

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ALINE CARVALHO PEREIRA

**DIREITOS SOCIAIS, CONJUNTURA ECONÔMICA E O PRINCÍPIO DA
PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL: A TENTATIVA DE REGULAÇÃO DA
TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL**

**CURITIBA
2015**

ALINE CARVALHO PEREIRA

**DIREITOS SOCIAIS, CONJUNTURA ECONÔMICA E O PRINCÍPIO DA
PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL: A TENTATIVA DE REGULAÇÃO DA
TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como
requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em
Direito, da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem

CURITIBA
2015

Ao Reinaldo Mota Junior,
fonte de inspiração para o tema deste trabalho
e para todas as outras travessias da minha vida
que não mais têm sido só.

AGRADECIMENTOS

Desde 2011, ano em que fui apresentada ao universo acadêmico, criei o hábito de iniciar a leitura de toda obra monográfica que passava em minhas mãos pelos agradecimentos. Acredito ser uma parte tão essencial de um ciclo que se encerra na vida de um(a) acadêmico(a), que eu não poderia deixar de agradecer minimamente às pessoas que se fizeram singulares nos últimos cinco anos.

Não poderia iniciar de outra forma, se não agradecendo à minha família, que, apesar de pequenininha, nunca me deixou faltar amor e aconchego. Mãe, pai e irmão, obrigada por, acima de tudo, serem exemplos para mim. Minha mãe Vânia, exemplo de mulher forte e carinhosa, que sempre me ensinou a compreender as virtudes e fragilidades de cada ser humano. Meu pai José Luiz, exemplo de persistência e paciência com as adversidades da vida, que nunca me deixou duvidar da minha capacidade de atingir um objetivo. E meu irmão André, exemplo de dedicação nas coisas que faz, que sempre desempenhou muito bem o papel de irmão “zoeiro” e parceiro. Não posso deixar de agradecer também às minhas avós Wanda e Zuzu, *in memoriam*, que enquanto presentes fisicamente representavam toda a doçura e proteção que eu levo como referências na minha vida. Hoje, sei que de onde estiverem estão sempre olhando e torcendo por mim. Amo cada um(a) de vocês por tudo o que são e também pelo o que sou graças aos valores que me foram transferidos.

Agradeço imensamente, ainda, ao meu noivo Reinaldo, a quem também dedico esse trabalho, cujo tema específico da terceirização foi escolhido com base nas suas inquietações constantes enquanto empregado terceirizado. Mas não só por isso, agradeço por todo o amor que você me entrega, pela compreensão e incentivo durante a faculdade inteira e pela coragem de mudar sua vida para apostar na gente. Todo o meu amor é seu (e da nossa Luninha).

Ao meu orientador, professor Daniel Hachem, agradeço pela preocupação em orientar este trabalho com muito zelo e disposição. Sempre recebeu seus orientandos com um sorriso no rosto, com muita vontade de compartilhar sua brilhante experiência acadêmica e, até mesmo, com um delicioso café da manhã num sábado de reunião coletiva. Professor Daniel, sou grata por todos os ensinamentos que absorvi contigo.

Às mulheres, amigas, companheiras que a vida me presenteou logo no início

da faculdade. Se às vezes já foi difícil com todas juntas compartilhando angústias, imagina sem. Agradeço sempre por ter crescido tanto com vocês e pela singularidade de cada uma na minha vida: Heloisa Simões, além de parceira oficial de provas e trabalhos em dupla, tem por mim toda a admiração pela mulher e jurista incrível que se tornou. Raissa Di Carlo, por ser capaz de transformar qualquer ambiente de dor em um lugar mais iluminado e por sempre estar disposta a ouvir uma amiga com toda a boa vontade do mundo. Heloisa Kruger, por ser a melhor companhia filosófica de bar, e também pelo exemplo de serenidade que inspira todo o grupo. Amanda Gennari, amiga que compartilha das aflições virginianas e que ensina todos os dias que qualquer tipo de mudança na nossa vida parte de dentro de nós e dos pensamentos que atraímos. Fernanda Macedo, porque a vida iria nos fazer amigas em qualquer circunstância e por toda a sua grandeza compreendida numa simplicidade ímpar. Priscilla Delaporte, por ser a amiga que não vai te poupar de umas boas verdades, inclusive para fazer os melhores elogios que você pode ouvir de alguém. Anna Flávia, por ser um misto de suavidade e intensidade, que ensina com exemplos práticos que no final vai dar tudo certo. Thais Stutz, por ser uma amiga compreensiva e alto-astral, que só de estar por perto causa um conforto imenso. Mayara Martins, diva, poderosa, dona do sorriso mais contagiante de toda a Santos Andrade. Anny, amiga com o coração maior do mundo, sempre preocupada em saber como estamos e se fazer presente mesmo agora que está longe. Larissa Rahmeier, que apesar de ter virado famosa, global e atarefada, nunca é esquecida por nós e admirada pela sua força, alegria e vontade de mudar concretamente as injustiças deste país. Vocês todas fizeram a minha passagem pela Universidade ser ainda mais bonita. Obrigada por existirem!

Não posso deixar de agradecer, também, aos que se importaram em me ensinar, na prática, todas as possibilidades e limitações do Direito. Sou muito grata por ter realizado estágios com pessoas tão enriquecedoras. Aos primeiros supervisores, Felipe Frias, Carol Cardoso e Diego Barros, da PGE/PR, vocês são os grandes responsáveis por hoje eu ser apaixonada pela advocacia pública. Agradeço não só pelos ensinamentos jurídicos, mas pela humildade e preocupação com os estagiários que vocês sempre tiveram. Agradeço, ainda, ao professor Emerson Gabardo, ao Igor Rocha, ao Marcelo Ortolan, ao Thiago Valiati e à Fabi Piazzetta, por todo o aprendizado que acumulei com vocês e que, com certeza, levarei para a minha vida profissional. Por fim, agradeço à Cassiara Stork, que de supervisora

dedicada passou também a ser amiga e ouvinte das lamentações de final de curso.

Ao Mulheres pelas Mulheres, agradeço em nome da professora Priscilla Placha Sá, a qual personifica toda a transformação positiva que a Universidade nos proporcionou. Inspiração para todas as mulheres do grupo, tenho pela senhora um verdadeiro encantamento. Obrigada, professora, por me tornar uma pessoa melhor. Obrigada, mulheres, por serem tão especiais e doarem um pouco de si para esse projeto lindo.

Em nome da Michelle Makiak, representante fofo e merecedora das melhores coisas do mundo por ter aturado tanto, agradeço à Turma do Direito Noturno 2011-2015, que, apesar das divergências, nos ocasionou momentos únicos de “zoeira” e sofrimento coletivos.

À família Mota: Cris, Reinaldo, Amanda, Thais e João, que desde a aprovação no vestibular comemoram comigo essa fase que ora se encerra. Obrigada por serem essas pessoas lindas que eu amo como se fosse a minha própria família.

À Marjo, Isa, Cami, Marcelo, Dani e Luiz. Nunca esperava passar por uma experiência tão valiosa com vocês em Brasília, no Programa de Intercâmbio da SAL/MJ e da SAJ/PR. A vida me reservou seis pessoas incríveis para que eu pudesse concluir esse ciclo com chave de ouro. Obrigada, realezas, e venham para a formatura!

Enfim, agradeço à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná como um todo, por estar formando uma pessoa mais crítica e mais humana. Por deixar claro que a minha dívida perante a sociedade é eterna, com base na qual buscarei exercer minha profissão com muita vontade de retribuir tudo o que apreendi nesses cinco anos, e com muita gratidão por ter feito parte dessa instituição da qual me orgulho tanto.

Como nos disse a professora Priscilla no textinho de despedida em sua última aula, “a minha palavra é saudade”.

Não se pode escrever nada com indiferença.

Simone de Beauvoir

RESUMO

O presente trabalho busca estabelecer uma relação entre os direitos sociais, o discurso econômico dominante e o princípio da proibição de retrocesso social, com o objetivo principal de analisar o fenômeno da terceirização trabalhista como exemplo concreto da relação mencionada. Compreende-se que em um cenário econômico desfavorável é comum que um dos primeiros direitos atingidos no ordenamento jurídico-constitucional sejam os sociais, sob o argumento de que exigem ampla disposição orçamentária estatal para que sejam assegurados à população de forma igualitária. No entanto, este trabalho procura refutar que medidas eminentemente econômicas venham a enfraquecer ou extinguir direitos fundamentais sociais já concretizados a ponto de afetar ou descaracterizar o núcleo essencial desses direitos. Nessa perspectiva, considerando a corrente discussão acerca do Projeto de Lei nº 4.330/04 (ora PLC nº 30/15), o qual se propõe a regular as relações trabalhistas terceirizadas no Brasil, intenta-se demonstrar a inconstitucionalidade da vindoura lei da terceirização, caso o projeto seja aprovado, com fundamento em barreira implícita da Constituição Federal de 1988, que é o princípio da proibição de retrocesso social.

Palavras-chave: Direitos sociais. Economia. Princípio da proibição de retrocesso social. Terceirização trabalhista. Precarização do trabalho.

ABSTRACT

The current article has as its purpose to set up a relation among social rights, the dominant economic discourse and the principle of prevention of social regression, aiming an analysis on labor outsourcing phenomenon as a concrete example of the shown connection. It is understood that in an adverse economic scenery, is common that one of the first rights in the legal and constitutional order impacted are the social ones, under the discussion that a massive state budget is required to ensure it to the population in an equal way. However, this activity seeks to refute that economic based decisions weaken or fade any solid social fundamental rights in such perspective that affect or lose the essential core of these rights. Finally, from the perspective of such paragraphs, taking the current discussion regarding the Bill n. 4.330/04 (now PLC n. 30/15), in which aims to regulate labor outsourced relations in Brazil, attempts to demonstrate the unconstitutionality of the outsourcing law, in case the project is approved based in Brazilian Federal Constitution barrier, which is the principle of prevention of social regression.

Keywords: Social rights. Economy. Principle of prevention of social regression. Labor outsourcing. Precarious work.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 10 |
| 2 TEORIAS RELATIVAS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O SEU REGIME JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO | 13 |
| 2.1 OS DIREITOS SOCIAIS E A TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS..... | 13 |
| 2.2 A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS EM UMA ECONOMIA GLOBALIZADA | 18 |
| 2.3 O REGIME JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS SOCIAIS..... | 20 |
| 3 O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO | 27 |
| 3.1 APONTAMENTOS INTRODUTÓRIOS: HISTÓRICO E CONCEITUAÇÃO | 27 |
| 3.2 FUNDAMENTOS PARA A EXISTÊNCIA DE UM PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL | 35 |
| 3.3 PRINCIPAIS CRÍTICAS AO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL | 42 |
| 4 O DISCURSO ECONÔMICO COMO DESCONSTRUÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS TRABALHISTAS: TERCEIRIZAÇÃO E RETROCESSO SOCIAL | 47 |
| 4.1 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E CRÍTICAS À INTERPRETAÇÃO ECONÔMICA DA CONSTITUIÇÃO EM TEMPOS DE CRISE | 47 |
| 4.2 BREVE HISTÓRICO DAS TERCEIRIZAÇÕES NO BRASIL E AS PRINCIPAIS TENTATIVAS DE REGULAÇÃO DO FENÔMENO | 53 |
| 4.3 A LEI DA TERCEIRIZAÇÃO E OS SEUS RETROCESSOS SOCIAIS | 61 |
| 5 CONCLUSÕES | 67 |
| REFERÊNCIAS | 70 |

1 INTRODUÇÃO

Já há algum tempo em que constitucionalistas e operadores do Direito discutem a importância de se atribuir aos direitos sociais o regime jurídico-constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais. Diante disso, diversos teóricos buscam estudar os direitos sociais a fim de efetivamente comprovar a sua fundamentalidade, enquanto outros tentam refutar que lhes sejam dados o mesmo tratamento que é outorgado aos direitos individuais ou de liberdade.

Como o presente trabalho pretende, em um primeiro momento, tratar de um princípio que reprova a criação de medidas estatais (especialmente de cunho legislativo) que visam a enfraquecer ou anular direitos sociais já concretizados em determinado ordenamento jurídico, bem como constatar que a ameaça a esses direitos advém, em ampla medida, de justificativas sobretudo econômicas, foram escolhidas, como pontos iniciais, duas abordagens relevantes para este estudo acerca da relação dos direitos sociais com a dimensão econômica.

A primeira delas é a teoria dos custos do direito que, de forma mais ampla, busca demonstrar que todos os tipos de direitos, sejam eles de cunho positivo ou negativo em relação à atuação do Estado, custam dinheiro para serem assegurados e, conseqüentemente, são limitados pela escassez dos recursos públicos. Em última análise, o que se defende na teoria dos custos do direito é que a efetivação de um direito ou de outro pressupõe uma escolha política¹, não sendo possível assegurar mais do que o orçamento permite, respeitando-se, pelo menos, a garantia ao mínimo existencial ao titular do direito.

A segunda abordagem escolhida diz respeito aos direitos sociais e ao fenômeno da globalização na sua dimensão econômica. A partir da problematização trazida por autores acerca da retração do Estado-Nação frente às novas forças econômicas transnacionais, será discutido qual é o rumo dado aos direitos fundamentais sociais, tendo em vista um contexto em que a ampla promoção desses direitos tem sido cada vez mais mitigada pelo poder econômico.

Após a apresentação dessas compreensões, o estudo avançará, ainda na temática dos direitos sociais, para o tratamento dado por boa parte da doutrina e

¹ Também denominadas por Guido Calabresi e Philip Bobbit de “escolhas trágicas”. Cf. CALABRESI, G.; BOBBIT, P. *Tragic choices – the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. New York: Norton & Co., 1978.

jurisprudência nacionais ao regime jurídico desses direitos, com base na Constituição Federal de 1988. Nesse ponto, será reconhecida a fundamentalidade dos direitos sociais, com o propósito de melhor firmar o entendimento posterior acerca da existência de um princípio de proibição de retrocesso social no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

Na segunda parte do trabalho, será apresentado o arcabouço teórico acerca do princípio de proibição de retrocesso social, mormente no Brasil. Para iniciar o estudo sobre referido princípio, é inevitável passar pelas origens que o idealizaram, em particular o Direito alemão e português, bem como mencionar alguns conceitos elaborados para caracterizar a proibição de retrocesso social enquanto princípio.

Depois de esclarecer essas questões introdutórias, chega-se ao ponto central do segundo capítulo que é o conteúdo material do explicitado princípio e a sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. Ainda, serão comentadas algumas críticas tecidas sobre o princípio analisado e alguns dos argumentos utilizados para rebatê-las.

Toda essa exposição servirá como suporte para a discussão proposta acerca da tentativa existente de regulação da terceirização no Brasil como um efetivo retrocesso social em relação aos direitos sociais trabalhistas.

O fenômeno da terceirização surgiu como uma necessidade das empresas de concentrar esforços na sua atividade produtiva principal e transferir as suas atividades acessórias a terceiros. No Brasil, essa sistemática começou a ser introduzida em meados da década de 1950 pelas multinacionais que aqui se instalavam, mas apenas na década de 1990 passou a ser ampliada, inclusive em atividades do setor público.

A falta de legislação específica sobre o tema no país acabou abrindo brechas para que esse instituto fosse utilizado sem nenhum critério, promovendo forte flexibilização dos direitos trabalhistas e precarização das condições de trabalho para os empregados terceirizados. À vista desse vácuo legislativo, a jurisprudência trabalhista se incumbiu de suprir a ausência de regulamentação através da edição de Súmulas pelo Tribunal Superior do Trabalho a respeito dos limites da terceirização², sendo um deles a impossibilidade de as empresas terceirizarem a sua atividade-fim.

² As duas principais Súmulas editadas sobre o tema são a 256/TST, que já não se encontra mais válida, e a atual 331/TST, as quais serão retomadas mais adiante no presente trabalho.

O grande problema da “regulamentação” da matéria através de jurisprudência é o fato de que elas se aplicam apenas às situações que porventura venham a ser judicializadas. Apesar de existirem e até preencherem satisfatoriamente o vazio normativo existente sobre o fenômeno terceirizante no país, as Súmulas do TST não vinculam a atuação dos particulares ou do Poder Público quando a questão envolvendo a terceirização trabalhista não bate à porta do Poder Judiciário.

Ocorre que a demanda por uma lei em sentido formal no Brasil tem ganhado recortes que vão de encontro aos direitos trabalhistas historicamente construídos e conquistados pelos trabalhadores brasileiros, tendo em vista a influência exercida pelo discurso econômico nesse debate.

No início de 2015, momento em que já se anunciavam os primeiros sintomas da crise econômica que ora atravessa o país, um projeto de lei criado em 2004 sobre a terceirização começou a ganhar destaque no Congresso Nacional. Já aprovado pela Câmara dos Deputados, o então PL nº 4330/04 agora tramita no Senado como PLC nº 30/15, e, caso aprovado e sancionado, representará um verdadeiro retrocesso social, marcadamente inconstitucional.

2 TEORIAS RELATIVAS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O SEU REGIME JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

A aproximação do Direito com outras áreas do conhecimento e, principalmente, com a realidade permite uma visão muito mais ampla acerca de suas teorias e institutos próprios, permitindo repensá-los e reinventá-los sempre que necessário. Essa dinâmica, inclusive, “socializa” mais o Direito, no sentido de fazê-lo alcançar determinadas demandas da sociedade que dificilmente poderiam ser abrangidas sem essa percepção ampla.

Pensando nisso, este primeiro capítulo pretende reproduzir tentativas de diálogos entre formulações jurídicas, mais especificamente a temática dos direitos sociais, e outros campos do saber, como a Economia e a Sociologia, a partir dos quais serão abordados estudos e teorias que buscam relacionar essas ciências, seja para incentivar tal relação, seja para criticar os desdobramentos práticos que esse vínculo pode desencadear.

Ao final desta parte, será apresentado o regime jurídico-constitucional dos direitos sociais no ordenamento pátrio, a fim de melhor fundamentar o segundo capítulo acerca do princípio da proibição de retrocesso social.

2.1. OS DIREITOS SOCIAIS E A TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS

Era comum encontrar em manuais de Direito Constitucional um capítulo dedicado aos direitos fundamentais sociais, no qual se observava a tese praticamente unânime de que estes estabeleciam deveres positivos ou prestacionais ao Estado.³ Nesse sentido, para que direitos sociais fossem efetivados, necessitaria-se de uma adequada previsão orçamentária (gasto público) para tanto, ao contrário dos direitos individuais, que, em regra, exigiam um dever negativo ou de abstenção estatal para o seu efetivo exercício.

Atualmente, esse entendimento já foi praticamente superado. Como será visto adiante, diversos autores já reconhecem um caráter multifuncional dos direitos

³ Essa concepção originou a conhecida divisão das gerações de direitos fundamentais, sendo os direitos sociais inseridos na segunda geração, marcada pelos direitos de igualdade, principalmente pelos direitos dos trabalhadores reivindicados durante o contexto histórico das Revoluções Industriais na Europa.

fundamentais, o que significa que o mesmo direito fundamental exerce várias funções ou, em outras palavras, impõe ao Estado diferentes deveres (tanto de abstenção quanto de ação). Para Alexy, “un derecho fundamental como un todo es un haz de posiciones iusfundamentales”⁴, isto é, um mesmo direito é capaz de abranger posições jurídicas diversas que impõem ao Estado deveres distintos.

Ocorre que para a teoria dos custos dos direitos essa compreensão não é tida como a mais correta. Flávio Galdino⁵ é um dos principais nomes brasileiros quando se trata desta teoria, uma vez que procurou condensar e refletir sobre as ideias expostas na obra “The cost of rights” de Cass Sunstein e Stephen Holmes.⁶

Aduz Galdino ser inegável a relevância conferida à classificação utilizada para distinguir direitos positivos e negativos. Tanto do ponto de vista dogmático, no sentido de “estabelecer uma linha histórica evolutiva dos Estados”, quanto no viés prático, a fim de “discernir os direitos fundamentais que são de pronto exigíveis do Estado e os que não são sindicáveis *ipso facto*, orientando-se assim as escolhas da sociedade”⁷. Contudo, para o autor, bem como para os defensores da teoria dos custos dos direitos, todos os direitos fundamentais são positivos e, conseqüentemente, possuem custos.

Essa teoria traz uma série de reflexões – inclusive de ordem econômica – para o universo jurídico, especialmente para o estudo da implementação dos direitos fundamentais. Ainda que não seja possível tomá-la como absoluta ou incontestável, tendo em vista a existência de diversas críticas bem fundamentadas refutando alguns pontos defendidos por tais autores, é interessante a discussão trazida com a teoria dos custos dos direitos.

Flávio Galdino, em um primeiro momento de sua obra, preocupa-se em conceituar e definir categorias jurídicas como os próprios direitos fundamentais e os direitos subjetivos. Em seguida, lança-se ao estudo dos direitos fundamentais subjetivos e os seus custos, que será, precisamente, a parte de maior utilidade para o presente trabalho.

⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 241.

⁵ GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos – direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

⁶ SUNSTEIN, Cass. R.; HOLMES, Stephen. *El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

⁷ GALDINO, *Introdução à teoria dos custos...*, p. 153.

Nesse momento, o autor tem como ponto de partida a classificação histórica mencionada acima, diferenciando direitos fundamentais positivos e negativos para, logo após, partir para a análise propriamente dita dos custos dos direitos, a começar pela concepção de escassez.

Por óbvio, vive-se num mundo dotado de bens majoritariamente escassos. Diante disso, para prover esses bens atingidos pelos efeitos da escassez, é imprescindível a existência de recursos. Para o Direito, a alocação de recursos costuma se concretizar após a utilização de técnicas de ponderação de princípios a fim de que se solucione, no maior grau possível, a colisão existente entre determinadas normas naquele caso concreto. Para a política, porém, a alocação de recursos nada mais é do que uma escolha.⁸

Segundo o autor, com base na obra “Tragic Choices” de Guido Calabresi e Philip Bobbit, toda solução jurídica encontrada envolve, no panorama político, uma escolha. Essa escolha resulta, conseqüentemente, em sacrifício do invocado direito preterido, seja em maior ou menor grau. Assim, em diversas circunstâncias, ainda que a solução encontrada seja considerada a melhor ou a mais justa, ela se traduz em uma opção trágica.⁹

Opção trágica, no sentido de que sempre haverá a prevalência de um direito que demanda uma prestação estatal sobre outro.¹⁰ São escolhas difíceis e, ao mesmo tempo, dramáticas para o Estado.

Nesse cenário, o autor critica um usual posicionamento jurídico, onde, muitas vezes, simplesmente ignoram-se as conseqüências (não intencionais) sociais e econômicas advindas de decisões judiciais ao se optar por um direito (ou uma norma) numa situação de colisão. Critica, sobretudo, a análise jurídica dominante que atribui aos direitos individuais ou de liberdade, como um todo, um caráter negativo e não prestacional, de modo que apenas os direitos sociais devem se submeter a essas escolhas trágicas. Em síntese, segundo o autor, passa-se a falsa ideia de que os direitos positivos “são objeto de colisão por força da escassez de recursos” enquanto os direitos negativos “são indiferentes à escassez”.¹¹

⁸ GALDINO, *Introdução à teoria dos custos...*, p. 158.

⁹ GALDINO, *Introdução à teoria dos custos...*, p. 159.

¹⁰ Utiliza-se também a expressão “trade-offs” quando se refere ao ato público de optar por um(uns) direito(s) em detrimento de outro(s).

¹¹ GALDINO, *Introdução à teoria dos custos...*, p. 162-163.

Enfim, após elencar alguns modelos de pensamento sobre direitos no Brasil, Galdino apresenta os estudos aprofundados por Cass Sunstein e Stephen Holmes acerca da relação existente entre o custo de implementação de um direito e a sua repercussão prática e social.¹²

Conforme já enunciado, os dois autores defendem a positividade de todos os direitos, de modo que estes, sem exceção, sempre dependerão de uma prestação pública e serão custosos.

A *contrario senso*, essa corrente teórica levanta a seguinte problemática: acreditar que alguns direitos não são custosos induz automaticamente a um posicionamento conservador de que estes direitos merecem um nível de proteção muito acima dos demais, especialmente dos sociais¹³. É esse pensamento que Sunstein e Holmes pretendem refutar com a compreensão de que todos os direitos custam.

A título exemplificativo, os autores fazem referência ao direito de propriedade, que para ter uma proteção eficaz contra prejuízos ou ameaças, é necessário a criação de normas para tanto (atuação política), bem como a efetivação dessas normas em concreto, tanto em caráter preventivo, como repressivo. Assim, é mais fácil observar que um direito tido historicamente como negativo e que apenas cria deveres de abstenção do Estado é, utilizando-se da expressão de Galdino, “estrandosamente positivo”¹⁴.

Na realidade, para Sunstein e Holmes, uma correta compreensão dos direitos é também um exercício de responsabilidade social, uma vez que reconhecendo os custos (geralmente elevados) que eles têm, bem como que a escassez de recursos públicos impossibilita a efetivação imediata de todos, reconhece-se também que o exercício desses direitos deve ser sempre responsável e calculado.¹⁵

Contudo, os custos dos direitos não devem ser vistos como meros óbices à efetivação de direitos fundamentais. A teoria ora analisada é, de fato, uma teoria “pragmática de direito fundamental”¹⁶, pois busca, acima de tudo, aproximar os conceitos e métodos jurídicos da realidade.

Galdino sintetiza essa ideia no seguinte trecho de sua obra:

¹² GALDINO, *Introdução à teoria dos custos...*, p. 199.

¹³ SUNSTEIN; HOLMES. *El costo de los derechos...*, p. 43-51. GALDINO, *Introdução à teoria dos custos...*, p. 205.

¹⁴ GALDINO, *Introdução à teoria dos custos...*, p. 208.

¹⁵ SUNSTEIN; HOLMES. *El costo de los derechos...*, p. 161-169.

¹⁶ GALDINO, *Introdução à teoria dos custos...*, p. 339.

“Sob o ponto de vista prático, essa integração otimiza a atividade jurídica, em especial a judiciária. Deste modo, antes de se afirmar que uma pessoa determinada possui um direito fundamental determinado, há que se analisar os custos desse direito e, somente diante da confirmação de que há possibilidades reais de atendimento ao ainda então invocado direito, reconhece-se tal postulação como direito fundamental.

(...) [C]om a integração dos custos ao conceito de direito fundamental, evita-se a ruptura do sistema toda vez que alguém supostamente tivesse direito *in abstracto*, mas que, *in concreto*, não fosse possível torná-lo efetivo por força de limitações orçamentárias (...)¹⁷

Ao final, defende o reconhecimento de um direito fundamental subjetivo apenas quando houver uma real possibilidade de concretizá-lo. Tal concretização, porém, deve sempre levar em conta não um direito individualizado, de uma parte em litígio, mas sim todo o restante da sociedade. Para ele, “reconhecer um direito concretamente a uma pessoa (...) pode significar negar esse mesmo direito (concretamente) e talvez vários outros a muitas pessoas que possivelmente sequer são identificadas em um dado litígio”¹⁸.

Esse é, seguramente, o ponto da teoria mais duramente criticado por outros autores, especialmente por Luís Fernando Sgarbossa.¹⁹

Para Sgarbossa, a teoria construída em torno de um falacioso conceito de reserva do possível e de custos dos direitos tem um caráter eminentemente ideológico do pensamento liberal/neoliberal, cujo discurso retórico e quase que “auto-evidente” ganhou espaço em decisões judiciais nos últimos anos.²⁰

Essa alta carga ideológica se verifica rigorosamente ao não se encontrar nesses discursos a defesa do emprego da reserva do possível, nos moldes por eles adotados, em relação a direitos clássicos, ainda que bastante custosos.

O autor defende um “conceito constitucionalmente adequado” de reserva do possível, o qual se aproxime precipuamente do seu conceito originário advindo do Tribunal Constitucional Federal alemão. Esse conceito tem a noção de reserva do possível como um “teto” às prestações sociais imputadas ao Estado, em contraposição ao “pisso” compreendido pela doutrina como sendo o mínimo existencial.

¹⁷ GALDINO, *Introdução à teoria dos custos...*, p. 342.

¹⁸ GALDINO, *Introdução à teoria dos custos...*, p. 345.

¹⁹ SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos*: Volume 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

²⁰ SGARBOSSA, *Crítica à teoria dos custos...*, p. 346.

Em última análise, se demonstra completamente inadmissível para Sgarbossa a compreensão de reserva do possível como sendo uma permissão para a “procrastinação indefinida” de efetivação dos direitos fundamentais sociais, como assim pretende o pensamento neoliberal.²¹

2.2. A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS EM UMA ECONOMIA GLOBALIZADA

Outro fenômeno econômico que produz efeitos diretos no universo jurídico, em especial nos direitos sociais, é a globalização²².

Sabe-se que esse sintoma mundial pode ser abordado a partir de diversas perspectivas, uma vez que se trata de um fenômeno “polifacético”²³, no dizer de Boaventura de Sousa Santos, com extensões econômica, política, social, religiosa, cultural e jurídica, combinada das mais diversas e complexas maneiras. Contudo, o presente trabalho irá se debruçar, naturalmente, na dimensão econômica da globalização.

Inúmeros autores inclinaram-se na tentativa de conceituar esse fenômeno. A obra “Globalização econômica, política e direito” de Abili Lazaro Castro de Lima sistematizou com clareza os mais relevantes autores que se empenharam nessa tarefa, podendo inferir que se trata de uma “crescente interconexão em vários níveis da vida cotidiana a diversos lugares longínquos no mundo”.²⁴

Notadamente, a globalização econômica, segundo Abili Lima, é a dimensão mais interessante de se analisar, pois auxilia a ter uma melhor compreensão acerca da crise dos Estados nacionais, uma vez que, no entendimento de Daniel Sarmiento, “nossa sorte está cada vez mais atrelada aos humores de um mercado financeiro

²¹ SGARBOSSA, *Crítica à teoria dos custos...*, p. 347.

²² Esse tema foi amplamente debatido no direito pátrio a partir da segunda metade da década de 90 até meados da primeira década dos anos 2000, de modo que as bibliografias utilizadas neste trabalho são, em grande parte, anteriores a 2008.

²³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *La Globalización del derecho: Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá: ILSA, 1998, p. 39.

²⁴ LIMA, Abili Lázaro Castro de. *Globalização econômica, política e direito: análise das mazelas causadas no plano político-jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 127.

internacional volátil e temperamental, dominado por atores cujo poderio desafia qualquer autoridade estatal”²⁵.

A crise do Estado-nação pode ser entendida como a retração estatal frente aos novos arranjos econômico-financeiros internacionais, marcados, principalmente, pela protagonização das empresas transnacionais e da nova divisão internacional do trabalho nesse cenário. No mundo globalizado e de declínio estatal, a concepção de soberania perde completamente seu sentido original.²⁶

Sobre as principais consequências advindas da crise dos Estados nacionais, elucida Sarmiento que estes perdem o domínio sobre os rumos de sua própria política e economia, resultando, em última análise, na privação do poder estatal em garantir a eficácia dos direitos sociais.²⁷

Para o autor, esse enfraquecimento estatal pode ser, como de fato é, muito prejudicial às classes desfavorecidas, mas, por outro lado, representa uma conquista aos que defendiam a figura de um Estado mínimo e criticavam esse papel paternalista e antiliberal incorporado pelo Estado de Bem-Estar Social.²⁸

Nesse sentido é que se sustenta que a compreensão do fenômeno da globalização deve levar em conta também a política econômica do neoliberalismo, cujo principal marco de surgimento foi o Consenso de Washington, conjunto de medidas elaboradas entre 1989 e 1990, por instituições financeiras internacionais²⁹, para estabilizar e acelerar o crescimento das economias dos países emergentes, tais como: “abertura dos mercados internos, estrita disciplina fiscal com corte de gastos sociais, privatizações, desregulamentação do mercado, reforma tributária e flexibilização das relações de trabalho”³⁰.

As principais críticas a esse receituário de medidas neoliberais surgiram após os próprios resultados gerados com elas em alguns países como a Tailândia, Coreia do Sul e México, os quais enfrentaram crises devastadoras, em especial no campo social, sofrendo com o forte desemprego local, recessões, desvalorização salariais etc.

²⁵ SARMENTO, Daniel. Direitos sociais e globalização: limites ético-jurídicos ao realinhamento constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, v. 223, 2001, p. 153.

²⁶ LIMA, *Globalização econômica...*, p. 198.

²⁷ SARMENTO, *Direitos sociais e globalização...*, p. 154.

²⁸ SARMENTO, *Direitos sociais e globalização...*, loc. cit.

²⁹ Banco Mundial, FMI, Departamento do Tesouro dos Estados Unidos e instituições bancárias do G7.

³⁰ SARMENTO, *Direitos sociais e globalização...*, p. 153.

São justamente as garantias sociais as mais afetadas nesse contexto, visto que dependem, em grande medida, de recursos públicos para serem integralmente efetivadas. Na teoria e na prática, a globalização e o neoliberalismo, na contramão das Constituições cidadãs e dirigentes, se apresentam como óbices à efetividade dos direitos sociais; entram em zona de colisão direta com a atividade estatal em prol desses direitos (que custam).

A primeira vista, os direitos trabalhistas são os mais suscetíveis de sofrerem violações e retrocessos, a partir de dois mecanismos principais, na concepção de Abili Lima: a flexibilização e a desregulamentação desses direitos.³¹

Contudo, no momento em que as decisões de governo deixam de ser políticas e passam a ser econômicas³², todos os direitos fundamentais sociais na sua função positiva/prestacional tornam-se secundarizados, banalizados. A educação pública perde espaço para a massificação de cidadãos acríticos; a saúde pública permanece sucateada; a moradia digna é privilégio de poucos; assim como o lazer e a segurança, destinados apenas às classes mais favorecidas. A Constituição escrita, conforme sustenta Ferdinand Lassalle³³, passa a representar nada mais do que um pedaço de papel, ante os fatores reais de poder, que nesse caso é o poder econômico.

Acertadamente, Daniel Sarmento pondera que hoje já não se luta mais tanto pela expansão dos direitos econômicos e sociais, mas sim pela contenção dos retrocessos, uma vez que conservar o que já se conquistou no passado, ainda que pareça modesto, demonstra ser uma tarefa arduosa frente aos movimentos conservadores do presente.

2.3. O REGIME JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS SOCIAIS

Com o intuito de tratar, no presente tópico, acerca do regime jurídico dos direitos sociais na Constituição Federal de 1988, é indispensável ressaltar que estes direitos são tão fundamentais quantos os demais – denominados de civis e políticos.

³¹ LIMA, Abili Lázaro Castro de. A globalização econômica e a dissipação dos direitos sociais. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 26, 2006, p. 51.

³² LIMA, *A globalização econômica e a dissipação...*, p. 57.

³³ LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

É majoritário o entendimento da doutrina, no sentido de que os direitos sociais sujeitam-se não apenas à aplicabilidade imediata constante do art. 5º, § 1º, da CF, mas também ganham a devida proteção contra emendas constitucionais tendentes a aboli-los, conforme dispõe o art. 60, § 4º, IV, da CF.³⁴ Afirma-se, ainda, que, com base no art. 5º, § 2º, da CF, o rol de direitos e garantias fundamentais não se esgota naqueles previstos no Título II da Constituição Federal, de modo que os direitos fundamentais sociais também podem ser encontrados em outras partes do texto constitucional ou fora dele, como em tratados internacionais internalizados no ordenamento jurídico pátrio.

No tocante à aplicabilidade imediata destes direitos, Ingo Wolfgang Sarlet explica que, assim como ocorre com os direitos fundamentais de um modo geral, os direitos sociais igualmente se deparam com limitações fáticas e jurídicas para serem aplicados, fato que em hipótese alguma se obsta o dever de aplicação direta destas normas.

Nesse sentido, Sarlet³⁵ afirma que:

“ainda que se possa falar, no caso de alguns direitos sociais, especialmente em virtude do modo de sua positivação no texto constitucional, em uma maior relevância de uma concretização legislativa, essa peculiaridade não afasta o dever de se atribuir também às normas de direitos sociais uma máxima eficácia e efetividade, obrigação cometida a todos os órgãos estatais, no âmbito de suas respectivas competências (...)”

Já em relação à proteção contra emendas constitucionais abolitivas ou contra intervenções restritivas por parte dos órgãos estatais, o autor destaca, na mesma linha, que aos direitos sociais também se aplica “o sistema constitucional de limites e limites dos limites”³⁶, sendo inconcebível, em regra, a reforma constitucional disposta ou tendente a abolir tais direitos.

Avançando nesta temática do regime jurídico dos direitos sociais, sempre partindo do pressuposto de sua fundamentalidade, não se ignora o fato de que

³⁴ É o entendimento, por exemplo, de SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 145-153 e 327; PEREIRA, Ana Lucia Pretto. O conteúdo e alcance do art. 5º, § 1º, da CF/1988. In.: CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord.) *Direito Constitucional Brasileiro: teoria da constituição e direitos fundamentais*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 382-385; MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 154; MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 198; BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 176-177.

³⁵ SARLET; et al., *Curso de Direito Constitucional*, p. 565.

³⁶ SARLET; et al., *Curso de Direito Constitucional*, p. 566.

referidos direitos são dotados da chamada dupla dimensão dos direitos fundamentais, sendo uma subjetiva e outra objetiva.

A dimensão subjetiva diz respeito às posições jurídicas subjetivas, na qual a norma de direito fundamental confere ao cidadão o poder de exigir uma conduta positiva ou negativa do Estado ou até mesmo de outro particular. No plano jurisprudencial e doutrinário pátrio, há uma tendência de reconhecimento do direito subjetivo, em relação aos direitos sociais, ao menos a fim de se assegurar o mínimo existencial³⁷, garantia que veremos logo adiante neste mesmo tópico.

Já em relação à dimensão objetiva, a norma de direito fundamental impõe deveres objetivos ao Estado de se organizar institucionalmente e criar procedimentos adequados ao exercício destes direitos pela universalidade dos cidadãos, bem como normas de proteção contra investidas indevidas de terceiros, independentemente de provocação do titular do direito fundamental³⁸. Vale dizer, o Estado tem deveres objetivos de proteção do indivíduo que visam possibilitar a fruição de seu direito fundamental espontaneamente.

Uma segunda consequência da dimensão objetiva é que esses direitos são concebidos não apenas como posições jurídico-subjetivas, mas também como um conjunto de valores essenciais da sociedade que deve nortear a atuação dos poderes públicos. Isso significa que possuem uma eficácia irradiante, difundindo-se por todo o ordenamento jurídico, de modo que todas as normas devem ser interpretadas de acordo com os direitos fundamentais³⁹.

Outro efeito que se opera aos direitos sociais, e que é referência comum ao regime jurídico dos direitos fundamentais, é a sua dupla dimensão negativa e positiva, “abrangendo, portanto, um leque diferenciado de posições jurídico-subjetivas que podem estar vinculadas a um mesmo direito fundamental (social) compreendido em sentido amplo”⁴⁰.

Conforme já mencionado no tópico anterior, para Alexy um direito fundamental enfeixa várias posições jurídicas distintas que impõem ao Estado deveres também distintos.⁴¹ Pode-se dizer que um mesmo direito fundamental

³⁷ SARLET; et al., *Curso de Direito Constitucional*, p. 566.

³⁸ HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. 614 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p. 55.

³⁹ SARLET; et al., *Curso de Direito Constitucional*, p. 567.

⁴⁰ SARLET; et al., *Curso de Direito Constitucional*, p. 567-568.

⁴¹ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales...*, p. 241.

apresenta uma função de defesa (proteção do indivíduo contra intervenções arbitrárias do Estado) e uma função de prestação em sentido amplo (dever de agir do Estado).

Essa nova corrente, difundida por Alexy e acatada pela doutrina contemporânea, chama-se “teoria da multifuncionalidade”, e diverge da rígida e ultrapassada separação dos direitos fundamentais em gerações, segundo a qual se defendia que os direitos sociais, considerados de segunda geração, apenas exigem prestações fáticas do Estado, diferentemente dos direitos de liberdade, ou de primeira geração, que exigem um dever de abstenção estatal.

Outra característica presente nos direitos fundamentais em geral, mas que se evidencia mais fortemente nos direitos sociais, é o fato de possuírem um conteúdo mínimo que precisa ser assegurado à população, não admitindo restrições aquém desse patamar. Essa característica se destaca especialmente nos direitos fundamentais sociais, pois, apesar de apresentarem o atributo da multifuncionalidade, exigem um grau de satisfação que se condiciona à atuação dos Poderes Públicos (Executivo e Legislativo especialmente) voltada para a realização desses direitos na concretude.⁴²

Entende-se que o conteúdo mínimo dos direitos sociais (o denominado mínimo existencial) é considerado como o próprio núcleo essencial desses direitos. Nesse sentido, o mínimo existencial se refere às condições necessárias para que uma pessoa tenha uma vida minimamente digna, sendo que eventual desrespeito a esse conteúdo mínimo implica em violação ao princípio da dignidade humana.

Clèmerson Clève sustenta que essa condição deve ser observada como “uma dimensão prestacional mínima dos direitos sociais”, autorizando que seus titulares recorram a medidas jurisdicionais necessárias para exigir a promoção de políticas voltadas para o cumprimento dos seus direitos.⁴³

A posição que parece mais adequada, nesse ponto, foi defendida por Daniel Hachem ao dizer que “não parece ser possível acolher a tese do mínimo existencial como teto máximo”, mas sim como “ piso mínimo”. Segundo o autor, o Estado deve realizar os direitos dos cidadãos em sentido máximo, contudo, em relação ao

⁴² ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais sociais. In.: CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord.). *Direito Constitucional Brasileiro: teoria da constituição e direitos fundamentais*. Volume I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 877.

⁴³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 27-28.

mínimo existencial, não deve haver dúvida de que não é possível qualquer ponderação.⁴⁴

Outro conteúdo bastante abordado pelos doutrinadores dentro do regime jurídico dos direitos sociais é o da reserva do possível, “caracterizada pela avaliação da possibilidade de meios de realização de um direito”.⁴⁵ Reconhece-se o fato de que não são exclusivamente os direitos sociais que apresentam uma dimensão economicamente relevante. Contudo, o tema da reserva do possível é especialmente tratado em relação aos direitos sociais, uma vez que estes se apresentam, em grande maioria, como obrigações positivas ao Estado, “de modo especial, naquilo que guardam relação com a destinação, criação e (re)distribuição de recursos materiais e humanos, com destaque para os aspectos econômicos, financeiros e tributários que dizem respeito à efetividade” destes direitos.⁴⁶

O debate se inicia, sobretudo, a partir de uma premissa levantada por parcela da doutrina, no sentido de que se a efetivação de direitos positivos (que impõe uma prestação estatal) está sempre condicionada à alocação de recursos públicos, é certo que a concretização de boa parte dos direitos sociais encontra-se vinculada à conjuntura econômica que o país atravessa. Pensando assim, esses autores, ao tratarem da reserva do possível, pretendem problematizar a possibilidade, ou não, de que tais direitos sejam efetivados no âmbito do Poder Judiciário, quando este impõe uma ação por parte do Legislativo ou, em especial, do Executivo.

Não é o propósito do presente trabalho ater-se a analisar a legitimidade do Judiciário para implementar direitos fundamentais não concretizados pelos outros Poderes. É importante salientar, porém, que segundo Clève, a reserva do possível não pode ser utilizada como obstáculo para a concretização de direitos fundamentais de ordem social, mas sim como um parâmetro que estabeleça prudência e responsabilidade à atuação do Poder Judiciário.⁴⁷

Com efeito, o entendimento mais pacífico a respeito da reserva do possível diz respeito ao ônus argumentativo-probatório atribuído ao Poder Público, ou ao particular que se encontre na posição de prestar determinado direito fundamental, quando da impossibilidade fática de satisfazer um direito fundamental social

⁴⁴ HACHEM, *Tutela administrativa efetiva...*, p. 106.

⁴⁵ ROTHENBURG, *Direitos fundamentais sociais*, p. 878.

⁴⁶ SARLET; et al., *Curso de Direito Constitucional*, p. 575.

⁴⁷ CLÈVE, *Para uma dogmática constitucional...*, p. 29.

subjetivo.⁴⁸ Nesse sentido, “a impossibilidade de atendimento da demanda (de fornecimento das prestações) deve ser demonstrada pelo Poder Público, a quem incumbe o ônus da prova”⁴⁹.

Ademais, um último ponto importante referente ao regime jurídico dos direitos sociais, e que guarda forte relação com a questão do princípio da proibição de retrocesso social, é a necessidade de progredir continuamente na implementação desses direitos.

Segundo Rothenburg, essa característica dos direitos fundamentais sociais – a progressividade – encontra-se prevista em dois importantes pactos internacionais⁵⁰: o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁵¹ e no Pacto de São José da Costa Rica⁵².

É importante destacar, neste ponto, que progressividade e possibilidade são conceitos certamente conectados. No entanto, assim como tratado na reserva do possível, não se admite a restrição à aplicabilidade dos direitos sociais em razão do argumento da pouca disponibilidade de recursos.⁵³

O que se percebe, nesse sentido, é o caráter inesgotável de concretização dos direitos fundamentais, em especial dos direitos sociais. Isso porque se revelam como direitos cujo “horizonte é sempre infinito”⁵⁴, nas palavras de Clèmerson Clève.

Assim, mais importante que ressaltar a progressividade desses direitos é reforçar a sua máxima efetividade, tendo em vista a ideia de aproximação entre “o

⁴⁸ ROTHENBURG, *Direitos fundamentais sociais*, p. 878.

⁴⁹ SARLET; et al., *Curso de Direito Constitucional*, p. 579. Nesse trecho, o autor traz como referência um julgado do STF – STA 268-9/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 22.10.2008 – o qual ressalta: “O Município de Igrejinha, apesar de alegar lesão à economia pública, não comprova a ocorrência da lesão aos cofres municipais, limitando-se a sustentar que o medicamento deve ser fornecido pelo Estado do Rio Grande do Sul e que as decisões judiciais, nesses casos, violam o princípio da separação dos poderes (art. 2º da CF/88).”

⁵⁰ ROTHENBURG, *Direitos fundamentais sociais*, p. 879.

⁵¹ Art. 2º.1: “[c]ada Estado-parte... compromete-se a adotar medidas,... principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto...”

⁵² Art. 26. “Os Estados-partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados”

⁵³ ROTHENBURG, *Direitos fundamentais sociais*, p. 880.

⁵⁴ CLÈVE, *Para uma dogmática constitucional...*, p. 19-20.

dever-ser normativo e o ser da realidade social⁵⁵, vale dizer, entre o conteúdo material dos direitos fundamentais assegurados constitucionalmente e a sua efetiva aplicação no contexto fático-social do cidadão brasileiro.

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 243.

3. O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Considerando que o capítulo anterior forneceu um subsídio introdutório ao estudo dos direitos fundamentais sociais, neste será abordado, precisamente, o princípio da proibição de retrocesso social. Em um primeiro momento, serão apresentadas algumas considerações iniciais acerca do tema, a fim de melhor compreender a origem e os principais conceitos atribuídos ao referido princípio. Em seguida, parte-se para o estudo específico do conteúdo material da proibição de retrocesso social e a sua aplicabilidade em nosso ordenamento jurídico-constitucional. Por fim, serão apresentadas as principais críticas tecidas contra o princípio em análise, bem como alguns argumentos que buscam superar tais críticas.

O principal objetivo desta parte do trabalho é demonstrar que o princípio da proibição de retrocesso social integra o regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais sociais, bem como possui uma aplicação prática relevante para coibir um retorno no grau de concretização desses direitos, especialmente os trabalhistas, objeto de pesquisa do último capítulo deste trabalho.

3.1. APONTAMENTOS INTRODUTÓRIOS: HISTÓRICO E CONCEITUAÇÃO

A preocupação em construir doutrinária e jurisprudencialmente um princípio da proibição de retrocesso social, assim como reiterar a fundamentalidade dos direitos sociais, se justifica, principalmente, pela constante ameaça praticada contra as conquistas sociais atualmente consolidadas e pela necessidade de resguardar tais direitos do âmbito de disposição arbitrária do legislador ordinário.⁵⁶

A crise do modelo de Estado Social “hipertrofiado”, ou do denominado “Estado de bem-estar social”, teve seus primeiros sintomas na década de 1980, momento no qual se passou a idealizar e efetivar reformas para o enfrentamento da crise.

Com essas reformas engendradas para combater o agigantamento estatal, redimensionando o tamanho do Estado e transformando seu modo de atuação, os

⁵⁶ NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 96.

direitos fundamentais, em especial os sociais, acabaram enfraquecendo, sob os fundamentos da escassez de recursos e da supervalorização dos direitos de liberdade.⁵⁷ Trata-se de uma flagrante crise de efetividade e identidade enfrentada pelo Estado, pela Constituição e pelos direitos fundamentais, a partir da qual já se começou a discutir a respeito de um possível “mal-estar constitucional e um pessimismo pós-moderno”.⁵⁸

Segundo Benito de Castro Cid, os principais argumentos utilizados para buscar o enfrentamento da crise do Estado Social e, conseqüentemente, dos direitos sociais, econômicos e culturais são os seguintes: a negação desses direitos como sendo direitos propriamente ditos, a diminuição das prestações estatais, a redução do nível de satisfação das necessidades, a redução do número de beneficiários ou titulares desses direitos ou a substituição desses direitos por possibilidades de intervenção ativa nos processos econômicos ou sociais.⁵⁹

Tais “soluções”, porém, segundo o autor, desconsideram os reconhecidos avanços em matéria de direitos sociais ao longo dos anos, com a ampliação do rol e posituação desses direitos no Estado Constitucional.

A exigência de reinvenção do Estado Social de acordo com as constantes transformações mundiais não deve desconsiderar a demanda popular por direitos sociais efetivos. Não deve, principalmente, retroceder no rol de direitos já consagrados e nas conquistas já implementadas⁶⁰, a ponto de afetar o núcleo essencial desses direitos. Com essa percepção, os delineamentos jurídicos, a fim de conservar níveis adequados de proteção social nesse contexto de crise, passam a se tornar ainda mais necessários.

Como bem ressalta Luísa Pinto e Netto, no âmbito da Constituição Federal brasileira, essa crise do Estado Social “somente pode ser interpretada como necessidade de superação de um modelo de Estado Social, o Estado maciçamente interventor, prestador e produtor direto”, pois de forma alguma existe a possibilidade de afastar o elemento social, constitucionalmente protegido no país sob os moldes

⁵⁷ NETTO, *O princípio de proibição de retrocesso social*, p. 97.

⁵⁸ SARLET faz menção à J. J. Gomes Canotilho ao utilizar essas duas expressões. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 2, 2004, p. 134.

⁵⁹ CID, Benito de Castro. Estado social y crisis de los derechos económicos, sociales y culturales. *Derechos y libertades*: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, ano n. 3, n. 6, 1998, p. 66.

⁶⁰ SARLET, *Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso...*, p. 36.
NETTO, *O princípio de proibição de retrocesso social*, p. 99.

do Estado Social e Democrático de Direito.⁶¹ Como bem pondera Antonio Enrique Pérez Luño, não está em jogo uma possível substituição do Estado Social por um Estado Democrático de Direito.⁶²

Ademais, Ingo Sarlet problematiza essa questão da crise no contexto brasileiro, ao afirmar que ainda se está vivenciando o surgimento de uma Constituição social, nos moldes europeus antes da crise relatada, tendo em vista que “as promessas da modernidade entre nós sequer foram minimamente cumpridas e que o Estado Democrático (e Social) de Direito brasileiro, na condição de Estado da justiça material, não passa de um simulacro”⁶³, cenário que, para o autor, justifica ainda mais a imprescindibilidade de discutir um princípio de proibição de retrocesso social por aqui.

Nesse sentido, no intuito de fundamentar a existência de referido princípio na Constituição Federal de 1988, demonstra-se substancial abordar sumariamente suas primeiras manifestações no direito estrangeiro.

Com efeito, pode-se dizer que esse princípio nasceu na Alemanha. Muito se atribuiu a possibilidade de ascensão do regime nazista alemão à então vigente Constituição da República de Weimar, de 1919, reconhecida como uma Constituição modelo de proteção social, servindo de inspiração, inclusive, para a Constituição Federal Brasileira de 1988. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, referida Carta foi tida como um verdadeiro fracasso no Estado Alemão, fazendo com que a Constituição subsequente, a Lei Fundamental de Bonn, em muito se distinguisse da de Weimar, em especial no que diz respeito aos direitos sociais, os quais foram excluídos do novo texto constitucional e rebaixados da qualidade de direitos fundamentais.

Foi nesse cenário que surgiu a ideia da proibição de retrocesso social, uma vez que a doutrina e jurisprudência germânicas precisaram construir maneiras distintas de se conferir a devida proteção aos direitos sociais, com base na nova Lei Fundamental.

Na realidade, a construção jurídica em torno da proibição de retrocesso social na Alemanha se deu a partir da garantia fundamental de propriedade assegurada

⁶¹ NETTO, *O princípio de proibição de retrocesso social*, p. 99.

⁶² PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 235.

⁶³ SARLET, *Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso...*, p. 137-138.

constitucionalmente.⁶⁴ Contudo, não pretendendo alongar-se nessa seara, é importante retirar da experiência alemã o entendimento de que até em um ordenamento em que não se prevê no texto constitucional a proteção aos direitos adquiridos, é aplicado o princípio da proibição de retrocesso social. Seguindo esse raciocínio, por que não assegurar a sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro?⁶⁵

A relação germânica com o princípio da proibição de retrocesso social acabou por influenciar solos lusitanos no mesmo sentido. Em Portugal, o ápice da construção jurisprudencial da proibição de retrocesso social se deu com o Acórdão nº 39/84 do Tribunal Constitucional português, relatado por Vital Moreira, cuja razão de decidir pela inconstitucionalidade de uma norma que pretendia extinguir o Serviço Nacional de Saúde (equivalente ao nosso Sistema Único de Saúde) foi a violação ao princípio em questão.

A fundamentação de Vital Moreira no referido acórdão, tido como paradigma acerca do tema no Tribunal Constitucional de Portugal, é tão inteligível que apenas resta transcrevê-lo em parte:

“Em grande medida, os direitos sociais traduzem-se para o Estado em obrigação de fazer, sobretudo de criar certas instituições públicas (sistema escolar, sistema de segurança social, etc.). Enquanto elas não forem criadas, a Constituição só pode fundamentar exigências para que se criem; mas após terem sido criadas, a Constituição passa a proteger a sua existência, como se já existissem à data da Constituição. As tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam-no também a não aboli-los uma vez criados. Quer isto dizer que a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar (ou passar também a ser) numa obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.”⁶⁶

A partir do raciocínio em torno do retrocesso que a extinção do Sistema

⁶⁴ A respeito desse tema, ver: DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 137-144.; e SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Salvador, n. 9, mar./abr./mai., 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rere-9-mar%C3%87o-2007-ingo%20sarlet.pdf>> Acesso em: 23 jul. 2015.

⁶⁵ DERBLI, *O princípio da proibição de retrocesso social...*, p. 209-210.

⁶⁶ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 39/84. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>> Acesso em: 21 out. 2015.

Nacional de Saúde desempenharia no cenário fático e constitucional português, o Ministro relator saiu vencedor no citado julgamento, tendo o Tribunal Constitucional declarado, por maioria, a inconstitucionalidade do art. 17º do Decreto-lei nº 254/82.

Posteriormente, outros acórdãos se utilizaram da proibição de retrocesso social para fundamentar a decisão de inconstitucionalidade de leis, mas não como razão de decidir como fez Vital Moreira no AC 39/84. É o caso do AC 330/89, que trata das taxas moderadoras na saúde, do AC 148/94, referente às taxas do ensino universitário, do AC 509/02, acerca do rendimento mínimo de inserção, e do AC 590/04, sobre crédito jovem bonificado.⁶⁷

O que se percebe, contudo, é a mudança de entendimento que o Tribunal Português foi sofrendo nessa temática, no sentido de restringir a aplicação do princípio da proibição de retrocesso social apenas para situações que atingissem o núcleo essencial do direito fundamental discutido ou casos que afrontassem o princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no que tange a direitos sociais, econômicos e culturais.⁶⁸

No campo teórico, José Joaquim Gomes Canotilho, constitucionalista português, entende que o princípio da vedação de retrocesso social coíbe o retorno legislativo capaz de eliminar, sem um arranjo alternativo ou compensatório, o núcleo essencial já efetivado de direitos fundamentais (sociais).⁶⁹ Segundo o autor, o princípio em análise decorre do princípio da democracia econômica e social, e, nesse sentido, os direitos sociais, uma vez concretizados em determinado grau, traduzem-se em garantia institucional e em um direito subjetivo.⁷⁰ De outra sorte, Canotilho tem considerado que o princípio se atrofia diante de crises econômicas, visto que reprime tão somente o retrocesso (de direitos sociais, econômicos ou culturais efetivados) que vai de encontro ao princípio da proteção da confiança e da segurança jurídica, ou que pretenda aniquilar o núcleo essencial relacionado ao mínimo existencial desses direitos, o qual é inerente ao princípio da dignidade da pessoa humana.⁷¹

⁶⁷ NETTO, *O princípio de proibição de retrocesso social*, p. 104.

⁶⁸ DERBLI, *O princípio da proibição de retrocesso social...*, p. 156-157. Ainda, cf. AC 583/00 e AC 101/92, ambos do Tribunal Constitucional de Portugal.

⁶⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 374-375 e 411-415; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed., 2003, p. 338-440 e 478-480.

⁷⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Volume II. Coimbra: Almedina, 1981, p. 179.

⁷¹ NETTO, *O princípio de proibição de retrocesso social*, p. 105.

Outros importantes autores portugueses, como Jorge Miranda⁷², José Carlos Vieira de Andrade⁷³, Paulo Otero⁷⁴, Jorge Reis Novais⁷⁵, José de Melo Alexandrino⁷⁶ e Jorge Pereira da Silva⁷⁷ também se dedicaram ao tema da proibição de retrocesso social em suas obras.

Importa destacar, enfim, que as experiências alemã e portuguesa serviram de inspiração para iniciar o debate sobre proibição de retrocesso no Direito brasileiro, que passou, então, a se debruçar na construção de uma sistematização doutrinária própria para o princípio. Em contrapartida, a jurisprudência constitucional pátria ainda se mostra tímida na utilização da proibição de retrocesso social como razão de decidir, fato que demonstra, certamente, um bloqueio natural para a incorporação desse instituto jurídico ainda recente no país.

Pode-se dizer que a fundamentação mais relevante ocorrida no Supremo Tribunal Federal acerca do princípio foi do Ministro Sepúlveda Pertence na relatoria da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2065⁷⁸, a qual impugnava o artigo 17 da Medida Provisória nº 1911-9/99 que acabava por extinguir o Conselho Superior da Seguridade Social e os Conselhos Estaduais e Municipais da Previdência Social. Apesar de seu voto restar vencido, um ponto interessante a se reproduzir de sua decisão foi o seguinte:

“[Q]uando, já vigente a Constituição, se editou lei integrativa necessária à plenitude da eficácia, pode subsequentemente o legislador, no âmbito de sua liberdade de conformação, ditar outra disciplina legal igualmente

⁷² MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. Tomo IV. 3 ed. Coimbra, 2003.

⁷³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2006.

⁷⁴ OTERO, Paulo. *O poder de substituição em direito administrativo*. Volume II. Lisboa: Lex, 1995.

⁷⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra, 2010.

⁷⁶ ALEXANDRINO, José de Melo. *A estruturação do sistema de direito, liberdades e garantias na Constituição portuguesa*. v. II, Coimbra: Almedina, 2006.

⁷⁷ SILVA, Jorge Pereira. *Protecção constitucional dos direitos sociais e a reforma do Estado-Providência*. In.: *A reforma do Estado em Portugal: problemas e perspectivas*, actas do I Encontro Nacional de Ciência Política. Lisboa: Bizâncio, 2001, p. 537-548.

SILVA, Jorge Pereira. *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas: contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão*. Lisboa: Universidade Católica, 2003.

⁷⁸ “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MP 1911-9/99. NORMA DE NATUREZA SECUNDÁRIA. VIOLAÇÃO INDIRETA. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. 1. É incabível a ação direta de inconstitucionalidade quando destinada a examinar ato normativo de natureza secundária que não regule diretamente dispositivos constitucionais, mas sim normas legais. Violação indireta que não autoriza a aferição abstrata de conformação constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida.” (STF, ADI 2065, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2000, DJ 04-06-2004)

integrativa do preceito constitucional programático ou de eficácia limitada; mas não pode retroceder – sem violar a Constituição – ao momento anterior de paralisia de sua efetividade pela ausência da complementação legislativa ordinária reclamada para implementação efetiva de uma norma constitucional”.

Nesse viés, o Ministro ressalta estar em desacordo com a Constituição medida legislativa que retorna a uma situação de omissão em relação a determinado direito fundamental, fazendo menção, assim, ao princípio da proibição de retrocesso social.⁷⁹

Em relação à caracterização do princípio estudado, são diversas as denominações dadas pela doutrina nacional e estrangeira.⁸⁰ “Princípio da proibição de retrocesso social” será a utilizada por excelência neste trabalho, com base na obra acadêmica de Felipe Derbli, a qual ousou ser uma das primeiras a propor uma sistematização mais aprofundada acerca do tema no país. O autor esclarece sua preferência pela expressão “proibição de retrocesso social”, em virtude de ser a mais utilizada na doutrina luso-brasileira. Apesar de ser um conceito criado pelo pensamento jurídico alemão, explica Derbli, a expressão citada é empregada no sentido originalmente utilizado pela doutrina e jurisprudência portuguesas, principalmente pelos “acórdãos paradigmas” sobre o tema do Tribunal Constitucional daquele país.⁸¹

Além do esclarecimento sobre a denominação, o autor também demonstra o porquê de esse preceito se tratar de um princípio constitucional. Segundo Humberto Ávila, “princípios são normas jurídicas de conteúdo finalístico, destinadas a promover um estado de coisas, e, portanto, dotadas de caráter prospectivo”.⁸² Sendo assim, parece seguro considerar a proibição de retrocesso um princípio, tendo em vista se tratar de uma finalidade, qual seja, “garantir o nível de concretização dos direitos fundamentais sociais e, além disso, a permanente

⁷⁹ SOARES, Dilmanoel de Araújo. *Direitos Sociais e o princípio da proibição de retrocesso social*. Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário de Brasília (UNICEUB), Brasília, 2010, p. 182. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/190963/dilmanoel.pdf?sequence=4>> Acesso em 06 out. 2015.

⁸⁰ Felipe Derbli elenca outros desígnios em sua obra: “(...) vedação de retrocesso social, princípio do não retrocesso social, princípio do não retorno da concretização, proibição da contra-revolução social ou da evolução reacionária, entre outros.” DERBLI, *O princípio da proibição de retrocesso social...*, p. 199.

⁸¹ DERBLI, *O princípio da proibição de retrocesso social...*, p. 200.

⁸² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 70.

imposição constitucional de desenvolver essa concretização”⁸³.

De fato, o principal intento desse princípio é impedir o retorno a uma conjuntura já superada, cuja garantia de determinado direito social era mais enfraquecida. Visa-se a obstar a supressão desproporcional de um grau de concretização normativa auferido quando o legislador, no exercício de sua função, edita leis sobre direitos sociais.

Nesse sentido, Derbli conceitua a proibição de retrocesso social como “um princípio constitucional, com caráter retrospectivo, na medida em que se propõe a preservar um estado de coisas já conquistado contra a sua restrição ou supressão arbitrária”⁸⁴. Por ser esse um caráter negativo do princípio, na medida em que busca um não fazer do legislador, o autor ressalta, ainda, a existência de um elemento positivo na proibição de retrocesso social, qual seja, a imposição de gradual avanço na implementação normativa dos direitos fundamentais sociais.

J. J. Gomes Canotilho, conforme já citado acima, propõe a seguinte reflexão sobre o princípio em análise:

“[O] núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzem, na prática, numa anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial”.⁸⁵

Para ele, a violação ao princípio da proibição de retrocesso social ensejaria uma sanção de inconstitucionalidade às condutas que anulem determinada conquista social.⁸⁶

Luísa Pinto e Netto, por sua vez, pontua que o princípio de proibição de retrocesso social “é norma jusfundamental adscrita, de natureza principal, que proíbe ao Legislador a supressão ou alteração das normas infraconstitucionais que densificam normas constitucionais de direitos sociais de molde a violar sua eficácia.” Nesse ponto, assegura que não se trata de uma norma conferidora de direito fundamental, mas de uma norma cuja função seja a proteção da eficácia dos direitos fundamentais sociais.⁸⁷

⁸³ DERBLI, *O princípio da proibição de retrocesso social...*, p. 201.

⁸⁴ DERBLI, *O princípio da proibição de retrocesso social...*, p. 202.

⁸⁵ CANOTILHO. *Constituição dirigente e vinculação do legislador...*, p. 374-375.

⁸⁶ CANOTILHO. *Direito constitucional...*, p. 180.

⁸⁷ NETTO, *O princípio de proibição de retrocesso social*, p. 113.

Enfim, Ingo Sarlet, também defensor da existência de referido princípio no ordenamento jurídico pátrio, estabelece uma relação entre a proibição de retrocesso, a ideia de segurança jurídica e a dignidade da pessoa humana, na medida em que esta (a dignidade humana) não se encontra salvaguardada num contexto onde a instabilidade jurídica predomina.⁸⁸

3.2. FUNDAMENTOS PARA A EXISTÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL

Antes de iniciar o estudo propriamente dito a respeito do conteúdo material do princípio da proibição de retrocesso social, é interessante abordar duas questões preliminares levantados por Felipe Derbli a respeito do tema: a diferenciação entre normas definidoras de direitos sociais e normas programáticas e a diferenciação entre retrocesso social e omissão inconstitucional.

Em primeiro lugar, para distinguir normas definidoras de direitos sociais e normas programáticas, o autor se remete às lições de Luís Roberto Barroso a respeito da classificação das normas constitucionais, que se dividem em normas de organização, normas definidoras de direito e normas programáticas.⁸⁹

De acordo com Barroso, as normas de organização disciplinam o exercício do poder político, instituindo uma estruturação orgânica ao Estado, relacionada, por exemplo, à forma de Estado e de governo, à separação de Poderes, à divisão de competências etc.⁹⁰

Já as normas definidoras de direitos são responsáveis por gerar ao titular de um direito situações que podem (i) ser imediatamente desfrutáveis a partir de uma abstenção, (ii) motivar a exigibilidade de prestações estatais, ou (iii) satisfazer interesses que dependam da criação de norma infraconstitucional integradora do direito constitucionalmente previsto.⁹¹

⁸⁸ SARLET, *Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso...*; SARLET, Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Salvador, n. 15, set./out./nov., 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-15-SETEMBRO-2008-INGO%20SARLET.pdf>> Acesso em: 12 jul. 2015.

⁸⁹ DERBLI, *O princípio da proibição de retrocesso social...*, p. 223-224.

⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 95 e ss.

⁹¹ BARROSO, *O direito constitucional e a efetividade...*, p. 104-107.

As normas programáticas, enfim, estabelecem fins sociais a serem auferidos, orientando o Poder Público em determinado sentido. Não se tratam, porém, de normas desprovidas de efetividade, uma vez que se encontram aptas a revogar normas pretéritas em desacordo com elas e até mesmo permitem que o administrado refute determinada norma infraconstitucional contrária à norma constitucional programática.

Especificamente entre as duas últimas classificações é que ocorre certa confusão entre os juristas. No entanto, segundo Derbli, são os efeitos gerados por cada uma destas normas que reivindicam uma distinção clara entre elas. Nesse sentido, as normas programáticas “cuidam de finalidades a serem objetivamente alcançadas pelo Estado, sem, contudo, descrever a conduta através da qual as mesmas deverão ser promovidas”.⁹² Por outro lado, no que importa às normas definidoras de direitos sociais, “o conteúdo da norma constitucional é a descrição de uma conduta, omissiva ou comissiva, a ser seguida pelo Estado e mesmo pelos particulares”, cabendo ao legislador apenas a criação de normas infraconstitucionais para que haja a sua integral fruição. Vale dizer, as normas definidoras de direitos sociais exigem que se proceda à edição de uma lei que lhe atribua plenos efeitos; essa lei, no entanto, não criará direitos, mas apenas instrumentalizará o seu exercício.⁹³

Rigorosamente, ambas impõem ao legislador o dever de legislar, mas é o grau de vinculação que lhe é atribuído a central distinção entre as normas definidoras de direitos sociais e as normas programáticas. Dessa forma, conclui Derbli, apoiando-se no ensinamento de Barroso, que “serão normas constitucionais definidoras de direitos sociais aquelas das quais for possível deduzir, no curso da atividade interpretativa, uma posição jurídico-subjetiva de cunho social.” Em contrapartida, “quando houver mera previsão de finalidade a ser promovida objetivamente pelo Estado, sem que se possa extrair da disposição constitucional um interesse juridicamente protegido e individualizável, estar-se-á diante de uma norma programática”.⁹⁴

Com esse esclarecimento, denota-se que as normas programáticas não postulam, precisamente, uma concretização legislativa e, nessa lógica, não

⁹² DERBLI, *O princípio da proibição de retrocesso social...*, p. 231.

⁹³ DERBLI, *O princípio da proibição de retrocesso social...*, p. 232.

⁹⁴ DERBLI, *O princípio da proibição de retrocesso social...*, p. 233-234.

instrumentalizam a eficácia da norma constitucional. Assim, concluindo esse primeiro ponto, a aplicação da proibição de retrocesso social só faz sentido quando se está a tratar das normas constitucionais definidoras de direitos sociais.⁹⁵

Em relação à distinção entre retrocesso social e omissão inconstitucional, Felipe Derbli inicia sua exposição, na realidade, apontando um aspecto em comum entre as duas conceituações: o fato de integrarem apenas o universo das normas definidoras de direitos, ou seja, quando houver “imposição legiferante”. Os dois conceitos se assemelham na medida em que sinalizam uma concretização abaixo do patamar desejado para uma determinada norma constitucional.

Contudo, no retrocesso social, o legislador “voltou atrás”, tratando-se, nesses casos de conduta comissiva do parlamentar, enquanto que na omissão inconstitucional, o legislador “deixou de ir aonde devia”, cuidando-se de uma conduta omissiva total ou parcial.⁹⁶

A título de conclusão, o autor chega ao seguinte entendimento: em tese, não há possibilidade de haver retrocesso social onde não poderia haver omissão inconstitucional, tendo em vista que nos dois casos exige-se a existência de lei para potencializar o grau de concretude da norma constitucional.⁹⁷

Finalmente, avança-se para o ponto que versa sobre o conteúdo material do princípio da proibição de retrocesso social, no qual serão apresentados fundamentos importantes para sustentar a existência de referido princípio no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

Ainda que se reporte em alguns momentos à doutrina portuguesa, que em muito contribuiu para a construção desse conteúdo, priorizar-se-á as sistematizações realizadas por autores nacionais, tais como Felipe Derbli, Ingo Sarlet e Luísa Pinto e Netto.

Assinala-se que a concepção de um princípio da proibição de retrocesso social não é consensual. Em que pese ter havido avanços na discussão e aceitação desta matéria em termos de Direito Constitucional brasileiro e estrangeiro, ainda subsistem numerosas críticas e objeções a ela. Nesse contexto, demonstram-se indispensáveis os argumentos apresentados no presente tópico.

Felipe Derbli e Ingo Sarlet expõem uma característica da proibição de

⁹⁵ DERBLI, *O princípio da proibição de retrocesso social...*, p. 239-240.

⁹⁶ Ver tabela de DERBLI, *O princípio da proibição de retrocesso social...*, p. 241.

⁹⁷ DERBLI, *O princípio da proibição de retrocesso social...*, p. 242.

retrocesso social inspirada nas lições de José Afonso da Silva. Trata-se do status negativo adquirido com a concretização em sede legislativa de normas definidoras de direitos fundamentais sociais. Uma vez concretizado por lei um direito fundamental social, ele passa a manifestar não apenas um status positivo inerente aos direitos prestacionais, mas também lhe é atribuído um status negativo típico dos direitos de defesa, impedindo assim, que o Estado venha a violá-lo.⁹⁸

Vale lembrar que esse argumento foi utilizado como razão de decidir no Acórdão de Vital Moreira, do Tribunal Constitucional de Portugal, outrora mencionado.

Outra característica também própria dos direitos de defesa é o fato de, ao ter um desses direitos aniquilado pelo legislador, sem qualquer compensação ou medida substitutiva, surge para o cidadão a possibilidade de impugnar judicialmente essa conduta retrocedente.

Diante disso, aparece uma crítica à tese do direito subjetivo negativo, de que nenhuma lei posterior seria capaz de revogar a lei concretizadora de direitos fundamentais sociais, de modo que haveria um enrijecimento no âmbito de atuação do Legislativo e uma relativização da ideia de ausência de hierarquia entre leis.

No entanto, Derbli afasta esse argumento com outra característica conferida ao princípio da proibição do retrocesso social, retirada dos ensinamentos de Canotilho: a necessidade de a disposição normativa alcançar um patamar de consenso básico, ser capaz de incorporar na consciência jurídica geral, para estabelecer uma proibição de retrocesso. Significa dizer que uma determinada lei regulamentadora de uma norma constitucional definidora de direito social, de tão incorporada que se tornou no consenso geral da sociedade, seja pelo curso do tempo, seja por ter se tornado uma conquista social substancial para a sociedade, passa a ser concebida como o próprio conteúdo daquela norma constitucional.⁹⁹

Para melhor elucidar a ideia, o autor citou como exemplo hipotético a edição de uma lei ordinária que revogue o *caput* e o parágrafo único do art. 488 da CLT, que disciplinam, em apertada síntese, a possibilidade de o trabalhador laborar em horário reduzido durante o período de cumprimento do aviso prévio, com a finalidade de que possa dispor de tempo, em horário comercial, para procurar um novo

⁹⁸ DERBLI, *O princípio da proibição de retrocesso social...*, p. 243.; SARLET, *Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso...*, p. 147.

⁹⁹ DERBLI, *O princípio da proibição de retrocesso social...*, p. 244-246.

emprego.

Apresentada a situação, indaga Derbli se a lei revogadora seria constitucional. Em sua análise, o autor explica que as normas constantes do art. 488, *caput* e parágrafo único, da CLT, encontram-se em vigor há várias décadas, sendo que em todo esse tempo têm sido contempladas como de observância inafastável. Por esse motivo, é certo que o conteúdo dessas normas foi incorporado à própria norma constitucional prevista no art. 7º, XXI, a qual dispõe sobre o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, fato que evidencia a inconstitucionalidade da lei revogadora. Nas palavras do autor, a disposição legal contida no art. 488, *caput* e parágrafo único, da CLT, "alcançou um patamar de consenso básico suficiente para se considerar que radicou na consciência jurídica geral, de tal maneira que seja compreendida como uma complementação indissociável da norma constitucional disposta no art. 7º, inciso XXI".¹⁰⁰

Para além do exposto acima, Ingo Sarlet elenca alguns princípios e argumentos "de matriz jurídico-constitucional" dos quais decorre o princípio da proibição de retrocesso social, cuja sistematização se assemelha à realizada por Luísa Pinto e Netto.

Em primeiro lugar, tem-se o princípio do Estado Democrático e Social de Direito que, segundo Sarlet, estabelece o respeito a patamares mínimos de segurança jurídica. Nesse sentido, encontram-se resguardados, igualmente, a proteção da confiança, a manutenção de um grau mínimo de progressividade no ordenamento jurídico e uma cautela contra medidas retroativas.¹⁰¹

Na mesma seara, Luísa Pinto e Netto chama atenção para três princípios estruturantes do Estado Constitucional a fim de se buscar fundamentos para a admissão de um princípio de proibição de retrocesso implícito no ordenamento jurídico brasileiro (e também no português): os princípios da juridicidade, da democracia e da socialidade.¹⁰²

O primeiro (da juridicidade ou do Estado de Direito) remonta, de certa forma, à ideia de segurança jurídica. Preceitua, em síntese, que "as atuações estatais se pautem por critérios jurídicos preestabelecidos", de modo a "superar"¹⁰³ o princípio da legalidade em sentido estrito e entender que o Poder Público deve pautar sua

¹⁰⁰ DERBLI, *O princípio da proibição de retrocesso social...*, p. 248.

¹⁰¹ SARLET, *Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso...*, p. 148.

¹⁰² NETTO, *O princípio de proibição de retrocesso social*, p. 124-129.

¹⁰³ A expressão é utilizada no sentido de ir além e não de se eliminar.

atuação conforme o Direito como um todo, e não apenas de acordo com a lei em sentido formal.¹⁰⁴

O segundo – princípio democrático – nos traz a reflexão a respeito da necessidade de que seja alcançada, para além da igualdade formal, a igualdade material entre os cidadãos. Dessa forma, a efetivação de direitos sociais leva à garantia de condições materiais à população e, conseqüentemente, a uma democracia mais fortalecida. Compreende-se que o princípio democrático não admite a existência de um princípio da proibição de retrocesso social que vede todo e qualquer retorno sobre um nível de concretização social alcançado, mas sim que proíba o extermínio de níveis mínimos de concretização dos direitos sociais, capaz de impossibilitar, inclusive, o exercício efetivo da democracia por parcela da sociedade.¹⁰⁵

Por fim, tem-se o princípio da socialidade, o qual “impõe a vinculação jurídica do Estado na criação de condições materiais de existência digna para os indivíduos”¹⁰⁶, munindo o cidadão com o poder de participação na atividade estatal. Para tanto, exige-se um agir positivo do Estado em determinado sentido, impedindo um agir em sentido contrário que acabe por abolir conquistas já alcançadas.¹⁰⁷

Outro fundamento constitucional utilizado por Ingo Sarlet e Luísa Pinto e Netto para justificar a existência da proibição de retrocesso social é, por outro lado, refutado por Felipe Derbli: trata-se do princípio da dignidade da pessoa humana. Para os dois primeiros autores, considerando que a Constituição Federal de 1988 prevê a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, e que este valor impõe a existência digna a cidadãos brasileiros a partir da promoção de direitos fundamentais, bem como a repressão de condutas estatais abusivas, encontra-se na dignidade da pessoa humana mais um fundamento para o princípio da proibição de retrocesso social, que, como já mencionado, possui uma vinculação cuja dimensão é negativa, de coibir uma ação legislativa que retroceda no grau de concretização de um direito fundamental social, sem uma medida compensatória ou alternativa, e outro de dimensão positiva, que pressupõe uma progressividade

¹⁰⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 29.; MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 49.

¹⁰⁵ NETTO, *O princípio de proibição de retrocesso social*, p. 127.

¹⁰⁶ NETTO, *O princípio de proibição de retrocesso social*, p. 128.

¹⁰⁷ NETTO, *O princípio de proibição de retrocesso social*, p. 129.

contínua na efetivação desses direitos pelo Estado.¹⁰⁸

Felipe Derbli, sob outra perspectiva, critica a relação feita pelo Tribunal Constitucional Alemão (*Bunderverfassungsgericht*) entre princípio da proibição de retrocesso social, mínimo existencial e dignidade da pessoa humana. Segundo o autor, defender a utilização do princípio apenas quando o retrocesso se dá em relação a um direito prestacional que garanta a subsistência (o mínimo existencial) do seu titular seria o mesmo que declarar a sua inutilidade. Isso porque o mínimo existencial já se constitui como sendo o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, não necessitando, portanto, de outro princípio para ser resguardado. Para Derbli, o princípio da proibição de retrocesso social deve “concentrar sua incidência para além do mínimo essencial, de modo a impedir o retorno na concretização dos direitos sociais, ainda que não digam com as prestações mínimas indispensáveis à sobrevivência dos indivíduos”¹⁰⁹.

Na visão de Derbli, é um equívoco o que fez o Tribunal Constitucional português ao associar o princípio da proibição de retrocesso social ao mínimo existencial, aos direitos adquiridos e à proteção da confiança. Assim agindo, a Corte esvaziou o conteúdo do princípio da proibição de retrocesso social, que possui essência finalística própria.¹¹⁰

Outro fundamento constitucional importante para o reconhecimento da proibição de retrocesso social, de acordo com Sarlet¹¹¹ e Netto¹¹², é o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais, previsto no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal.

Aludido princípio preconiza o alargamento da proteção dada aos direitos fundamentais, buscando conferir a máxima eficácia e aplicabilidade a esses direitos, e exigindo, ao mesmo tempo, a cooperação e atuação estatal para tanto. Apesar de haver discussões nesse sentido, atualmente boa parte da doutrina compreende que a norma constitucional contida no art. 5º, § 1º, é aplicável tanto para os direitos e garantias individuais, quanto para os demais direitos fundamentais, inclusive os sociais.¹¹³

Ocorre que, como já visto, em relação a muitos dos direitos sociais, é

¹⁰⁸ NETTO, *O princípio de proibição de retrocesso social*, p. 119-120; SARLET, 2004, p. 148.

¹⁰⁹ DERBLI, *O princípio da proibição de retrocesso social...*, p. 210-211.

¹¹⁰ DERBLI, *O princípio da proibição de retrocesso social...*, p. 220-221.

¹¹¹ SARLET, *Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso...*, p. 148.

¹¹² NETTO, *O princípio de proibição de retrocesso social*, p. 120-124.

¹¹³ Vide Capítulo 1.

necessária a atividade legislativa para que a sua máxima eficácia seja alcançada, visto que o Estado precisa desse direcionamento legal a fim de guiar a sua atuação com fins prestacionais. Assim, *a contrario sensu*, subsiste a ideia de proteção contra medidas de caráter legislativo retroativas, obstando uma atuação contrária ao princípio da máxima eficácia dos direitos fundamentais.¹¹⁴

É de se mencionar, por fim, sem a pretensão de esgotar o assunto, que o princípio da proibição de retrocesso social encontra fundamento, ainda, em pactos internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, como no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e no Pacto de São Jose da Costa Rica, os quais indicam que os países signatários devem se comprometer a progressivamente efetivarem direitos sociais, econômicos e culturais, sendo que, no caso de impossibilidade de melhorias nesse sentido, não deve ser admitido, pelo menos, o regresso desses direitos.¹¹⁵

3.3. PRINCIPAIS CRÍTICAS AO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL

Diante da construção doutrinária abordada acima, acerca do conteúdo material do princípio da proibição de retrocesso social, algumas críticas começaram a ser expostas a fim de problematizar pontos controvertidos sobre o tema.

Em primeiro lugar, existe a ponderação feita por autores como Jorge Pereira da Silva e José Vicente dos Santos Mendonça de que a limitação do princípio de proibição de retrocesso apenas aos direitos sociais é deficiente, devendo este se ampliar a todos as demais normas constitucionais ou, na concepção de Ingo Sarlet, a todos os direitos fundamentais.¹¹⁶ É o que se denomina de princípio da proibição de retrocesso genérico.

Para esses autores, inclusive, consagrar tal princípio apenas aos direitos sociais coloca-os aparentemente em uma posição mais favorecida em relação a

¹¹⁴ NETTO, *O princípio de proibição de retrocesso social*, p. 122.

¹¹⁵ COURTIS, Christian. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductoris. In.: *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006, p. 8-10.

¹¹⁶ DERBLI, *O princípio da proibição de retrocesso social...*, p. 259.

outros direitos fundamentais.¹¹⁷

Sob essa perspectiva, a posição mais adequada parece ser a defendida por Ingo Sarlet, segundo a qual todos os direitos fundamentais devem ser compreendidos sob a proteção do princípio da proibição de retrocesso. Contudo, nada impede que se mencione “proibição de retrocesso social” quando se está a tratar especificamente de direitos fundamentais sociais.

Discorda-se da argumentação exposta por Felipe Derbli de que as normas definidoras de direitos fundamentais de primeira dimensão (os chamados direitos de liberdade), ao não demandarem, em regra, atividade legislativa para produzirem seus plenos efeitos, evidenciam a desnecessidade de um princípio que impeça o retorno na concretização normativa em relação a esses direitos. Nessa linha, o autor defende que caso haja regulamentação infraconstitucional que discipline um direito fundamental de primeira geração, existe, de fato, a impossibilidade de supressão dessa norma; contudo, esse impedimento deve ser fundamentado em outros princípios que não a proibição de retrocesso.¹¹⁸

Defende-se no presente trabalho a igualdade de tratamento jurídico-constitucional entre todos os direitos fundamentais. Dessa forma, não prospera a concepção de que o princípio da proibição de retrocesso não pode ser utilizado de maneira mais genérica, abarcando direitos fundamentais de liberdade, de igualdade ou coletivos. Em regra, ele é mais utilizado para os direitos sociais porque esses são os mais afetados por medidas estatais que acabam por aniquilá-los.

Em segundo lugar, critica-se a existência do princípio sob o argumento de que o retrocesso legislativo, na verdade, seria um retorno à inconstitucionalidade por omissão, sendo que isso, por si só, já é reprovável.¹¹⁹

Conforme já se discorreu no tópico anterior, o retrocesso social ocorre mediante um ato comissivo, capaz de revogar ou modificar desfavoravelmente uma norma regulamentadora de um direito fundamental social. Por outro lado, a omissão legislativa, da mesma maneira repreensível na ótica jurídico-constitucional, se dá pelo comportamento inerte do Legislador. Ao se compreender o retrocesso social como um retorno à situação de omissão, passar-se-ia a considerar os mesmos meios de impugnação judicial existentes para sanar a omissão inconstitucional

¹¹⁷ DERBLI, *O princípio da proibição de retrocesso social...*, p. 271.

¹¹⁸ DERBLI, *O princípio da proibição de retrocesso social...*, p. 264.

¹¹⁹ É o que defendem os Conselheiros Joaquim Costa Aroso, José Manuel Cardoso da Costa e Messias Bento do Tribunal Constitucional de Portugal.

(como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção) para sanar um ato comissivo retrocessivo, o que não se demonstra muito efetivo, tendo em vista os obstáculos existentes na exequibilidade das decisões das vias judiciais citadas.¹²⁰

Em terceiro lugar, uma das críticas mais comuns feitas ao reconhecimento do princípio de proibição de retrocesso social é o fato de que isso representaria, na realidade, uma constitucionalização do direito legal. Nesse sentido, a aceitação de uma proibição de retrocesso social “implicaria subverter a hierarquia normativa, conferindo valor constitucional a normas infraconstitucionais densificadoras de direitos sociais”, podendo, inclusive, atribuir maior valor à norma legal em detrimento de normas constitucionais.¹²¹

No entanto, quando se regulamenta por lei uma norma constitucional de direito fundamental social, pode ocorrer que essa lei venha a atingir um consenso social consolidado, principalmente ao conferir plenos efeitos à norma constitucional antes limitada em sua eficácia. Assim, segundo Derbli, pode-se falar que haveria uma mutação constitucional legislativa, de modo que a supressão da norma legal definidora de direito fundamental social configuraria, ao mesmo tempo, violação à própria norma constitucional que não mais surtiria os mesmos efeitos concretizadores do direito fundamental.¹²²

Avançando, a crítica de Jorge Reis Novais ao princípio estudado é também bastante pertinente. Para o autor português, não faz sentido a existência da proibição de retrocesso social senão no cenário alemão onde foi criada, no qual os direitos sociais sequer são consagrados constitucionalmente como direitos fundamentais. Em outros contextos, afirma ser suficiente “considerar o elenco de princípio ou critérios a que a concepção da proibição relativa recorre para limitar o legislador que retrocede, para imediatamente se perceber que se trata, pura e simplesmente, dos chamados limites aos limites dos direitos fundamentais”.¹²³

Como se vê, Novais entende que o princípio em análise é desnecessário em ordenamentos jurídicos que preveem expressamente os direitos fundamentais sociais em suas Constituições, pois, nesses casos, bastaria a aplicação da teoria da restrição das restrições aos direitos fundamentais. Na realidade, o autor defende a

¹²⁰ DERBLI, *O princípio da proibição de retrocesso social...*, p. 266-267.

¹²¹ NETTO, *O princípio de proibição de retrocesso social*, p. 145.

¹²² DERBLI, *O princípio da proibição de retrocesso social...*, p. 270.

¹²³ NOVAIS, *Direitos sociais...*, p. 246.

mesma concepção tutelada pelo princípio da proibição de retrocesso social, utilizando-se, tão somente, de metodologia distinta.

É possível restringir ou retroceder em matéria de direitos fundamentais, desde que de forma proporcional e razoável ao contexto fático-jurídico em que a sociedade se encontra. Em sentido contrário, restringir uma lei definidora de direitos fundamentais pode representar um retrocesso inconstitucional, assim como uma restrição inconstitucional, caso tal limitação afete o núcleo essencial do direito fundamental. Trata-se, em última análise, de diferentes meios para se chegar a idêntico fim.

Existe, ainda, outra corrente contrária à proibição de retrocesso social sob o argumento de que o princípio esbarra na cláusula da reserva do possível. Esta condiciona as prestações estatais, em especial referentes a direitos sociais, à capacidade financeira do Poder Público, defendendo-se que é o Legislativo, em conjunto com o Executivo, – e não o Judiciário – que se encontra habilitado para definir as prioridades financeiras do Estado.¹²⁴

Nas palavras de Luísa Pinto e Netto, se reportando a Jorge Reis Novais, a reserva do possível significa “o condicionamento fático da concretização dos direitos fundamentais à existência de recursos financeiros para suportar os custos destes direitos (...)”¹²⁵, o que a faz ser, muitas vezes, fundamento para que em um momento de crise econômico-financeira se retroceda em matéria de direitos sociais.

Segundo Netto, reconhece-se que todos os direitos têm seu custo e que estes devem ser implementados em equilíbrio com uma disponibilidade financeira do Estado. Em contrapartida, não se pode ficar valendo da reserva do possível para impedir integralmente a efetivação e conservação de determinado nível de direitos fundamentais sociais. Em complemento, para Canotilho, ao se submeter os direitos sociais ao inteiro domínio do princípio da reserva do possível, retira-se daqueles qualquer vinculação jurídica.¹²⁶

Na realidade, levando em conta a teoria da ponderação dos princípios, não há a exclusão da proibição de retrocesso social pela reserva do possível ou vice-versa, mas sim uma “relação de tensão” entre os dois, a qual requer a sua ponderação

¹²⁴ NETTO, *O princípio de proibição de retrocesso social*, p. 157.

¹²⁵ NETTO, *O princípio de proibição de retrocesso social*, loc. cit.

¹²⁶ CANOTILHO, *Direito Constitucional e teoria da constituição*. p. 480-481.

conforme cada caso concreto.¹²⁷

Por fim, relembra Derbli uma outra crítica atinente ao princípio da proibição de retrocesso no sentido de que este vai de encontro ao princípio democrático, uma vez que tolhe a atuação do legislador, sendo este um representante democraticamente eleito.¹²⁸

Nessa questão, retorna-se ao famigerado debate dentro do Direito Constitucional contemporâneo acerca da permanente tensão existente entre constitucionalismo e democracia. Tensão esta que nada tem de errado, pois um é responsável por impulsionar o desenvolvimento do outro.

Com base nas lições de Pereira da Silva, “ao constitucionalismo, em sua feição ainda dirigente, cabe salvaguardar o indivíduo das novas modalidades de exclusão social embutidas nos avanços da economia globalizada”, sendo o princípio da proibição de retrocesso social um poderoso instrumento para a realização desse compromisso.¹²⁹

Dessa forma, não se trata da supressão de um pelo outro, mas de um complemento necessário, a fim de garantir avanços sociais e democráticos para o país.

¹²⁷ NETTO, *O princípio de proibição de retrocesso social*, p. 162.

¹²⁸ DERBLI, *O princípio da proibição de retrocesso social...*, p. 284.

¹²⁹ PEREIRA DA SILVA, Jorge. *Dever de legislar e proteção constitucional contra omissões legislativas: contributos para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003, p. 251.

4. O DISCURSO ECONÔMICO COMO DESCONSTRUÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS TRABALHISTAS: TERCEIRIZAÇÃO E RETROCESSO

Nesta parte final do trabalho, serão apresentadas algumas premissas da análise econômica do direito, bem como algumas considerações à interpretação econômica da Constituição em tempos de crise, propondo uma visão crítica acerca da perda da força normativa das Constituições em crises econômicas.

A partir dessa leitura, a pesquisa avançará para o estudo de um caso concreto que há anos ganha força na prática trabalhista do país, ainda que carente de regulamentação formal, mas que, sob o argumento do discurso econômico e de suposta proteção ao trabalhador, tem provocado uma aceleração nos debates sobre a regulamentação do tema nas três esferas de Poder. Trata-se da terceirização de mão de obra.

Ao verificar a principal discussão sobre o tema no momento (o PL nº 4330/04, atual PLC nº 30/15), e as propostas trazidas com ela, será estabelecida uma relação entre o cenário atual em torno da tentativa de regulamentação do fenômeno terceirizante no Brasil e a construção doutrinária exposta no capítulo anterior acerca do princípio da proibição de retrocesso social.

4.1. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E CRÍTICAS À INTERPRETAÇÃO ECONÔMICA DA CONSTITUIÇÃO EM TEMPOS DE CRISE

A relação hoje estudada entre direito e economia muito se deve às teorizações criadas pela influente escola *Law & Economics*¹³⁰, nascida nos Estados Unidos, na metade do século passado, como um movimento voltado para a análise econômica do direito.

Ainda que a inserção do pensamento econômico no direito tenha se despertado com autores como Adam Smith, Jeremy Bentham, Giuseppe Beccaria e Karl Marx, foi a *Law & Economics*, da Universidade de Chicago, que inaugurou oficialmente, com Ronald Coase, um “movimento teórico” em relação a esse tema.

¹³⁰ Esse movimento, ou metodologia, recebe diversas denominações, tais como “Law & Economics”, “Direito e Economia”, sendo que a “análise econômica do direito” é considerada um ramo da Law & Economics.

Richard Posner e Guido Calabresi também se destacaram, em seguida, nessas teorizações, no âmbito da Universidade de Yale.

Contemporaneamente, a análise econômica do direito é concebida como o campo do conhecimento humano que tem por finalidade a utilização de instrumentos teóricos e empíricos econômicos, em especial da microeconomia, para ampliar a percepção e o alcance do direito, bem como aprimorar a elaboração e aplicação das normas jurídicas, analisando, principalmente, as consequências práticas por estas geradas.¹³¹

Em primeiro lugar, cabe pontuar que o método econômico procura se ocupar, precipuamente, das condutas que resultam em uma escolha, uma tomada de decisão¹³². De fato, aludido método compreende os indivíduos como “maximizadores racionais de seus próprios interesses ou utilidades”, ou seja, supõe-se que o ser humano leva em conta, para que uma escolha seja feita, o máximo benefício pessoal que dela será aferido.¹³³

A abordagem econômica do direito preza por uma avaliação da ação/conduita humana capaz de encontrar resultados precisos. Para tanto, houve a necessidade de segregar a ação moral da ação econômica, sendo esta última isenta de valores morais e restrita a cálculos de consequências das ações.

Nesse entendimento, o *homo economicus* determina suas ações com base na maximização de seus interesses. Nesse sentido, a mesma lógica se aplica às demais instituições humanas, segundo o pensamento da Law & Economics.¹³⁴

Seguindo esse raciocínio, chega-se ao ponto central da análise econômica do direito que é a pretensão de maximização da eficiência econômica das instituições sociais, inclusive as de Direito.¹³⁵

No entanto, reduzir a análise econômica do direito à mera busca de eficiência econômica não parece a interpretação mais correta a se fazer, contemporaneamente, acerca do movimento.¹³⁶

¹³¹ GICO JR, Ivo T. Introdução à análise econômica do direito. In.: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 17-18.

¹³² GICO JR, *Introdução à análise econômica do direito*, p. 19.

¹³³ GALDINO, *Introdução à teoria dos custos...*, p. 240.

¹³⁴ GALDINO, *Introdução à teoria dos custos...*, p. 241-242.

¹³⁵ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Eficácia x eficiência: a análise econômica do direito. *Revista Trimestral de Direito Civil* 2. Rio de Janeiro: Padma, 2000, p. 27-33.

¹³⁶ Essa é uma ponderação realizada por FARACO e SANTOS no artigo “Análise econômica do direito e possibilidades aplicativas no Brasil”, o qual será melhor abordado adiante. Na realidade, existem inúmeras correntes, denominadas *Law & Economics*, que se propuseram a esclarecer o

Regra geral, os denominados “juseconomistas” preocupam-se com as consequências advindas de determinado preceito normativo e, em razão dessas consequências, com a escolha da norma jurídica a ser adotada. Nesse sentido, Richard Posner convencionou dividir a análise econômica do direito em duas vertentes: positiva (consistente no que é a norma jurídica e quais são as suas possíveis consequências) e normativa (consistente em qual é a norma mais eficiente, qual é a melhor escolha a ser feita).¹³⁷

Em relação à vertente positiva da análise econômica do direito, acredita-se que as normas (e o direito) estão aptas a modificar comportamentos. É a chamada “tese behaviorista”. Explicou-se acima que o *homo economicus* age racionalmente, de modo a obter a máxima vantagem de suas escolhas. Por sua vez, segundo essa teoria, qualquer modificação de normas jurídicas é também hábil a modificar os comportamentos institucionais e individuais.

Com base nisso, os teóricos da análise econômica do direito, em especial da Escola de Chicago, compreenderam que a Economia pode ser empregada para antever as consequências das normas jurídicas.¹³⁸

Segundo Faraco e Santos, esse enfoque positivo da análise econômica do direito mostra-se bastante pertinente, uma vez que “permite ao jurista identificar e quantificar o impacto social causado por determinada norma jurídica, a partir de variáveis passíveis de mensuração, permitindo assim a organização de dados a respeito da efetividade dessa norma”.¹³⁹ Dessa forma, ao averiguar as consequências (ou melhor, os comportamentos) que derivam de uma norma, é possível modificar os fundamentos mais superficiais, favoráveis ou adversos ela, e aproximar da discussão questões mais complexas e efetivamente relevantes.

A vertente normativa, por sua vez, formulada por Richard Posner, expõe que as normas jurídicas devem ser estabelecidas à medida que instiguem uma conduta eficiente. Essa vertente é a mais conhecida da Escola de Chicago justamente por

fenômeno econômico e utilizá-lo para “reparar” determinadas mazelas geradas por normas de direito positivo. A Escola de Chicago, porém, por ter sido a mais abordada e criticada por autores de renome, é, de fato, a mais citada quando se trata de análise econômica do direito. Cf. ZANATTA, Rafael A. F. Desmistificando a Law & Economics: a receptividade da disciplina direito e economia no Brasil. *Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília*, 10 ed., 2010, p. 8.

¹³⁷ GICO JR., *Introdução à análise econômica do direito*, p. 20-21.

¹³⁸ ZANATTA, *Desmistificando a Law & Economics*, p. 10.

¹³⁹ FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. Análise econômica do direito e possibilidades aplicativas no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, ano 3, nº 9, jan/mar 2005, p. 45.

defender o conceito de eficiência como o critério de decisão ideal, sendo que este conceito deve ser entendido, sobretudo, como maximização de riqueza.

Nas palavras de Fabiano de Rezende Lara, o movimento *Law & Economics* supõe “a ideia de que o direito é instrumento para conseguir fins sociais, sendo que o fim a conseguir é o da eficiência econômica”.^{140;141}

Richard Posner elabora toda a sua teoria com base no sistema de *common law*, no qual os juízes, além de serem aplicadores de normas jurídicas pré-existentes, atuam politicamente (assim como os legisladores) na elaboração destas normas, atribuindo-lhes interpretações próprias em decisões judiciais. Nesse sentido, o autor defendia que a atuação do juiz deveria se pautar numa análise de custo-benefício.¹⁴²

É notável que essa vinculação do direito ao critério de eficiência gerou inúmeras críticas ao movimento. No entanto, Faraco e Santos pontuam que “reconhecer a incompatibilidade óbvia das elucubrações de Posner com a dogmática jurídica brasileira não implica recusar em absoluto o instrumental da economia”¹⁴³. Estes autores defendem, principalmente, a aplicação da análise econômica do direito nos momentos em que:

“(i) necessita explicitar fatos econômicos constantes do descritivo de certas normas jurídicas; (ii) busca generalizar os efeitos de uma decisão, de uma norma ou de determinada forma de aplicação da norma, assim como relacionar outras variáveis que são afetadas por esses eventos, através da utilização da análise econômica no seu enfoque positivo, e (iii) aplica normas jurídicas que positivam um objetivo econômico ou social a ser alcançado, ou são positivadas tendo como fundamento de validade a realização de tal objetivo, situação na qual ocorre uma interpenetração entre os planos da validade e da eficácia da norma, em termos finalísticos.”¹⁴⁴

¹⁴⁰ LARA, Fabiano T. R. Análise econômica do direito como método e disciplina. *Revista e-civitas*. Belo Horizonte, v. 1, n. 1, 2008, p. 10.

¹⁴¹ Essa eficiência pode ser conceituada a partir de três modelos distintos: a eficiência alocativa, a eficiência paretiana e a eficiência de Kaldor-Hicks. A primeira foi utilizada por Ronald Coase para fundamentar a sua teoria dos custos de transação e diz respeito à alocação de recursos, que devem ser distribuídos da melhor forma possível, relacionando-se com a lei básica de oferta e demanda, e com a oscilação de preços no mercado. A eficiência paretiana foi criada pelo economista italiano Vilfredo Pareto e postula que uma situação econômica é considerada “ótima”, no sentido de Pareto, se for impossível aumentar a riqueza de um agente sem diminuir a riqueza de outro. No último modelo, idealizado por Nicholas Kaldor e John Ricks, “para atingir-se a eficiência, basta que os benefícios gerados sejam suficientes para compensar a perda dos prejudicados, beneficiando ao menos uma pessoa”. Cf. ZANATTA, *Desmistificando a Law & Economics*, p. 10.

¹⁴² ZANATTA, Rafael A. F. *Richard Posner: eficiência, maximização de riqueza e a análise econômica do direito*. 2010. Disponível em: <<http://rafazanatta.blogspot.com.br/2010/10/richard-posner-eficientismo-maximizacao.html>> Acesso em: 30 mar. 2015.

¹⁴³ FARACO; SANTOS, *Análise econômica do direito...*, p. 43.

¹⁴⁴ FARACO; SANTOS, *Análise econômica do direito...*, p. 43-44.

Em relação a esse tópico, em especial, é indispensável trazer as considerações apontadas por Francisco Balaguer Callejón em seu artigo intitulado “Uma interpretação constitucional da crise econômica”. O principal objetivo do autor, nesse trabalho, foi criticar a interpretação econômica da Constituição no contexto de crise econômica vivenciado pelo continente europeu nos últimos anos, o qual vem progressivamente limitando as condições formais e materiais alcançadas até então e enfraquecendo a normatividade das Constituições.

Em primeiro lugar, observa que interpretação econômica da Constituição não se confunde com Constituição Econômica, cuja finalidade desta é a organização das relações econômicas do Estado em consonância com todo o sistema constitucional constituído. A interpretação econômica da Constituição, por sua vez, pretende “estruturar toda a ordem econômica, de tal forma que aspira a estabelecer uma concepção global de todo o sistema constitucional a partir da economia”.¹⁴⁵ Tal fenômeno, ao contrário da Constituição Econômica, não se limita a atuar reciprocamente com as demais normas constitucionais, mas sujeita tais normas a uma específica “orientação econômica”, que se mostra como a única possível para que a crise seja superada.

Como efeito dessa interpretação econômica, a democracia se reduz a um mero produto, e não mais a um processo. Vale dizer, ela se apresenta à coletividade como um resultado final, sem que seja dada a oportunidade de construí-la ou dela participar. Esse resultado final, pondera Callejón, é sempre auferido segundo critérios econômicos, no sentido de que se se atingir uma meta econômica que traga efeitos satisfatórios, a democracia, nesse caso, encontra-se em seu rumo adequado.¹⁴⁶ É justamente o argumento da democracia debilitada que legitima a interferência externa em países economicamente fragilizados.

O evento retratado é chamado de “visão economicista da democracia” pelo autor. Essa perspectiva, seguramente, atinge os direitos fundamentais sociais e os submete a variados critérios econômicos e funcionais para que seja fixado o grau de concretização desses direitos, relativizada a sua fundamentalidade e, até mesmo, conduzindo ao seu retrocesso.¹⁴⁷

Nesse sentido, atenta para o conflito social e político criado pela interpretação

¹⁴⁵ CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Uma interpretação constitucional da crise econômica. *Direito Público*, ano X, n. 54, nov./dez. 2013, p. 167.

¹⁴⁶ CALLEJÓN, *Uma interpretação constitucional....*, p. 167.

¹⁴⁷ CALLEJÓN, *Uma interpretação constitucional....*, p. 168.

econômica da Constituição, uma vez que se aplicam “políticas pré-estabelecidas em virtude de determinados critérios econômicos, seja qual for o resultado destes processos e sem atender aos programas que os próprios partidos governantes tenham apresentado nas eleições”.¹⁴⁸

Diante desse cenário, o autor propõe que seja feita, ao revés, uma interpretação constitucional da crise econômica, a qual se manifesta tanto no plano formal, problematizando o enfraquecimento do pluralismo político em razão do discurso econômico que se apresenta como a única saída possível, quanto no plano material, buscando a revitalização da normatividade da Constituição.

Numa primeira análise, o discurso economicista atinge as condições formais da democracia pluralista na medida em que quebra com o diálogo que deveria ser assegurado para a obtenção de consensos acerca de soluções possíveis além da austeridade econômica. A interpretação constitucional da crise econômica visa a retomar esse diálogo democrático e construir coletivamente alternativas para o enfrentamento da crise, em consonância com os valores constitucionais existentes.

Em segundo lugar, no plano material, a interpretação constitucional questiona o discurso feito pelo Poder Público sobre a necessidade de equilíbrio orçamentário mediante a redução de gastos em políticas públicas, em especial que garantam direitos sociais, sendo que essa abordagem ignora, muitas vezes, a despesa financeira gerada com a própria estrutura de governo (Ministérios, assessorias, benefícios supérfluos etc).

Considerando o contexto europeu, Callejón explica que “[a] interpretação constitucional da crise econômica está voltada para a correção da involução democrática produzida com o discurso economicista hoje em dia dominante no debate público europeu”.¹⁴⁹ Não obstante, nada impede que essa visão seja levada em conta no cenário nacional contemporâneo, tendo em vista que as ponderações feitas em seu trabalho em muito se adequam à atual crise econômica enfrentada no Brasil, a qual tem feito o governo anunciar inúmeros pacotes de redução de gastos que afetam diretamente direitos fundamentais sociais dos cidadãos.

O autor espanhol acredita que a recuperação do pluralismo político é o primeiro passo a ser dado em busca do restabelecimento dos direitos e liberdades afetados pela crise. Esse restabelecimento, porém, depende, antes de tudo da

¹⁴⁸ CALLEJÓN, *Uma interpretação constitucional....*, loc. cit.

¹⁴⁹ CALLEJÓN, *Uma interpretação constitucional....*, p. 170.

participação popular para ajudar a construir medidas alternativas para sair da crise.¹⁵⁰ Em segundo lugar, depende da revitalização da força normativa da Constituição. Nesse aspecto, os Tribunais Constitucionais detêm um papel relevante para garantir a eficácia normativa constitucional e impor ao Poder Público que haja coerência entre as políticas internas estabelecidas no contexto de crise e a ordem constitucional vigente.

Alexy enxerga nessa dinâmica de crise e redução da proteção aos direitos fundamentais uma contradição. Ainda que se diminua a capacidade prestacional do Estado, é nos tempos de crise econômica que a necessidade de se ter garantidos os direitos fundamentais sociais aumenta. Segundo o constitucionalista, é necessário compreender que nem todo direito social pode ser considerado direito fundamental social que integre o mínimo existencial, assim como é exatamente em tempos de crises que a proteção a direitos fundamentais sociais se torna indispensável, por menor que ela seja.¹⁵¹

Diante desse contexto, o próximo tópico servirá para discutir o exemplo prático da terceirização no Brasil, a qual, diante do discurso econômico dominante tem se ampliado ilimitadamente, causando precarização do trabalho e corrosão dos direitos trabalhistas.

4.2. BREVE HISTÓRICO DAS TERCEIRIZAÇÕES NO BRASIL E AS PRINCIPAIS TENTATIVAS DE REGULAÇÃO DO FENÔMENO

A terceirização é um fenômeno que vem ganhando amplo espaço nas relações trabalhistas no Brasil e no mundo. Segundo pesquisa realizada pelo DIEESE, em 2013 o Brasil contava com 12,7 milhões de trabalhadores terceirizados, correspondendo a 26,8% do mercado formal de trabalho.¹⁵² Esse número mais que triplicou relativamente a 2003, quando se estimava que existiam 4 milhões de trabalhadores terceirizados no Brasil.

¹⁵⁰ CALLEJÓN, *Uma interpretação constitucional...*, loc. cit.

¹⁵¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Segunda edición em español. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2012, p. 455-456.

¹⁵² DIEESE; CUT. *Terceirização e desenvolvimento* – uma conta que não fecha. Dossiê sobre o impacto da terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos. São Paulo, 2011, p. 13. Disponível em: <<http://www.cut.org.br/system/uploads/ck/files/Dossie-Terceirizacao-e-Desenvolvimento.pdf>> Acesso em: 14 out. 2015.

Antes de iniciar a análise a respeito do contexto histórico envolvendo a terceirização no Brasil, é imperioso expor a didática diferenciação estabelecida por Márcio Túlio Viana sobre duas formas diferentes de terceirização. Segundo o autor, apesar de os dois cenários se completarem e gerarem consequências semelhantes, é importante determinar as suas particularidades para compreender como o Direito do Trabalho lida com elas.¹⁵³

A primeira forma é denominada terceirização externa e ocorre quando a empresa “joga para fora” parcela de seus trabalhadores e etapas do seu ciclo produtivo. Esse tipo de terceirização já ocorre há muito tempo, com destaque na indústria automobilística, mas ela vem se disseminando ainda mais, tanto em relação à quantidade de etapas externalizadas pela empresa, quanto pelo número de empresas que vem adotando essa prática. Para exemplificar, Viana ilustra que uma determinada “empresa A, que antes fazia um relógio inteiro, hoje faz só a sua máquina, descartando a pulseira para B e as peças de plástico ou de vidro para C”.¹⁵⁴ É um procedimento muito comum hoje nas empresas em rede.

Na terceirização externa, portanto, há a contratação de uma empresa pela outra a fim de que aquela forneça uma parte do ciclo produtivo desta, sendo que o produto final pertence, desde o início do ciclo, à empresa contratante das demais.

Por outro lado, a denominada terceirização interna “traz para dentro” de uma empresa trabalhadores de outra empresa, sendo que esta outra empresa tem como produto único a comercialização de pessoas. Nas palavras de Viana, a terceirização interna ocorre quando uma empresa “traz trabalhadores alheios para dentro de si”. Como exemplo, cita que “a empresa A quer se dedicar só à fabricação de parafusos, livrando-se de seu pessoal de escritório, e então contrata a empresa B, que lhe fornece esse mesmo pessoal”.¹⁵⁵

O Direito do Trabalho surgiu de uma contradição criada dentro do próprio modo de produção capitalista. Ao reunir os trabalhadores dentro do pátio de produção de uma fábrica, o capitalista não conseguiu impedir que eles se unissem e

¹⁵³ VIANA, Márcio Túlio. *70 anos de CLT: uma história de trabalhadores*. Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, 2013, p. 118.

¹⁵⁴ VIANA, Márcio Túlio. O que é a terceirização? A terceirização em perguntas e respostas: tentando diminuir as confusões. In: BLOG DA BOITEMPO. *Dossiê: Não ao PL 4330 da terceirização*. 2015, p. 2. Disponível em: <<http://blogdaboitempo.com.br/2015/04/01/o-que-e-a-terceirizacao/>> Acesso em: 31 ago. 2015.

¹⁵⁵ VIANA, *O que é a terceirização?...*, p. 2.

passassem a questionar as péssimas condições de trabalho que enfrentavam.¹⁵⁶

O principal desafio do capitalista, ao longo dos tempos, foi superar essa contradição, contudo, se via impossibilitado de fazê-lo em vista do progressivo aumento de tamanho das fábricas, e conseqüentemente do número de trabalhadores reunidos, em especial nos países mais industrializados.¹⁵⁷ Além disso, o Direito de Trabalho passou a ficar interessante para o próprio sistema capitalista, na medida em que atribuía poder de compra ao trabalhador e evitava revoluções, tendo em vista o aumento do nível de satisfação daquelas pessoas.¹⁵⁸

No entanto, com a prática da terceirização, tanto interna quanto externa, essa contradição passou a ser superada. Segundo análise de Viana, a externa, ao fragmentar a grande fábrica, fez com que fosse possível “produzir sem reunir”. A interna, por sua vez, ao inserir empregados terceirizados e empregados diretamente contratados no mesmo ambiente de trabalho, tornou factível “reunir sem unir”.¹⁵⁹

Dentre essas duas modalidades de terceirização, é mais fácil supor que a interna é a mais problemática. Isso porque “a empresa que contrata os trabalhadores não se utiliza deles para produzir bens para o mercado: usa-os diretamente como fonte de renda, alugando os seus braços para outra”.¹⁶⁰

O que a indústria automobilística pretendeu no século passado com a terceirização externa não foi necessariamente a fragmentação da classe trabalhadora e a precarização da sua condição de trabalho e salário. À época, a ideia era mesmo “repartir renda, transformando (praticamente) todo homem em trabalhador, todo trabalhador em empregado e todo empregado em consumidor, e desse modo realimentando o ciclo.”¹⁶¹ Era, efetivamente, uma necessidade que surgiu a partir da complexidade que os produtos passaram a ter, bem como com o crescimento do consumo pela população. Atualmente, com o desenvolvimento tecnológico, a especialização dos setores produtivos é ainda mais justificável.¹⁶²

Por outro lado, a terceirização interna, salvo raras exceções, não tem sequer como reproduzir esse discurso como escusa. “A fábrica de parafusos que usa

¹⁵⁶ VIANA, *70 anos de CLT...*, p. 119.

¹⁵⁷ VIANA, *70 anos de CLT...*, loc. cit.

¹⁵⁸ VIANA, *70 anos de CLT...*, p. 120.

¹⁵⁹ VIANA, *O que é a terceirização?...*, p. 4.

¹⁶⁰ VIANA, *70 anos de CLT...*, p. 119.

¹⁶¹ VIANA, *O que é a terceirização?...*, p. 5.

¹⁶² Não é raro, porém, haver a apropriação desse discurso desenvolvimentista por parte dos empresários com o propósito implícito, mas premeditado, de fragmentar a classe operária e, como efeito disso, precarizar os próprios direitos trabalhistas conquistados a longa data.

trabalhadores alheios em seus escritórios poderia muito bem utilizar os dela”, pondera Viana. Para o autor, não há nem mesmo a justificativa da eficiência do trabalho nesses casos, tendo em vista que o trabalhador terceirizado não costuma possuir apreço ao trabalho desempenhado ou à empresa onde presta serviços.¹⁶³

Diante desse contexto, é evidente que a terceirização interna surge, em grande medida, para retroceder nos direitos sociais trabalhistas historicamente efetivados, demonstrando, mais claramente, que se propõe tão somente a superar a mencionada contradição criada pelo próprio sistema capitalista.

O que muito se tem defendido por parte dos empresários em prol da ampliação irrestrita da terceirização no país é que esta é, na verdade, um instrumento necessário para o enfrentamento da crise econômica que ora se atravessa, sendo um caminho para o combate do desemprego e da informalidade na atual conjuntura.¹⁶⁴

No entanto, quase a unanimidade dos estudiosos atuantes no Direito do Trabalho¹⁶⁵ defende que a expansão do fenômeno da terceirização no Brasil, especialmente a partir da década de 1990, como argumento para superar um contexto econômico desacelerado em razão de uma suposta rigidez da legislação trabalhista pátria, deu início, na realidade, à precarização do trabalho no país.¹⁶⁶

É importante notar que apesar dessa modificação fática nas relações trabalhistas nas últimas décadas, com a intensificação da terceirização, no plano formal pouco se desenvolveu sobre a questão, fato que inevitavelmente transferiu para a Justiça do Trabalho a protagonização interpretativa e, inclusive, regulatória nessa matéria.

A CLT, por exemplo, apenas prevê duas espécies de subcontratação de mão de obra, constantes dos artigos 455 e 652, “a”, III, os quais delimitam a empreitada, a subempreitada e a pequena empreitada. Esse quadro se justifica, principalmente,

¹⁶³ VIANA, *O que é a terceirização?...*, p. 5.

¹⁶⁴ Cf. as seguintes notícias: SINDEEPRES. “A terceirização como saída para a crise”. Disponível em: <<http://www.sindeepres.org.br/index.php/presidente/130-a-terceirizacao-como-saida-para-a-crise.html>> Acesso em: 23 set. 2015.; HOJE EM DIA. “Terceirização em momento de crise”. Disponível em: <<http://www.hojeemdia.com.br/m-blogs/opini%C3%A3o-1.268900/terceiriza%C3%A7%C3%A3o-em-momento-de-crise-1.330559>> Acesso em: 23 set. 2015.

¹⁶⁵ É o caso de Maurício Godinho Delgado, Daniela Muradas Reis, Sidnei Machado, Grijalbo Fernandes Coutinho, Márcio Túlio Viana, Ricardo Luis Coltro Antunes etc.

¹⁶⁶ MACHADO, Sidnei. A regulação da terceirização no Brasil: pontos críticos. Encontro de professores das Faculdades de Direito da Universidade Federal do Paraná (Brasil) e da Universidade da República (Uruguai). 2013, p. 3. In: BLOG DA BOITEMPO. *Dossiê: Não ao PL 4330 da terceirização*. 2015, p. 2. Disponível em: <<http://blogdaboitempo.com.br/2015/04/01/o-que-e-a-terceirizacao/>> Acesso em: 06 set. 2015.

em virtude da data de criação da legislação celetista (década de 1940), na qual o fenômeno terceirizante era quase insignificante no cenário trabalhista da época.¹⁶⁷ Segundo Mauricio Delgado, mesmo com um acentuado crescimento do fenômeno no contexto industrializante internacional da década de 1950, “o modelo básico de organização das relações de produção [no Brasil] manteve-se fundado no vínculo bilateral empregado-empregador, sem notícia de surgimento significativo no mercado privado da tendência à formação do modelo trilateral terceirizante.”¹⁶⁸

Foi apenas no final da década de 1960 e início da de 1970 que se editaram os primeiros atos normativos dando conta de uma situação jurídica na Administração Pública direta e indireta assemelhada à terceirização. Foram o Decreto-Lei nº 200/67 (art. 10) e a Lei nº 5.645/70.

Alguns anos depois, referido fenômeno foi especificamente regulamentado em alguns contextos do setor privado, com a promulgação da Lei nº 6.019/74 (Lei do Trabalho Temporário) e, mais adiante na década de 1980, com a Lei nº 7.102/83, autorizando a terceirização do trabalho de vigilância bancária em caráter permanente (e não mais temporário como previa a Lei nº 6.019/74).

A partir disso, considerando a ausência de lei autorizando ou vedando a terceirização de mão de obra em outros âmbitos trabalhistas, houve um aumento generalizado dessa prática, em especial no setor de conservação e limpeza, o que impulsionou a jurisprudência trabalhista a ter um papel atuante dentro do tema.

Nesse cenário, em 1986 o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula nº 256¹⁶⁹ vedando qualquer tipo de terceirização que não estivesse previsto nas leis editadas até então. Pouco tempo depois, porém, em 1993, o Tribunal revisou seu entendimento e editou a Súmula nº 331¹⁷⁰, autorizando a prática terceirizante em

¹⁶⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 453.

¹⁶⁸ DELGADO, *Curso de direito do trabalho...*, p. 453.

¹⁶⁹ “CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.”

¹⁷⁰ “CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

atividades de vigilância, limpeza e conservação e em outras relacionadas às “atividades-meio” das empresas.

Existe, hoje, uma discussão prática e avançada a respeito da regulamentação da terceirização no Brasil. Trata-se do Projeto de Lei nº 4.330/04, que, recentemente aprovado pela Câmara dos Deputados, passou a tramitar no Senado Federal como PLC nº 30/15.

Esse projeto servirá de base para discutir, no tópico seguinte, qual é o rumo que se tem tomado acerca do tema no país, e como o argumento econômico vem influenciando esse debate tão complexo de forma simplista e equivocada. Nesse momento, portanto, resta somente apresentar quais são as propostas de regulamentação do fenômeno terceirizante pelo Poder Legislativo.

Rigorosamente, o que mais tem despertado preocupação nos especialistas diante desse cenário é o propósito de expandir a terceirização para as atividades-fim de uma empresa, não mais a restringindo para as atividades-meio, como atualmente dispõe a Súmula nº 331 do TST. Consta-se tal desígnio no art. 2º, inciso II, do PLC nº 30/15¹⁷¹.

Importante destacar que essa questão também é objeto de análise no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 713.211, cuja repercussão geral foi reconhecida pelo Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal em maio de 2014.¹⁷²

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.”

¹⁷¹ “Art. 2º Para os fins desta Lei, consideram-se:

(...)

II - contratante: a pessoa jurídica que celebra contrato de prestação de serviços determinados, específicos e *relacionados a parcela de qualquer de suas atividades* com empresa especializada na prestação dos serviços contratados, nos locais determinados no contrato ou em seus aditivos; (...)”

¹⁷² “RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO E SUA ILÍCITUDE. CONTROVÉRSIA SOBRE A LIBERDADE DE TERCEIRIZAÇÃO. FIXAÇÃO DE PARÂMETROS PARA A IDENTIFICAÇÃO DO QUE REPRESENTA ATIVIDADE-FIM. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.” (ARE 713211 RG, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 15/05/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-109 DIVULG 05-06-2014 PUBLIC 06-06-2014)

O entendimento adotado pelos Tribunais Trabalhistas, e que também permeia a atuação do Ministério Público do Trabalho, é o de que a terceirização é lícita apenas quando são observados os casos permitidos nas legislações existentes¹⁷³ e os autorizados pela Súmula 331 do TST, sendo estes os serviços de conservação e os serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistam a pessoalidade e a subordinação direta entre o tomador e o trabalhador terceirizado.

Atividades-meio, nas palavras de Mauricio Delgado, são “aquelas atividades meramente instrumentais, acessórias, circunstanciais ou periféricas à estrutura, à dinâmica e aos objetivos da entidade tomadora de serviços”, diferentemente das “atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços”, denominadas atividades-fim.¹⁷⁴ Ainda que muitos autores se debruçam para encontrar uma distinção coerente para esses dois tipos de atividades, na prática é muito difícil distingui-las.

Além desse debate que tem se tornado central na temática da terceirização, o PLC nº 30/15 traz outras controvérsias preocupantes para o Direito Constitucional e do Trabalho.

Uma delas é o fato de afetar diretamente o direito de greve e de associação sindical¹⁷⁵, assegurados, respectivamente, nos artigos 9º e 8º da Constituição Federal. Uma vez aprovado o PLC em análise, o enquadramento sindical seria estabelecido conforme a atividade desempenhada pela empresa contratada, situação que causaria, seguramente, uma segregação dos trabalhadores entre diversos sindicatos profissionais, sendo capaz de enfraquecer, conseqüentemente, o poder de representação desses sindicatos na negociação coletiva.

No caso de uma empresa decidir aderir à terceirização de suas atividades-fim, o direito de greve praticamente desapareceria, visto que seria muito improvável obter uma unidade de entendimento entre todas as categorias profissionais terceirizadas. Seria suficiente um único sindicato dos empregados terceirizados se

¹⁷³ Lei nº 6.019/74 (trabalho temporário) e Lei nº 7.102/83 (serviços de vigilância).

¹⁷⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 490.

¹⁷⁵ Infere-se do art. 8º do PLC nº 30/15 que o sindicato será o mesmo apenas para os empregados terceirizados contratados para exercerem as atividades-fim de determinada empresa (mesma categoria econômica da empresa contratante e contratada). Vide: “Art. 8º Quando o contrato de prestação de serviços especializados a terceiros se der entre empresas que pertençam à mesma categoria econômica, os empregados da contratada envolvidos no contrato serão representados pelo mesmo sindicato que representa os empregados da contratante, na forma do art. 511 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.”

opor à paralisação para que a greve já nascesse fraca.

O projeto dispõe, ainda, que a responsabilidade da empresa contratante pelo cumprimento dos direitos trabalhistas do empregado terceirizado seja subsidiária, podendo ser solidária apenas quando a empresa tomadora de serviços não fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas pela contratada.¹⁷⁶ Paradoxalmente, apesar de a terceirização gerar frutos imediatos à empresa tomadora, o ônus desta prestação de serviços seria transferido, essencialmente, à empresa contratada.

Ademais, a responsabilidade subsidiária representa um forte retrocesso na medida em que possibilita ao empregado a cobrança das suas verbas trabalhistas perante a empresa contratante somente depois de ter esgotado judicialmente todas as alternativas de cobrança da empresa contratada.

Ainda mais grave, o art. 3º do PLC¹⁷⁷ não consente com a intervenção da empresa contratada no ambiente de trabalho da empresa contratante, em clara afronta ao previsto no artigo 7º, XXII, da CF/88, que versa sobre o ambiente sadio e seguro. Não por acaso, os empregados terceirizados têm maiores índices de acidentes de trabalho, porquanto são inseridos em ambientes insalubres e perigosos sem a devida proteção. A título exemplificativo, o Relatório de Estatísticas de Acidentes do Setor Elétrico Brasileiro¹⁷⁸, elaborado em 2010 pela Fundação Comitê da Gestão Empresarial (COGE), divulgou que os trabalhadores terceirizados sofrem 3,4 vezes mais acidentes de trabalho fatais que os empregados diretamente contratados das empresas do ramo de energia elétrica. Em 2011, das 79 mortes ocorridas no setor elétrico, 61 foram de trabalhadores de empresas terceirizadas.¹⁷⁹

Especificamente nesse ponto, percebe-se a falácia construída a partir do discurso econômico em torno da terceirização. Se for analisado um pouco mais atentamente, constata-se que o aumento dos acidentes de trabalho impacta

¹⁷⁶ Art. 10. A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, ficando-lhe ressalvada ação regressiva contra a devedora.

¹⁷⁷ “Art. 3º A contratada é responsável pelo planejamento e pela execução dos serviços, nos termos previstos no contrato com a contratante.

§ 1º A contratada contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus empregados.

§ 2º A terceirização ou subcontratação pela contratada de parcela específica da execução do objeto do contrato somente poderá ocorrer quando se tratar de serviços técnicos especializados e mediante previsão no contrato original.

§ 3º A excepcionalidade a que se refere o § 2º deste artigo deverá ser comunicada aos sindicatos dos trabalhadores das respectivas categorias profissionais.”

¹⁷⁸ FUNDAÇÃO COGE. *Relatório de estatísticas de acidentes no setor elétrico brasileiro*. 2010. Disponível em: <http://www.funcoge.org.br/csst/relat2010/index_pt.html> Acesso em: 14 out. 2015.

¹⁷⁹ DIEESE; CUT. *Terceirização e desenvolvimento...*, p.24.

diretamente na elevação dos custos previdenciários e assistenciais ao Estado, bem como nas despesas geradas pela eventual utilização do Sistema Único de Saúde (SUS).

Ademais, a própria arrecadação de receitas para o governo, mediante tributos, sofreria um impacto negativo, se fosse levado em consideração que as empresas contratadas, empregadoras diretas dos terceirizados, em grande maioria são constituídas por pequenas ou médias empresas, as quais gozam de tratamento diferenciado e favorecido no que se refere à contribuição de tributos, na forma da Lei Complementar nº 123/2006, bem como costumam ser mais inadimplentes ao pagamento de suas dívidas, sejam as tributárias, sejam as trabalhistas.¹⁸⁰

Como visto, o próprio fenômeno da terceirização, bem como a tentativa mais avançada¹⁸¹ de regulamentação existente, demonstram que esse contexto é um “processo social que desestabiliza as relações de trabalho, trazendo insegurança e volatilidade permanentes, fragilizando os vínculos e impondo perdas dos mais variados tipos – de direitos, do emprego, da saúde e da vida – dos trabalhadores”.¹⁸²

Assim, o próximo tópico finalizará o presente trabalho com um confronto analítico entre a força do discurso econômico na aceleração do trâmite regulatório do fenômeno terceirizante, a perda dos direitos trabalhistas, constitucionalmente e infraconstitucionalmente assegurados, acarretada com todo esse processo, e a importância de inserir o princípio da vedação de retrocesso social nesse debate.

4.3. A LEI DA TERCEIRIZAÇÃO E OS SEUS RETROCESSOS SOCIAIS

O fenômeno da terceirização propriamente dito já traz consigo diversos retrocessos na questão das históricas conquistas trabalhistas. Somando-se a isso, o PLC nº 30/15, em vez de preservar e promover os direitos dos terceirizados, abre brechas para que essa prática se amplie ainda mais rumo a um contexto de precarizações.

¹⁸⁰ “Do total de inadimplentes, 91% são empresas de pequeno e médio portes - com faturamento de até R\$ 50 milhões por ano -, tidas como as mais vulneráveis às flutuações das vendas e do crescimento da economia.” Cf.: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2014/09/1515986-pais-tem-35-milhoes-de-empresas-inadimplentes.shtml>> Acesso em: 14 out. 2015.

¹⁸¹ Avançada do ponto de vista de um trâmite formal, e não no sentido de avanço de direitos.

¹⁸² DRUCK, Graça; SILVA, Jair Batista da. Precarização, terceirização e ação sindical. In.: DELGADO, Gabriela Neves; PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. *Trabalho, constituição e cidadania* – a dimensão coletiva dos direitos sociais trabalhistas. São Paulo: LTr, 2014, p. 31-45.

Ainda que o ideal para o resguardo dos direitos trabalhistas seja efetivamente a abolição da terceirização, fenômeno estranho à CLT e até à Constituição Federal de 1988, sabe-se que o contexto político-global-econômico impede que tal providência seja tomada. Nesse caso, resta batalhar por uma regulamentação que garanta e efetive os direitos fundamentais do trabalhador, buscando evitar, rigorosamente, um retrocesso à época em que o direito permitia a mera locação de mão de obra.¹⁸³

Diferentemente do que existe atualmente, devem ser elaborados projetos que, antes de se guiarem unicamente pela defesa da ordem econômica do país¹⁸⁴, sejam guiados pelos ditames constitucionais dos direitos fundamentais, da justiça social e, como defendido neste trabalho, do princípio da proibição de retrocesso social. Conforme será exposto nesse tópico, as mudanças (ou permanências) pretendidas com o PLC nº 30/2015 nada mais evidenciam que um verdadeiro retrocesso social nas garantias já alcançadas pela legislação trabalhista brasileira.

Relembra-se, em primeiro lugar, os ensinamentos de Derbli acerca do status negativo adquirido com a concretização em sede legislativa de normas definidoras de direitos fundamentais sociais, bem como a necessidade de determinada disposição normativa alcançar um patamar de consenso básico na população para que seja passível de se invocar o princípio da proibição de retrocesso social.

Muito possivelmente, não existe, hoje, um cidadão brasileiro que não conheça a CLT ou para qual fim ela se destina. Isto é, trata-se de norma infraconstitucional, recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que regulamenta o direito fundamental social do (ou ao) trabalho e que se encontra efetivamente firmada no consenso jurídico e social do país. Isto é, está-se diante de uma norma infraconstitucional integradora de norma constitucional definidora de direito.

Nesse sentido, torna-se imperioso citar Saulo Tarcísio de Carvalho Fontes ao considerar o fato de a CLT ter se tornado o próprio conteúdo da norma constitucional protetora da relação trabalhista:

“Em consequência da constitucionalização da relação de trabalho, existe proibição, dirigida inclusive ao legislador, ao descaracterizá-la, ou seja,

¹⁸³ MELO, Luís Antônio Camargo de. Terceirização. In.: REIS, Daniela Muradas; MELLO, Roberta Dantas de; COURA, Solange Barbosa de Castro (coord). *Trabalho e justiça social: um tributo a Maurício Godinho Delgado*. São Paulo: LTr, 2013, p. 171.

¹⁸⁴ Paradoxalmente, essa ordem econômica garantida constitucionalmente tem como fundamento a valorização do trabalho humano (art. 170, da CF/88).

afirmar a sua inexistência, quando essencialmente esteja configurada. Admitir o contrário esvaziaria o conteúdo normativo da Constituição, na medida em que o legislador infraconstitucional poderia excluir do sistema de garantias determinado grupo de trabalhadores na condição de trabalho subordinado, não eventual e oneroso, seja pelo critério de segmento econômico, seja por qualquer outro critério material ou formal eleito.”¹⁸⁵

À vista disso, a CLT, promulgada em 1º de maio de 1943, dispõe como regra, em seus artigos 2º e 3º, a bilateralidade do contrato de trabalho.¹⁸⁶ A inserção de um terceiro na relação trabalhista, ou a trilateralização da prestação laboral, sempre foi exceção no Direito do Trabalho, presente apenas no art. 455 da CLT¹⁸⁷ e em leis esparsas criadas posteriormente, como, por exemplo, a lei do trabalho temporário (Lei nº 6.019/1974) e a que regulamenta o ramo da vigilância de estabelecimentos bancários (Lei nº 7.102/1983).

Dessa forma, ampliar a possibilidade de terceirizar a mão de obra para as atividades-fim de uma empresa, como pretende o Projeto de Lei, irá inverter a bilateralidade como regra e a colocará como exceção no Brasil.

Essa inversão, por si só, não representaria um retrocesso, caso a terceirização não viesse acompanhada da precarização dos direitos trabalhistas, como a redução dos salários dos empregados terceirizados, o aumento da jornada de trabalho e dos acidentes de trabalho, a separação da classe trabalhista entre empregados diretamente contratados e os terceirizados e, conseqüentemente, o

¹⁸⁵ FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho. Direito ao desenvolvimento e terceirização: inter-relações entre os sistemas econômico, jurídico, político e moral. In.: ÁVILA, Any et all (org.). *Mundo do trabalho: atualidades, desafios e perspectivas – Homenagem ao Ministro Arnaldo Sussekind*. São Paulo: LTr, 2014, p. 130.

¹⁸⁶ “Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.”

¹⁸⁷ “Art. 455 - Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro.

Parágrafo único - Ao empreiteiro principal fica ressalvada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempreiteiro e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo.”

enfraquecimento do direito de greve por parte da categoria terceirizada.

Para citar alguns dados que dizem respeito a essa categoria de trabalhadores, no já citado dossiê realizado em 2013 pelo DIEESE em parceria com a Secretaria de Relações de Trabalho da CUT (SRT/CUT)¹⁸⁸ constatou-se que os terceirizados receberam, em média, 24,7% a menos que os trabalhadores efetivados para desempenhar a mesma função. Além disso, constatou-se que os terceirizados apresentaram uma jornada de trabalho 7,5% maior que a dos efetivados e permaneceram, em média, um período 53,5% menor no emprego.

Com a visualização dos efeitos práticos da terceirização sem os devidos limites formalmente estabelecidos, torna-se ainda mais patente a urgência em se criar uma regulação que ratifique os direitos trabalhistas já assegurados tanto pela Constituição Federal de 1988, quanto pela CLT. Nesse sentido, o PLC nº 30/15 em nada acrescenta positivamente para o ordenamento jurídico, mas, ao contrário, retrocede nas garantias já efetivadas.

Além disso, como amplamente defendido no presente trabalho, utilizar argumentos pró-econômicos para legitimar a prática da terceirização, como a diminuição dos custos da produção e a melhora da competitividade no ambiente empresarial, não é suficiente e nem ao menos honesto para com os trabalhadores. Ao contrário, a ampliação generalizada desse processo pode até gerar certos óbices para a economia nacional, como já se explicitou em tópico anterior.

Quando se contempla apenas o campo econômico nessa questão, constata-se que “a terceirização tem consolidado um encadeamento perverso de fatores que causa desequilíbrios econômicos e sociais: a diminuição dos custos da produção se dá através dos baixos salários e da precariedade a que estes empregos estão ligados”¹⁸⁹.

Com vistas ao cenário internacional, quando se precariza as condições de trabalho e diminui os salários dos trabalhadores, desencadeia-se no país um processo de atração de empresas que procuram superexplorar a mão de obra assalariada, fato que acaba desestimulando um crescimento econômico estável e consciente a longo prazo.¹⁹⁰

¹⁸⁸ DIEESE; CUT. *Terceirização e desenvolvimento...*, p. 13-14.

¹⁸⁹ GIORGI, Fernanda.; LOPES, João Gabriel Pimentel.; COZERO, Paulo Talita. O que está em jogo em matéria de terceirização trabalhista no Supremo Tribunal Federal? In.: FILHO, Wilson Ramos. et all (org.). *Terceirização no STF: elementos do debate constitucional*. Bauru: Canal 6, 2015, p. 30-31.

¹⁹⁰ GIORGI; LOPES; COZERO. *O que está em jogo...*, p. 31.

Ainda pior, esse tipo de flexibilização e de rebaixamento de custos propicia a manifestação de trabalhos análogos à escravidão, visto que a terceirização dificulta a atuação de agentes fiscalizadores e limitadores de exploração do trabalho. Só para ilustrar, o Ministério do Trabalho e Emprego estima que, em média, 90% dos dez maiores resgates de trabalhadores em situação análoga à de escravidão tratavam-se de empregados terceirizados.

Ainda na seara das mazelas geradas com o fenômeno em análise, esta tem relação com o aspecto psicológico do empregado terceirizado. Tem-se, com a terceirização, a manifestação de um nocivo sentimento de não pertencimento do empregado no seu ambiente de trabalho, tendo em vista que se exaure a identidade de classe entre trabalhadores terceirizados e efetivados, ainda que convivam lado a lado executando o mesmo ofício.

Segundo Daniela Muradas, em entrevista concedida ao *Contraponto Notícias*¹⁹¹, “a terceirização impacta negativamente a construção da identidade e o senso de pertença social” do trabalhador e, ainda, fragmenta a noção de categoria. Isso porque a identidade coletiva se funda a partir de um planejamento de ações contra um empregador comum. Na terceirização, tem-se como empregador alguém que não é o tomador de serviço. E, como dito acima, subsistem empregados no mesmo ambiente de trabalho desempenhando, às vezes, a mesma função, mas com empregadores e condições de trabalho distintos. Esse contexto, conseqüentemente, acaba por esvaziar um elemento de identidade entre esses empregados, afetando, inclusive, a sua capacidade de organização sindical e seu direito à greve.

Outro argumento importante, já abordado no capítulo anterior, que se insere com propriedade na relação entre a tentativa de regulação da terceirização no Brasil e o princípio da proibição de retrocesso social é a necessidade de se atribuir máxima eficácia e efetividade às normas de direitos fundamentais, inclusive as de direitos fundamentais sociais.

De fato, a falta de regulamentação formal acerca da terceirização no país abre espaço para arbitrariedades e precarização do trabalho desses empregados. Assim, a fim de acompanhar o cenário fático e a opção política claramente direcionada a favor da existência desse fenômeno na sociedade contemporânea, o

¹⁹¹ REIS, Daniela Muradas. O PL da terceirização. *Contraponto Notícias*, Youtube, set. 2013. Entrevista. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=tJBalk0-X64>> Acesso em: 13 out. 2015.

que resta é o esforço por uma regulação que estenda os direitos já garantidos aos demais trabalhadores, pela CLT, também aos trabalhadores terceirizados, sob pena de declaração de inconstitucionalidade da norma por retroceder socialmente na questão dos direitos trabalhistas.

A imposição constitucional de constante progressividade dos direitos fundamentais sociais refuta, em sentido inverso, a volta a um contexto anterior onde tais direitos não eram sequer assegurados. Editar uma lei sob o pretexto de legitimar a terceirização no Brasil e, ao mesmo tempo, ocasionar ao trabalhador a perda da proteção e segurança necessárias à sua condição de hipossuficiência é seguramente retroceder ao tempo em que a CLT sequer existia.

Nas palavras de Germano Siqueira, caso o projeto da terceirização fosse aprovado, “os empresários estariam “livres” para promover a redução em massa de garantias trabalhistas, passando a desembolsar muito menos com as contratações de trabalhadores para o desempenho das funções que necessitam em suas atividades essenciais.”¹⁹²

Atualmente, o Brasil atravessa uma crise política e econômica, momento no qual, remetendo à obra de Francisco Callejón, tem-se optado por uma política que preza muito mais pela interpretação econômica da Constituição à interpretação constitucional da crise econômica.

As decisões acerca da diminuição de gastos têm carecido completamente de um debate minimamente democrático e de medidas que preservem direitos fundamentais já assegurados. Ao acelerar a tomada de decisões dessa forma, encontramos no país uma conjuntura de descaso ao texto constitucional, aos próprios cidadãos e a todo um projeto de políticas públicas sociais implementadas nos últimos anos. Em última análise, um claro retrocesso social.

Da mesma forma, o PLC nº 30/15, ao buscar regulamentar uma realidade que por si só já é repleta de desigualdade e arbitrariedades, acaba dando um passo atrás nos direitos trabalhistas da população brasileira, evidentemente em desacordo com o princípio da proibição de retrocesso social, o qual se defende, neste trabalho, ser materialmente constitucional.

¹⁹² SIQUEIRA, Germano Silveira de. Há no Projeto de Lei sobre terceirização ampla "disputa por dinheiro". In.: BLOG DA BOITEMPO. *Dossiê: Não ao PL 4330 da terceirização*. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-06/germano-siqueira-pl-terceirizacao-disputa-dinheiro>> Acesso em: 15 out. 2015.

5. CONCLUSÕES

A partir do estudo proposto neste trabalho, os seguintes pontos podem ser inferidos a título de conclusão.

1. É importante reconhecer que todos os direitos efetivamente custam ao Estado para serem devidamente assegurados, sejam eles de liberdade, de igualdade ou coletivos. Contudo, utilizar-se desse argumento tão somente para enfraquecer ou procrastinar o grau de concretização dos direitos fundamentais sociais é constitucionalmente inconcebível.

2. Diante de um contexto em que o poderio econômico se sobrepõe, frequentemente, à própria soberania dos Estados-Nações, torna-se habitual a violação ou retrocesso a direitos fundamentais sociais devido às políticas neoliberais impostas pelo discurso econômico dominante.

3. No ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, existem inúmeros elementos que demonstram estar correto considerar que os direitos sociais se encontram no mesmo grau de fundamentalidade dos direitos individuais constantes do art. 5º. Dentre esses elementos, podemos citar a aplicabilidade imediata, a proteção contra emendas constitucionais abolitivas, a sua dupla dimensão, a exigência de respeito ao conteúdo mínimo desses direitos e a necessidade de progresso contínuo na sua implementação.

4. A crise do modelo de Estado Social na Europa e as medidas tomadas para redimensionar a atuação estatal considerada "hipertrofiada" acabaram por enfraquecer a proteção conferida aos direitos fundamentais sociais à época, especialmente no contexto alemão pós-Segunda Guerra. Nessa conjuntura, a doutrina germânica passou a construir a teoria que culminou na criação do princípio da proibição de retrocesso social. Alguns anos depois, o princípio ganhou novos delineamentos em decisões do Tribunal Constitucional de Portugal, com base nas quais os constitucionalistas portugueses passaram a discutir o tema. Atualmente, a proibição de retrocesso social pode ser definida como uma norma de natureza jurídica principal, através da qual se veda a supressão arbitrária de medidas (executivas ou legislativas) concretizadoras de direitos fundamentais sociais, de modo a afetar o núcleo essencial desses direitos e sem que haja uma medida compensatória constitucionalmente adequada em seu lugar.

5. É razoável a utilização da proibição de retrocesso social como razão de

inconstitucionalidade quando se está em jogo uma norma constitucional definidora de direitos sociais, ou seja, uma concretização legislativa que instrumentaliza a eficácia da norma constitucional. Ademais, não se deve confundir retrocesso social com omissão inconstitucional, visto que naquele ocorre uma conduta comissiva do legislador, o qual regrediu na efetivação de um direito. A omissão inconstitucional, por sua vez, representa uma conduta omissiva parcial ou total por parte do legislador, que deixou de editar normas necessárias à concretização do direito.

6. Integram o conteúdo material do princípio da proibição de retrocesso social (i) o fato de a disposição normativa alcançar um patamar de consenso básico na sociedade, (ii) a existência de um princípio do Estado Democrático e Social de Direito (ou, em separado, os princípios da juridicidade, da democracia e da socialidade), (iii) o princípio da dignidade da pessoa humana, (iv) o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais e (v) a ratificação, pelo Brasil, de Pactos Internacionais que preveem a progressividade na implementação dos direitos sociais nos países signatários, evitando-se, ao menos, o retrocesso desses direitos.

7. As críticas direcionadas ao princípio em estudo não são suficientes para refutar a sua existência, tratando-se, muitas vezes, de opções metodológicas acerca de qual teoria aplicar.

8. A aproximação entre Direito e Economia é necessária em diversos aspectos, contanto que não retire a normatividade inerente à Constituição Federal em detrimento a uma orientação econômica tida como a única possível para o enfrentamento de crises ou quaisquer circunstâncias econômicas desfavoráveis. É preciso priorizar a "interpretação constitucional da crise econômica" à "interpretação econômica da Constituição", de modo que se opte sempre por uma democracia pluralista e pelo respeito aos direitos fundamentais.

9. O modo de produção capitalista sempre buscou encontrar meios para mitigar os impactos gerados com a contradição instaurada pelo Direito do Trabalho no sistema. Com o crescimento do fenômeno da terceirização, nota-se que passou a ser possível produzir sem reunir os empregados em um mesmo ambiente de trabalho (terceirização externa), e reunir sem unir os empregados que, ainda que trabalhassem no mesmo local, não mais possuiriam um empregador comum (terceirização interna). Se a terceirização externa é vista como um procedimento necessário em razão da atual complexidade dos produtos e do aumento do consumo

pela população, a terceirização interna não se justifica nem ao menos sob a perspectiva da eficiência do trabalho, dada a precarização que gera no próprio direito trabalhista.

10. No Brasil, a terceirização ainda não ganhou uma regulamentação formal. Existem apenas leis esparsas regulando atividades específicas que podem ser terceirizadas. Essa ausência de legislação sobre o tema ocasionou um protagonismo do Poder Judiciário, especialmente a partir da jurisprudência trabalhista que tem firmado entendimentos sumulados acerca das limitações do fenômeno. Diante disso, o Projeto de Lei nº 4330/04 ganhou amplo destaque em 2015 e foi aprovado pela Câmara dos Deputados em abril, passando à análise do Senado como PLC nº 30/15. No entanto, o que parece ser a via mais factível de regulamentação da matéria no país, acaba por violar diversos direitos dos trabalhadores ao flexibilizar as relações de trabalho e prever menos garantias aos empregados terceirizados se comparados aos diretamente contratados.

11. Considerando todo o estudo realizado no trabalho acerca do princípio da proibição de retrocesso social e o seu conteúdo material, defende-se que o Projeto de Lei da Terceirização claramente viola o referido princípio, ao mesmo tempo em que retrocede nas garantias já alcançadas pela legislação trabalhista brasileira, a qual integra a norma definidora do direito ao trabalho, prevista na Constituição Federal de 1988.

O princípio da proibição de retrocesso social não deve ser concebido como um obstáculo insuperável para normas que venham a suprimir ou limitar direitos fundamentais sociais, desde que haja, como contrapartida, um ato concreto compensatório para que o direito não perca a sua eficácia.

O projeto de lei da terceirização, ao contrário de garantir direitos aos trabalhadores submetidos a esse regime, legitima a intensificação da jornada de trabalho, a diferença salarial e a diminuição da permanência no emprego; segmenta a classe trabalhadora, enfraquecendo o direito de greve; aumenta a possibilidade de ocorrência de acidentes de trabalho; e, ainda, dificulta o acesso à justiça, na medida em que ofusca quem é o verdadeiro empregador da relação trabalhista.

Assim, constata-se a existência do princípio da proibição de retrocesso social como uma barreira constitucional implícita para a aprovação do PLC nº 30/15, o qual, caso aprovado, será inconstitucional.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, José de Melo. *A estruturação do sistema de direito, liberdades e garantias na Constituição portuguesa*. v. II, Coimbra: Almedina, 2006.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1997.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Segunda edición em español. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2012.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2006.

ANTUNES, Ricardo. Espectros, falácias e falésias. In: BLOG DA BOITEMPO. Dossiê: Não ao PL 4330 da terceirização. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2013/11/1368894-ricardo-antunes-espectros-falacias-e-falesias.shtml>> Acesso em: 03 out. 2015.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

CALABRESI, G.; BOBBIT, P. *Tragic choices – the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. New York: Norton & Co., 1978.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Uma interpretação constitucional da crise econômica. *Direito Público*, ano X, n. 54, nov./dez. 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Direito Constitucional*. Volume II. Coimbra: Almedina, 1981.

CID, Benito de Castro. Estado social y crisis de los derechos económicos, sociales y culturales. *Derechos y libertades*: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, ano n. 3, n. 6, 1998.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Proibição do retrocesso social está na pauta do Supremo Tribunal Federal. *Consultor Jurídico (CONJUR)*, abr. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-11/observatorio-constitucional-proibicao-retrocesso-social-pauta-stf#_ftn1> Acesso em: 09 nov. 2015.

COURTIS, Christian. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. In.: COURTIS, C. *Ni un paso atrás*: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.

_____. *Curso de Direito do Trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIEESE; CUT. *Terceirização e desenvolvimento – uma conta que não fecha*. Dossiê sobre o impacto da terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos. São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.cut.org.br/system/uploads/ck/files/Dossie-Terceirizacao-e-Desenvolvimento.pdf>> Acesso em: 14 out. 2015.

DRUCK, Graça; SILVA, Jair Batista da. Precarização, terceirização e ação sindical. In.: DELGADO, Gabriela Neves; PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. *Trabalho, constituição e cidadania – a dimensão coletiva dos direitos sociais trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2014.

FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. Análise econômica do direito e possibilidades aplicativas no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, ano 3, n. 9, jan/mar 2005.

FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho. Direito ao desenvolvimento e terceirização: inter-relações entre os sistemas econômico, jurídico, político e moral. In.: ÁVILA, Any et all (org.). *Mundo do trabalho: atualidades, desafios e perspectivas – Homenagem ao Ministro Arnaldo Sussekind*. São Paulo: LTr, 2014.

FUNDAÇÃO COGE. *Relatório de estatísticas de acidentes no setor elétrico brasileiro*. 2010. Disponível em: <http://www.funcoge.org.br/csst//relat2010/index_pt.html> Acesso em: 14 out. 2015.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos – direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

GICO JR, Ivo T. Introdução à análise econômica do direito. In.: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

GIORGI, Fernanda.; LOPES, João Gabriel Pimentel.; COZERO, Paulo Talita. O que está em jogo em matéria de terceirização trabalhista no Supremo Tribunal Federal? In.: FILHO, Wilson Ramos. et all (org.). *Terceirização no STF: elementos do debate constitucional*. Bauru: Canal 6, 2015.

HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. 614 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

HOJE EM DIA. “Terceirização em momento de crise”. Disponível em: <<http://www.hojeemdia.com.br/m-blogs/opini%C3%A3o-1.268900/terceiriza%C3%A7%C3%A3o-em-momento-de-crise-1.330559>> Acesso em: 23 set. 2015.

LARA, Fabiano T. R. Análise econômica do direito como método e disciplina. *Revista e-civitas*. Belo Horizonte, v. 1, n. 1, 2008.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

LIMA, Abili Lázaro Castro de. A globalização econômica e a dissipação dos direitos sociais. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 26, 2006.

_____. *Globalização econômica, política e direito: análise das mazelas causadas no plano político-jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

MACHADO, Sidnei. A regulação da terceirização no Brasil: pontos críticos. Encontro de professores das Faculdades de Direito da Universidade Federal do Paraná (Brasil) e da Universidade da República (Uruguai). 2013, p. 3. In: BLOG DA BOITEMPO. *Dossiê: Não ao PL 4330 da terceirização*. 2015, p. 2. Disponível em: <<http://blogdaboitempo.com.br/2015/04/01/o-que-e-a-terceirizacao/>> Acesso em: 06 set. 2015.

MELO, Luís Antônio Camargo de. Terceirização. REIS, Daniela Muradas; MELLO, Roberta Dantas de; COURA, Solange Barbosa de Castro (coord). *Trabalho e justiça social: um tributo a Maurício Godinho Delgado*. São Paulo: LTr, 2013.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. Tomo IV. 3 ed. Coimbra, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

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

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra, 2010.

OTERO, Paulo. *O poder de substituição em direito administrativo*. Volume II. Lisboa: Lex, 1995.

PEREIRA DA SILVA, Jorge. *Dever de legislar e proteção constitucional contra omissões legislativas: contributos para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto. O conteúdo e alcance do art. 5º, § 1º, da CF/1988. In.: CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord.) *Direito Constitucional Brasileiro: teoria da constituição e direitos fundamentais*. Vol 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 39/84. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>> Acesso em: 21 out. 2015.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Eficácia x eficiência: a análise econômica do direito. *Revista Trimestral de Direito Civil* 2. Rio de Janeiro: Padma, 2000.

RAMOS FILHO, Wilson. et all (org.). *Terceirização no STF: elementos do debate constitucional*. Bauru: Canal 6, 2015.

REIS, Daniela Muradas. O PL da terceirização. *Contraponto Notícias, Youtube*, set. 2013. Entrevista. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=tJBalk0-X64>> Acesso em: 13 out. 2015.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais sociais. In.: CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord.). *Direito Constitucional Brasileiro: teoria da constituição e direitos fundamentais*. Volume I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *La Globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá: ILSA, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2012.

_____. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 2, 2004.

_____. O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Salvador, n. 9, mar./abr./mai., 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rere-9-mar%C3%87o-2007-ingo%20sarlet.pdf>> Acesso em: 23 jul. 2015.

_____. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Salvador, n. 15, set./out./nov., 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-15-SETEMBRO-2008-INGO%20SARLET.pdf>> Acesso em: 12 jul. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SARMENTO, Daniel. Direitos sociais e globalização: limites ético-jurídicos ao realinhamento constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, v. 223, 2001.

SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos*. Volume 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

SILVA, Jorge Pereira. *Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas: contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão*. Lisboa: Universidade Católica, 2003.

_____. Protecção constitucional dos direitos sociais e a reforma do Estado-Providência. In.: *A reforma do Estado em Portugal: problemas e perspectivas*, actas do I Encontro Nacional de Ciência Política. Lisboa: Bizâncio, 2001.

SINDEEPRES. “A terceirização como saída para a crise”. Disponível em: <<http://www.sindeepres.org.br/index.php/presidente/130-a-terceirizacao-como-saida-para-a-crise.html>> Acesso em: 23 set. 2015.

SIQUEIRA, Germano Silveira de. Há no Projeto de Lei sobre terceirização ampla "disputa por dinheiro". In.: BLOG DA BOITEMPO. *Dossiê: Não ao PL 4330 da terceirização*. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-06/germano-siqueira-pl-terceirizacao-disputa-dinheiro>> Acesso em: 15 out. 2015.

SOARES, Dilmanoel de Araújo. Direitos Sociais e o princípio da proibição de retrocesso social. Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário de Brasília (UNICEUB), Brasília, 2010, p. 182. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/190963/dilmanoel.pdf?sequence=4>> Acesso em 06 out. 2015.

SUNSTEIN, Cass. R.; HOLMES, Stephen. *El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.
VIANA, Márcio Túlio. *70 anos de CLT: uma história de trabalhadores*. Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, 2013.

VIANA, Márcio Túlio. O que é a terceirização? A terceirização em perguntas e respostas: tentando diminuir as confusões. In: BLOG DA BOITEMPO. *Dossiê: Não ao PL 4330 da terceirização*. 2015. Disponível em: <<http://blogdaboitempo.com.br/2015/04/01/o-que-e-a-terceirizacao/>> Acesso em: 31 ago. 2015.

ZANATTA, Rafael A. F. Desmistificando a Law & Economics: a receptividade da disciplina direito e economia no Brasil. *Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília*, 10 ed., 2010.

_____. *Richard Posner: eficiência, maximização de riqueza e a análise econômica do direito*. 2010. Disponível em: <<http://rafazanatta.blogspot.com.br/2010/10/richard-posner-eficientismo-maximizacao.html>> Acesso em: 30 mar. 2015.