

A REFORMA TRABALHISTA BRASILEIRA E O ESTADO CONSTITUCIONAL E CONVENCIONAL DE DIREITO

THE BRAZILIAN LABOR REFORM AND THE CONSTITUTIONAL AND CONVENTIONAL STATE OF LAW

Wânia Guimarães Rabêllo Almeida¹

Cleber Lúcio de Almeida²

RESUMO. A chamada reforma trabalhista, cuja implementação teve início em 2017, suscita uma série de questionamentos. O presente artigo, que adota como metodologia a revisão bibliográfica e a perspectiva crítico/projetiva, analisa a reforma trabalhista sob o prisma do Direito Internacional de Direitos Humanos. O que se pretende não é submeter as normas que compõem a reforma trabalhista ao controle de convencionalidade, mas demonstrar que este controle constitui uma exigência do *Estado constitucional e convencional de direito*, que é o modelo de Estado adotado pela Constituição da República de 1988.

PALAVRAS-CHAVE. Reforma trabalhista; Direito Internacional dos Direitos Humanos; Estado constitucional e convencional de direito.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 A REFORMA TRABALHISTA COMO PROCESSO. 3 DO ESTADO LEGISLATIVO AO ESTADO CONSTITUCIONAL E CONVENCIONAL DE DIREITO. 4 A REFORMA TRABALHISTA E O ESTADO CONSTITUCIONAL E CONVENCIONAL DE DIREITO. 5 ANOTAÇÕES CONCLUSIVAS

ABSTRACT. *The called labor reform, whose implementation began in 2017, raises a series of questions. This article, which adopts the bibliographic review and the critical / projective perspective as a methodology, analyzes labor reform from the perspective of international human rights law. What is intended is not to subject the rules that make up the labor reform to the control of conventionality, but to demonstrate that this control constitutes a requirement of the constitutional and conventional state of law, which is the model of State adopted by the Constitution of the Republic of 1988.*

KEYWORDS. *Labor reform; International Human Rights Law; Constitutional and conventional rule of law.*

SUMMARY: 1 INTRODUCTION. 2 LABOR REFORM AS A PROCESS. 3 FROM THE LEGISLATIVE STATE TO THE CONSTITUTIONAL AND CONVENTIONAL STATE OF LAW. 4 LABOR REFORM AND THE CONSTITUTIONAL AND CONVENTIONAL RULE OF LAW. 5 CONCLUDING NOTES

Artigo enviado em 12/11/2021.

Artigo aprovado em 23/11/2021.

¹ Pós-doutora em Ciencias Sociales, Humanidades y Artes (Posdoctorado del CEA: ciclo especial - "El trabajo en el contexto de los derechos humanos: Derecho, Economía, Historia") - Universidad Nacional de Córdoba. Doutora e mestra em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito de Empresas pelo Fundação Dom Cabral. Graduada pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora de Processo Coletivo, de Direitos Humanos e Antropologia, Sociologia e Etnias e Coordenadora do Núcleo da Diversidade da Faculdade de Direito Milton Campos. Advogada.

² Pós-doutor em Direito pela Universidad Nacional de Córdoba/ARG. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (2011). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (1984). Professor da graduação e do programa de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Juiz do trabalho. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito do Trabalho, Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Processual do Trabalho.

1 INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho brasileiro vem sendo objeto de alterações desde pelo menos a década de 60, quando a estabilidade decenal no emprego, assegurada pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), foi substituída pelo regime do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), mas estas alterações foram intensificadas a partir de 2017, quando foi colocada em execução a denominada reforma trabalhista.

A reforma trabalhista procura realizar uma verdadeira mutação genética do Direito do Trabalho, vez que ataca vários dos elementos que compõem o seu código genético, como se dá, por exemplo, em relação ao princípio da prevalência da norma mais favorável aos trabalhadores, no caso de conflito normativo, por força da adoção da regra da prevalência do negociado sobre o legislado e, em determinada situação, do contrato individual do trabalho sobre normas coletivas.³

No presente artigo, a reforma trabalhista é analisada sob o prisma do Direito Internacional de Direitos Humanos. O que se pretende não é submeter as normas que compõem a reforma trabalhista ao controle de convencionalidade, mas demonstrar que este controle constitui uma exigência do Estado constitucional e convencional de direito adotado como modelo de Estado pela Constituição da República de 1988.

*A relevância do estudo proposto está em que, consoante adverte Alain Touraine, “a única resistência eficaz à dominação do universo econômico global é efetivamente o apelo mais direto ao sujeito, isto é, aos direitos fundamentais e universais dos seres humanos. Em todos os níveis, faz-se necessário engajar-se em ações defensivas, mas, mais ainda, contraofensivas”*⁴.

No mesmo compasso, aduz Franz Hinkelammert que

se hoje dizemos que outro mundo é possível, se hoje queremos uma sociedade alternativa [...], não tenho dúvidas de que é essencial partir sempre dos direitos humanos [...]. Reconhecê-los é condição de possibilidade de uma sociedade alternativa e sustentável, base de toda sociedade digna de ser mantida.⁵

³ ALMEIDA, Cleber Lúcio de. **A regra da prevalência do negociado sobre o legislado na perspectiva da reforma trabalhista: rumo à mutação genética do Direito do Trabalho no Brasil**. Em Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas/Centro Universitário do Distrito Federal, v. IV, n. 3 (set./dez. 2018), Brasília, DF, p. 26-35.

⁴ TOURAINE, Alain. **Após a crise: a decomposição da vida social e o surgimento de novos atores sociais**. Petrópolis: Vozes, 2011. P. 190

⁵ HINKELAMMERT, Franz. **Mercado versus direitos humanos**. São Paulo: Paulus, 2014, p. 111

*Lembre-se, inclusive, que o CPC impõe ao juiz o dever de resguardar e promover a dignidade da pessoa humana (art. 8º), o que implica dever de resguardar e promover os direitos humanos, e de observar tratados sobre direitos humanos (art. 13 do CPC), sendo lícito afirmar que destes comandos legais resulta que o juiz está submetido à lei, mas somente à lei convencionalmente válida, o que dele exige a realização, inclusive de ofício, do controle de convencionalidade das normas internas, com o objetivo de verificar a compatibilidade ou ausência de contradição entre as disposições de Direito interno e as normas que compõem o Direito Internacional dos Direitos Humanos.*⁶

Aliás, a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu, no “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú”, em 24.11.06, que:

*128. Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que o efeito útil da Convenção não seja reduzido ou anulado pela aplicação de leis contrárias às suas disposições, objeto e fim. Em outras palavras, os órgãos do Poder Judicial devem exercer não só um controle de constitucionalidade, como também “de convencionalidade” de ofício entre as normas internas e a Convenção Americana.*⁷

*Não se pode olvidar, por fim, a advertência de Antônio Augusto Cançado Trindade, no sentido de que “nem sequer o passar do tempo, ao longo dos séculos, tem logrado aprimorar o comportamento humano e extirpar a violência com que os seres humanos se tratam uns aos outros”⁸, o que impõe que se insista no valor do ser humano e reaja “pronta e preventivamente à agressividade, e ao ímpeto de destruição, para superar a dicotomia civilização/barbárie e fazer prevalecer os valores humanos superiores”.*⁹

O artigo adota como metodologia a revisão bibliográfica e a perspectiva crítico/projetiva, observando-se que, embora o artigo contenha muito de descritivo, ele propõe uma postura diferenciada em relação ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, no sentido de sua integração ao discurso jurídico judicial e doutrinário e ao contexto da relação entre capital e trabalho, ou, em apertada síntese, que sejam levados a sério as normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos e os direitos humanos quando se trate de analisar o Direito interno.

⁶ Ao reconhecer o direito, fundamental, à segurança, que é também jurídica (art. 6º), a Constituição da República acaba consagrando o *princípio da não contradição*.

⁷ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf.

⁸ TRINDADE. Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. XII e XIII

⁹ Ibidem. p. XII e XIII

O artigo é dividido em três partes, às quais se seguem breves anotações conclusivas. A primeira parte procura definir o que se entende por reforma trabalhista. A segunda pretende demonstrar que foi adotado como modelo de Estado, pela Constituição da República de 1988, o Estado constitucional e convencional de direito. A terceira examina algumas das normas que compõem a reforma trabalhista à luz do Estado constitucional e convencional de direito.

2 A REFORMA TRABALHISTA COMO PROCESSO

Já se tornou lugar comum a afirmação de que o Direito do Trabalho brasileiro foi submetido a uma reforma, o que teria se dado por força da Lei n. 13.467/2017.

No entanto, a reforma trabalhista não se reduz à Lei n. 13.467/2017, posto que constitui um processo, do qual faz parte a Lei n. 13.467/2017, e que ainda se encontra em curso.

Neste sentido, cumpre observar, por exemplo, que: a Lei n. 13.429/2017 disciplinou, por meio da alteração da Lei n. 6.019/1974, a terceirização de serviços, para, afetando de forma marcante o modo de desenvolvimento da atividade econômica no Brasil, permitir a sua utilização inclusive em relação à atividade fim das empresas;¹⁰ a Lei n. 13.467/2017 alterou vários dispositivos da CLT, sendo que mais profundamente alterou o Direito do Trabalho;¹¹ a Lei n. 13.874/19, que institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, também promove alterações no Direito do Trabalho.

Anote-se que a Lei n. 13.874/2019, visando, segundo os seus termos, proteger a liberdade econômica, estabelece a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas (art. 2º, III), isto apesar de a Constituição determinar a atuação do Estado em favor da realização dos objetivos fundamentais da República (art. 3º), tendo como parâmetro para a sua atuação, dentre outros, o valor social do trabalho (art. 1º),

¹⁰ Tanto a Lei n. 13.429/2017 quanto a Lei n. 13.467/2017 alteraram a Lei n. 6.019/1974, que dispõe sobre o trabalho temporário. Por meio destas alterações foi estabelecida, por exemplo, a possibilidade de, nos termos de lei a ser editada, permitir a contratação de trabalho temporário para a substituição de trabalhadores em greve, o que, dependendo da lei a ser editada, pode debilitar a forma da greve (art. 2º, § 1º) e de distinção salarial entre empregados efetivos e terceirizados (art. 4º-C, § 1º, o que ofende, inclusive, o princípio segundo o qual a todo trabalho de igual valor deve ser assegurado igual salário, o que, aliás, é expressamente previsto no art. 5º da CLT, que não foi revogado, e, ainda, ainda o princípio da não discriminação, do qual decorre que a forma de contratação do trabalho - direta ou por meio de empresa de prestação de serviços - não permite distinção salarial).

¹¹ Esta lei autorizou a instituição de banco de horas e de jornada no sistema 12x36 e mediante acordo individual (arts. 59, § 5º e 59-A), institui o contrato de trabalho intermitente sem estabelecer limites em relação às atividades em que ele poderá ser adotado e tempo mínimo e, portanto, remuneração mínima, para o trabalhador contratado neste regime (art. 452-A) e impõe a intervenção mínima dos sindicatos na relação entre capital e trabalho (arts. 477-A), por exemplo.

atribuir à União competência para elaborar e executar planos nacionais e regionais de desenvolvimento econômico e social (art. 21, IX) e impor à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a obrigação de zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas, proporcionar meios de acesso à cultura, à educação e à ciência, combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos e reduzir as desigualdades regionais (art. 23, I, V e X e parágrafo único).

Em relação ao Direito do Trabalho, a lei em destaque impõe restrições à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, em prejuízo da satisfação dos créditos trabalhistas (art. 7º, na parte em que acrescenta disposições ao Código Civil ou altera as suas normas), autoriza o registro de ponto por exceção, ou seja, apenas de horas extras, faltas e atrasos (art. 15), revoga os arts. 53 e 54 da CLT, que cominavam multa ao empregador que retivesse de forma indevida a Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) do trabalhador ou não cumprisse determinação judicial de anotação da CTPS do empregado (art. 19, alíneas l e m) e dispensa o registro da jornada de trabalho nas empresas que contem com menos de 20 empregados (antes, a dispensa era para as empresas com menos de 10 empregados), por exemplo.¹²

Contudo, a reforma trabalhista ainda se encontra em curso, visto que a Medida Provisória 905/2019 também altera o Direito do Trabalho, ao instituir o contrato de trabalho verde e amarelo, que reduz direitos dos trabalhadores (contribuição do FGTS reduzida para dois por cento e limitação do valor da remuneração a ser paga)¹³, autorizar o trabalho em bancos aos sábados e fixar a jornada normal dos bancários em oito horas diárias, por exemplo.

Em suma, a reforma trabalhista não se reduz a uma única lei, mas constitui um processo, que, inclusive, ainda está em curso e representa uma verdadeira obsessão liberalizadora, que acaba transformando o próprio Direito do Trabalho em mercadoria, vez

¹² A aludida lei contém outras disposições que terão influência no Direito do Trabalho, visto que ela: dispõe que as suas disposições serão observadas na aplicação e interpretação do Direito do Trabalho (art. 1º, § 1º), mas acaba por restringir esta aplicação, quando prevê que gozam de presunção de boa-fé os atos praticados no exercício de atividade econômica, para os quais as dúvidas de interpretação do direito civil, empresarial, econômico e urbanístico serão resolvidas de forma a preservar a autonomia privada, salvo se houver expressa disposição legal em contrário, ou seja, não houve menção a eventual dúvida na interpretação do Direito do Trabalho, pelo que prevalece o princípio *in dubio pro operario* (art. 3º, V); inclui o art. 421-A no Código Civil, estabelecendo que os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção e que a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada, mas, mais uma vez, não se refere ao contrato de trabalho (art. 7º), o que deixa claro que, apesar de ter adotado uma postura ultraliberal, a lei em destaque não chegou ao ponto de presumir ser o contrato de trabalho paritário e simétrico.

¹³ Isto, inclusive, apesar de a Constituição da República dispor que o salário deve ser proporcional à extensão e à complexidade do trabalho (art. 7º, V).

que apresenta a sua desconstrução como moeda de troca por investimentos estrangeiros, incluindo-o, com isto mercado mundial de normas. Trata-se, inclusive, de um processo que viola, flagrantemente, a Constituição da República.

Apenas a título de exemplo, vale anotar que a Constituição da República impõe a harmonia entre os interesses do capital e do trabalho, impedindo, desta feita, a prevalência de uns sobre os outros.

Com efeito, a Constituição consagra, no seu Preâmbulo, a ideia de uma sociedade fundada na harmonia social e, visando à sua concretização:

a) no art. 1º, inciso IV, coloca lado a lado, como princípios fundamentais da República, o valor social do trabalho e da livre iniciativa;

b) no art. 3º, inclui dentre os objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantia do desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e da marginalização, redução das desigualdades sociais e promoção do bem de todos;

c) no art. 5º, incisos XXII e XXIII, garante o direito de propriedade, mas a ela atribui função social;

d) no art. 7º, XIX, assegura a participação dos trabalhadores na construção da ordem jurídica trabalhista, por meio dos sindicatos e da negociação coletiva;

e) no art. 170, dispõe que a atividade econômica, fundada no trabalho, tem por fim a todos garantir uma existência digna, o que implica atribuir uma finalidade social à atividade econômica;

f) no art. 186, inciso IV, dispõe que a propriedade cumpre a sua função social quando a sua exploração é realizada com respeito à legislação trabalhista e em proveito dos proprietários e dos trabalhadores, o que implica atribuir finalidade social à exploração econômica da propriedade, o que, por sua vez, está em harmonia com o art. 1º da Constituição, que atribui valor social ao trabalho, e ainda, com o art. 3º, também da Constituição, do qual se infere que o desenvolvimento a que alude não é neutro, mas instrumental em relação aos objetivos fundamentais da República.

No entanto, a reforma trabalhista adota uma postura bem distinta, na medida em que retira direitos dos trabalhadores, reforça os poderes dos empregadores, dificulta o acesso dos trabalhadores à justiça e, com isto, à satisfação dos seus direitos, ou seja, prestigia, de forma inegável, os interesses do capital, em desfavor dos interesses do trabalho.

Portanto, a reforma trabalhista é considerada em seu conjunto, inconstitucional.

Acrescente-se que também são inconstitucionais várias normas contidas na reforma trabalhista.

Neste sentido, e apenas para citar por exemplo, a reforma trabalhista estabeleceu a regra da prevalência do contrato individual de trabalho sobre os instrumentos coletivos, no caso de ser o trabalhador empregado portador de diploma de nível superior e perceber salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social (art. 444, parágrafo único, da CLT), partindo-se da premissa, sem qualquer evidência empírica, de que o trabalhador na situação mencionada no citado dispositivo possui liberdade para, em condições de igualdade com o seu empregador, definir as suas condições de contratação e trabalho.

Trata-se de solução inconstitucional, vez que contraria a disposição constitucional que impõe a prevalência do negociado coletivamente sobre o negociado individualmente (art. 7º, XXVI) e, portanto, veda a renúncia de direitos alcançados por meio da negociação coletiva, assim como contraria a disposição constitucional que impede que se estabeleça regime contratual diferenciado fundado na distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos, o que é a hipótese em evidência (art. 7º, XXXII). Ademais, trata-se de regra que, a pretexto de prestigiar a autonomia individual, contradiz os princípios da inviolabilidade da pessoa humana e da dignidade humana, na medida que submete o trabalhador ao poder do empregador.

3 DO ESTADO LEGISLATIVO AO ESTADO CONSTITUCIONAL E CONVENCIONAL DE DIREITO

O Direito é um fato social e, como tal, sujeito a alterações ao longo da história. Neste sentido, Luigi Ferrajoli noticia a evolução, do princípio da legalidade formal, que condiciona a validade das normas ao respeito à sua forma de produção, ao princípio da legalidade substancial, que condiciona a validade das normas ao respeito aos princípios e direitos constitucionalmente estabelecidos¹⁴.

Para Luigi Ferrajoli, o positivismo também evoluiu, vez que no que denomina primeiro positivismo, o Estado detinha o monopólio da produção das normas jurídicas e a política era o principal instrumento de governo, ao passo que, no segundo positivismo, o direito segue sendo produto da política, mas a política é subordinada ao Direito, o que resulta no Estado legislativo de direito, sendo por ele acrescentado que a evolução não parou por aí,

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **La democracia através de los derechos: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y proyecto político**. Madri: Editorial Trotta, 2014, p. 21.

na medida em que a política foi também submetida à Constituição, o que resulta no Estado constitucional de direito, no qual os direitos fundamentais são impostos às decisões políticas “como limites e vínculos de substância”¹⁵.

Luigi Ferrajoli não se limita ao exame desta evolução sob a ótica dos limites impostos ao poder político, posto que sustenta que também o poder econômico está sujeito aos limites e vínculos legislativos e constitucionais.¹⁶

Abre-se um parêntese para esclarecer que, conforme Luigi Ferrajoli, esta evolução não significa a simples introdução no ordenamento jurídico da Constituição como norma superior à ordinária, mas representa a adoção de uma “normatividade forte associada ao paradigma constitucional, que a mesma concebe como um sistema de garantias, isto é, de limites e vínculos jurídicos impostos ao exercício de qualquer poder”, o que resulta no constitucionalismo garantista, o que o leva a afirmar que o garantismo consiste:

[...] no modelo de direito baseado na rígida subordinação à lei de todos os poderes e nos vínculos impostos a estes em garantia dos direitos, com preferência aos direitos fundamentais sancionados pela Constituição”, sendo o garantismo, portanto, “sinônimo de estado constitucional de direito.”¹⁷

É sustentado por este doutrinador, ainda, que a modernidade jurídica resulta em uma “articulação multinível dos sistemas jurídicos”, que implica, primeiro, a subordinação à legislação e, segundo, à Constituição¹⁸, modelo que, conforme sustenta, corresponde ao paradigma constitucional¹⁹.

Contudo, é possível dar um passo adiante na articulação multinível dos sistemas jurídicos, qual seja, no sentido do Estado constitucional e convencional de direito, que implica subordinação de todos os poderes à legislação, à Constituição e ao Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A necessidade de um passo adiante foi sentida após a Segunda Guerra Mundial, não como simples estabelecimento de níveis normativos diferenciados, mas como indispensável e urgente resposta às atrocidades cometidas naquela guerra e pelos regimes fascistas e totalitários, observando-se que a criação da OIT, cuja função principal é estabelecer o Direito Internacional do Trabalho, demonstra que esta mesma preocupação já havia se manifestado anteriormente.

¹⁵ Ibidem. p. 21.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **La democracia através de los derechos: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y proyecto político**. Madri: Editorial Trotta, 2014, p. 21

¹⁷ Ibidem. p. 22-23, 28 e 29.

¹⁸ Ibidem. p. 30

¹⁹ Ibidem. p. 74

O próprio Ferrajoli aduz à “opção estratégica por uma integração jurídica supranacional”, com a construção “de funções e instituições de garantia dos direitos estipulados nas cartas estatais e internacionais”, tudo isto visando impor limites e vínculos aos poderes políticos e econômicos globais²⁰.

Em suma, o Estado constitucional e convencional de direito resulta da necessária articulação multinível dos sistemas jurídicos nacionais, regionais e internacionais, situação em que tanto os direitos fundamentais quanto os direitos humanos atuam como limites e vínculos impostos ao Estado e aos poderes econômicos e políticos, sendo que, em relação ao poder legislativo, eles atuam como verdadeiros Direito sobre Direito.

É este o caminho trilhado pela Constituição da República de 1988, que impõe o respeito aos tratados sobre direitos humanos (art. 5º, §§2º e 3º) e, em especial, quando adota o princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II),²¹ sendo relevante lembrar, ainda, da possibilidade de recorrer ao Superior Tribunal de Justiça visando fazer valer os tratados sobre direitos humanos que tenham sido contrariados por decisão judicial ou cuja vigência tenha sido por ela negada (art. 105, III, a, da Constituição)

Com efeito, ao reconhecer o caráter normativos dos tratados a Constituição impõe, visando à proteção do ser humano, a articulação multinível dos sistemas jurídicos nacionais, regionais e internacionais.

Ademais, há muito operou-se a humanização do direito internacional, com o abandono do “monopólio estatal da titularidade de direitos” e do positivismo jurídico degenerado, que excluía do ordenamento jurídico internacional o destinatário final das normas jurídicas: o ser humano”²², o que significa que a Constituição da República, ao adotar o princípio da prevalência dos direitos humanos, não está se referindo a relações entre Estados, mas entre Estados e os seres humanos, ou seja, impondo, mais uma vez, o respeito aos direitos humanos.

Poder-se-ia argumentar, contra o reconhecimento da adoção, pela Constituição do Estado constitucional e convencional de direito, que o fato de a Constituição impor o respeito aos tratados sobre direitos humanos já seria suficiente para fazer com que sejam levados a sério.

Este ponto de vista não se sustenta.

²⁰ Ibidem. p. 12

²¹ A referência a tais comandos constitucionais é realizada para evitar a acusação de que a defesa do respeito dos direitos humanos é apenas um argumento ideológico e, ainda, para conferir fundamento jurídico à afirmação de que a Constituição adota como modelo de Estado o *Estado constitucional e convencional de direito*.

²² TRINDADE. Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 127.

Primeiro, porque o CPC, ao determinar que o juiz resguarde e promova a dignidade humana (art. 8º) e observe tratados, convenções e acordos internacionais de que o Brasil seja parte (art. 13), deixa claro que a imposição constitucional no mesmo sentido não é suficiente. Dito de outra forma, se a imposição constitucional em questão fosse suficiente, estas disposições do CPC seriam totalmente desnecessárias.

Segundo, porque os constantes desrespeitos aos direitos humanos exigem uma postura mais incisiva, no sentido de reconhecer que a Constituição estabelece não apenas um Estado constitucional de direito, mas também um Estado convencional de direito.

Lembre-se, inclusive, que ao Estado cumpre, por expressa determinação constitucional, fiscalizar o cumprimento das normas que compõem o Direito do Trabalho e, verificando o seu descumprimento, aplicar as penalidades previamente estabelecidas em lei (art. 21, XXIV, da Constituição), tendo esta fiscalização por finalidade, inclusive, “assegurar, em todo o território nacional, a aplicação das disposições legais, incluindo as convenções internacionais ratificadas” (art. 1º do Regimento da Inspeção do Trabalho - Decreto n. 4.552/2002), ou seja, a Constituição não se contenta com o mero reconhecimento normativo de um direito, vez que atua no sentido de assegurar a sua efetividade.

Vale observar que a efetividade dos direitos humanos não é uma questão apenas jurídica, no sentido de reconhecer menos ou mais direitos aos trabalhadores, na medida em que também constitui uma questão política, relacionada com as condições de possibilidade da democracia substancial.

É que há muito foi ultrapassada a ideia da suficiência da democracia apenas formal ou procedimental, que somente diz respeito a quem e como são tomadas decisões políticas e econômicas, em favor da democracia substancial, que, ao reconhecer direitos humanos e fundamentais, acrescenta às exigências formais, limites e vínculos a serem atendidos no processo decisório²³.

Daí a afirmação de Luigi Ferrajoli no sentido de que a democracia substancial é quadridimensional, no sentido de que exige o respeito aos direitos políticos e civis, que asseguram a legitimidade formal das decisões, e aos direitos de liberdade e sociais, que fundamentam a legitimidade substancial das decisões²⁴.

Luigi Ferrajoli sustenta, inclusive, que a positivação constitucional de direitos fundamentais (e acrescentamos, de direitos humanos) “rompe a presunção de legitimidade do

²³ FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y proyecto político**. Madri: Editorial Trotta, 2014, p. 34 e 42-43

²⁴ Ibidem, p. 51-55.

direito”,²⁵ o que se deve ao fato de que nem tudo que é legal é, automaticamente, constitucional e convencional.

4 A REFORMA TRABALHISTA E O ESTADO CONSTITUCIONAL E CONVENCIONAL DE DIREITO

A adoção constitucional do Estado constitucional e convencional de direito repercute na análise da reforma trabalhista e impõe que ela seja submetida a rigoroso controle de convencionalidade.

Com efeito, por força da adoção deste modelo de Estado, aos trabalhadores é atribuída a condição de sujeitos do Direito interno (infraconstitucional e constitucional), regional e internacional, razão pela qual a reforma trabalhista deve ser submetida a rígido controle de convencionalidade, difuso e concentrado, na perspectiva, inclusive, de que a pessoa humana transcende o Estado²⁶, lembrando que, conforme decidiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos nos autos do caso *Godínez Cruz versus Honduras*:

Nenhuma atividade do Estado pode fundar-se sobre o desrespeito à dignidade humana. O exercício da função pública tem limites que derivam de que os direitos humanos são atributos inerentes à dignidade humana e, em consequência, superiores ao poder do Estado²⁷.

Bastam alguns exemplos, inclusive, para demonstrar que a reforma trabalhista deixou de atentar para o necessário respeito ao Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Consoante o § 3º do art. 8º da CLT, acrescentado à CLT pela Lei n. 13.467/2017, no exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico e balizará a sua atuação pela regra da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

Sob o prisma da literalidade do citado dispositivo legal, a pretexto de intervenção mínima na autonomia coletiva, o Poder Judiciário somente pode examinar a conformidade das convenções e dos acordos coletivos de trabalho com os elementos essenciais do negócio jurídico, ou seja, o seu conteúdo não poderia ser questionado, ainda que ofenda tratado sobre direitos humanos do qual o Brasil seja signatário.

Ainda mais incisivo é o disposto no art. 223-A da CLT, acrescentado à CLT pela Lei

²⁵ Ididem, p. 51.

²⁶ MARITAIN, Jacques. *Los derechos del hombre y la ley natural*. Buenos Aires: Editorial Leviatan, 1982, p. 79.

²⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. caso *Godínez Cruz versus Honduras*, 1989. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_05_esp.pdf.

n. 13.467/2017, segundo o qual, no julgamento de pedido de reparação de danos extrapatrimoniais, o julgador aplicará apenas o que é estabelecido pela CLT, valendo observar que a reforma trabalhista também promoveu a tarifação do valor da reparação por danos extrapatrimoniais (art. 223-G).

Mais uma vez, portanto, a reforma trabalhista procura afastar a incidência dos tratados, com o claro objetivo de negar o direito à reparação integral dos danos extrapatrimoniais, que é reconhecido pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Ademais, o art. 611-B da CLT, também acrescentado pela Lei n. 13.467/2017, estabelece que constituem objeto ilícito de convenção coletiva de trabalho exclusivamente a supressão ou a redução dos direitos que aponta, que são somente previstos nos arts. 7º e 8º da CLT.

Sob este prisma, a negociação coletiva pode, sem ser nula, afrontar direitos assegurados pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A reforma trabalhista desconsidera, portanto, que nenhum poder, seja público ou privado, pode derrogar direitos humanos, assim como princípios do Direito Internacional de Direitos Humanos, não podendo ser olvidado que o mercado sem regras ou com regras mínimas, que é apresentado pela ideologia neoliberal como terapia para as crises econômicas, é justamente a causa do aumento da pobreza e crescimento das desigualdades sociais²⁸.

Cumprir notar que, assim como a Constituição da República e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito do Trabalho impõe limites e vínculos ao poder do capital, o que faz por meio do reconhecimento de direitos, individuais e coletivos, aos trabalhadores, o que autoriza afirmar que seu enfraquecimento é também enfraquecimento da própria democracia, vez que esta exige a supremacia dos direitos, notadamente dos humanos e fundamentais, sobre os poderes públicos e privados²⁹.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos se apresenta, em grande parte, como “reação aos limites e insuficiências do capitalismo descontrolado e irracional do final dos Séculos XIX e início do Século XX”³⁰, mas vem sendo seriamente atacado pelo

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. **La democracia através de los derechos: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y proyecto político**. Madri: Editorial Trotta, 2014. p. 51

²⁹ Luigi Ferrajoli, por estar tratando do paradigma constitucional, faz referência apenas aos direitos fundamentais, ao passo que, diante do paradigma que propomos, cumpre também aludir aos direitos humanos.

³⁰ Não se pode olvidar que a instituição do Estado social também constitui medida que compõe o “reformismo social preventivo”, colocado em movimento para defesa do capitalismo diante das pressões dos trabalhadores por melhoria de sua condição social e até pela superação do capitalismo (PISARELLO, 2011, p. 106-107), razão pela qual, inclusive, foi criticado por vários movimentos sociais, que viam no reformismo benefícios apenas para a classe média e setores protegidos da classe trabalhador e a “transformação dos cidadãos em *idiotés*, em clientes passivos das burocracias administrativas”, críticas que deram ensejo, inclusive, ao surgimento, em vários países,

neoliberalismo, que pretende restaurar o “capitalismo incontrolado e financeirizado da *belle époque*”³¹, fundado na ideia de que o mercado possui leis invisíveis que conduziriam, naturalmente, à riqueza e bem estar de todos.³²

Aliás, Natalino Irti ataca o naturalismo econômico que implica ocupação do terreno da economia pelo direito natural, de forma que, assim como o direito natural era absoluto e imutável, “a economia de mercado seria provida daquela característica e aspiraria à mesma incondicionada validade”, o que resulta em que as leis da economia rejeitam “a discordância política, o mutável fluxo das opiniões, o instável acontecer do direito”, o que torna o naturalismo econômico “antipolítico e antijurídico”, criando, por isto, uma “zona ‘neutra’, ‘técnica’, ‘independente’, onde silenciam todos os conflitos e imperam somente as ‘leis do mercado’”³³.

Ademais, consoante assevera Slavoj Zizek, “não há mercado neutro: em cada situação específica, as configurações do mercado são sempre reguladas por decisões políticas”³⁴, observando-se que as desigualdades sociais decorrentes da política neoliberal constituem uma opção política e ideológica³⁵.

Advirta-se que a fragilidade da democracia não é apenas um efeito colateral e não perseguido conscientemente com a adoção do credo neoliberal, vez que o neoliberalismo é, não acidentalmente, “mas essencialmente, um regime antidemocrático”³⁶, na medida em que se opõe, frontalmente, à intervenção da política na ordem econômica e, com isto, ao controle popular das decisões econômicas, e, portanto, à democracia. Sob este prisma, democracia e “ordem espontânea do mercado” não são conciliáveis, razão pela qual a primeira deve prevalecer sobre a segunda.

de movimentos sociais “que se negavam a aceitar o compromisso corporativo do pós-guerra e que denunciavam seus traços excludentes e repressivos”. PISARELLO, Gerardo. Um largo terminador: la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático. Madri: Editorial Trotta, 201, p. 160-163.

³¹ PISARELLO, Gerardo. **Um largo terminador: la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático**. Madri: Editorial Trotta, 2011. p. 18

³² Como assinala Wendy Brown, o neoliberalismo não visa apenas expandir o poder do mercado, mas utiliza o discurso da liberdade para “justificar suas exclusões e violações às vezes violentas e que visam reassegurar a hegemonia branca, masculina e cristã”, o que significa que também não se limita a criar um mundo focado “exclusivamente no impulso de economizar todos os aspectos da existência, das instituições democráticas à subjetividade”, vez que também “classificam de assalto à liberdade e à moralidade toda política social que desafia a reprodução social das hierarquias de gênero, raças e sexo, ou as políticas que promovem tímidas correções das diferenças extremas entre classes” (BROWN, 2019, p. 20-21). No entanto, os limites do presente artigo não permitem examinar o neoliberalismo em todas estas perspectivas.

³³ IRTI, Natalino. **A ordem jurídica do mercado**. In *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, n. 145, jan-mar. de 2007. p. 44-49.

³⁴ ZIZEK, Slavoj. **Primeiro como tragédia, depois como farsa**. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 26.

³⁵ PIKETTY, Thomas. **Capital et idéologie**. Paris: Éditions du Seuil, 2019.

³⁶ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 8 e 384.

Cumpra anotar, por fim, que no exame da convencionalidade das normas internas devem ser consideradas tanto a Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) quanto as suas convenções.

É que as convenções da OIT possuem a natureza de tratados, *posto que estes contemplam, conforme o art. 2º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, os acordos internacionais firmados entre Estados e regidos pelo Direito Internacional, “qualquer que seja a sua denominação específica”*.

Os tratados, como resultam do art. 5º, §§ 2º e 3º da Constituição da República, são tratados gerais ou tratados sobre direitos humanos, compreendendo estes últimos aqueles que são celebrados visando à promoção e proteção da dignidade humana.

Portanto, as convenções da OIT constituem tratados sobre direitos humanos, na medida em que asseguram aos trabalhadores direitos cuja satisfação constitui uma exigência da vida conforme a dignidade humana.

5 ANOTAÇÕES CONCLUSIVAS

O presente artigo examinou a reforma trabalhista brasileira à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A reforma trabalhista é um processo colocado em movimento em 2017 e ainda se encontra em curso.

As normas que compõem a reforma trabalhista devem ser submetidas a rigoroso controle de convencionalidade, notadamente porque a Constituição da República impõe a articulação multinível dos sistemas jurídicos nacionais, regionais e internacionais, adotando, portanto, como modelo de Estado, o Estado constitucional e convencional de direito, na perspectiva de que o ser humano transcende o Estado e nem tudo que é legal é convencional.

Os direitos humanos atuam como limites e vínculos impostos ao Estado e aos poderes econômicos e políticos, atuando, em relação ao poder legislativo, como verdadeiros Direito sobre Direito.

Deste modo, as normas internas, dentre elas aquelas que compõem a reforma trabalhista, devem ser submetidas a rigoroso controle de convencionalidade, *inclusive de ofício, com o objetivo de verificar a compatibilidade ou ausência de contradição entre as disposições de Direito interno e as normas que compõem o Direito Internacional dos Direitos Humanos.*

O controle de convencionalidade das normas que compõem a reforma trabalhista não

constitui um fim em si mesmo, mas é realizado para conferir efetividade às garantias traduzidas pelos limites e vínculos que a Constituição e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, que é composto também pela Constituição da OIT e as suas convenções, impõem aos poderes públicos e privados, sejam estes nacionais ou internacionais, visando, sobretudo, à promoção e proteção da dignidade humana daqueles que vivem do seu trabalho, o que constitui, ainda, condição de possibilidade da democracia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. **A regra da prevalência do negociado sobre o legislado na perspectiva da reforma trabalhista: rumo à mutação genética do Direito do Trabalho no Brasil**. Em Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas/Centro Universitário do Distrito Federal, v. IV, n. 3 (set./dez. 2018), Brasília, DF. p. 26-35.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **“Caso Trabajadores Casados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú”**, em 24.11.06. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf. Acesso em 01.03.2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Godínez Cruz versus Honduras**, 1989. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_05_esp.pdf.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. São Paulo: Boitempo, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **La democracia através de los derechos: el constitucionalismo garantista como modelo teorico y proyecto político**. Madri: Editorial Trotta, 2014.

HINKELAMMERT, Franz. Mercado versus direitos humanos. São Paulo: Paulus, 2014.

IRTI, Natalino. **A ordem jurídica do mercado**. In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, n. 145, jan-mar. de 2007. p. 44-49.

MARITAIN, Jacques. **Los derechos del hombre y la ley natural**. Buenos Aires: Editorial Leviatan, 1982.

PIKETTY, Thomas. **Capital et idéologie**. Paris: Éditions du Seuil, 2019.

PISARELLO, Gerardo. **Um largo terminador: la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático**. Madri: Editorial Trotta, 2011.

TOURAINÉ, Alain. **Após a crise: a decomposição da vida social e o surgimento de novos atores sociais**. Petrópolis: Vozes, 2011.

TRINDADE. Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

ZIZEK, Slavoj. **Primeiro como tragédia, depois como farsa**. São Paulo: Boitempo, 2011.