whether such changes are, in fact, as a possible, adequate and desired modernity perspective to contemporary Labor Law.

Key words: Labor. Labor Law. Reform. Flexibilization. Modernity. Modern. Habermas. Speech. Interpretation. Interpretative concept. Dworkin. Post-positivism. Neo-constitutionalism. Principles. Human dignity. Fundamental rights. Labor social rights.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| 1 INTRODUÇÃO..... | 10 |
| 2 O ADVENTO DA MODERNIDADE | 11 |
| 2.1. Antecedentes históricos | 11 |
| 2.2. A Modernidade como um conceito interpretativo. | 14 |
| 2.3. Superação do sistema de regras na atual modernidade..... | 23 |
| 3 A MODERNIDADE NO DIREITO DO TRABALHO | 29 |
| 3.1. Contexto Histórico. OIT e Declaração de Filadélfia. | 29 |
| 3.2. As fontes do ordenamento jurídico-trabalhista e o sistema principiológico atual. | 35 |
| 3.3 O Princípio da Dignidade Humana como norte de toda produção jurídico-legislativa trabalhista..... | 45 |
| 4 A MODERNIDADE NO DISCURSO LEGISLATIVO REFORMADOR | 51 |
| 4.1 Discursos de “modernidade” | 51 |
| 4.2. Reforma Trabalhista: análise das principais alterações com flagrante afronta a Dignidade Humana moderna | 55 |
| 4.2.1. Proteção da Maternidade | 56 |
| 4.2.2. Flexibilidade de condições da insalubridade..... | 59 |
| 4.2.3. Terceirização | 60 |
| 4.2.4. Teletrabalho..... | 64 |
| 4.2.5. Flexibilização da jornada de trabalho e das verbas salariais | 67 |
| 5 A REFORMA TRABALHISTA E AS NORMAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS | 69 |
| 6 CONCLUSÃO..... | 70 |
| 7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 72 |

1 INTRODUÇÃO

Quanto tempo tem a modernidade? Habermas constantemente enfatiza em seus trabalhos que está é uma questão discutível, mesmo sem solução. Não há um consenso sobre seu início ou sua extensão. Não há acordo sequer sobre quais eventos devem necessariamente ser datados ou tomados como marco temporal para caracterizar a “era moderna”, em consequência disto, mais impreciso ainda se torna descrever “aquilo que é moderno”, quais instrumentos e procedimentos são capazes de definir o *status* moderno.

As diversas inovações científicas, estéticas e religiosas que se desenrolaram ao longo dos séculos XIV-XVIII, no contexto do Renascimento Cultural europeu, romperam com a tradição dos valores medievais para inaugurar uma nova cultura, aonde a humanidade tomou para si o controle dos desígnios até então manipulados exclusivamente pelo divino, e se tornou o motivo pelo qual – e para o qual – toda a empresa [capitalista] e burocracia do Estado deveriam servir. E o *espírito* irrequieto desta nova cultura – espectro tanto criador quanto destruidor – desde então passou a percorrer a quase totalidade do globo terrestre e a incorporar cada vez mais o agir e o intelecto dos indivíduos das sociedades que operavam o *progresso modernizador*.

As manifestações que descrevem o início, ou melhor, o estabelecimento, das sociedades modernas, apesar de serem, como já observado, diversas e imprecisas em suas estruturas, têm seus conteúdos bastante determinados, unificados sob um mesmo objetivo amplo a ser alcançado. Muito embora o SER moderno seja de difícil precisão – sobretudo quando estamos diante de decisões que precisam ser tomadas dentro dos sistemas político e administrativo – quanto aos meios e procedimentos mais aptos a transformar a sociedade, a impulsioná-la à modernidade; o DEVER-SER moderno resta claro, em seu papel de direcionar a sociedade sempre para o futuro, implicando, lógica e necessariamente, em um constante aperfeiçoamento de seus próprios conteúdo e estrutura.

Este DEVER-SER de futuro é bastante perceptível nos discursos legislativos, especialmente nos discursos de cunho reformador, a exemplo dos que justificaram a aprovação da Lei 13.467, de 2017, a dita “Reforma Trabalhista” no Brasil. A todo o momento, o que se viu, leu e ouviu nos variados espaços onde o tema foi apreciado, foi o desejo de encaminhar a sociedade para uma nova era, um outro nível de desenvolvimento e relações sociais mais “avançados”. Fórmulas e instrumentos foram propostos sob a afirmação de serem eficazes em

levar a sociedade a um estágio superior, a um “futuro moderno”. “*Precisamos modernizar a legislação*”, diziam uns. “*Vamos modernizar o trabalho*”, diziam outros.

O discurso oficial do Governo – quando da sanção do referido diploma legislativo – ¹ foi, inclusive, divulgado como “Discurso do Presidente da República, Michel Temer, durante a cerimônia de sanção da Lei de **Modernização** Trabalhista”.

Nessa senda, mostra-se relevante analisar as origens histórica e conceitual-filosófica da própria *modernidade*, bem como a utilização do termo e seus derivados em alguns dos referidos discursos legislativos, a fim de saber se os motivos pelos quais se deu a propositura da referida Reforma, expressados nos diversos discursos parlamentares e nas justificativas oficiais do Projeto de Lei proposto e aprovado no Congresso Nacional, adequam-se ao atualmente moderno e possível conceituário interpretativo de modernidade. Diante disso e contudo, surge a necessidade de também se analisar o texto do referido diploma legal – tal como será feito especificamente no capítulo III deste trabalho – a fim de investigar, por meio de análise comparativa, se as específicas alterações levadas a cabo na vigência da referida lei também estão em consonância com o ideário amplo e cumulativo de modernidade que será aqui defendido.

Assim, o objetivo deste trabalho será investigar se a nova perspectiva de aplicação e interpretação das relações de trabalho promovida pela vigência da lei da Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017) – que alterou amplamente a dinâmica e as possibilidades dos termos contratados entre patrão e empregado, bem como das condições de proteção e direitos do trabalhador – mostra-se, de fato, como uma perspectiva de modernidade possível, adequada e desejada na contemporaneidade.

2 O ADVENTO DA MODERNIDADE

2.1. Antecedentes históricos

O movimento da Renascença fez a Europa experimentar diversas transformações evidenciadas na cultura, nas ciências, na economia, na política e na religião. Entre os séculos

1 Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-planalto/discursos/discursos-do-presidente-da-republica/discorso-do-presidente-da-republica-michel-temer-durante-cerimonia-de-sancao-da-lei-de-modernizacao-trabalhista-palacio-do-planalto>>. Acesso em 17 set. 2018.

XIV-XVIII, as sociedades europeias viram surgir uma série de mudanças que caracterizou a progressiva transição do feudalismo para o capitalismo e, desse modo, a transição da rígida estrutura medieval, para um novo período de efervescência artística e intelectual, que acabou por abalar a antiga homogeneidade tradicionalmente imposta e, assim, abrandar o forte dogmatismo religioso que predominava sobre a cultura e a sociedade ocidentais.²

Tal movimento manifestou-se primeiramente em regiões da Itália³ e Países-Baixos, famosos por seus portos marítimos ao longo do Mar Mediterrâneo e Mar do Norte, respectivamente, por onde diversos produtos faziam suas rotas e cujas dinâmicas comerciais faziam circular cada vez mais mercadorias, serviços, pessoas e saberes para praticamente todos os países do continente. As cidades passaram a se desenvolver sob um aspecto funcional e integrativo, tornando os centros urbanos, rapidamente, no palco principal dos mais importantes eventos sociais, incrementando assim a vida urbana que cresci e se desenvolvia com o comércio e com as – cada vez mais sofisticadas – relações internacionais.⁴

No campo das artes, pintores e escultores experimentavam em suas obras novas perspectivas de cores, luminosidade e proporcionalidades geométricas que representavam verdadeiros e detalhados estudos sobre o espaço, a natureza, a vida e a anatomia humanas. Em âmbito religioso, os movimentos protestantes incendiaram os corações tanto de fiéis quanto de monarcas, que ansiavam por meios de afastar a autoridade universal da Igreja Católica que insistia em impor sua ingerência sobre assuntos que não apenas os de ordem divina; cujas guerras confessionais fizeram operar, no campo do pensamento político e filosófico, reflexões profundas em relação à teologia tradicional e às estruturas e funcionamento dos Estados

2 RODRIGUES, Antônio e FLACON, Francisco. *Tempos Modernos: Ensaios de História Cultural*. p. 245-249. HABERMAS. Jürgen. *Discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 9.

3 Jacob Burckhardt exalta nas cidades italianas à época do *quattrocento* e início do *cinquecento* o incrível “dinamismo econômico e riqueza, sofisticada culturas e regimes republicanos, altamente complexos”, destacando inclusive que Veneza “foi a primeira a apresentar por completo uma porção significativa do moderno aparelho estatal”. Cf. BURCKHARDT, Jacob. *A cultura do Renascimento na Itália*. São Paulo: Cia. das Letras, 1991.

4 Sobre isso, relevante a análise feita por Felipe de Andrade Abreu e Lima, na qual se evidenciou, em algumas concepções teóricas de cidade, por intermédio de diversas cartas e tratados de arquitetura de autores à época do Renascimento, transformações e intervenções nas cidades medievais, que passaram a conformar-se às novas técnicas e conhecimentos geográficos de um novo fenômeno urbano e cultural que introduziu nelas “fatores especificamente moderno” do ponto de vista funcional, tais como “estradas, aquedutos, espaços públicos, portos, edifícios públicos, monumentos, política e comércio”. Cf. LIMA, Felipe de Andrade Abreu e. *A Ideia de cidade no renascimento*. 2012. Tese (Doutorado em História e Fundamentos da Arquitetura e do Urbanismo) - Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. doi:10.11606/T.16.2012.tde-19022013-151933. Acesso em: 20 set. 2018.

absolutistas, que passariam então a concentrar seu próprio poder e administração, em oposição ao *establishment* anterior, no qual o poder de governar estava altamente distribuído.⁵

Deste caldeirão de eventos, movimentos e manifestações, dois se destacam no tempo como os principais guias desta “grande revolução” que transformou e continua a transformar o mundo inteiro, o que o historiador Eric Hobsbawm se referiu conjuntamente como sendo uma “dupla revolução”: A Revolução Francesa de 1789, eminentemente política, e a Revolução Industrial (de origem inglesa).⁶ A partir delas, vários países, inclusive os de além-mar, sentiram as consequências responsáveis por moldar o que o mundo veio a ser hoje e para onde ele, em certa medida, ainda se dirige, uma vez que o movimento deste caldeirão revolucionário repercutiu não apenas no surgimento de uma nova organização de Estado, uma nova economia ou no aparecimento de uma nova classe de empresários privados (a “burguesia liberal”) dedicados a lucrar internacionalmente.⁷ A principal consequência foi, antes, o surgimento de uma nova visão de mundo, um novo ideal de pensamento que passaria a determinar a “essência” dos amplos projetos de desenvolvimento empenhados pelas sociedades a partir de então.

Deste modo, nota-se que esta tal essência revolucionária foi responsável por mudanças radicais na organização do conhecimento, o que, com o passar do tempo e somando à crescente participação das pessoas (tornadas cidadãos) com os problemas da vida pública, lançou as bases do desenvolvimento de concepções políticas e jurídicas responsáveis pela construção e estabelecimento das democracias contemporâneas. Percebe-se, assim, que as consequências desta nova visão de mundo operou uma revolução não apenas das estruturas físicas das instituições sociais estabelecidas na era medieval, as quais restaram então, superadas nesta nova era; mas também operou uma genuína revolução no modo de viver das pessoas, suas expectativas no agir cotidiano; revolução no modo de agir dos governantes, seus desejos e suas realizações; revolução no parâmetro de conquista e de progresso.

Projetos e planejamentos de futuro passaram a ser uma constante na visão de mundo que agora exige não mais a manutenção de uma ordem superior dada e imutável, mas sim a construção de algo sempre melhor, mais avançado, nem que para isso se tenha que destruir a realidade posta, para que se possa moldar uma melhor. O avançar e o progredir da humanidade passou a ser alvo universalmente almejado num futuro glorioso. A crença de que o ser humano,

5 FLORENZANO, Modesto. *Sobre As Origens e o Desenvolvimento do Estado Moderno no Ocidente*. Lua Nova, São Paulo, 71: 11-39, 2007, p. 17-18. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n71/01.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2018.

6 HOBBSAWM, E. J. *A era das revoluções*. 35ª.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015, p. 15.

7 *Ibidem*, p. 15.

através da razão, poderia ser o dono de seu próprio destino, poderia vencer as barreiras da natureza para moldar o mundo à sua imagem e semelhança; forjar novas relações sociais; destruir aquilo que não mais lhe servisse, e reformar ou construir o que de fato precisasse ou desejasse; inaugurou uma nova era de desenvolvimento intelectual e científico sem precedentes na Europa, que culminou sobretudo numa revolução de costume e estilo de vida, e de organização social cuja influência, com o passar dos séculos, iria romper barreiras geográficas para se tornar mundial. A confusão e confluência de todos esses movimentos, espaçados, mas interligados, fez surgir, assim, a *modernidade*.⁸

2.2. A Modernidade como um conceito interpretativo.

O conceito de modernidade coincide e cruza-se, frequentemente, com discursos de estética, arte ou literatura, desse modo, com uma cronologia quase sempre bem datada nos livros de história; com nomes de artistas bem definidos; e lugares precisamente localizados, aptos a representar um período que parece, assim, ter um claro início, um meio e um fim. A descrição deste período – qual seja: o “período”, a “idade” ou a “era moderna”, ou mesmo, como preferimos tratar neste trabalho, a “modernidade” – frequentemente é vinculada a poucos eventos que não conseguem, de maneira suficiente, demonstrar sua total essência e extensão. Nessa senda, não há acordos bem definidos na historiografia tampouco na academia sobre quais eventos devem necessariamente ser datados ou tomados como marco para descrever a modernidade.

Os impactos da efervescência cultural e intelectual ocorrida no continente europeu – conforme descrevemos acima –, esta, responsável pela superação dos ideais do medievo, encadearam-se, nos séculos posteriores ao Renascimento, numa série de acontecimentos mais ou menos homogêneos e compassados pelos quais foram se manifestando a modernidade⁹ e que culminou no desenvolvimento de novas formas e campos de conhecimento, à exemplo da ótica e da astronomia nos estudos de Copérnico e Galileu; em grandes revoluções políticas, tal como a Revoluções Francesa (1789) e em grandes progressos científico-tecnológicos que permitiram

8 GIDDENS, A. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Editora Unesp, 1991, p. 8. Os historiadores Francisco Falcon e Antônio Rodrigues também descreveram esta confusão: questões econômicas, políticas, sociais e outras mais que confluíram para surgimento do mundo moderno, cf. FALCON, Francisco e RODRIGUES, Antonio Edmilson. *A formação do mundo moderno*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

9 FALCON, F. e RODRIGUES, Antônio. *Tempos Modernos: ensaios de história cultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

o rápido incremento do poder produtivo das sociedades humanas por meio de homens, mercadorias e serviços, tal como possibilitado pela Revoluções Industriais inglesa (1780).¹⁰

A observação destes acontecimentos, contudo, é capaz de descrever tão somente alguns movimentos da modernidade. Mas a modernidade em si, aquilo que é moderno, resta ainda difícil precisar. Diante disso, a única coisa que se pode concluir é que a modernidade e aquilo que é moderno, ainda que difíceis de conceituar em suas formas, são mais claramente definíveis em suas substâncias. Conceituar a modernidade para além de seus eventos cronológicos, portando deveras limitados, parece-nos útil a fim de analisar qual o sentido de modernidade que está sendo utilizado para justificar – e mesmo orientar – as recentes propostas de reformas legislativas levadas a cabo no Brasil, em especial aquela que ficou conhecida como “Reforma Trabalhista”, e se este sentido se mostra adequado a alcançar os legítimos anseios de progresso e desenvolvimento que as complexas sociedades contemporâneas desejam e necessitam. Neste sentido, os estudos que o filósofo alemão Jürgen Habermas desenvolveu em sua tentativa de reconstruir passo a passo o discurso filosófico da modernidade muito servem ao propósito.

Observar a modernidade e seus efeitos apenas pela ótica evolucionista, isto é, de um padrão de desenvolvimento linear de ganhos e melhorias estruturais efetuados em dada sociedade, mostra-se como uma análise demasiadamente simplista, pois tenta resumir os processos modernizantes meramente a métodos objetivos de racionalização, aplicáveis por sua vez, e na maior parte dos casos, à específicos contextos de investimento econômico e aumento de força produtiva. Ora, é demasiadamente simplista pensar que a superação das formas e estilos de vida tradicionais foi possibilitada pura e simplesmente pela construção de edifícios mais altos, pontes ousadamente mais longas ou máquinas gigantes. Ou, mesmo pela mera (e agora potencializada) possibilidade de lucrar no sistema capitalista, esta é a noção de modernidade concebida por Weber, isto é, o mundo racionalizado da economia capitalista.¹¹

Ora, para que tudo isso fosse materialmente possível, foi necessário, antes, uma profunda reflexão sobre a realidade vigente, suas bases abstratas de apoio; reflexão sobre as coisas que socialmente se precisava e individualmente se queria.

Ainda que os materiais produzidos pelo homem possam informar, por si só, muito sobre sua própria identidade – na senda da compreensão de que o homem constitui sua identidade no

10 HOBBSBAWM, E. J. *A era das revoluções*. 35ª.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015, p. 59.

11 WEBER, M. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. Trad. José M. M. de Macedo. 13ª impressão. São Paulo: 2013. WEBER apud HABERMAS, 2002, p. 4.

trabalho, ou seja, ele é o que ele produz e como ele produz¹² – importa-nos muito mais entender e identificar os motivos que o leva a produzir e, desse modo, saber não apenas o que ele deseja produzir, mas antes o porquê o quer produzir e com que objetivo. A modernidade dotou o homem com um agir visando sempre o futuro, um estágio sempre mais avançado daquele que atualmente se encontra. Noutra sorte, a modernidade dotou o homem também da consciência de que tal estágio elevado não se pode alcançar da noite para o dia, sendo o resultado de um conjunto de mudanças e processos cumulativos. Assim, o conceito de modernidade mais teria a ver com essa consciência de constante transformação, a qual impõe – e pressupõe – por parte da humanidade, uma constante reflexividade; ao que Habermas associou o surgimento de uma consciência temporal, que confronta o moderno ao passado, mas que se projeta a um só tempo para um futuro amplo e aberto (Habermas, 1992).¹³ Desse modo, Habermas concebe a modernidade como um projeto de constante aprendizagem e que, por isso, não se pode encerrar.

Percebe-se que a consciência temporal habermasiana passa necessariamente pela compreensão de que os processos que levaram a modernização, pelo menos nos últimos 500 anos, não se deram de maneira pontualmente aplicada ou planejada, tampouco por um sujeito ou cultura específica; mas sim na correria de um agir comunicativo desconcentrado e diversificado, tal como se observou na formação dos capitais e mobilização de recursos; no desenvolvimento das forças produtivas e aumento da produtividade no trabalho; no estabelecimento dos Estados e das identidades nacionais; na expansão dos direitos de participação política, nas formas urbanas de vida e formação escolar formal; na secularização de valores e normas etc. Nessa senda, Habermas nos informa que o conceito de modernização se refere a um conjunto de processos cumulativos e de reforço mútuo, o que faz com que o filósofo conceba a modernidade no sentido de uma abstração plena de consequências, onde se nos revela um ininterrupto processo de desenvolvimento social em geral.¹⁴

Neste ponto, importante a distinção feita por Habermas entre *processos de modernização* e *modernidade cultural*. Para ele os referidos processos referem-se às experiências que são comuns a todos os atores da vida cotidiana, incluindo-se a língua, costumes e tradição partilhada por todos no “mundo vivido”; ao passo que a modernidade cultural refere-se a estrutura (ou sistema) responsável pela reprodução material e institucional

12 Permitimo-nos aqui interpretar livremente as *Teses sobre Feuerbach*, escritas por Karl Marx em 1845. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/ma000081.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2018.

13 HABERMAS, J. Modernidade – um projeto inacabado. In: ARANTES, O., ARANTES, P. *Um ponto cego no projeto moderno de Jürgen Habermas*. São Paulo: Brasiliense. 1992.

14 HABERMAS, J. *Discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 5.

da sociedade¹⁵. Nessa perspectiva de diferenciação, podemos imaginar nas sociedades contemporâneas um sistema representado pelo Estado (ou pela economia), que muitas vezes não consegue acompanhar as experiências do mundo vivido, estas a cada dia mais complexas e diversificadas (pelos referidos “processos cumulativos e de reforço mútuo”). Pois bem, tendo-se em mente a clássica definição de modernidade relativa à historiografia, a modernidade nos surge meramente como premissas preenchidas por certos eventos localizados no tempo e no espaço, capazes de caracterizar o atingimento de uma previsível modernidade cultural. Quanto a isso, Habermas, comentando o filósofo e sociólogo alemão Arnold Gehlen, apresenta-nos a imagem de uma modernidade que estaria saturada, visto já ter preenchido as referidas premissas e realizado os elementos essenciais para o atingimento do *status* da modernidade estabelecida. Atingida estaria uma modernidade “em estado de cristalização”.¹⁶

Contudo, Habermas nos oferece uma outra perspectiva, a quebrar a referida representação de uma modernidade cristalizada, justamente através dos processos de modernização, os quais são capazes de realizar ininterruptamente a modernização social, evitando assim que a própria modernidade se torne obsoleta. Desse modo, libertando-a de um conceito rígido, limitado e fadado ao auto-esgotamento: “*A irresistível velocidade dos processos sociais aparece, então, como o reverso de uma cultura saturada, em estado de cristalização*”.¹⁷ Nessa senda, nota-se o advento da modernidade possibilitado por variados processos de aprendizado, de problemas teóricos mas também de cunho prático e moral, que serviram para constituir as bases modernas da sociedade e que manifestou-se claramente pelo desenvolvimento das ciências empíricas, das artes tornadas autônomas e das teorias morais e concepções jurídicas fundamentadas em princípios, estas, marcantes na atualidade.

Os processos de modernização, embora diversificados, encadearam-se ao longo dos séculos por uma tal essência, por um “espírito” de visão de mundo – tomando-se emprestado a expressão empregada pelo sociólogo Max Weber em sua investigação da ética protestante¹⁸. Este espírito tornou-se universal, e em sua universalidade estilizou-se na busca de um padrão abstrato de consequências. Tal espírito tornou-se também atemporal, e em sua atemporalidade se fez sempre atual na busca por alcançar novos padrões abstratos de consequências, os quais surgiam naturalmente no decorrer do tempo e nas diferentes sociedades.

15 Ibidem.

16 Ibidem, p. 5-6.

17 Ibidem, p. 6.

18 WEBER, M. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. Trad. José M. M. de Macedo. 13ª impressão. São Paulo: 2013.

Desse modo, tem-se a *universalidade* e a *atemporalidade* como as características mais marcantes dos processos modernizadores, por meio das quais a modernidade se fez constante, pois assim seria capaz de adaptar-se aos anseios de futuro e às pretensões de progresso de novos tempos; e desse modo chegou aos dias atuais.

A modernidade se fez – e ainda hoje se faz - constante por sempre se renovar a si própria e, mais que isso, pela sua necessária capacidade de adequação. Em cada sociedade ela se manifestou no “agir para o progresso” vinculado então às específicas necessidades e demandas das culturas nas quais estava inserida; e, por conseguinte, deu-se por caminhos e planos distintos nos diferentes países em que atuou, adaptando-se às distintas necessidades e ao compasso próprio de variados tempos. Não obstante a isso, o referido encadeamento destes vários processos de modernização nos permite perceber que, ainda que tais processos tenham-se procedido de maneira heterogênea ao longo do tempo e do espaço, os mesmos revelaram uma essência (ou espírito) modernizante, de certa maneira, bem homogênea.

Ora, todo o agir material e esforço intelectual empenhados na realização moderna originou-se, tomou forma, obteve fôlego e assim moveu-se pelo mesmo *animus*. Esta *essência* moderna, que se compartilhou reciprocamente entre as sociedades europeias, num primeiro momento, e depois entre as sociedades de além-mar, impulsionou e orientou transformações sociais no mundo reciprocamente vivido e compartilhado pelas pessoas, cujas experiências e valores cada vez mais se homogeneizavam na convergência dos processos de globalização. Assim, poder-se-ia agora questionar: “qual é, afinal, esta essência da modernidade? Como descrevê-la?” Isso parece estar já bastante claro. A modernidade mostra-se como um ideário de valores, modos de vida cultural e político; uma visão [ampla] de mundo que tem plena consciência da realidade em que se vive, e que deseja sempre alcançar outra ainda mais superior, que se sabe ainda mais avançada e melhor que aquela em que se encontra. Não há condição natural ou realidade social que não se possa aprimorar. Não existe conhecimento ou saber absoluto que não possa ser questionado. Não há época ou *status* suficientes que não possam se tornar obsoletos.

A essência da modernidade está no sentimento de potência social, individual e coletivo; a vontade de sempre avançar e alcançar o progresso, o desejo de se atingir o futuro, que se projeta sempre melhor e evolutivamente cumulado. Esta essência esteve presente em toda a gama de eventos, movimentos e processos que se pretenderam modernizadores ao longo da história. Esta mesma essência inspirou e encadeou cada agir material, força produtiva e esforço intelectual dirigidos a alcançar as consequências da modernização.

O grande feito das atuais teorias da modernização, desenvolvidas após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), foi o de separar a modernidade de suas origens, qual seja, do período específico da História da Europa – a Europa dos tempos modernos – para estiliza-la em um padrão, neutralizado no tempo e no espaço, de processos de desenvolvimento social em geral.¹⁹ Assim, o conceito de modernidade refere-se, atualmente, muito mais a uma abstração plena de conseqüências almeçadas do que a cronologia de uma Idade Moderna traçada num linha reta, evolutiva, marcada por um começo, um meio e um fim. Quanto a isso, o sociólogo americano James Coleman viu a vantagem de não mais sobrecarregar o conceito de modernização, com a ideia de um acabamento evolutivo da modernidade, que desemboca num estado final, ao qual segue-se então desenvolvimentos que hoje se discutem como “pós-modernos”²⁰

Neste ponto, pedimos licença para fazer nossas as palavras dos professores Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti, relativamente ao fim que teria chegado a modernidade, conforme defende alguns pensadores contemporâneos:

Na companhia de Niklas Luhmann e Jurgen Habermas, no entanto, preferimos reconhecer nossos tempos como mais modernos do que aqueles dos homens que cunharam esse termo para designar a sua época, exatamente por não mais acreditarmos naquela racionalidade mítica, na ciência como saber absoluto. Acreditamos que vivemos sim, em uma época ainda moderna, em uma modernidade tardia, que pode ser mais sábia mais moderna, do que a própria modernidade que a antecedeu, em razão do que fomos capazes de aprender com as próprias vivências. A modernidade revela-se assim como um projeto inacabado.²¹

Habermas, discorrendo sobre o conceito de modernidade empregado por Hegel em seus estudos, analisa a compreensão contemporânea dada à expressão “*tempos modernos*”, registrando que sua utilização perdeu o sentido puramente cronológico, assumindo a significação de uma época enfaticamente “nova”.²² Compreende-se hoje que, com o passar do tempo, as novas experiências de progresso desenvolveram-se na sociedade a partir de acontecimentos não simultâneos, mas que guardavam entre si uma forte relação lógica de simultaneidade, acelerados e dependentes entre si. O presente passou a ser recheado com as maravilhas do futuro e com as expectativas que o anunciava. O presente passou a estar vinculado simultaneamente ao futuro, à suas realizações. E porque o futuro é moderno, o

19 HABERMAS, J. *Discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 5.

20 Modernization. In: *Encycl. Soc. Science*, vol. 10, pp. 386 ss.

21 CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 25-26.

22 HABERMAS, J. *Discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 9.

presente também o é. A época presente se abre para o novo, para o futuro que já começou e, por conseguinte, para um futuro ainda mais moderno que há de vir. E é justamente por isso que a modernidade se revela mesmo como um projeto inacabado – não fadado ao fim –, porque constantemente renovado.

A modernidade, na estética de Baudelaire é o transitório, o efêmero, o contingente.²³ E os processos modernizantes são aqueles que ligam a atualidade ao futuro – sempre mais moderno que o presente que passou, que por sua vez era já mais moderno que o presente que lhe antecederá. Assim, tem-se que a modernidade se lança para o futuro num novo presente que sempre se consome a si próprio, para então lançar um novo futuro, que se tornará presente e também se consumirá a si próprio. Eis o ciclo constante da modernidade, no qual as complexas sociedades na atualidade estão imersas. E neste ciclo, é fácil perceber como processos modernizantes, por exemplo, as reformas políticas levadas a cabo no âmbito do Poder Legislativo, a citar as recentes discussões políticas no Brasil de alteração nas legislações tributária, previdenciária e trabalhista. O processo modernizador [proposições e projetos de aperfeiçoamento debatidos e aprovados sob o rito do processo legislativo previsto na CF/88] pretendeu alterar a ordem estabelecida [a moderna atualidade, em comparação com a ordem já superada] com fins a alcançar e estabelecer uma nova ordem jurídico-social [o futuro, que é moderno].

Bem, quanto a isso, trataremos com mais profundidade no capítulo 3 deste trabalho, onde será analisado especificamente o teor discutido e promulgado na lei 13.467/2017, a chamada Reforma Trabalhista no Brasil. Por ora, importante é perceber que os processos que dizem respeito à modernidade – e o que nos possibilita melhor identificá-la – relacionam-se a condutas de movimento, por assim dizer, cujas expressões são hoje em dia famigeradas: “revolução”, “progresso”, “reforma”, “emancipação”, “desenvolvimento”, “crise” etc. Estas são expressões sem as quais não é possível se imaginar a modernidade.²⁴

Pois bem.

Agora que parece bastante claro identificar a essência da modernidade e, assim, o modo como ela age, impulsiona-se e movimenta-se nas variadas práticas sociais ao longo do tempo e na atualidade, continuaremos a discussão tópica acerca do conceito da modernidade. Neste ponto, os trabalhos do filósofo do direito norte-americano Ronald Dworkin muito nos servirão

23 BAUDELAIRE, Ch. “Der Maler des modernen Lebens”. In: *Ges. Schriften ed. M Bruns (Melzer)*. Darmstadt, 1982, v. I. (trad., *Sobre a modernidade*. São Paulo, Paz e Terra, 1996, p. 25).

24 KOSELLECK, R. “Erfahrungsraum und Erwartungshorizont” (Campo de experiência e horizonte de expectativa). In: KOSELLECK, 1979, pp. 349 ss.

ao propósito. Na busca pelo conceito de direito, Dworkin elabora em seus trabalhos a distinção entre conceitos que ele classifica como sendo criterial, de tipo natural e interpretativo, sendo este último o mais relevante para a ideia de modernidade aqui sustentada.

O filósofo observa que alguns países, à exemplo dos Estados Unidos, possuem Constituições que podem ser corretamente encaradas como instâncias que impõem limites [morais] a quaisquer leis que possam ser validamente criadas neste ou naquele país.²⁵ Dworkin também alerta que o texto de uma lei pode parecer suficientemente claro por vezes, contudo é capaz de um resultado surpreendente quando interpretado literalmente.²⁶ Nessa senda, a ideia do filósofo vai ao encontro da necessidade de se analisar os processos de modernização – dentre os quais, o texto de uma lei é exemplo – tendo em vista os referenciais paradigmáticos estabelecidos ao seu próprio tempo e realidade.

O agir moderno não se manifesta como um agir isoladamente determinado, pois sempre consciente de si mesmo, relaciona-se a um simultâneo encadeamento de consequências e transformações que são projetadas nas práticas sociais modernizantes. Assim, tomar o conceito de modernidade como interpretativo é permitir uma definição flexível, capaz de se adequar as próprias transformações da realidade que se quer operar, ao mesmo tempo em que estimula a reflexão conceitual em relação aos próprios paradigmas de modernidade vigentes. Não se está aqui defendendo uma interpretação criativa, no sentido de que o conceito de modernidade ou do próprio direito seja o resultado do desejo pessoal ou da imaginação fértil de um qualquer jurista ou ator social. Mas sim uma interpretação como um ato que se autoreferencie ao passo em que busque completar seu sentido dentro do próprio paradigma em que está imerso, e que se oriente também por padrões referenciais projetados num futuro externo ao seu, mas a ele igualmente pertinente.

Este ato de interpretação permite determinar um conceito adequado tanto a atualidade em que se encontra quanto ao futuro que se quer inaugurar. Tomar o conceito de modernidade como um conceito interpretativo é permiti-lo como um ato aberto, que exige uma constante reflexão de caráter cumulativo e agregador, a qual serve muito mais ao espírito da modernidade que qualquer outro conceito engessado em literalidades gramaticais, silogismos criteriosos ou postulados de tipos naturais, conforme também concluiu Dworkin em seus estudos de interpretação conceitual.²⁷ Nessa senda, é possível se conceber uma modernidade que se

25 DWORKIN, R. *A justiça de Toga*. São Paulo: wmf Martins Fontes, 2010, p. 10-11.

26 Ibidem, p. 11.

27 DWORKIN, Ronald. *Justiça para Ouriços*. Coimbra: Almedina, 2012.

consume a si própria e se reconstrói numa eticidade reflexiva no tempo.²⁸ Quanto a isso, os sociólogos Anthony Giddens, Ulrich Beck e Scott Lash, acreditam que as sociedades modernas encontram-se em um momento em que se estão obrigadas a refletir sobre si e, ao mesmo tempo, desenvolvem a capacidade de refletir retrospectivamente sobre si²⁹ e, nesse sentido, Caroline Luvizotto analisando nossa contemporânea modernidade tardia:

A modernidade tardia indica uma mudança no modo de vivenciar as relações, a partir da identificação da razão como o elemento ordenador que produz confiança e elimina ou minimiza os riscos. Ao indivíduo moderno, cabe confrontar seus exageros, assumir-se como objeto de reflexão e exercer uma crítica racional sobre o próprio sistema, tornando-se um tema e um problema para si. Esse indivíduo reflete sobre o mundo em que vive e exerce uma análise racional das consequências de fatos passados, as condições atuais e a probabilidade de perigos futuros, procurando, assim, minimizar os perigos à medida que esse futuro vai se tornando presente.³⁰

Num mundo globalizado, valores morais de política e de modos pessoais de viver são necessariamente compartilhados entre as pessoas. Mesmo se tratando de diferentes culturas, com relevantes distinções no modo de vida e especificidades internas de interação social, o fenômeno moderno da globalização acaba por universalizar uma visão ampla de mundo, e projetar um futuro mais ou menos comum – aquele “padrão de consequências abstratas” ao qual nos referimos anteriormente. Dworkin lança um exemplo neste sentido ao dizer que as pessoas fãs da luta de boxe, compartilham o conceito [abstrato] de vencer um assalto ainda que muitas vezes não estejam de acordo sobre os meios ou critérios mais adequados que deveriam ser utilizados para se decidir tal questão.³¹

Pode-se imaginar que as pessoas nesta atual “modernidade tardia” acabaram por desenvolver uma grande diversidade de valores morais – tais como a razoabilidade, honestidade, decência, responsabilidade, crueldade, mesquinhez, insensibilidade, engano e brutalidade – e políticos – tal como a legitimidade, justiça, liberdade, igualdade e democracia

28 HABERMAS, J. *A inclusão do outro – estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002. CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

29 GIDDENS, A. Risco, confiança e reflexividade. In: Beck, U., GIDDENS, A., LASH, S. *Modernização reflexiva*. São Paulo: Editora UNESP, 1997.

³⁰ LUVISOTTO, Caroline. *As tradições gaúchas e sua racionalização na modernidade tardia*. Disponível em: <<https://repositorio.unesp.br/handle/11449/109139>>. Acesso em: 29 nov. 2018.

31 DWORKIN, R. *A justiça de Toga*. São Paulo: wmf Martins Fontes, 2010, p. 17-18.

–. E cada um desses valores foi desenvolvido, no decorrer do tempo, por meio de interpretações acerca do que é do que é ser honesto, razoável ou mesmo cruel.³² Os conceitos foram – e ainda são – interpretados segundo as necessidades e desejos de sua própria época. Os mesmos são definidos, referenciados e balizados segundo os paradigmas vigentes e adequados à sua própria modernidade. Do que se conclui que admitir um conceito de modernidade rigidamente estilizado é incompatível com a essência própria da modernidade, que exige constante mutação, atualização, destruição e renovação. A modernidade admitida como um conceito interpretativo na atualidade permite compartilhar a plena essência moderna, homogeneamente projetada num futuro moderno, ainda que buscado e realizado de maneira heterogênea.

A modernidade admitida como um conceito interpretativo se abre a uma plena esfera de inclusão de novos sentidos, novas acepções e novas realidades que devem, em coesão, ampliar cada vez mais o âmbito da modernidade em nossa época, em consonância com o desenvolvimento das sociedades atuais cada vez mais complexas. Ora, se na pujança da atualidade as complexas sociedades globalizadas discutem, debatem, contratam e decidem por meio de valores e princípios compartilhados reciprocamente – tais como os direitos fundamentais e seus desdobramentos –, e tendo em vista que muitos deles foram racionalmente formulados em acordos e convenções internacionais –, é no mínimo incoerente pensar em formas de processos de modernização ou mesmo modo de decidir no direito nacional que se pautem tão somente em regras literais e de seu próprio ordenamento interno, e se ignore aquela gama de valores compartilhados, sobretudo porque muitos deles entraram mesmo no ordenamento jurídico nacional pela recepção de diplomas internacionais como legislação.

Diante de todo o exposto, uma vez assentada a essência que se faz homogênea no agir modernizador, e uma vez conceituado a modernidade como um conceito interpretativo, parece lógico perceber, a partir de agora, a incompatibilidade de processos de modernização que se fundem em concepções positivistas de direito. Dito de outro modo: parece lógico perceber que a essência da modernização e o conceito interpretativo de modernidade adequam-se melhor às concepções pós-positivistas de direito, como se verá no tópico a seguir.

2.3. Superação do sistema de regras na atual modernidade

32 DWORKIN, R. *Justiça para ouriços*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 165.

Os vários períodos modernos perceberam, historicamente, o desenvolvimento de várias teorias e concepções jurídicas, de ordem teórica e prática, dentre as quais se destacam: o formalismo jurídico, o positivismo normativista, o realismo jurídico, o jusnaturalismo, o ceticismo jurídico e, por fim, o que atualmente se chama de neo-constitucionalismo ou pós-positivismo.³³

A concepção Positivista, que considera, em síntese, o direito como sendo um conjunto de normas coercitivas, sistematizadas e aplicadas segundo critérios alheios à moral, foi, nas palavras do prof. Manuel Atienza,³⁴ “provavelmente a concepção mais difundida na teoria do Direito do século XX” e que ainda hoje influencia o estudo contemporâneo do Direito. Esta concepção empenhava-se no desenvolvimento de ideias e de conceitos dogmáticos tomados com total objetividade e rigor “científico”, que determinariam assim a “ciência do direito”, segundo a qual se acreditava que de maneira análoga ao que, em tese, ocorre no universo das ciências exatas, o rigor metodológico e o formalismo deveriam ser aplicados também aos processos de criação e execução das normas jurídicas. O direito reduzia-se, assim, a um conjunto de normas autossuficientes, de certo modo, um dogma em vigor.

Ao fim da Segunda Guerra Mundial, diante da enorme destruição de civilizações, milhares de mortos e as formas sem precedente de atrocidades que foram levadas a cabo entre os anos de 1939-1945, o mundo viu surgir a insatisfação ideológica com ordenamentos jurídicos que fossem indiferentes a valores éticos e de proteção à dignidade humana.³⁵ A busca pela plena racionalidade e objetividade científica haviam se tornado, em épocas passadas, a principal característica da modernidade então em vigor, a qual inspirou e orientou o desenvolvimento de sistemas político-institucionais que afastou o Direito, por assim dizer, de reflexões filosóficas de justiça, e acabou por sedimentar condutas autoritárias por parte do próprio Estado moderno, à exemplo do que ocorreu na Alemanha nazista de Hitler, à qual foi tomada por importantes setores da mídia global da década de 1930 como exemplo de progresso civilizatório.³⁶

Hoje, não restam dúvidas de que toda essa racionalidade e esclarecimento científico levou a humanidade, pelo contrário, a caminhos mais irracionais e menos esclarecidos que se poderia em teoria imaginar, a partir do que se concluiu a extrema necessidade de se forjarem novos processos de modernização com paradigmas que fossem capazes de proteger plenamente

33 BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

34 ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentação* – 1ª Ed. v. 1. Curitiba: Alteridade, 2017.

35 BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 242.

36 O filósofo polonês Zygmunt Bauman lembra-nos da Edição de 1938 da Revista Time que elegeu Adolf Hitler como o “Homem do Ano”. Cf.: BAUMAN, Zygmunt. *Teoria da Ambivalência*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

a visível diversidade de crenças, opiniões e ideal de “vida boa” existentes nas sociedades do século XX. O fracasso político do positivismo, associado historicamente a derrota do Nazismo na Alemanha e do fascismo na Itália, abriu terreno para que a ética e valores universais retornassem ao ambiente jurídico, através de reflexões amplas acerca do que é o Direito, sua função social e interpretação. A partir da segunda metade do século XX uma nova postura foi tomando forma, novos ensaios doutrinários e jurisprudência assumiram a roupagem do que atualmente se insurge como o pós-positivismo, uma concepção pautada na afirmação normativa de valores e princípios constitucionais que permeiam todo o ordenamento jurídico-administrativo do Estado, e que, portanto, pugna pela análise agora ampla e sistemática não apenas do texto da rígida forma da lei, mas também seu conteúdo e a eficácia dos objetivos que as mesmas desejam realizar³⁷, pois afinal, afirma o Eminentíssimo ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso: "A Constituição [leia-se, aqui, o Direito] não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços".³⁸

O positivismo coroou o estabelecimento do Estado Constitucional, surgido com a promulgação das cartas políticas nacionais após a Segunda Guerra. A adoção de uma Constituição, isto é, a formalização de um documento - ou conjunto de leis fundamentais em suas variantes - que se sobressai a toda gama de legislação e que passa a condicionar a atuação do Estado [processos de modernização] para a realização de fins e objetivos [modernidade] nele estabelecidos, caracterizou o novo padrão do estágio civilizatório legal e social almejado pelas sociedades cada vez mais globalizadas. Caracterizou - e ainda caracteriza - as ambições de uma cultura cada vez mais complexa, diversa e plural, que na atualidade se insurge pelo acelerado compartilhamento de informações e valores e princípios que se sedimentaram como sendo muito caros a toda a humanidade, dentro os quais se destaca o da dignidade humana.

No Brasil, as bases dessa nova modernidade, vigente na atualidade, foram lançadas com a promulgação da Constituição da República de 1988. A constituinte representou, na história política nacional, um momento até então nunca antes visto de interação entre Estado e sociedade civil, e uma incrível possibilidade de intervenção de diversos grupos e minorias políticas e sociais que bradavam por inclusão expressa e eficaz no ordenamento jurídico. Nos diversos debates e convenções à nível nacional que ocorreram tanto no Congresso Nacional como em outros espaços públicos regionais, entidades representativas de mulheres, negros, indígenas,

37 Ibidem, BARROSO, p. 242-248.

38 Ibidem, BARROSO, p. 246-247.

estudantes e trabalhadores, para citar apenas alguns importantes setores da sociedade, marcaram forte presença no estabelecimento da substância da Constituição que acabaria por agregar, assim, a miscelânea de valores e objetivos de um pacto social mais amplo e mais "justo".

A nível internacional, este novo pacto social de modernidade também esteve antenado às recomendações de organismos e convenções internacionais no que diziam respeito a questões de justiça social e proteção da dignidade do ser humano através da promoção plena dos direitos fundamentais, buscando-se expressar no texto constitucional princípios e valores éticos que pudessem garantir e orientar o pleno desenvolvimento socioeconômico e político no país, conforme o amplo e inclusivo padrão moderno então compartilhado pelas nações nesta nova modernidade. Petrificou-se o paradigma dos direitos fundamentais aos quais a prática jurídica e todo e qualquer processo regulamentar, político e institucional deverá observar na busca por sua concretização. Assim restou estabelecido no art. 5º §§1º, 2º e 3º da CF/88:

Art. 5º.

§ 1º As normas definidoras dos **direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.**

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição **não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais** em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º **Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos** que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, **serão equivalentes às emendas constitucionais.** (GRIFOU-SE)

Os grifos acima destacam a enorme importância normativa dada agora a sistemática principiológica fundada em torno do paradigma dos modernos direitos humanos [positivados sob a alcunha de *direitos fundamentais* na CF/88³⁹, e outros que dele logicamente decorram, cuja força normativa já foi afirmada e reafirmada pelo nosso Supremo Tribunal em diversos julgados. Sobre o conceito interpretativo da atual modernidade, construiu-se uma nova Teoria do Direito voltada à concretização dos direitos fundamentais adequados a abrigar as desejadas consequências desta nova modernidade.

39 Para a diferença entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, cf.: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1477308/qual-a-diferenca-entre-direitos-humanos-e-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 20 set. 2018.

Os processos de modernização não podem, sob este novo prisma, ignorar os paradigmas principiológicos frutos do amplo debate coletivo da comunidade internacional, que compartilha valores de proteção e um padrão mais ou menos comum de objetivos de progresso e desenvolvimento econômico e social. Neste sentido, é o magistério do professor Luís Roberto Barroso acerca dessa nova sistemática incorporada ao âmbito jurídico:

Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando do plano ético para o mundo jurídico, os valores morais compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns, nela já se inscreviam de longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução constante de seus significados. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a democracia, a República e a separação de Poderes. Houve, ainda, princípios cujas potencialidades só foram desenvolvidas mais recentemente, como o da dignidade da pessoa humana e o da razoabilidade.⁴⁰

A constitucionalização desses valores morais compartilhados pela comunidade internacional impõe a adoção de uma nova postura por parte dos atuais operadores e intérpretes do Direito, exigindo-se que realizem uma interpretação ampla e sistemática do ordenamento jurídico à luz de gama de princípios explícitos e implícitos aos quais ele está vinculado, interna e externamente por meio de tratados e convenções internacionais aos quais se adere, conforme nos informa os §§1º e 2º do supracitado art. 5 da CF/88.

Neste ponto, vale a pena analisar, ainda que muito brevemente, a estrutura de funcionamento da Organização Internacional do Trabalho (OIT), agência da Organização das Nações Unidas fundada em 1919 com o objetivo de promover a paz e a justiça social nas relações de trabalho, que a cada novo dia mais se expande e se torna ainda mais complexa e necessária à modernidade.⁴¹ A OIT possui uma estrutura tripartite na qual representantes de governos e de organizações tanto de empregadores quanto trabalhadores de 183 Estados-membros (incluindo o Brasil) participam em situação de plena igualdade na discussão de diversos temas como emprego, proteção social, recursos humanos, estímulo a produtividade, saúde e segurança no trabalho, trabalho marítimo, atuação sindical etc. Segundo dados

⁴⁰ BARROSO, L. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.250.

⁴¹ Cf.: <<https://nacoesunidas.org/agencia/oit/>>

divulgados pelo escritório da OIT no Brasil, desde a sua criação, seus membros já adotaram 188 Convenções Internacionais de Trabalho e 200 Recomendações de ações políticas e civis relacionadas ao desenvolvimento econômico e social de seus países, chegando a aprovar, em 1988, a Declaração dos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho,⁴² na qual 4 princípios fundamentais se destacam:

- a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva;
- b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório;
- c) a abolição efetiva do trabalho infantil; e
- d) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.

A OIT, em suas diversas instâncias, elabora profundos estudos sobre temas gerais que permeiam seus debates e Recomendações, como o Trabalho Decente e o Trabalho Escravo, cuja relevância na atual modernidade vale a pena aqui destacar:

Trabalho Decente

O trabalho decente resume as aspirações das pessoas em suas vidas profissionais. O conceito engloba oportunidades de trabalho produtivo com remuneração justa, segurança no local de trabalho e proteção social para as famílias, melhores perspectivas de desenvolvimento pessoal e integração social, liberdade para as pessoas expressarem suas preocupações, se organizarem e participarem das decisões que afetam sua vidas, além de igualdade de oportunidades e de tratamento para todas as mulheres e homens⁴³.

Trabalho escravo e forçado

O trabalho forçado pode assumir diferentes formas, incluindo a servidão por dívidas, o tráfico e outras formas de escravidão moderna. As vítimas são os mais vulneráveis - mulheres e meninas forçadas a se prostituírem, migrantes presos na servidão por dívida e trabalhadores de fazendas ou oficinas de costura obrigados a trabalhar através de táticas claramente ilegais e recebendo pouco ou nada por isso.⁴⁴

42 Disponível em: <https://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration_portuguese.pdf>. Acesso em: 29 set. 2018.

43 Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-decente/lang--pt/index.htm>. Acesso em 29 nov. 2018.

44 Disponível em: <<https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-escravo/lang--pt/index.htm>>. Acesso em: 29 nov. 2018.

De todo o exposto acima, e após analisar a dinâmica de atuação de um organismo internacional na promoção do progresso e do pleno desenvolvimento no âmbito da quase totalidade dos países existentes no mundo (contabilizando-se os Estados membros da OIT)⁴⁵, é fácil – e lógico – perceber que qualquer processo de modernização que se pretenda levar a cabo na atual modernidade deve refletir sobre um conceito de modernidade fundado numa interpretação sistemática das regras internas do ordenamento jurídico, mas, ainda mais no bojo de princípios surgidos e universalizados no próprio avançar da modernidade a que se quer chegar. A força normativa desses valores e princípios é o norte a guiar o avançar adequado e eficaz rumo à modernidade que hoje se faz sentir.

3 A MODERNIDADE NO DIREITO DO TRABALHO

3.1. Contexto Histórico. OIT e Declaração de Filadélfia.

Pode-se dizer que a extinta Liga das Nações⁴⁶ foi bem sucedida em dois principais aspectos. O primeiro, de caráter histórico, se refere à sua admirável capacidade de ter mobilizado mais de 40 países numa organização internacional de caráter voluntário, universal e de bases permanente, com o objetivo principal de instituir um sistema de segurança coletiva, promover a cooperação e assegurar a paz, tudo isso num contexto de destruição, cansaço e desconfiança deixado pelo término da 1ª Guerra Mundial (1914-1918).⁴⁷ O segundo, a que chamaremos de caráter modernizador, diz respeito à inédita compreensão, em termos diplomáticos, de que a solução dos graves conflitos e disputas que até ali se fizeram sentir por incontáveis guerras, e a almejada “paz duradoura” não deveria ser buscada somente pela via do desarmamento. A compreensão das nações ali reunidas não se deteve apenas a olhar para as causas do passado, mas preocupou-se, antes, em projetar soluções num futuro que se pudesse compartilhar, uma futuro moderno e consensualmente desejado. Esta nova compreensão

45 A ONU possui 193 países-membros, dos quais 183 são membros da OIT. Cf.: <https://nacoesunidas.org/conheca/paises-membros/>. Acesso em: 29 nov. 2018 e <<https://nacoesunidas.org/agencia/oit/>>. Acesso em: 29 nov. 2018.

46 Ou “Sociedade das Nações”, do francês *Société des Nations*.

47 Cf. artigo de Eug  nio Vargas para a Escola de Ciências Sociais da Funda  o Getúlio Vargas, disponível em: <<https://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/verbetes/primeira-republica/LIGA%20DAS%20NA%C3%87%C3%95ES.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2018.

mostrou a necessidade de os Governos, e seus respectivos ordenamentos, engajarem-se positivamente em temáticas para além do “conflito armado”.

Desse modo, com a constituição da referida “associação geral de nações”⁴⁸ – um prenúncio da Organização das Nações Unidas, que viria a substituí-la após a Segunda Guerra –, após a assinatura do Tratado de Versalhes em 1919, instituiu-se também uma série de agências e comissões sob sua supervisão, com o objetivo de se tratar de questões afetas a promoção de condições amplas de justiça social, tais como trabalho, comunicação e trânsito, tráfico de mulheres e crianças, refugiados, proteção de minorias, higiene, direito internacional privado etc.⁴⁹ Assim, tem-se que, embora historicamente a Liga mereça a pecha de fracasso em seu principal objetivo de manter a “paz duradoura” – haja vista a explosão da Segunda Guerra Mundial entre os anos de 1939 a 1945 – ela merece ser reconhecida como um grande avanço rumo a atual modernidade, esta que exige a participação democrática em vários níveis, justamente por reconhecer e articular, de maneira inédita, a diversidade de conflitos existentes no seio da complexidade social, e oportunizar um espaço de deliberação e decisão no próprio seio dessa diversidade, o que possibilitou o compartilhamento de verdadeiros marcos civilizatórios.

Neste ponto, tomemos como exemplo a Organização Internacional do Trabalho (OIT), cuja estrutura e dinâmica de funcionamento já expôs-se brevemente no capítulo anterior. Certamente a criação da OIT – assinada também em Versalhes⁵⁰ – representou um forte marco na concretização do ideal de desenvolvimento técnico e científico buscado pelas nações que, globalizadamente, empenhavam-se em processos de modernização, sobretudo através de reformas e incremento de seus ordenamentos jurídicos para abarcar as novas realidades de produção, consumo e relações de trabalho que afetavam diretamente o modo de vida de seus cidadãos. O vislumbre deste novo patamar de modernidade exigiu – tal como hoje ainda se nos exige – o desenvolvimento de atividades no âmbito interno aos Estados que se adequassem aos padrões de progresso reciprocamente aceitáveis e compartilhados em âmbito internacional, em atenção aos princípios de humanidade e aos valores de dignidade que agora eram erguidos universalmente como um farol a guiar todo e qualquer processo civilizatório. A modernidade ideal passa a ser a modernidade adequada à complexidade social, sendo urgente, assim, a

48 A formação de uma “associação geral de nações” foi incluída pelo presidente Woodrow Wilson na proposta de paz dos Estados Unidos (Quatorze Pontos) Cf. NICOLSON, Harold. *O Tratado de Versalhes: a paz depois da Primeira Guerra Mundial*. São Paulo: Globo livros, 2014.

49 Ibidem, Eugênio Vargas Garcia.

50 Cf Parte XIII do referido tratado. Versão em inglês disponível em:

<<https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000002-0043.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2018.

concretização de medidas políticas e jurídicas assentadas na justiça social, o que restou claro logo na parte introdutória que constituiu a organização trabalhista, *in verbis*:

Considerando que a paz para ser universal e duradoura deve assentar sobre a justiça social;

considerando que existem condições de trabalho que implicam, para grande número de indivíduos, miséria e privações, e que o descontentamento que daí decorre põe em perigo a paz e a harmonia universais, e considerando que é urgente melhorar essas condições no que se refere, por exemplo, à regulamentação das horas de trabalho, à fixação de uma duração máxima do dia e da semana de trabalho, ao recrutamento da mão-de-obra, à luta contra o desemprego, à garantia de um salário que assegure condições de existência convenientes, à proteção dos trabalhadores contra as moléstias graves ou profissionais e os acidentes do trabalho, à proteção das crianças, dos adolescentes e das mulheres, às pensões de velhice e de invalidez, à defesa dos interesses dos trabalhadores empregados no estrangeiro, à afirmação do princípio “para igual trabalho, mesmo salário”, à afirmação do princípio de liberdade sindical, à organização do ensino profissional e técnico, e outras medidas análogas;

considerando que a não adoção por qualquer nação de um regime de trabalho realmente humano cria obstáculos aos esforços das outras nações desejosas de melhorar a sorte dos trabalhadores nos seus próprios territórios.

AS ALTAS PARTES CONTRATANTES, movidas por sentimentos de justiça e humanidade e pelo desejo de assegurar uma paz mundial duradoura, acordam o que segue (...) ⁵¹

Uma vez que a própria modernidade está em constante mutação, o mesmo é esperado de suas instituições. Assim, a referida Liga das Nações foi substituída pela hoje vigente Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, ainda mais ampliada em competências e estados- membros ⁵². A OIT conseguiu a proeza de permanecer em plena atividade desde sua criação, não obstante, teve sua constituição-fundadora emendada e promulgada uma nova em 1946. Assim, aos princípios de humanidade e aos valores compartilhados pela modernidade da primeira metade do século XX, somaram-se outros da modernidade da segunda metade, formulados principalmente sob a lembrança dos horrores causados pela Segunda Guerra Mundial, na qual, muito além de degradação física, o mundo presenciou inimaginável degradação da condição humana, da qual o Holocausto é o maior símbolo.

⁵¹ Parte XIII do Tratado de Versalhes, arts. 387-399, que instituiu a OIT. Interessam, aqui, os motivos de desenvolvimento – moderno – de justiça social. Cf. nota 51.

⁵² Em tese, os países existentes no mundo: 193, segundo dados da ONU. Cf. nota 40.

Dois marcos importam aqui destacar. O primeiro deles, foi a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, pelas Nações Unidas em 1948. O segundo, a declaração referente aos fins e objetivos da OIT, a chamada Declaração de Filadélfia, aprovada em sua 26ª Conferência em 1944. Importa, na perspectiva apontada por este trabalho, que ambos os documentos oficializaram, por assim dizer, um novo paradigma a servir de base para todo e qualquer ideal de progresso que se queira pensar e executar. Este novo paradigma inaugurou um novo patamar de modernidade, cuja égide encontramos hoje, à saber: a centralidade dos direitos humanos nos processos de formulação, interpretação e aplicação das normas jurídicas. A percepção de que a miséria e as péssimas condições de vida e trabalho das pessoas – estas diretamente afetadas pelos amplos processos de desenvolvimento/modernização –, tem o potencial de agravar as mazelas que permanentemente e paradoxalmente são criadas por estes mesmos processos de desenvolvimento/modernização; impulsionou o desenvolvimento de agendas políticas formuladas sistematicamente sobre princípios de humanidade universalmente estilizados por meio de Tratados e Convenções internacionais, e Declarações e Recomendações que se revestiram de caráter público cogente e, desse modo, passaram a integrar a sistemática jurídico-normativa nacional.

À vista disso, nos interessa, neste capítulo, analisar a modernidade que se atualizou no Direito do Trabalho alinhada à hierarquia normativa dos princípios, conforme decorreu da ascensão da concepção jurídica do pós-positivismo no decorrer da segunda metade do século XX, e que se impõe na atualidade, conforme se discutiu oportunamente no capítulo I deste trabalho. A força normativa deste novo constitucionalismo, que interpreta de modo sistemático o ordenamento jurídico-trabalhista pátrio à luz das citadas normativas internacionais, será objeto de discussão no tópico logo a seguir. Contudo, torna-se interessante primeiro destacar algumas breves passagens nos textos daquelas duas Declarações apontadas como marco paradigmático:

Declaração universal dos direitos humanos⁵³

Preâmbulo

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do ser humano, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla.

Agora, portanto, a Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade tendo sempre em mente esta Declaração, esforce-se, por meio do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Países-Membros quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

Artigo 1

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Artigo 2

1. Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Artigo 19

Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Artigo 20

1. Todo ser humano tem direito à liberdade de reunião e associação pacífica.
2. Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação.

Artigo 23

1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.
3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência

⁵³ Constitui-se de Preâmbulo e 13 artigos. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em: 29 nov. 2018.

compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

4. Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.

Artigo 24

Todo ser humano tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.

Artigo 30

Nenhuma disposição da presente Declaração poder ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos (SUBLINHOU-SE)

Declaração referente aos fins e objetivos da organização internacional do trabalho – Declaração de Filadélfia⁵⁴

I

A Conferência reafirma os princípios fundamentais sobre os quais repousa a Organização, principalmente os seguintes:

- a) o trabalho não é uma mercadoria;
- b) a liberdade de expressão e de associação é uma condição indispensável a um progresso ininterrupto;
- c) a penúria, seja onde for, constitui um perigo para a prosperidade geral;
- d) a luta contra a carência, em qualquer nação, deve ser conduzida com infatigável energia, e por um esforço internacional contínuo e conjugado, no qual os representantes dos empregadores e dos empregados discutam, em igualdade, com os dos Governos, e tomem com eles decisões de caráter democrático, visando o bem comum.

II

A Conferência, convencida de ter a experiência plenamente demonstrado a verdade da declaração contida na Constituição da Organização Internacional do Trabalho, que a paz, para ser duradoura, deve assentar sobre a justiça social, afirma que:

- a) todos os seres humanos de qualquer raça, crença ou sexo, têm o direito de assegurar o bem-estar material e o desenvolvimento espiritual dentro da liberdade e da dignidade, da tranquilidade econômica e com as mesmas possibilidades;
- b) a realização de condições que permitam o exercício de tal direito deve constituir o principal objetivo de qualquer política nacional ou internacional;
- c) quaisquer planos ou medidas, no terreno nacional ou internacional, máxime os de caráter econômico e financeiro, devem ser considerados

⁵⁴ Constitui-se de 5 itens. Disponível em: <<https://www.dgert.gov.pt/declaracao-de-filadelfia>>. Acesso em: 29 nov. 2018.

sob esse ponto de vista e somente aceitos, quando favorecerem, e não entravarem, a realização desse objetivo principal;

III

A Conferência proclama solenemente que a Organização Internacional do Trabalho tem a obrigação de auxiliar as Nações do Mundo na execução de programas que visem:

- a) proporcionar emprego integral para todos e elevar os níveis de vida;
- b) dar a cada trabalhador uma ocupação na qual ele tenha a satisfação de utilizar, plenamente, sua habilidade e seus conhecimentos e de contribuir para o bem geral;
- c) favorecer, para atingir o fim mencionado no parágrafo precedente, as possibilidades de formação profissional e facilitar as transferências e migrações de trabalhadores e de colonos, dando as devidas garantias a todos os interessados;
- d) adotar normas referentes aos salários e às remunerações, ao horário e às outras condições de trabalho, a fim de permitir que todos usufruam do progresso e, também, que todos os assalariados, que ainda não o tenham, percebam, no mínimo, um salário vital; (SUBLINHOU-SE)
- e) assegurar o direito de ajustes coletivos, incentivar a cooperação entre empregadores e trabalhadores para melhoria contínua da organização da produção e a colaboração de uns e outros na elaboração e na aplicação da política social e econômica;
- f) ampliar as medidas de segurança social, a fim de assegurar tanto uma renda mínima e essencial a todos a quem tal proteção é necessária, como assistência médica completa;
- g) assegurar uma proteção adequada da vida e da saúde dos trabalhadores em todas as ocupações;
- h) garantir a proteção da infância e da maternidade;
- i) obter um nível adequado de alimentação, de alojamento, de recreação e de cultura;
- j) assegurar as mesmas oportunidades para todos em matéria educativa e profissional.

As partes acima sublinhadas, nas duas Declarações, convergem para o ideal de centralidade dos direitos humanos a que nos referimos há pouco, e para os valores que orbitam em torno da existência humana digna. O novo paradigma que foi ajustado e ratificado pelo conjunto das nações que se uniram em um novo patamar de modernidade, assentou a dignidade humana como fonte principal do atual Direito moderno, fonte essa positivada na forma do Princípio da Dignidade Humana, o qual revela a essência do ramo jurídico-trabalhista, como se verá a seguir.

3.2. As fontes do ordenamento jurídico-trabalhista e o sistema principiológico atual.

Falar em ordem ou ordenamento jurídico é referir-se ao conjunto de dispositivos regulatórios tanto das instituições quanto das relações sociais. É referir-se ao complexo de regras, princípios e institutos de determinado Estado que se impõe em um dado contexto histórico e político por meio de fontes geradoras juridicamente admitidas, do que se deduz a importância de se compreender o conjunto das fontes normativas que nele imperam⁵⁵. Em relação ao Direito do Trabalho, na perspectiva da origem clássica – de tradição positivista – das regras jurídicas pela competente autoridade estatal, o complexo de seu ordenamento diferencia-se marcadamente dos demais ramos jurídicos pela presença, em seu interior, de regras provenientes de fontes privadas⁵⁶ e internacionais. De fato, o consentimento e o livre acordo de vontades é algo esperado nas dinâmicas travadas nas relações entre patrões e trabalhadores, e entre Estados soberanos, não obstante os termos destas relações necessitem hoje observar certos requisitos de validade, objetivos e subjetivos, para serem ratificados pela política social – e assim o é desde que o Direito abandonou os devaneios do liberalismo clássico característicos da modernidade precoce.

Embora a classificação tradicional enfoque a formulação das normas jurídicas no âmbito interno do Estado, tal fenômeno de criação também ocorre por indução externa. Na atualidade, o Direito internacional, além de resolver sobre normas jurídicas trabalhistas por meio de órgãos internacionais – tais como a OIT, sobre a qual discutiu-se anteriormente – de modo a integrar o direito interno posto; também induz sua formulação ao vincular os Estados à observância de determinadas normas revestidas de um caráter público, cogente e universal. Nessa senda, percebe-se que o ordenamento jurídico trabalhista compõe-se, de fato, de fontes privada, estatal e de direito internacional. Desse modo, uma vez estabelecidos estes três componentes, importa aqui situá-los na tradicional tipologia das fontes *materiais* e *formais* do Direito, a qual nos será útil no raciocínio que se seguirá.

A perspectiva material refere-se aos fatores sociais que acabam por conduzir o surgimento e a construção das regras de Direito. Tal perspectiva muito nos informa sobre fatores econômicos, sociológicos, políticos e filosóficos que se mostram relevantes e determinantes na formação e transformação das normas jurídicas ao longo do tempo, acompanhando a própria formação e transformação da sociedade moderna, na qual as regras jurídicas não podem estar descompassadas com as necessidades sociais que se apresentam cada

55 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16ª Ed. São Paulo: Ltr, 2017, p. 145.

56 *Ibidem*, p. 146.

vez mais complexas. Sobre isso, interessante transcrever o magistério do professor Maurício Godinho Delgado:

As fontes materiais justralhistas, sob a perspectiva sociológica, dizem respeito aos distintos processos de agregação de trabalhadores assalariados, em função do sistema econômico, nas empresas, cidades e regiões do mundo ocidental contemporâneo. Esse processo, iniciado no século XVIII, especialmente na Inglaterra, espalhou-se para a Europa Ocidental e norte dos Estados Unidos, logo a seguir, atingindo proporções significativas no transcorrer do século XIX. A crescente urbanização, o estabelecimento de verdadeiras cidades industriais-operárias, a criação de grandes unidades empresariais, todos são fatores sociais de importância na formação do Direito do Trabalho: é que tais fatores iriam favorecer a deflagração e o desenvolvimento de processos incessantes de reuniões, debates, estudos e ações organizativas por parte dos trabalhadores, em busca de formas eficazes de intervenção no sistema econômico circundante. (Curso de Direito do Trabalho – Maurício Godinho Delgado: p. 147)

Assim, os movimentos sociais organizados de trabalhadores, as reivindicações de seus sindicatos frente aos planos econômicos do empresariado e do Mercado, bem como a atuação de partidos e movimentos políticos de caráter reformista ou de esquerda foram capazes – e ainda o são na atualidade – de atuar e induzir verdadeiras transformações no âmbito da sociedade civil e conduzir à elaboração de regras justralhistas por parte do Estado⁵⁷. A mudança de pensamento maturada ao longo de toda modernidade, desenvolveu também o ideário de concepções do próprio Direito do Trabalho, o qual nos chega hoje atualizado, nesta modernidade tardia, acordada com as relevantes e necessárias intervenções no sistema econômico-social capitalista.

De outra parte, a perspectiva formal refere-se aos centros de positivação jurídica, isto é, aos núcleos de produção de normas juridicamente admitidos. Esta perspectiva informa sobre a(s) autoridade(s) competente(s) e os ritos e formalidades institucionalizados para a produção ou alteração de normas jurídicas. Conforme vimos, a já superada concepção positivista do direito, capitaneada por Hans Kelsen, não mediu esforços na tentativa de reduzir ao máximo o

57 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16ª Ed. São Paulo: Ltr, 2017, p. 147-148.

direito à norma e, desse modo, sustentou que as fontes formais do direito derivam tão somente de um núcleo de posituação, o Estado, pois este é dotado de coerção/sanção. Contudo, vimos também que a rigidez dogmática de tal concepção não se mostra adequada à atual modernidade, a qual exige a intensificação da participação democrática nas mais diversas instâncias e processos de formulação e consolidação da norma, que agora é positivada sob a perspectiva ampla e universal da globalização. Assim, a noção da exclusividade estatal como única autoridade competente para emanar normas jurídicas, mostra-se inadequada às necessidades de uma sociedade em constante mudança e diversificação, que não mais admite que se assumam posturas acríicas perante o direito exclusivamente posto⁵⁸.

Assim, perceber a legítima diversidade dos centros de posituação (origem) de normas jurídicas é perceber a própria modernidade em que se encontra, esta cada vez mais diversa, cujo direito encontra-se desconcentradamente sistematizado tanto através de normas cuja produção não se caracteriza pela participação imediata dos destinatários das normas, a exemplo da Constituição, das leis, medidas provisórias, decretos e outros diplomas produzidos no âmbito do aparelho estatal, dizendo respeito a trabalhadores – chamadas pela doutrina de fontes formais heterônomas –, bem como através de normas cuja produção se deu pela imediata intervenção de seus destinatários, à exemplo das negociações coletivas privadas em âmbito trabalhista, quais sejam, o contrato coletivo, a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho – chamados pela doutrina de fontes formais autônomas.⁵⁹

O Direito do Trabalho, relativamente às fontes formais, constitui-se tradicionalmente das seguintes fontes heterônomas: Constituição, leis (incluídas aqui as medidas provisórias), tratados e convenções internacionais ratificadas internamente, regulamentos normativos (expeditos mediante decretos do Presidente da República) e sentenças normativas. No que se refere às autônomas, tem-se as negociações coletivas supracitadas⁶⁰ Pois bem. Chegado a esta altura do trabalho, relevante será, a partir de agora, retomar a discussão da superação do sistema de regras na atual modernidade, realizada ao longo do capítulo I, avançando então sobre a perspectiva dos princípios como principal conformação normativa do Direito do Trabalho, como se buscará demonstrar a seguir.

O paradigma dos direitos humanos, conforme tratado no tópico anterior deste capítulo, impôs sobre as ordens internas estatais um parâmetro de observação necessária e obrigatória,

58 FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 6ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2008, P. 275.

59 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16ª Ed. São Paulo: Ltr, 2017, p. 150.

60 Ibidem, p. 150.

visto constar como um padrão amplo estilizado de crenças e valores recíproca e universalmente compartilhados e desejados pelas sociedades modernas reunidas. Os princípios jurídicos conformam a criação, a revelação, a interpretação e a própria aplicação do Direito,⁶¹ e sua efetividade não somente como meras proposições ideais mas sim como efetivas normas jurídicas é concepção jurídico-doutrinária já fortemente acolhida pela jurisprudência nacional, cuja construção emergiu, sobretudo nas últimas décadas, sob a influência do neoconstitucionalismo, conforme já descrevemos oportunamente.

A doutrina consolidada do Direito do Trabalho brasileiro nos informa um rol demasiadamente amplo de princípios jurídicos próprios deste ramo trabalhista, bem como de princípios gerais do Direito a ele aplicáveis. Organizando-se uma listagem nos moldes da clássica pirâmide normativa kelseniana, tem-se como princípios trabalhistas que efluem diretamente da Constituição – por vezes especificados, por outras, apontados ou claramente demarcados –, seguindo-se de breves remissões na CF/88⁶²:

a) Valorização do trabalho / emprego

Enfatizado repetidamente ao longo dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil (Título I) e dos direitos e garantias individuais/coletivos e sociais (Título II) nos arts. 6º e 7º. Verifica-se também no plano da “Ordem Econômica e Financeira” (título VII), expresso no art. 170, ao lado do art. 193 da “Ordem Social” (Título VIII).

b) Justiça Social

Expressado pelos objetivos fundamentais da República de “construir uma sociedade justa e solidária”, bem como “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” nos incisos I e III do art. 3º e inciso XXIII do art. 5º. Verifica-se também o primado da justiça social no art. 170 atinente à Ordem Econômica e Financeira (Título VII).

c) Submissão da propriedade à sua função socioambiental

61 DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 4. Ed., São Paulo: LTr, 2013, p. 14. Ver também DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16ª Ed. São Paulo: Ltr, 2017, p. 151.

62 Ibidem, DELGADO, 2013.

Este princípio está claro na Constituição em distintos momentos, pois, não obstante a consonância com os supracitados princípios da valorização do trabalho e da justiça social, na esteira da valorização do próprio sistema capitalista e da propriedade privada realidades no país, submete tal propriedade à sua função social e, de igual modo, à função ambiental. No título referente aos “Direitos e Garantias Fundamentais” (Título II) o inciso XXII do art. 5º tem por “garantido o direito de propriedade”, mas ressalva no inciso imediatamente seguinte que “a propriedade atenderá a sua função social”.⁶³ Verifica-se também o primado tópico no inciso III do art. 170 do Título VII (“Da Ordem Econômica e Financeira”); e no Título VIII, nos art. 200, VIII (referente à saúde) e 225 (no capítulo referente ao ambiente).

d) Dignidade da Pessoa Humana

Logo em seu art. 1º, tratando-se dos “Princípios Fundamentais”, a Carta estabelece que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento a “dignidade da pessoa humana”.⁶⁴ Na mesma senda, o art. 170 diz que a Ordem Econômica e Financeira “tem por fim assegurar a todos a existência digna”.

e) Liberdade e Autonomia Associativas e Sindicais

Relacionado às noções conexas de *reunião* e *associação*, previstas nos incisos XVI, XVII e XX do art. 5º, o princípio tópico abrange a liberdade de criação e auto extinção de sindicatos e sua livre gerência, bem como a liberdade e autonomia de vontade da classe obreira em filiar-se ou manter-se filiado ao sindicato, conforme expressam os incisos I, III e V do art. 8º.⁶⁵

f) Norma mais favorável

⁶³ DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 4. Ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 39.

⁶⁴ Cf. art. 1º, inciso III da CF/88.

⁶⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 4. Ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 57 e 64.

Depreende-se tal princípio, especialmente, de dois dispositivos da Carta:⁶⁶ o art. 7º dos “Direitos Sociais”, ao dispor que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, *além de outros que visem à melhoria de sua condição social...*”⁶⁷; e o §2º do art. 5º dos “Direitos e Garantias Fundamentais”, ao dispor que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem *outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados...*” (grifos acrescidos).

g) Continuidade da relação de emprego

A Carta de 1988, em seu art. 7º, I, assentou como direito dos trabalhadores a “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa”, e também a ideia de indenização compensatória, fixada no inciso XXI do mesmo artigo, referente ao “aviso prévio proporcional ao tempo de serviço”.

h) Irredutibilidade ou Intangibilidade salarial

Relatado no inciso VI do art. 7º da Constituição Federal, este princípio projeta-se num diversificado sistema de garantias salariais que diz respeito à proteção obreira contra mudanças contratuais e normativas que provoquem redução de salário, bem como contra práticas que prejudiquem seu efetivo montante.⁶⁸

Há outros princípios que, embora não expressos na Constituição, efluem de outros âmbitos jurídicos ou sociais e insurgem-se como princípios basilares do Direito do Trabalho e, assim, constituem essencialmente o seu núcleo basilar porque traduzem o caráter teleológico deste ramo jurídico especializado, qual seja, a função central de *melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica*.⁶⁹ São princípios apreendidos na doutrina e na própria legislação específica que, a um só tempo, incorporam aquela referida função finalística ao passo que possibilitam uma abrangência ampliada e generalizante das diretrizes culturais da sociedade, harmonizando a coerência lógica do sistema jurídico como um todo. São eles, brevemente explicados:

66 Ibidem, p. 68.

67 Art. 7º, *caput*, grifamos.

68 DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 4. Ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 72.

69 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16ª Ed. São Paulo: Ltr, 2017, p. 1460 (“Funções justralhistas”) e Ibidem, DELGADO, 2013, p. 76.

a) Princípio da Proteção

Informa este princípio que o Direito do Trabalho estrutura-se, pelo conjunto de suas normas, regras, procedimentos e institutos, como uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregador/empregado (isto é, o obreiro).⁷⁰ A constatação fática da disparidade socioeconômica e de poder substantivo entre esses sujeitos necessariamente vinculados exige do Estado uma atuação positiva na busca por sempre reequilibrar, no plano jurídico, a relação desigual vivenciada na prática cotidiana da relação de emprego, aonde o sujeito empregador tem aptidão natural de produzir grandes impactos socioeconômicos na amplitude da sociedade. Tal fato faz emergir um Direito especializado largamente protetivo.

b) Princípio da Norma Mais Favorável

Dispõe que o operador do Direito do Trabalho deve optar pela regra mais favorável ao obreiro sob a perspectiva de três dimensões ou situações distintas: no instante da elaboração da regra, quando do confronto entre regras concorrentes e, por fim, quando da interpretação de regras jurídicas⁷¹. Tal princípio é também conhecido pelo epíteto de *in dubio pro misero*.

c) Princípio da Imperatividade das Normas Trabalhistas

Na mesma senda do Princípio da Proteção, este primado busca manifesta-se como um instrumento assecuratório das garantias fundamentais ao empregado, a partir da noção de restrição da autonomia de vontades das partes (no caráter dispositivo clássico do Direito Obrigacional Civil).⁷² Não se vislumbra, no Direito do Trabalho, o afastamento de seus preceitos essencialmente – e de modo geral – imperativos pelo simples acordo entre as partes, as quais, repita-se, não se encontram em igualdade material de negociação na relação trabalhista. Tem-

⁷⁰ DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 4. Ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 82.

⁷¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 4. Ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 84.

⁷² Ibidem, p. 88.

se, portanto, o impedimento ordinário de se afastar o regime contratual trabalhista.⁷³

d) Princípio da Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas

Na esteira do primado anterior, este princípio revela a indisponibilidade da substância do Direito do Trabalho e constitui, talvez, seu principal veículo de combate a já mencionada assincronia existente entre os sujeitos da relação socioeconômica de emprego,⁷⁴ ao assentar a irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas relativamente a transações que importe objetivamente em prejuízo ao trabalhador.⁷⁵

e) Princípio da Condição Mais Benéfica

Este princípio garante a preservação, no correr da vigência do contrato de trabalho, da cláusula contratual mais vantajosa ao trabalhador, a qual se reveste do caráter de direito adquirido, nos termos do art. 5º, XXXVI da CF/88.⁷⁶

f) Princípio da Inalterabilidade Contratual Lesiva

Inspirado no princípio do Direito Civil da inalterabilidade dos contratos, em que as partes não podem unilateralmente modifica-los no curso de suas vigências, tal primado foi incorporado pelo ramo jurídico-trabalhista e conformado à noção de proteção através da vedação da modificação contratual que seja feita de maneira unilateral pelo empregador e que resulte em situação lesiva a ser suportada pelo obreiro subordinado. Importante, contudo a observação: logicamente se concebe a alteração que venha a ser benéfica ao trabalhador emprego.⁷⁷

g) Princípio da Intangibilidade Salarial

73 O professor Maurício Godinho Delgado nos apresenta, num relevante rodapé, um raro caso de regra dispositiva presente na CLT, em que o art. 472, §2º diz que “Nos contratos por prazo determinado, o tempo de afastamento, *se assim acordarem as partes interessadas*, não será computado na contagem do prazo para a respectiva terminação” (grifamos).

⁷⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 4. Ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 89.

⁷⁵ Neste sentido são os arts. 9º, 444 e 468 da CLT, alterada pela Lei nº 13.467, de 2017.

⁷⁶ Verifica-se claramente a incorporação do Princípio da Condição Mais Benéfica pela legislação no art. 468 da CLT, bem como pela jurisprudência através dos enunciados 51 e 288 do TST.

⁷⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 4. Ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 97.

Tal princípio é o mesmo já expressado na CF/88 seu art. 7º, VI, ao qual já nos referimos. Informa a garantia do salário, projetada em distintas direções: garantia do valor do salário; garantias contra mudanças contratuais e normativas que provoquem a redução do salário; garantias contra práticas que prejudiquem seu efetivo montante (problemas jurídicos relativos a descontos no salário do empregado); dentre outras.

h) Princípio da Primazia da Realidade sobre a Forma

Chamado ainda de Princípio do Contrato Realidade, o primado constitui relevante instrumento do intérprete e aplicador do Direito na investigação da prática concreta efetivada ao longo da prestação de serviços, independentemente da vontade eventualmente manifestada por escrito pelas partes na relação jurídico-trabalhista. Assim, a prática habitual aferida é capaz de alterar o contrato (ressalvado situação lesiva), gerando novos direitos e obrigações à empregador/obreiro.⁷⁸

i) Princípio da Continuidade da Relação de Emprego

Referido também como Princípio da Manutenção do Contrato, é expressado ainda na CF/88, ao qual também já nos referimos. Informa o interesse essencial do Direito do Trabalho na manutenção e plena integração do trabalhador na estrutura empresarial do sistema capitalista vigente nas sociedades contemporâneas, garantindo assim a permanência do vínculo empregatício.⁷⁹

Como se viu acima, o bojo de princípios do Direito do Trabalho é extenso e mostra-se explicitamente presente nos diplomas jurídicos e na jurisprudência nacional especializados. As diversas proposições que foram acima elencadas e descritas revelam a primazia de atuação dos princípios jurídicos na conformação normativa da efetividade deste ramo justtrabalhista, atuando na informação, interpretação e mesmo na aplicação das normas jurídicas, ante as regras positivamente postas na estrutura jurídica nacional. É possível perceber que ascensão da concepção jurídica neoconstitucionalista no âmbito das sociedades ocidentais contemporâneas

78 DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 4. Ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 102.

79 Ibidem, p. 103.

fez desenvolver uma nova sistemática de hierarquia normativa no Direito do Trabalho, impondo aos operadores do Direito uma atuação positivamente alinhada à busca pela plena concretização dos objetivos centrais da justiça trabalhista na atual modernidade, qual seja: *a melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica*.⁸⁰

Contudo, percebe-se que os próprios termos – ou *nomen iuris* – utilizados para descrever os princípios justralhistas – tais como os Princípios da Proteção, da Norma Mais Favorável e da Condição Mais Benéfica –, demonstram uma preocupação que claramente ultrapassa a mera objetividade dos requisitos de um contrato de trabalho bem formulado, ou a conformação para um bom regimento jurídico na ordem econômica. Ora, de todo o exposto acima, percebe-se que os diversos princípios elencados convergem para uma mesma preocupação, para um mesmo valor de proteção e promoção de condições dignas não ao trabalho em si, mas à pessoa humana, tanto à vida do trabalhador quanto às vidas dos familiares que dele e de seu trabalho dependem. À vista disso, verifica-se que toda a sistemática principiológica do ordenamento jurídico trabalhista brasileiro – alinhado ao padrão de desenvolvimento das sociedades modernas globalizadas – converge para a centralidade dos direitos humanos, sua garantia, proteção e plena efetivação.

Deduz-se, por fim, que o bojo de princípios assentado no Direito do Trabalho aponta para a promoção de uma modernidade que garanta a vida digna para todos, conformada na constante melhoria das condições surgidas da pactuação das relações de trabalho. Assim, não se mostra incoerente ou precipitado afirmar que o atual ordenamento jurídico-trabalhista moderno eleva o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como o norte de todos os demais princípios, assentando-o como basilar de todo o Direito do Trabalho, e o consolida como veículo condutor de todo processo de construção desse ramo jurídico especializado.

3.3 O Princípio da Dignidade Humana como norte de toda produção jurídico-legislativa trabalhista

80 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16ª Ed. São Paulo: Ltr, 2017, p. 1460 (“Funções justralhistas”); e DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 4. Ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 76.

O Princípio da Dignidade Humana traduz a consciência de que a essência das sociedades, do Direito e do Estado modernos contemporâneos é a pessoa humana, independentemente de seu status econômico, social ou intelectual.⁸¹ Tal princípio expressa um conjunto de valores e práticas civilizatórias que se estilizam universalmente como núcleo de todo progresso e desenvolvimento das sociedades contemporâneas.⁸² Trata-se do princípio maior figurado em documentos internacionais, tal como a referida Declaração dos Direitos Humanos (1948), e em grande parte das Constituições democráticas vigentes na atualidade, tais como a italiana (1947), a alemã (1949), a portuguesa (1976) e espanhola (1978). No Brasil, conforme indicou-se no tópico anterior, tal princípio vem previsto no inciso III do art. 1º da CF/88, como um dos Fundamentos da República.⁸³

A análise atenta dos princípios elencados acima, conjugado com os mais distintos objetivos de proteção informados pelo teor normativo da extensa legislação trabalhista nacional, tutelando os mais diversos e profundos direitos atinentes à melhor condição de vida do trabalhador, permite verificar a Dignidade Humana como sendo o epicentro de todo o ordenamento jurídico brasileiro⁸⁴, cujo positivado Princípio da Dignidade Humana assenta-se na centralidade de todo o sistema não somente jurídico, mas também social e político.

Ora, não há como se pensar na estrutura e dinâmica do Direito do Trabalho sem considerar principalmente a dignidade humana, sendo que toda a noção de tutela obreira e retificação jurídica da reconhecida desigualdade socioeconômica e de poder entre os sujeitos da relação de emprego (ideia inerente ao princípio protetor), passa necessariamente pelo corolário imanente do Princípio da Dignidade Humana.⁸⁵ Como excluir a força deste princípio dos princípios constitucionais da Norma Mais Favorável, da Intangibilidade salarial e da Continuidade da Relação de Emprego? Como excluir sua intensidade dos demais princípios de construção doutrinária e infraconstitucional como o da Proteção, da Norma Mais Favorável, da Imperatividade das Normas Trabalhistas, da Primazia da Realidade Sobre a Forma, da de Cláusula mais Benéfica ou da Inalterabilidade Contratual Lesiva? De fato, não há. E não se

81 Kant, em sua *Fundamentação à metafísica dos costumes*, nos dá uma boa direção na tentativa de se compreender a essência da Dignidade Humana, afirmando, em suma, que “as coisas têm preço; as pessoas têm dignidade”: “No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade”. Cf. BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 250.

82 Ibidem, p. 253-254.

83 Ibidem, BARROSO, 2009, p. 251. DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 4. Ed., São Paulo: LTr, 2013, p. 41.

84 DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 4. Ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 40.

85 Ibidem, p. 83.

trata meramente de dizer que “o Princípio da Dignidade Humana se desdobra em muitos outros”, mas sim que ele é mesmo o inspirador do amplo complexo de regras, princípios e institutos que compõem o ramo justralhista.⁸⁶

O primado da Dignidade cumpre, assim, relevantes funções em distintas fases jurídicas que, embora atuantes em momentos distintos, relacionam-se para compor a unidade e harmonia do Ordenamento. Na primeira, a fase jurídica propriamente dita, tem-se o Direito já construído, em que as normas postas demandam do Princípio da Dignidade – e de suas demais proposições – uma função (clássica) eminentemente descritiva ou interpretativa que auxilia os operadores jurídicos na compreensão das regras e institutos de modo a permitir uma leitura reveladora da correta orientação a ser adotada na interpretação do Direito posto⁸⁷. Outra função do princípio a atuar nesta fase é aquela a qual já nos referimos e estabelecemos como a mais importante no atual contexto moderno do pós-positivismo jurídico, qual seja, a função normativa própria,⁸⁸ que lhe permite uma eficácia direta sem a necessidade de intermediação legislativa. Quanto a isso, Luís Roberto Barroso nos apresenta um esclarecedor exemplo:

Com base no princípio da isonomia, uma lei institui e disciplina determinada modalidade de ação afirmativa (...). Com base no princípio da isonomia alguém postula uma equiparação salarial ou remuneratória; alguém se exonera do pagamento de um tributo, sob o fundamento da inobservância do princípio da reserva legal.⁸⁹

Mas é na fase pré-jurídica que se manifesta a função mais importante e cerne deste trabalho. Nesta fase, eminentemente política, em que o Direito está sendo construído, o princípio da Dignidade Humana, basilar de toda a ordem jurídico-normativa e social, atua no âmago do processo de construção das regras e institutos do Direito do Trabalho, de modo a

⁸⁶ Ibidem, p. 83.

⁸⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16ª Ed. São Paulo: Ltr, 2017, p. 205.

⁸⁸ Quanto a este caráter normativo dos princípios, o professor Maurício Delgado ensina: “Esta mais recente compreensão sedimentou-se, em distintas vertentes, dimensões e abrangência, na segunda metade do século XX, na obra de célebres juristas, principalmente autores de Filosofia do Direito e do Direito Constitucional. Citem-se como exemplo, entre vários outros, Vezio Crisafulli e Norberto Bobbio, na Itália; Jean Boulanger, na França; Federico de Castro, Luís Díez-Picazo e Joaquín Arce y Flórez-Valdez, na Espanha; Joseph Esser e Robert Alexy, na Alemanha; Ronald Dworkin, nos EUA; José Joaquim Gomes Canotilho, em Portugal; Paulo Bonavides, no Brasil. Tal função normativa específica dos princípios seria resultante de sua dimensão fundamentadora de toda a ordem jurídica. Essa dimensão passa, necessariamente, pelo reconhecimento doutrinário de sua natureza de norma jurídica efetiva e não simples enunciado programático não vinculante. Isso significa que o caráter normativo contido nas regras jurídicas integrantes dos clássicos diplomas jurídicos (constituições, leis e diplomas correlatos) estaria também presente nos princípios gerais de Direito. Ambos seriam, pois, norma jurídica, dotados da mesma natureza normativa”. Cf. DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16ª Ed. São Paulo: Ltr, 2017, p. 206.

⁸⁹ BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 319.

influenciar e orientar o legislador no desenvolvimento de normas que sejam capazes de dar plena efetividade e concretude aos objetivos do ramo jurídico-trabalhista. Como vimos, este princípio, positivamente constituído como um dos Fundamentos da República (Art. 1º, III da CF/88), orienta e influencia, obrigatoriamente, a produção de todo e qualquer conteúdo infraconstitucional. No âmbito da regulação trabalhista, tal princípio – e seu amplo corolário – informa ao Direito do Trabalho os parâmetros e limites admitidos e aplicáveis a sua legislação.

Importante, contudo, é compreender que a força normativa deste Princípio Maior não advém meramente do fato de ele estar mesmo expressamente positivado na Constituição, esta a Lei Maior de toda a ordem jurídica nacional. Sua intensidade normativa vem, antes, de seu caráter global e universal que funda internacionalmente a modernidade que hoje se deseja e se faz sentir pelo conjunto das sociedades contemporâneas que reconhecem e compartilham entre si a dignidade humana como sendo o valor máximo civilizatório a ser incorporado ao Patrimônio da Humanidade.⁹⁰ As práticas de criação legislativa e, mais importante ainda, as alterações que tomam forma no Congresso Nacional do Brasil – a exemplo da recente Reforma Trabalhista, que será objeto de análise do próximo capítulo – devem necessariamente se conformar a toda gama de valores e princípios que se desdobram do Princípio universal da Dignidade e que, embora não figurem como fontes formais do direito posto, uma vez não estejam positivadas ou ratificadas pela legislação pátria, figuram como verdadeiras fontes materiais, a guiar e condicionar a produção legislativa trabalhista nacional.

Sem a pretensão de entrar aqui numa discussão que pertence à área do Direito Internacional, encontramos no magistério de Tercio Sampaio Ferraz Jr. o alerta de que:

(...) é preciso reconhecer que a importância crescente das organizações e das relações internacionais e não apenas as relações entre Estados soberanos, mas também a presença de empresas privadas chamadas multinacionais, o julgamento de questões públicas e privadas por cortes ou juízos arbitrais, tudo isso traz para a teoria das fontes, mais tradicional, um fator complicador.⁹¹

Ora, os documentos internacionais são documentos obrigacionais, normativos e programáticos firmados entre Estados ou entes internacionais, cuja vigência assinada pelas soberanias em acordo no plano internacional, cria direitos e obrigações aplicáveis às respectivas

90 BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 253.

91 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas S.A., 2008, p. 205.

ordens jurídicas internas.⁹² O conteúdo dos diplomas internacionais, os quais podem versar sobre uma infinidade de temas, são formulados e aderidos voluntariamente por seus membros, sendo que os chamados *Tratados* e *Convenções* internacionais podem ostentar a natureza de fonte formal do Direito interno dos Estados envolvidos, desde que sejam solenemente ratificados nos planos internos pelo rito constitucional estabelecido. No caso brasileiro, cita-se como exemplo a Convenção 98 da OIT que trata do “direito de sindicalização e de negociação coletiva”, que foi ratificada pelo Decreto Legislativo n. 49/1952 e promulgada pelo Decreto n. 33.196/1953, e assim, passou a compor o ordenamento nacional na qualidade de fonte formal heterônoma do Direito do Trabalho.⁹³

Conforme descrevemos ao longo deste capítulo, a modernidade tardia que se faz sentir na atualidade – cujos Direitos Fundamentais foram assentados como marco civilizatório a guiar os processos de modernização de todo progresso e desenvolvimento operados nas sociedades globalizadas – foi inaugurada por entendimentos políticos de direito público internacional nos quais a grande maioria das nações existentes no mundo formularam valores e princípios que deveriam ser compartilhados por todos em unidade e harmonia. Assim, ao referido exemplo da estrutura e trabalhos realizados pela Organização Internacional do Trabalho, como agência internacional institucionalizada e especializada nos mais amplos aspectos das relações do Trabalho existentes nas sociedades contemporâneas, torna-se lógico e de extrema coerência que a integralidade de suas *Declarações* e *Recomendações* seja observada e mesmo integrada diretamente à ordem jurídico-trabalhista nacional. É inadmissível que se conceba hoje uma legislação ou que se opere qualquer alteração de regras ou de direitos vigentes numa legislação atinente à relações trabalhistas que não considere primeira e fundamentalmente os conteúdos normativos programáticos elaborados e expedidos pela OIT. Ainda que tais Declarações e Recomendações não ocupem o rol formal de fonte normativa do Direito pátrio, certamente elas ocupam a plena seara das fontes materiais do Direito do Trabalho, justamente por informarem os fatores sociais, políticos e econômicos aptos a transformar as complexas sociedades

⁹² DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 16ª Ed. São Paulo: Ltr, 2017, p. 163.

⁹³ Interessante transcrever a parte final do decreto: “Decreta que a Convenção relativa à Aplicação dos Princípios do Direito de Organização e de Negociação Coletiva, apensa por cópia ao presente Decreto, seja executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.” (grifamos). Cf. também as Convenções da OIT n. 135, vigente no Brasil desde 18/03/1991 (esta, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 86/1989, promulgada pelo Decreto 131/1991); e n. 151 (ratificada pelo Congresso Nacional em 2010, por meio do Decreto Legislativo n. 206, de 07/04/2010). Decretos disponíveis em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/_Dec_ano.htm. Acesso em 29 nov. 2018.

modernas que exigem a constante reformulação de suas relações jurídicas, estas vinculadas à modernidade que se constrói globalmente. Escreve o professor Maurício Delgado:

Evidentemente que existem algumas Declarações que, por seu impacto, abrangência e importância na cultura jurídica ocidental, ostentam status político, ético e jurídico diferenciado, influenciando, sobremaneira, de modo inequívoco, o pensamento não só do legislador como também do intérprete conclusivo do Direito. É o que se passa, ilustrativamente, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU), em 1948. Essa declaração universal da ONU, de 1948, por ser o pioneiro e principal documento jurídico eminentemente voltado à regência de direitos humanos, tendo deflagrado parte importante do novo paradigma jurídico subsequente à Segunda Guerra Mundial, no campo dos Direitos Humanos, além de ter ostentado forte influência na estruturação e desenvolvimento do novo constitucionalismo, de caráter humanista e social, tem sido considerada, pela doutrina de Direito Internacional, como vinculante de todos os Estados e, de modo enfático, daqueles Estados que subscreveram em 1948 (caso do Brasil, portanto). Ela ostenta, nessa medida, o caráter de patamar mínimo de civilidade, na seara dos Direitos Humanos, que se aplicaria a todos.⁹⁴

A vinculação do padrão civilizatório acordado e buscado na atual modernidade é informada e conduzida fundamentalmente pelos valores dos direitos fundamentais, revelados assim por toda a gama dos demais princípios e valores nos quais se desdobra o principal e universal Princípio da Dignidade Humana, este capaz de fundamentar, como vimos, o próprio documento estatal Constituição isoladamente considerado.

Portanto, de todo o exposto, conclui-se que a modernidade no Direito do Trabalho é aquela que busca dar efetividade e concretude à Dignidade Humana nas suas mais distintas e sutis instâncias, espreado por todo ordenamento jurídico estatal. Desse modo, é de se infirmar completamente grande parte das recentes propostas e proposições de alteração na legislação trabalhista nacional levada a cabo nos últimos três anos no Brasil (2016-2018), em especial as advindas da vigência da Lei 13.467, de 2017 que ficou conhecida como Reforma Trabalhista

94 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16ª Ed. São Paulo: Ltr, 2017, p. 166.

no Brasil, e que será essencialmente objeto de estudo do próximo e derradeiro capítulo deste trabalho.

Contudo, torna-se interessante antes analisar brevemente uma recente declaração sobre o tema proferida no âmbito das eleições gerais do Brasil (ano de 2018) em rede nacional num importante telejornal do país pelo, à época deputado federal pelo estado do Rio de Janeiro, hoje presidente eleito, Jair Messias Bolsonaro, em que ele diz, quando questionado sobre quais direitos trabalhistas ele iria retirar em seu possível governo caso fosse eleito Presidente da República: “(...) é como a classe empregadora diz, o trabalhador terá que escolher entre mais direitos e menos emprego, ou menos direitos e mais emprego”⁹⁵. Ora, de tudo o que se expôs e se descreveu ao longo deste capítulo relativamente à sistemática sobre a qual se estruturou histórica e institucionalmente o Direito do Trabalho, tanto na ordem jurídica nacional quanto na internacional, tal declaração, verbalizada num falso dilema, revela total desconhecimento da construção normativa e jurisprudencial trabalhista sobre a qual se funda a Justiça Trabalhista no Brasil, bem como mostra-se desprovida de qualquer coerência no que se refere a atual dinâmica de harmonização e integralização do Direito pátrio pela ideia de que “direitos e emprego são coisas opostas que se excluem mutuamente”.

Ora, é fácil perceber que o caráter essencialmente teleológico do Direito do Trabalho foi o grande responsável pela manutenção e viabilidade – na dinâmica de desenvolvimento do próprio sistema econômico capitalista contemporâneo – das diversas relações de trabalho que hoje se manifestam cada vez mais complexas e necessárias e que, por isso, exigem constante atualização e adequação social por meio da pacificação entre as classes empregadora e trabalhadora, obrigatoriamente dependentes entre si, do que se infirma a simplória noção externalizada pelo político de que somente através do “prejuízo” de uma parte – cruelmente requerida pela renúncia de direitos – seria possível sua sobrevivência – ou, pelo que pudemos compreender da referida declaração, o sucesso da outra parte.

4 A MODERNIDADE NO DISCURSO LEGISLATIVO REFORMADOR

4.1 Discursos de “modernidade”

95 Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/mercados/politica/noticia/7589379/bolsonaro-diz-no-jn-que-trabalhador-tera-de-escolher-entre-direitos-e-emprego>>. Acesso em: 29 nov. 2018.

Antes, durante e após a promulgação da Lei 13.467 – a chamada Reforma Trabalhista no Brasil, cuja vigência se deu em 11 de Novembro de 2017 – ocorreu, no âmbito do Poder Legislativo Federal, profundos e acalorados debates e discussões que assentavam a “modernização” como a base e o epicentro de todo o esforço que estava sendo ali empenhado na construção da referido diploma normativo que acabou por alterar mais de 100 dispositivos da principal legislação trabalhista do Brasil, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). A todo o momento o que se viu, leu e ouviu nos discursos legislativos dos congressistas para justificar toda a sorte de propostas e proposições que se insurgiam no confronto parlamentar eram do tipo: “*precisamos modernizar a legislação trabalhista*”; “*vamos modernizar o trabalho*”; “*precisamos seguir o exemplo das nações modernas*”. O próprio relator da proposta apresentada na Câmara Federal (PL 6787/2016), deputado Rogério Marinho (PSDB/RN), defendeu em plenário que seu voto seria proferido “*à favor da modernidade que nos espera*”.⁹⁶ No mesmo sentido foi o parecer da proposta apresentada no Senado (PL 38/2017), no qual o relator, senador Ricardo Ferraço (PSDB/ES), amplamente lançou mão da palavra “aperfeiçoamento” como sinônimo desta modernização.⁹⁷ O próprio Discurso Oficial do Presidente da República à época, Michel Temer, durante a cerimônia de sanção da Lei 13.467/2017, intitulou-a como “Lei de Modernização Trabalhista”.

Destarte, analisar-se-á a seguir 3 trechos do referido discurso presidencial, com o objetivo de identificar o conceito de modernização então utilizado, à luz da modernidade no Direito do Trabalho construída sobre um sistema normativo amplo de princípios e regras internacionais, a qual descrevemos ao longo do Capítulo II deste trabalho.

Discurso do Presidente da República, Michel Temer, durante a cerimônia de sanção da Lei de Modernização Trabalhista - Palácio do Planalto - 13 de julho de 2017

(...)

As pessoas, às vezes, **ao invés de aplicar rigidamente a ordem jurídica**, sem qualquer emoção ou sem qualquer ideologia, fazem-no segundo a sua ideologia ou segundo os seus sentimentos psicológicos ou sociológicos, que sejam. E isso, naturalmente, quebra **a rigidez, a hígidez da ordem jurídica** e, naturalmente, instabiliza o País. Toda e qualquer desobediência à ordem jurídica significa precisamente a instabilização da ordem jurídica.

⁹⁶ Vide discurso disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=-C1Uk-J1HLg>>. Acesso em: 15 out. 2018.

⁹⁷ Vide parecer disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5326353&disposition=inline>>. Acesso em: 15 out. 2018

(...)

É interessante que muitas e muitas vezes eu, nas discussões desse tema, muitas vezes eu peguei alguns técnicos que diziam: “Mas a lei foi modificada aqui, ou a portaria tal foi modificada ali”. Eu falo: “Um minutinho, vamos pegar o livrinho aqui, vamos pegar o artigo 7º da Constituição e verificar o que está escrito no artigo 7º”. E, depois de lermos os mais de 35 dispositivos, eu perguntava: “Onde é que a lei pode modificar esse dispositivo?” E aí, todos concordavam, **os direitos estão assegurados no texto constitucional.**

(...)

E por que nós fizemos este aperfeiçoamento? Por um fator histórico que foi muitas vezes aqui mencionado: **a nossa Consolidação, que foi, na época, um grande avanço, é de 1943. É claro que o mundo de hoje não é o mundo de 1943. O século hoje é o XXI, e nós fizemos uma adaptação ao século XXI,** na convicção mais absoluta - e eu me lembro quando eu fiz a minha faculdade de Direito, o professor de Direito do Trabalho era o professor Cesarino Júnior, ele fazia uma distinção entre o hipersuficiente e o hipossuficiente, na convicção de que o hipossuficiente, o empregado, tinha que ser protegido, e é verdade, tem que ser assim. Mas os dias passaram, os anos passaram, e hoje há uma igualdade na concepção. As pessoas são capazes de fazer um acordo, não é? Fazem um acordo por uma manifestação de vontade. De um lado os empregados, de outro lado os empregadores.⁹⁸ (GRIFAMOS)

Do sublinhado no primeiro excerto transcrito acima, claramente se constata que o Chefe do Executivo invoca como juridicamente correto e desejável a noção de um positivismo normativo suficiente a ser aplicado no ordenamento jurídico-trabalhista nacional, bastante também, segundo ele, para gerar plena “estabilidade no país”. Acontece que, como vimos, o positivismo jurídico, tal como foi invocado pelo Presidente, ignora também o próprio desenvolvimento cronológico desta concepção, a qual, em suas várias fases, prosseguiu ao longo do século XX, atravessou o novo milênio e sobrevive nos dias atuais, em modelo aperfeiçoado, por assim dizer. A sistematização positivista foi, indubitavelmente, lapidada por críticas e reformulações diversas, de diversos teóricos e pensadores ao longo do tempo. Dentre os quais, provavelmente o mais difundido - acompanhando a afirmação do professor Atienza⁹⁹

98 Disponível na íntegra em: <<http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-planalto/discursos/discursos-do-presidente-da-republica/discurso-do-presidente-da-republica-michel-temer-durante-cerimonia-de-sancao-da-lei-de-modernizacao-trabalhista-palacio-do-planalto>>. Acesso em 15 out. 2018.

99 ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentação* – 1ª Ed. v. 1. Curitiba: Alteridade, 2017.

– é o austríaco Hans Kelsen. Contudo, o próprio Kelsen já havia percebido, em sua Teoria Pura do Direito, que a Lei, por si só, não é capaz de resolver tudo.

Há, de fato, uma má compreensão acerca do positivismo jurídico que chegou à contemporaneidade. A visão de que ao direito não cabe interpretação, devendo-se tão somente aplicar rigidamente a ordem jurídica, expressa uma simplória deturpação acerca daquilo que Kelsen dedicou um fatídico capítulo para explicar em sua Teoria (Cap. VIII – A Interpretação. Teoria Pura do Direito), qual seja, a questão da interpretação da norma jurídica. A cisão, por assim dizer, entre direito e moral, tratada pelo austríaco na tentativa de estabelecer uma plena ciência jurídica, não teve o condão de – nem teve a pretensão de – encerrar todo e qualquer subjetivismo da aplicação das normas jurídicas. Kelsen se utiliza da metáfora da “moldura da norma” para tratar dos problemas semânticos da interpretação.

Vimos que o paradigma do novo constitucionalismo e o novo pacto social promulgado pela CF/88 assentaram o moderno sistema normativo trabalhista contemporâneo sobre bases humanistas, cuja legislação deve suportar necessariamente uma interpretação harmonizada a um sistema teleológico de valores e princípios que dão plena eficácia e concretude aos objetivos de proteção e promoção dos direitos fundamentais do trabalho e do trabalhador, que em grande medida não pode ser garantido pela mera aplicação acrítica na norma posta.¹⁰⁰

Em relação ao destaque do segundo excerto, em que o Presidente Temer afirma que “os direitos estão assegurados no texto constitucional”, novamente se revela um simplório reducionismo, por parte do Chefe do Governo, da sistemática normativa pela qual se estruturou o Direito do Trabalho não apenas no Brasil, mas também no conjunto das sociedades contemporâneas globalizadas. Ora, vimos que o ordenamento jurídico-trabalhista pátrio desenvolveu-se, pelo menos ao longo dos últimos 99 anos (Lembra-se aqui que o Brasil assinou em Versalhes a criação da OIT em 1919), sobre marcos e instrumentos civilizatórios que orientaram a construção de um sistema normativo-trabalhista flexível capaz de incorporar regras informadas por outras esferas jurídicas e sociais também relevantes ao Direito do Trabalho, tais como Tratados e Convenções internacionais sobre o tema e também as recomendações expedidas por entidades especializadas como a OIT.

Por fim, do destaque do terceiro excerto, verificamos a famigerada justificativa de que a CLT está demasiadamente ultrapassada, dado sua criação na década de 1940 e que, por isso, necessitava de adaptação ao “século XXI”. Conforme descrevemos ao longo do Capítulo I, a

100 DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. A Reforma Trabalhista no Brasil: comentários à Lei n. 13.467/2017. 2ª. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 209-210.

essência da modernidade é aquela que nunca se esgota em si mesma e que exige constante adaptação às novas realidades que se insurgem. De fato, as legislações trabalhistas do Brasil, assim como todas as demais constituintes do ordenamento jurídico pátrio, necessitam de constante adaptação ante as novas e complexas realidades sociais e culturais vão surgindo com o passar do tempo. Contudo, daquilo que se foi possível apreender do advento da própria modernidade, no âmbito das concepções jurídicas, e do advento desta mesma modernidade no âmbito do Direito do Trabalho – cujas discussões dedicamos os dois primeiros capítulos deste trabalho – não é possível admitir noções de aperfeiçoamento, melhoria ou adaptação que sejam formulados com base em mitigação de direitos protetivos, tampouco pela flexibilização do necessário sistema protetivo que garante a viabilidade de um trabalho digno realizado por um trabalhador saudável e igualmente digno. Quanto a isso, analisar-se-á no tópico seguinte as específicas alterações de direito material que foram levadas a efeito com a vigência da Reforma Trabalhista.

De todo o exposto acima, o que se conclui é que a noção de modernidade e modernização utilizada pelo Presidente da República Michel Temer em seu discurso, consiste em um conceito verdadeiramente vazio e que não se adequa a própria realidade que se propõe incorporar. De tudo aquilo que amplamente se descreveu e discutiu ao longo dos dois primeiros capítulos deste trabalho, é possível deduzir que o parâmetro de modernidade proposto pelo legislador-reformador da Reforma Trabalhista não suporta a atual e fática modernidade que hoje se insurge numa sociedade brasileira cada vez mais complexa, diversa e plural em suas relações socioeconômicas e que, por isso, não admite processos de reformas (modernização) que sejam excludentes de direitos e não cumulativos de direitos civilizatórios.

4.2. Reforma Trabalhista: análise das principais alterações com flagrante afronta a Dignidade Humana moderna

As alterações na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT, 1943), principal legislação trabalhista do Brasil, realizadas pela Lei nº 13.467, de 2017, a chamada Lei da Reforma Trabalhista, foram diversas e profundas, abrangendo tanto o Direito Material quanto o Coletivo do Trabalho, bem como aspectos de Direito Processual do Trabalho Reforma¹⁰¹ Conforme

101 LIMA, F. M. M. D.; e LIMA, P. R. M. D. *Reforma Trabalhista: entenda ponto por ponto*. 16ª Ed. São Paulo: Ltr, 2016, p. 10.

vimos, a norma justralhista deve necessariamente ser interpretada de maneira sistemática, de modo a harmonizar-se e conformar-se não somente com a Constituição e as demais normas do Direito interno com as quais irá dialogar, mas também com os Tratados e Convenções internacionais, bem como com as Declarações e Recomendações – à exemplo das expedidas pela Organização Internacional do Trabalho –, cujos conteúdos e princípios completam o conjunto normativo do Direito do Trabalho vigente no país, e que informam os direitos fundamentais a guiar todo e qualquer projeto de modernidade Justiça Social.

Assim, com a certeza de que diversos pontos da Reforma Trabalhista não são capazes de resistir ao confronto da sistemática constitucional e principiológica dos direitos fundamentais, sob a égide basilar do Princípio da Dignidade Humana no sistema normativo trabalhista no Brasil, far-se-á, a seguir, o cotejo das principais alterações de direito Material procedidas com enorme afronta aos objetivos de proteção para os quais o Direito do Trabalho foi criado.

4.2.1. Proteção da Maternidade

A Lei 13.467/2017 promoveu alterações ao longo do Capítulo III da CLT, o qual abrange regras de proteção à mulher e ao desempenho e viabilidade de seu trabalho (“Capítulo III – Da Proteção do Trabalho da Mulher”). Quatro dispositivos foram afetados, da seguinte maneira: a) revogação do parágrafo único do art. 372; b) revogação do art. 384; c) nova redação para o conjunto do art. 394-A; d) inserção de novo § 2º no art. 396. Analisa-se a seguir, o art. 394-A, o qual se transcreve abaixo, *in verbis*:

| Artigo original incluído na CLT pela Lei nº 13.287/2016 | Alterações |
|---|---|
| <p>Art. 394-A. A empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre. (GRIFAMOS)</p> | <p>Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de:</p> <p>I - atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação;</p> <p>II - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de</p> |

confiança da mulher, **que recomende o afastamento durante a gestação;**

III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, **que recomende o afastamento durante a lactação.**

§ 1º (Vetado)

§ 2º Cabe à empresa pagar o adicional de insalubridade à gestante ou à lactante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, por ocasião do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço.

§ 3º Quando não for possível que a gestante ou a lactante afastada nos termos do caput deste artigo exerça suas atividades em local salubre na empresa, a hipótese será considerada como gravidez de risco e ensejará a percepção de salário-maternidade, nos termos da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, durante todo o período de afastamento. (GRIFAMOS)

A alteração levada a efeito flexibilizou a proibição à mulher gestante de exercer atividade insalubre, pois agora apenas haverá seu afastamento obrigatório em atividades insalubres em grau máximo. Em se tratando de ambientes de insalubridade em graus médio e mínimo, permitiu-se o labor mediante apresentação de atestado médico. Ou seja, permitiu-se, assim, o verdadeiro labor de gestantes em ambientes insalubres. Tal permissão, inclusive, e após muitos protestos populares e manifestações que a condenavam, motivou o Governo Federal a editar a Medida Provisória nº 808/2017 logo três dias após o início da vigência da Lei nº 13.467/2017, na tentativa de remediar a questão:

Medida Provisória nº 808, de 14 de Novembro de 2017

Art. 394-A. A empregada gestante será afastada, enquanto durar a gestação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres e exercerá suas atividades em local salubre, excluído, nesse caso, o pagamento de adicional de insalubridade.

§ 2º O exercício de atividades e operações insalubres em grau médio ou mínimo, pela gestante, somente será permitido quando ela, voluntariamente, apresentar atestado de saúde, emitido por médico de sua confiança, do sistema privado ou público de saúde, que autorize a sua permanência no exercício de suas atividades.

§ 3º A empregada lactante será afastada de atividades e operações consideradas insalubres em qualquer grau quando apresentar atestado de saúde emitido por médico de sua confiança, do sistema privado ou público de saúde, que recomende o afastamento durante a lactação.¹⁰² (GRIFAMOS)

Contudo, não obstante a nova redação tenha sido formulada no mesmo sentido da original, a própria Medida Provisória teve sua vigência encerrada por não ter sido apreciada a tempo pelo Congresso Nacional,¹⁰³ o que fez retornar a infeliz alteração original do artigo referido. Alterou-se drasticamente também a situação da mulher lactante, pois agora apenas é permitido seu afastamento, em qualquer grau de insalubridade, mediante apresentação de atestado médico que assim o recomende, sendo que a regra anterior determinava o seu afastamento dos ambientes insalubres, em qualquer grau, enquanto durasse a lactação.¹⁰⁴

Ora, as novas regras atentam contra a saúde da mulher,¹⁰⁵ afetando diretamente sua condição de trabalho digno. Claramente se percebe a intenção de se flexibilizar o próprio conceito de insalubridade, que se refere a algo deletério, que absolutamente não faz bem a saúde, às condições prejudiciais que provocam doenças, no caso, tanto na mulher quanto na criança que a acompanha.

102 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm>. Acesso em: 30 out. 2018.

103 Ato Declaratório nº 22, de 24 de Abril de 2018, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Congresso/adc-22-mpv808.htm>. Acesso em: 30 out. 2018.

104 LIMA, F. M. M. D.; e LIMA, P. R. M. D. *Reforma Trabalhista: entenda ponto por ponto*. 16ª Ed. São Paulo: Ltr, 2016, p. 56.

105 MARTINS, Daniela Serra de Mello *et al.* *A flexibilização dos direitos da mulher quanto à salubridade em seu ambiente de trabalho: uma análise acerca da constitucionalidade das alterações promovidas pela reforma trabalhista*. In: DELGADO, Gabriela Neves (Org.). *A reforma trabalhista no Brasil: reflexões de estudantes da graduação do curso de Direito da UnB*. Brasília: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2018.

A flexibilização dos malefícios causados pela insalubridade à mulher revela uma flexibilização no próprio sistema de proteção ao trabalho e ao trabalhador sobre o qual se estruturou o Direito do Trabalho ao longo dos anos. E relativamente à da mulher lactante, opera-se mesmo a mitigação de um direito, uma vez que se passa a condicionar a fruição de seu Direito a Proteção a um documento- atestado de recomendação frágil, capaz de afastar todo um conjunto de recomendações internacionais de proteção à maternidade,¹⁰⁶ bem como as orientações informadas pelos ideários e diretrizes contidos nos princípios justralhistas, dentre os quais cita-se o Princípio da Proteção e o da Irrenunciabilidade dos Direitos Trabalhistas (este, relativo a hipótese da Medida Provisória em que a mulher, voluntariamente, apresentaria um “pedido” para laborar em atividades insalubres). Com absoluta certeza, proposições mais eficazes tanto para empregadores quanto para trabalhadores seriam aquelas que apontassem soluções no sentido de eliminar ou diminuir os ambientes insalubres no trabalho, e não proposições que meramente buscam flexibilizar normas para aumentar a força produtiva “a qualquer custo”.

No que diz respeito ao âmbito econômico, a mitigação de direito levado a cabo pelo legislador reformista também não levou em conta a disposição do inciso XX do art. 7º da CF/88, que prevê o direito *a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos*. Parece-nos que a estratégia por ele utilizada para proteger o trabalho, consistiu estranhamente em retirar tais incentivos.

4.2.2. Flexibilidade de condições da insalubridade

Na mesma senda do tópico anterior, a Reforma Trabalhista flexibilizou a realização do trabalho em ambientes insalubres, autorizando o enquadramento do grau de insalubridade por instrumento coletivo negociado, em detrimento de perícias técnicas especializadas:

Incluído pela Lei 13.467/2017

106 Pertinente a respeito, a leitura das periódicas Notas da OIT sobre Trabalho e Família, divulgadas pelo escritório da organização no Brasil em seu site oficial. Sobre a Proteção da Maternidade, às quais o Brasil ratifica, disponível em: <https://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/nota_4.pdf>. Acesso em: 30 out. 2018. *Vide* também Convenções nº 3 (1919); nº 103 (1952) e nº 183 (2000) da OIT, disponíveis em: <<https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/lang—pt/index.htm>> Acesso em: 30 out. 2018.

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

(...)

XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho; (GRIFAMOS)

Ora, a flexibilização consagrada é inadmissível uma vez que a situação de insalubridade, bem como a definição de sua intensidade e, por conseguinte, os potenciais malefícios por ele causado à saúde humana, é dado fático informado necessariamente por perícia técnico-científica, esta realizada por peritos competentes e especializados. Assim, verifica-se que o referido dispositivo incluído pela Lei 13.467/2017 afronta diretamente o Princípio normativo da Imperatividade das Normas Trabalhistas, e nesse sentido:

Cabe esclarecer o equívoco dos dispositivos em destaque. É que as normas jurídicas que implementam políticas ou medidas de proteção à saúde e segurança do trabalhador, com redução dos riscos inerentes ao trabalho, qualificam-se como normas imperativas estatais, impondo um efetivo dever ao próprio Estado - circunstância que impossibilita, naturalmente, a sua flexibilização ou supressão por instrumento coletivo negociado ou pela simples manifestação de vontade das partes contratantes, na esfera do contrato individual de trabalho. Direitos relacionados à saúde e à segurança no trabalho são, evidentemente, indisponíveis, condição que também impede a sua supressão por ato de renúncia ou de transação contratual.¹⁰⁷

4.2.3. Terceirização

Com o intuito de regular aspectos do contrato de trabalho anteriormente sem explícita normatização pela CLT ou por outra legislação federal, o legislador da Reforma Trabalhista autorizou a terceirização de serviços até mesmo relacionado à atividade principal (“atividade-fim”) da empresa tomadora de serviços.¹⁰⁸ Embora houvesse uma lacuna existente na ordem jurídica brasileira quanto ao tema, a terceirização era já aplicada no Brasil de maneira prudente

107 DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. *A Reforma Trabalhista no Brasil: comentários à Lei n. 13.467/2017*. 2ª. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 80.

108 Ibidem, p. 56.

(dado a situação de lacuna atribuída à inércia do Poder Legislativo) e muito limitada por intermédio da Súmula 331 editada pelo Tribunal Superior do Trabalho, na qual foi reconhecida como lícita a terceirização apenas da “atividade-meio”. A Lei da Reforma alterou as disposições da Lei nº 6.019/1974, conforme transcrito abaixo:

| Redação original da Lei 6.019/1974 | Alterações |
|---|--|
| <p>Art. 4-A. Empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos.</p> | <p>Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de</p> |
| <p>Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços determinados e específicos.</p> | <p>serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução (Redação alterada).</p> |
| | <p>Art. 4-C. São asseguradas aos empregados da empresa prestadora de serviços a que se refere o art. 4-A desta Lei, quando e enquanto os serviços, que podem ser de qualquer uma das atividades da contratante, forem executados nas dependências da tomadora, as mesmas condições (Acrescido):</p> |
| | <p>(...)</p> <p>§ 1º Contratante e contratada poderão estabelecer, se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos neste artigo.</p> |
| | <p>(...)</p> <p>Art. 5-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer</p> |

de suas atividades, inclusive sua atividade principal. (Redação alterada) (GRIFAMOS)

A lógica da Terceirização consiste na diminuição de custos por parte da empresa, uma vez que, transferindo a contratação direta de mão-de-obra para empresas distintas e especializadas, desincumbe-se de responsabilidades trabalhistas, bem como de verbas rescisórias para com o montante de empregados terceirizados. Nessa senda, o que se verifica na prática dos atuais mercados produtivos globalizados é que a terceirização ilimitada, tal como autorizada pela Lei da Reforma Trabalhista, acaba sendo utilizada como instrumento de grandes empresas para burlar o sistema normativo de proteção do trabalhador e de condições dignas de trabalho, o qual acaba por se precarizar.¹⁰⁹ Infelizmente, não são raros os casos em que a empresa-tomadora simula uma terceirização para pagar baixos salários a trabalhadores que, por não serem contratados diretamente por ela, não usufruem nem mesmo de condições básicas de proteção e comodidade reservadas aos empregados com vínculo direto. Também é jornalisticamente notório no Brasil (por algum infeliz motivo) o fato do alto índice de falência e sucessões empresariais que fazem com que grande número de empregados fique sem receber verbas ou gozar férias que lhe são direitos.

Sobre o assunto, comenta o professor Ricardo Antunes:

[...] são nas atividades terceirizadas que se ampliam os acidentes de trabalho (vejam-se os ramos do setor elétrico, petroquímico, dentre tantos outros), dadas as limitações frequentes daqueles que são responsáveis por atividades sem o adequado preparo. São nestas atividades terceirizadas que as burlas à legislação social protetora do trabalho tornam-se mais frequentes. Bastaria dizer que, na justiça do trabalho, há incontáveis casos de terceirizados que não conseguem sequer localizar as empresas responsáveis, que não poucas vezes desaparecem sem deixar rastro. (FILGUEIRAS, 2012). Muitos terceirizados estão há anos sem usufruir um dia de férias, pois a contingência e a incerteza avassalam o seu cotidiano. E só uma minoria consegue ir à justiça do trabalho, pois o terceirizado (e a terceirizada) não tem nem tempo, nem recursos e

109 Interessante a reportagem do jornal Folha de São Paulo, na qual se expôs a pesquisa realizada pela empresa de notícia Thomson Reuters intitulada “Riscos de Terceiros”, onde se revelou, de modo assustador, que apenas metade das empresas buscavam “checar” se as terceirizadas praticavam irregularidades tais como atos de corrupção ou condições de trabalho análogas a de escravos. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/06/1891264-so-metade-das-empresas-diz-checar-se-terceirizadas-praticam-irregularidades.shtml>>. Acesso em 30 out. 2018.

frequentemente carece do apoio de sindicatos para fazê-lo. E sabemos que nos serviços, onde se expande celeremente a terceirização, viceja amplamente a informalidade e a alta rotatividade.” (ANTUNES, 2015, p. 8)¹¹⁰

Ora, o espírito “modernizador” da lei 13.467/2017, novamente levou o legislador-reformador a atuar de modo desarmônico com a moderna e atual regência normativa das relações trabalhistas estruturadas pela CF/88 e pelas normas internacionais que torna cogente a promoção de direitos humanos nos mais diversos aspectos dos sistemas econômicos e sociais afetos ao trabalhador, principalmente por intermédio do ordenamento jurídico.¹¹¹ Embora a terceirização seja interessante para empresa – analisando-se pura e simplesmente aspectos econômicos de redução de custos –, o ideário de terceirização consagrado pelo legislador-reformador revela um potente e perverso instrumento de precarização do trabalho, sobretudo diante da lamentável possibilidade de se praticar discriminação salarial entre trabalhadores terceirizados e empregados da empresa contratante¹¹², conforme se deduz da nova redação do § 1º do art. 4-C da Lei nº 6.019/74. Nesta, a Reforma estabeleceu que a empresa contratante e a contratada “**poderão estabelecer, se assim entenderem**, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante” (grifamos).

Por fim, cabe observar que, muito embora uma Súmula, no âmbito dos Tribunais Superiores, não constitua meio formalmente adequado para suprir certa omissão legislativa, uma vez que sua função consiste em uniformizar a jurisprudência,¹¹³ deduz-se que a jurisprudência trabalhista no Brasil atuou de modo a interpretar sistematicamente as matrizes constitucionais e as diretrizes internacionais imperativas do Direito do Trabalho, de modo que a edição da referida súmula 331/TST concretizou a interpretação sistemática e teleológica dos preceitos que foram enfocados exhaustivamente ao longo deste trabalho.

110 ANTUNES, R. A sociedade da terceirização total, v. 14, n. 1, p. 6-14, Janeiro a Junho 2015. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/abet/article/view/25698/13874>>. Acesso em: 30 out. 2018.

111 DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. *A Reforma Trabalhista no Brasil: comentários à Lei n. 13.467/2017*. 2ª. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 197.

112Ibidem, p. 209.

113 DINAMARCO, C. R.; LOPES, B. V. C. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. 1ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. P. 42

4.2.4. Teletrabalho

O teletrabalho é uma nova versão do trabalho em domicílio, um novo gênero de trabalho à distância cada vez mais popular na atualidade, e que gera efeitos tanto no contrato de trabalho tradicional, como também em questões jurídicas relacionadas à saúde do trabalhador, tais como doença e acidente de trabalho¹¹⁴. A Lei 13.467, de 2017, veio a regular o regime laboral do teletrabalho com a inclusão do Capítulo II-A no Título II da CLT, bem como o novo inciso III do art. 62, completando a rápida menção ao regime que era feita pelo art. 6º, *caput* e parágrafo único, da mesma Consolidação Trabalhista. *In verbis*:

| Antiga menção na CLT dada pela Lei nº 12.551/2011 | Alterações |
|---|---|
| <p>Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.</p> <p>Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio. (GRIFAMOS)</p> | <p>Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:</p> <p>(...)</p> <p>III - os empregados em regime de teletrabalho.</p> <p>-----</p> <p>Art. 75-A. A prestação de serviços pelo empregado em regime de teletrabalho observará o disposto neste Capítulo.</p> <p>Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.</p> <p>Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença</p> |

114 LIMA, F. M. M. D.; e LIMA, P. R. M. D. *Reforma Trabalhista: entenda ponto por ponto*. 16ª Ed. São Paulo: Ltr, 2016, p. 45.

do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho.

Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado.

§ 1º Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual.

§ 2º Poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual.

Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito. Parágrafo único. As utilidades mencionadas no caput deste artigo não integram a remuneração do empregado.

Art. 75-E. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho. Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir

as instruções fornecidas pelo empregador.
(GRIFAMOS)

A inclusão do inciso III no art. 62 da CLT equiparou os trabalhadores em regime de teletrabalho àqueles que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horários, tais como os clássicos “caixeiros-viajantes”. Acontece que, diferentemente destes, o teletrabalho é desenvolvido, na prática, aliado à sofisticadas tecnologias e equipamentos eletrônicos necessários ao recebimento e entrega da demanda laboral, do que é fácil deduzir a incrível possibilidade de se registrar os horários destes trabalhadores com a empresa. Assim, a opção do legislador-reformador de realocar os trabalhadores em regime de teletrabalho – os quais, repita-se aqui, crescem cada vez mais na dinâmica das novas relações de mercado da atualidade – na exceção do controle de jornada, da maneira simplória como foi consagrada, nos parece clara intenção de flexibilizar o pagamento de horas-extras laboradas além da hora normal de 8 horas de trabalho estabelecida mesmo na CF/88 (art. 7º, XIII) e na CLT (art. 58). Percebe-se que a regulamentação do regime operada pela Lei da Reforma, tal como foi levada a cabo, não criou qualquer direito específico para o empregado, mas pelo contrário, mitigou o que este já possuía ao considera-lo situado fora das regras protetoras da duração d trabalho.¹¹⁵

Sobre isso, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), a Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT), juntamente com outras entidades especializadas no estudo e desenvolvimento do Direito do Trabalho, emitiram uma Nota Técnica sobre a referida regulamentação do regime de teletrabalho ainda à época das discussões do PLC 38/2017, em julho de 2017, daquilo que viria a se tornar, em Novembro, a final versão da Lei 13.647/2017. Destaca-se o trecho:

Do teletrabalho

Da mesma forma, o teletrabalho, que poderia representar, no mundo tecnológico de hoje, uma modalidade de trabalho atrativa e interessante para o trabalhador, tal como colocada, se apresenta como mais um instrumento de flexibilização da relação de trabalho sem contrapartida, de transferência do risco da atividade para o trabalhador, e em síntese, de retirada e sonegação de direitos. Sabemos que, atualmente, pelos meios telemáticos disponíveis, é plenamente possível ao empregador controlar a jornada e a produtividade de

¹¹⁵ DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. A Reforma Trabalhista no Brasil: comentários à Lei n. 13.467/2017. 2ª. ed. São Paulo: LTr, 2018. P. 53

um trabalhador que labore em sua casa ou fora do ambiente da empresa. Com essa malfadada exceção, a esses trabalhadores poderá ser exigido o trabalho além das 8 horas diárias, 44 semanais, além do trabalho em domingos e feriados, sem contar a perda do direito a adicional noturno, já que não possuem controle de jornada.¹¹⁶

4.2.5. Flexibilização da jornada de trabalho e das verbas salariais

A Lei da Reforma modificou a regência normativa dos intervalos para repouso e alimentação, e conferiu caráter *indenizatório* e não *salarial* à contraprestação paga pelo trabalho realizado ilegalmente durante o período de intervalo intrajornada:

| Redação original, dada pela Lei nº 8.923/1994 | Alteração |
|---|--|
| Art. 71. ----- § 4º - Quando o intervalo para repouso e alimentação, previsto neste artigo, não for concedido pelo empregador, este ficará obrigado a remunerar o período correspondente com um acréscimo de no mínimo 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho. (GRIFAMOS) | Art. 71. ----- § 4º A não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento, <u>de natureza indenizatória, apenas do período suprimido</u> , com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho. (GRIFAMOS) |

A antiga redação do parágrafo 4º do artigo 71 da CLT objetivava garantir a saúde do trabalhador pela proteção do pleno e integral gozo do intervalo destinado ao seu descanso e alimentação. O entendimento anteriormente consagrado era no sentido de que, caso o empregador desrespeitasse o intervalo de direito do obreiro, devido seria o pagamento como hora extra de todo o intervalo do qual foi suprimida uma parte. Tal entendimento fazia com que o empregador pensasse duas vezes antes de explorar o labor obreiro para além do período legalmente estabelecido – o que é bastante e comumente observado nas dinâmicas laborais cotidianas em nossa sociedade. Em relação à alteração da natureza do pagamento devido para

116 Texto integral disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/files/Nota-tecnica-Conjunta-Reforma-Trabalhista.pdf>>. Acesso em 29 nov. 2018.

o caráter indenizatório, observa-se um claro desrespeito ao direito de descanso e a inviolabilidade salarial, visto que se retirando o caráter salarial das horas ou período devido, impede-se assim a integração destas ao cálculo das demais parcelas que compõe a remuneração obreira.¹¹⁷

As normas jurídicas que regulam os intervalos intrajornadas são imperativos de Medicina do Trabalho, direcionadas à preservação da saúde e segurança do trabalhador. As alterações levadas a efeito pela Lei 13.467/2017 consagram um entendimento que caminha em sentido contrário ao padrão constitucional e internacional de proteção à saúde e proteção do trabalhador e que implica, conforme observa a professora Gabriela Neves Delgado, *na ruptura do direito fundamental ao trabalho digno*¹¹⁸, sobretudo ao se conjugar esse entendimento com a possibilidade de se prevalecer negociações de maiores flexibilizações do período laboral normal sobre o estabelecido na legislação, conforme preceitua o inciso I do novo art. 611-A da CLT, também incluído pela Reforma Trabalhista.¹¹⁹

117 DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. *A Reforma Trabalhista no Brasil: comentários à Lei n. 13.467/2017*. 2ª. Ed. São Paulo: LTr, 2018. P. 76.

118 Ibidem, p 79.

119 Quanto a isso, também é fácil imaginar situações de afrontas ao Princípio da Norma Mais Favorável, confirme descrevemos no capítulo II.

5 A REFORMA TRABALHISTA E AS NORMAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

As alterações levadas a cabo pela Reforma Trabalhista, conforme analisada no tópico anterior, reforça uma noção de flexibilização das relações de trabalho pautadas na desregulamentação de direitos sociais que, visando a redução de “custos” e encargos empresariais, acabam por reduzir o patamar de proteção social do trabalhador, das garantias e direitos fundamentais trabalhistas cumulativamente construídos e conquistados até os dias de hoje.¹²⁰ Conforme vimos, os dispositivos alterados ou incluídos atingem, direta ou indiretamente, a perspectiva internacional de proteção dos Direitos Humanos, condicionando a possibilidade de entendimentos que rejeitem a primordial principiologia de promoção do Trabalho Digno demarcado tanto pela nossa vigente CF/88 como também pelos diplomas internacionais trabalhistas.¹²¹

Ao promover a inclusão do trabalhador no Mercado de Trabalho de modo desarmônico às garantias de proteção, a Lei 13.467/2017 viola, em grande medida, as bases do sistema normativo justtrabalhista pátrio, cuja legislação específica obrigatoriamente se conforma e dialoga tanto com a Constituição quanto com as regras previstas nas já referidas Declaração Universal dos Direitos Humanos (de 1948), Declaração de Filadélfia, (1944), Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais da OIT (1998) e o amplo rol de Recomendações e Convenções Internacionais.

120 DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. *A Reforma Trabalhista no Brasil: comentários à Lei n. 13.467/2017*. 2ª. ed. São Paulo: LTr, 2018. P. 73.

121 *Ibidem*, p. 73.

6 CONCLUSÃO

A Reforma Trabalhista atingiu o núcleo duro dos direitos sociais da classe trabalhadora no Brasil. A ampla flexibilização promulgada sob a alcunha da *modernização*, foi capaz de desnaturalizar direitos individuais que foram construídos e conquistados durante um longo período de lutas históricas e racionalização científica e filosófica da humanidade, os quais constituem fortes marcos civilizatórios a garantir a sustentável viabilidade e o sadio desenvolvimento do Trabalho no âmbito das exigentes sociedades capitalistas contemporâneas.

Ao consagrar uma reforma legislativa com vistas a se adequar a uma suposta modernidade que basta ser suficientemente positiva para ser segura (pelo que se interpretou dos “discursos de modernidade” aos quais nos referimos no capítulo III), o legislador-reformador acabou mesmo por desnaturar a principal função para a qual o Direito do Trabalho foi criado, desnaturando assim, o próprio ideário de direitos fundamentais ao trabalho digno que estruturou e sustenta a atual Modernidade do Trabalho. A mitigação do amparo legal fixado ao trabalhador (a parte lógica e presumivelmente mais vulnerável da relação de trabalho), a flexibilização da tutela de proteção, a mitigação de direitos e a suposição de plena igualdade fática nas relações de subordinação entre patrão e empregado, forçou uma perigosa mudança de sentido e interpretação dos próprios fins a que serve – e deve servir – o ordenamento jurídico na sociedade que anseia por se desenvolver.

O presente trabalho demonstrou que o parâmetro de modernidade proposto pelo legislador da Lei 13.467/2017 não suporta a atual e fática modernidade que hoje se insurge numa sociedade brasileira cada vez mais global, complexa, diversa e plural em suas relações socioeconômicas e que, por isso, não admite processos de reformas (modernização) que mitiguem direitos fundamentais e afastem marcos civilizatórios.

O Direito Trabalhista moderno – e a atual modernidade tardia à qual ele serve – exige que ele seja uma efetividade viva, isto é, que traduza e suporte as vivências e as necessidades cotidianas de todos nós.¹²² Assim, uma vez que o conceito interpretativo da norma requer uma análise global de seu sentido, objetivos e aplicação, também importa se considerar as consequências globais que as mesmas geram na vida de seus destinatários, isto é, na vida dos milhares de trabalhadores regulados pela vigência da Lei 13.467/2017. Importa compreender

122 CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 40.

quais as consequências efetivas e potenciais que as alterações da referida Reforma acarretaram e potencialmente acarretarão nas futuras relações de trabalho no Brasil. Mais ainda, quais as potenciais implicações no que tange aos direitos sociais do trabalhador. Quanto a isso, os prejuízos são muitos, e já neste trabalho listamos um triste montante.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ATIENZA, Manuel. Curso de argumentação – 1ª Ed. v. 1. Curitiba: Alteridade, 2017.
- ARANTES, O., ARANTES, P. *Um ponto cego no projeto moderno de Jürgen Habermas*. São Paulo: Brasiliense. 1992.
- BAUMAN, Zygmunt. Teoria da Ambivalência. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.
- BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 242.
- BURCKHARDT, Jacob. *A cultura do Renascimento na Itália*. São Paulo: Cia. das Letras, 1991.
- BAUDELAIRE, Ch. “Der Maler des modernen Lebens”. In: *Ges. Schriften ed. M Bruns (Melzer)*. Darmstadt, 1982, v. I. (trad., *Sobre a modernidade*. São Paulo, Paz e Terra, 1996, p. 25).
- CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. San José, Costa Rica. 22 nov. 1969. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 29 nov. 2018.
- CARBONELLI, Matteo. *A proteção internacional dos direitos fundamentais no trabalho*. In: CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; VILLATORE, Marco Antônio César (Coord.); WINTER, Luís Alexandre Carta; GUNTHER, Luiz Eduardo (Org.) *Direito internacional do trabalho e a organização internacional do trabalho: um debate atual*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 25-37.
- CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 25-26.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 4. Ed., São Paulo: LTr, 2013.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16ª Ed. São Paulo: Ltr, 2017.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 4. Ed. São Paulo: LTr, 2013.
- DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. A Reforma Trabalhista no Brasil: comentários à Lei n. 13.467/2017. 2ª. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 209-210.
- DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. São Paulo: LTr, 2006.

- DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.
- DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A matriz da Constituição de 1988 como parâmetro para a análise da reforma trabalhista*. São Paulo: Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 83, n. 3, jul./set., 2017, p. 193-211.
- DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em 29 nov. 2018.
- DWORKIN, R. *A justiça de Toga*. São Paulo: wmf Martins Fontes, 2010, p. 10-11.
- DWORKIN, Ronald. *Justiça para Ouriços*. Coimbra: Almedina, 2012.
- DINAMARCO, C. R.; LOPES, B. V. C. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. 1ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. P. 42.
- FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 6ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2008, P. 275.
- FALCON, F. e RODRIGUES, Antônio. *Tempos Modernos: ensaios de história cultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.
- FLORENZANO, Modesto. *Sobre As Origens e o Desenvolvimento do Estado Moderno no Ocidente*. Lua Nova, São Paulo, 71: 11-39, 2007, p. 17-18. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n71/01.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2018.
- GIDDENS, A. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Editora Unesp, 1991, p. 8. Os historiadores Francisco Falcon e Antônio Rodrigues também descreveram esta confusão: questões econômicas, políticas, sociais e outras mais que confluíram para surgimento do mundo moderno, cf. FALCON, Francisco e RODRIGUES, Antonio Edmilson. *A formação do mundo moderno*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.
- GIDDENS, A. Risco, confiança e reflexividade. In: Beck, U., GIDDENS, A., LASH, S. *Modernização reflexiva*. São Paulo: Editora UNESP, 1997.
- HABERMAS, Jurgen. *Discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- HOBBSAWM, E. J. *A era das revoluções*. 35ª.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015, p. 15.
- KLOSS, Larissa Renata. *Desigualdades de gênero no trabalho*. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 2, n. 18, p. 103-142, maio 2013.
- KOSELLECK, R. “Erfahrungsraum und Erwartungshorizont” (Campo de experiência e horizonte de expectativa). In: KOSELLECK, 1979, pp. 349 ss.

- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *A eficácia, vigência e denúncia dos tratados internacionais e os direitos sociais*. In: SILVA NETO, Manoel Jorge e (Org.). *Constituição e Trabalho*. São Paulo: LTr, 1998, p. 52-86.
- LIMA, Fellipe de Andrade Abreu e. *A Ideia de cidade no renascimento*. 2012. Tese (Doutorado em História e Fundamentos da Arquitetura e do Urbanismo) - Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. doi:10.11606/T.16.2012.tde-19022013-151933. Acesso em: 20 set. 2018.
- LIMA, F. M. M. D.; e LIMA, P. R. M. D. *Reforma Trabalhista: entenda ponto por ponto*. 16ª Ed. São Paulo: Ltr, 2016, p. 10.
- LUVISOTTO, Caroline. *As tradições gaúchas e sua racionalização na modernidade tardia*. Disponível em: <<https://repositorio.unesp.br/handle/11449/109139>>. Acesso em: 29 nov. 2018.
- MARTINS, Daniela Serra de Mello *et al.* *A flexibilização dos direitos da mulher quanto à salubridade em seu ambiente de trabalho: uma análise acerca da constitucionalidade das alterações promovidas pela reforma trabalhista*. In: DELGADO, Gabriela Neves (Org.). *A reforma trabalhista no Brasil: reflexões de estudantes da graduação do curso de Direito da UnB*. Brasília: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2018.
- ENCYCLOPEDIA SCIENCE SOCIALES, vol. 10, pp. 386 ss.
- NICOLSON, Harold. *O Tratado de Versalhes: a paz depois da Primeira Guerra Mundial*. São Paulo: Globo livros, 2014.
- RODRIGUES, Antônio e FLACON, Francisco. *Tempos Modernos: Ensaios de História Cultural*. São Paulo: Civilização Brasileira, 2000.
- SCABIN, Roseli Fernandes. *A importância dos Organismos Internacionais para a internacionalização e evolução do direito do trabalho e dos direitos sociais*. In: CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; VILLATORE, Marco Antônio César (Coord.); WINTER, Luís Alexandre Carta; GUNTHER, Luiz Eduardo (Org.) *Direito internacional do trabalho e a organização internacional do trabalho: um debate atual*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 1-12.
- WEBER, M. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. Trad. José M. M. de Macedo. 13ª impressão. São Paulo: 2013. WEBER apud HABERMAS, 2002, p. 4.
- NOTAS TÉCNICAS ANAMATRA. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/files/Nota-tnica-Conjunta-Reforma-Trabalhista.pdf>>. Acesso em 29 nov. 2018.

Escola de Ciências Sociais da Fundação Getúlio Vargas, disponível em: <<https://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/verbetes/primeira-republica/LIGA%20DAS%20NA%C3%87%C3%95ES.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2018.

SÍTIOS ELETRÔNICOS:

Discurso Presidencial. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-planalto/discursos/discursos-do-presidente-da-republica/discurso-do-presidente-da-republica-michel-temer-durante-cerimonia-de-sancao-da-lei-de-modernizacao-trabalhista-palacio-do-planalto>>. Acesso em: 29 nov. 2018.

Periódicos da Universidade Federal da Paraíba. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/abet/article/view/25698/13874>>. Acesso em: 30 out. 2018.

Reportagem Folha De São Paulo. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/06/1891264-so-metade-das-empresas-diz-quecar-se-terceirizadas-praticam-irregularidades.shtml>, acessado em 19/11/2018>. Acesso em 30 out. 2018.

Convenções da OIT. Disponível em: <https://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/nota_4.pdf> e <<https://www.ilo.org/brasil/convencoes/lang--pt/index.htm>> Acesso em: 30 out. 2018>. Acesso em: 30 out. 2018.

Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1477308/qual-a-diferenca-entre-direitos-humanos-e-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 20 set. 2018.

Organização das Nações Unidas: Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/agencia/oit/>>. Acesso em: 29 nov. 2018.

DECLARAÇÃO DA OIT SOBRE OS PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS NO TRABALHO. Disponível em: <https://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration_portuguese.pdf>. Acesso em: 29 set. 2018.

TRABALHO DECENTE. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-decente/lang--pt/index.htm>. Acesso em 29 nov. 2018.

TRABALHO ESCRAVO. Disponível em: <<https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-escravo/lang--pt/index.htm>>. Acesso em: 29 nov. 2018.

TRATADO DE VERSALHES. Library of Congress USA. Disponível em: <<https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000002-0043.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2018.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 29 nov. 2018.

DECLARAÇÃO DE FILADÉLFIA. Disponível em: <<https://www.dgert.gov.pt/declaracao-de-filadelfia>>. Acesso em: 29 nov. 2018.

Reportagem INFOMONEY. Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/mercados/politica/noticia/7589379/bolsonaro-diz-no-jn-que-trabalhador-tera-de-escolher-entre-direitos-e-emprego>>. Acesso em: 29 nov. 2018.

Discurso do Deputado Rogério Marinho (PSDB/RN). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=-C1Uk-J1HLg>>. Acesso em: 15 out. 2018.

Parecer do Senador Ricardo Ferraço. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5326353&disposition=inline>>. Acesso em: 15 out. 2018

Medida provisória nº 808, de 14 de Novembro de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm>. Acesso em: 30 out. 2018.

Ato Declaratório nº 22, de 24 de Abril de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Congresso/adc-22-mpv808.htm>. Acesso em: 30 out. 2018.