

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS: NOVO MODELO DE NORMATIVIDADE?

TEREZA APARECIDA ASTA GEMIGNANI *

*“Ontem os Códigos; hoje as Constituições.
A revanche da Grécia contra Roma”*

Paulo Bonavides

*Abriu em mim um susto;
porque: passarinho que se debruça
o vôo já está pronto!*

João Guimarães Rosa

Resumo: A comemoração dos 20 anos de instalação do Tribunal do Trabalho em Campinas, no mesmo ano em que se celebra os 60 anos de inserção da Justiça do Trabalho como integrante do Poder Judiciário, leva à necessidade de abordar o tema da constitucionalização dos direitos trabalhistas, notadamente quando ainda estão sendo digeridos os efeitos provocados pela Emenda Constitucional 45, e já se ouve pelo país algumas vezes conclamando a instalação de uma nova Constituinte, ou uma reforma constitucional. O presente artigo se propõe a refletir sobre o significado desta constitucionalização para a nação brasileira e para o direito como ciência.

Sumário: 1 Introdução; 2 *Fiat justitia, pereat mundus*; 3 Um exemplo concreto; 4 O aumento da complexidade; 5 A evolução de um conceito; 6 A força normativa da Constituição; 7 Os novos métodos de interpretação; 8 A teoria dos jogos; 9 A sistematização; 10 A Constitucionalização; 11 Os efeitos práticos deste movimento; 12 Conclusão; 13 Bibliografia.

Palavras-chave: Constitucionalização dos direitos trabalhistas - teoria dos jogos

* Tereza Aparecida Asta Gemignani é Juíza do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região - Doutora em Direito do Trabalho - nível de pós-graduação pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco - USP - Universidade de São Paulo

INTRODUÇÃO

Escrever sobre a constitucionalização do direito trabalhista, logo após a promulgação de uma emenda constitucional de grande envergadura, é tarefa complexa, que desencoraja à primeira vista, pois além de ter que discorrer sobre as questões envolvidas no calor dos acontecimentos, sem o distanciamento temporal necessário para reflexões mais aprofundadas, exige ponderação e bom-senso para delinear cenários, com as ferramentas de um presente em frenético estado de ebulição.

Mas não vou me furtar a tal desafio.

Não só como forma de contribuir para a reflexão científica, mas principalmente por acreditar, que a construção de um novo modelo institucional para o Poder Judiciário exige o encaminhamento do debate para as questões afetas à constitucionalização, com o olhar posto no horizonte do futuro.

No ano de celebração dos 60 anos de inserção da Justiça do Trabalho, como integrante do Poder Judiciário, promovida pela Constituição Federal de 1946, inequívoca a propriedade do tema, numa revista comemorativa dos 20 anos da instalação do Tribunal Regional do Trabalho em Campinas. Com jurisdição ampla abrange diferentes Municípios, nos quais a atividade econômica, urbana e rural, apresenta intensa diversidade, abarcando desde os modos mais simples e rudimentares da produção de artesanatos e manufaturados, até a prestação de serviços e fabricação de produtos de alto valor agregado, destinados a exportação, que em volume expressivo são escoados pelo Aeroporto Internacional da região - Viracopos, bem como transportados via terrestre para abastecer os demais países do sul da América Latina. Assim, situado num dos mais desenvolvidos pólos produtivos do país, o Tribunal de Campinas é chamado a administrar justiça e garantir

“Assim, situado num dos mais desenvolvidos pólos produtivos do país, o Tribunal de Campinas é chamado a administrar justiça e garantir segurança jurídica às relações trabalhistas que se desenvolvem num ambiente de significativa complexidade.”

segurança jurídica às relações trabalhistas que se desenvolvem num ambiente de significativa complexidade.

Daí a necessidade de reelaborar conceitos e perspectivas, para evitar o risco apontado por Luis Roberto Barroso, ao alertar para “uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que não se inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo”.

2 FIAT JUSTITIA, PEREAT MUNDUS

Nosso ordenamento jurídico foi edificado como um sistema de normas, destinadas a balizar os parâmetros definidores do legal/ilegal.

Nada mais.

Quaisquer outras considerações eram alijadas do debate, sob o argumento de serem incabíveis na esfera do jurídico.

Conceitos como moralidade e eficiência, por exemplo, eram prontamente excluídos.

O primeiro, porque pertencia a uma outra ótica de considerações. O segundo, porque pouco importava. Afinal, para a decisão jurídica bastava que fossem observadas as diretrizes balizadoras do legal/ilegal, sendo desnecessário considerar se, em virtude disso, o mundo poderia perecer, como já sinalizava o famoso provérbio latino.

Tal concepção, aparentemente aceitável quando se tratava de resolver conflitos relacionados a justiça comutativa, entrou em colapso com o estado social.

Com efeito, a ampliação da atuação estatal, adotada com o escopo de gerir e implementar políticas públicas, trouxe para o âmbito do direito questões de justiça distributiva, que antes se mantinham apenas na órbita política.

E aí, como aceitar o *pereat mundus*, que poderia comprometer sua própria existência?

No Brasil, tal discussão se mantém cada vez mais acesa no campo do direito do trabalho. Nascido no imbricamento do direito privado com o direito público, o direito do trabalho sempre foi chamado a enfrentar questões, que demandavam a análise destas duas perspectivas.

Temas candentes como emprego, renda, informalidade, critérios de reajuste salarial, atuação de movimento grevista, limites da atuação disciplinar no local de trabalho, condutas de assédio moral e sexual, nem de longe podem ser reduzidos à equação do *do ut des* que caracteriza a lógica da justiça comutativa.

3 UM EXEMPLO CONCRETO

Um exemplo concreto da dificuldade de bem equacionar os problemas na atualidade, pode ser apresentado com a questão das horas extras, suscitada na grande maioria dos conflitos trabalhistas.

Aparentemente, poderia ser vista apenas como uma questão de justiça comutativa. Aquele que trabalhou, tem direito a receber o pagamento respectivo. Se foi pago, deixa de existir o conflito.

Entretanto, o problema é mais amplo.

A reiterada prestação de jornadas extenuantes mina a saúde do trabalhador, e o afasta de casa por longos períodos. Mesmo que tal redunde no recebimento de um salário maior no final do mês, há custos e encargos que não podem ser desconsiderados, e que não são suportados só por ele, mas por toda a sociedade.

Num período de médio/longo prazo as vantagens se diluem. Este trabalhador apresentará muito mais problemas de saúde, maior risco de sofrer acidente no trabalho, e assim inchar o número dos que permane-

cem afastados, recebendo benefícios previdenciários. Além disso, com a precarização da saúde, suas chances de empregabilidade diminuem, há um inequívoco e concreto risco de redução de seu nível salarial quando entra na fase de alta rotatividade nos empregos, culminando pela perda definitiva do posto de trabalho quando atinge a meia-idade, via de regra época em que as despesas da família mais aumentam. Não teve tempo para se dedicar aos filhos quando pequenos, e acaba por oferecer-lhes um exemplo pouco edificante quando estes atingem a adolescência, de modo que não é incomum a desagregação familiar e o alcoolismo, que vai levar a novas doenças, violência doméstica e abandono, ampliando o leque das necessidades, cujo atendimento exige muito mais da atuação estatal.

Por isso, um conflito que aparentemente parece singelo, e restrito ao interesse das duas partes que celebram um contrato de trabalho, na verdade se reveste de muito mais complexidade, interferindo de forma direta na edificação de políticas públicas, que exigem critérios de aferição próprios da justiça distributiva.

Neste contexto, o *pereat mundus* se torna insustentável.

O grande desafio deste início de um novo século, portanto, é construir outro padrão normativo, que permita conjugar os dois valores, ou seja, fazer justiça e evitar que o mundo pereça na instabilidade trazida pela insegurança jurídica.

A Constituição Federal de 1988 teve o mérito de mostrar esse dilema como uma fratura exposta.

Ao albergar em seu corpo normas de direito trabalhista, e instituí-las como direitos fundamentais no artigo 7º, pretendeu demonstrar que ao definir o país como uma república democrática, fundada no trabalho como valor, não estava apenas adotando um discurso politicamente correto. Fixava

“Temas candentes como emprego, renda, informalidade, critérios de reajuste salarial, atuação de movimento grevista, limites da atuação disciplinar no local de trabalho, condutas de assédio moral e sexual, nem de longe podem ser reduzidos à equação do do ut des que caracteriza a lógica da justiça comutativa.”

normas de conduta, para balizar que tipo de atuação os poderes públicos deveriam dispensar em relação ao trabalho humano. O tratamento que deve ser conferido a um direito estruturante, ou seja, destinado a fixar os alicerces da sociedade brasileira.

A Emenda Constitucional 45/2004 deu um passo a mais neste caminho, ao expressamente incluir no elenco dos direitos fundamentais - inciso LXXVIII no artigo 5º -, o princípio da eficiência, que anteriormente constava do artigo 37 da Lei Maior, deste modo reafirmando a inserção da idéia de eficiência no conceito do jurídico.

O grande desafio, portanto, é manejar os instrumentos jurídicos para fazer valer, conjuntamente, a justiça e a eficiência, como balizadoras da conduta social.

Para tanto seriam suficientes os critérios estabelecidos nas regras, destinados a delimitar as fronteiras entre o legal e o ilegal?

Parece que não.

Pela simples e boa razão de que nem sempre o legal é eficiente e, nem sempre o eficiente é legal.

4 O AUMENTO DA COMPLEXIDADE

Além disso, há um inequívoco complicador.

Quando se trata de aferir a implementação de critérios de eficiência, em relações que envolvem justiça comutativa, a avaliação se restringe aos interesses contrapostos que estão explícitos.

No caso dos conflitos trabalhistas, que via de regra também envolvem a aplicação de justiça distributiva, o nível de complexidade aumenta, pois implica em considerar também o que está implícito, ou seja, um amplo universo dos que se beneficiam, ou não, desta eficiência, que pode ser manipulada, de forma que sob o aparente atendi-

mento de interesses públicos ou coletivos, na verdade acabam por atender interesses corporativos e setoriais, de quem tem o controle de certos segmentos produtivos da sociedade.

Artigo publicado pelo Jornal *O Estado de São Paulo* chama atenção para a “pressão impiedosa sobre a renda do trabalho”, e o conseqüente “retorno crescente para os donos do capital”. O articulista Morgan Stanley¹ registra que, embora os níveis de desemprego tenham caído nas economias dos países mais desenvolvidos como Japão, Alemanha e EUA, em nenhum ocorreu aumento significativo dos salários, ou da “fatia do trabalho na renda nacional”, restando evidente que o inquestionável aumento de produtividade não aumentou a renda, que deveria ter sido destinada a remunerar o trabalho.

Como explicar tal fenômeno, num momento em que se intensifica a forma de pagamento por produtividade, e a “participação nos lucros e resultados”, como modalidades cada vez mais utilizadas nas relações de trabalho?

O resultado revela que, sob o aparente, e convincente, discurso de possibilitar o recebimento de um salário maior pela produtividade apresentada, bem como uma “participação” nos lucros e resultados, na verdade o que o sistema tem feito é sub-repticiamente levar o trabalhador a participar dos riscos do empreendimento econômico, sem lhe conceder o correspondente poder de decisão, ou nível de informação, para tanto. Neste caso, não se pode negar que haja o implemento da eficiência, só que os benefícios são apropriados preponderantemente por uma das partes, como demonstra a alta lucratividade das grandes corporações, com reduzidíssima participação dos trabalhadores, tudo acompanhado de uma socialização dos prejuízos, que

“Pela simples e boa razão de que nem sempre o legal é eficiente e, nem sempre o eficiente é legal.”

“...na verdade o que o sistema tem feito é sub-repticiamente levar o trabalhador a participar dos riscos do empreendimento econômico, sem lhe conceder o correspondente poder de decisão, ou nível de informação, para tanto.”

¹STANLEY, Morgan “A pressão impiedosa sobre a renda do trabalho nos 3 ricos”- *Jornal O Estado de São Paulo* - pág. B4-28/10/2006

serão arcados por toda a coletividade que vive no entorno desta relação, não só pelo aumento da demanda por serviços públicos, que deverão ser por ela custeados, mas também por se ver privada de uma circulação maior de renda, já que no Brasil este excedente é “enviado para a matriz”, e dificilmente se transforma em investimento.

O grande desafio, portanto, é transformar os ganhos de produtividade em “aumento da fatia do trabalho na renda nacional”.

Ademais, eficiência não pode ser aferida apenas sob o binômio custo/preço. Há inúmeras variáveis humanas, como qualidade de vida, valorização dos relacionamentos e da vida familiar, necessidade de empregar mais tempo na educação dos filhos, no aprimoramento pessoal e profissional, que não tem preço, mas ostentam inequívoco valor na mensuração dos estados de eficiência. Assim sendo, tal conceito, que passou a ser integrado no corpo da Constituição Federal de 1988, não pode ser lido apenas pela ótica da economia. É necessária a reelaboração sob a perspectiva jurídica, para que possa ser reconhecida sua normatividade, e conseqüente exigibilidade como norma de conduta.

A questão se torna mais complexa quando é ampliado o foco da abordagem, atentando-se para as novas variáveis conjunturais, de uma sociedade/espetáculo, que vem acentuando os níveis de alienação. Assim, a exclusão não ocorre só por desníveis de renda.

É muito mais grave.

O trabalhador, separado dos benefícios gerados pelo produto de seu trabalho, se vê cada vez mais alijado do controle da própria vida. Como bem observa Guy Debórd², na fase primitiva da acumulação capitalista, o homem só é reconhecido como parte da sociedade quando atua como operário, “que deve receber o mínimo indispensável para conservar sua força de trabalho”. Quando a intensificação deste trabalho leva

a uma situação de abundância das mercadorias produzidas, o sistema exige “uma colaboração a mais” deste trabalhador que, além de produzir aceleradamente, agora também se vê compelido a assumir a condição de consumidor voraz do que é produzido, mesmo que disso não necessite, para ser tratado como integrante da sociedade. Assim, perversamente, passa a produzir e consumir de forma frenética, numa intensidade que não é monitorada pela necessidade, mas pelo desejo, controlado pelo ritmo da sociedade do espetáculo, que precisa sempre parecer mais. Deste modo, a sociedade que separa pela raiz o sujeito, e a atividade prestada, subtrai-lhe o próprio tempo, e o homem passa a deter a sensação estranha de ser sempre um estrangeiro, alguém de fora, cuja entrada no sistema apenas é permitida enquanto estiver produzindo/consumindo, sem valer mais nada além disso, sem ter respeitado seu próprio ritmo.

Ao discorrer sobre os crescentes desafios da atualidade, Sadi dal Rosso³ explica que o crescimento da produtividade é “por essência, poupador de trabalho. Essa relação entre produtividade e trabalho explica porque... nos defrontamos com um dos mais sérios problemas sociais de todos os tempos: o desemprego... sem acesso ao trabalho e a remuneração, a pessoa fica enfraquecida nos outros direitos individuais... dependente do Estado, levando a quadros crescentes de desigualdade social”.

O que o direito do trabalho se propõe, como ciência, é quebrar essa equação.

Atua como um dique de proteção do trabalho como valor fundante da república brasileira, tal como consta do artigo 1º da Carta Política de 1988. Assim, ressalta que o exercício do trabalho deve ser resguardado, como atividade que possibilita a realização e o aprimoramento da dignidade humana. Para tanto, deve respeitar a condição da pessoa do trabalhador, garantindo-lhe um espaço de inserção na sociedade, independentemente de sua capacidade maior, ou menor, de produzir e consumir.

²DEBORD, Guy - *A sociedade do espetáculo* - Contraponto Editora Ltda - Rio de Janeiro - 1997 - pág. 31 e segs.

³DAL ROSSO, Sadi - *A jornada de trabalho na sociedade* - O castigo de Prometeu - São Paulo - Editora LTR- 1996 - págs. 421 e seguintes

É evidente que se trata de um objetivo de grande envergadura, que tem a ver com o tipo de Estado e sua organização política.

Neste sentido, a constitucionalização do direito do trabalho recompõe a fragmentação que o capitalismo impôs à prestação do trabalho, e por isso se revela imprescindível para garantir a eficácia do novo marco normativo.

5 A EVOLUÇÃO DE UM CONCEITO

Importante registrar as diferentes perspectivas de cada movimento científico, como resposta às alterações conjunturais da sociedade. Assim o jusnaturalismo, que predominou no século XVIII, se assentava na idéia de que a condição de pessoa tornava o homem titular de direitos, independentemente da existência de uma norma jurídica, que assim expressamente estabelecesse.

O século XIX empreende um novo caminho, passando a identificar o direito com a lei nacional, movimento que teve seu apogeu na França, notadamente após a promulgação do Código de Napoleão, levando à conclusão de que só podia ser considerado direito o que estava posto na lei.

Tal diretriz mais se acentuou no século XX, conduzido pelo intenso desenvolvimento científico, e valorização da razão, assim impulsionando o espraiamento do positivismo, que levou à definitiva separação entre os conceitos de direito e justiça.

O acirramento dos conflitos sociais, após a 2ª Guerra, veio demonstrar a precariedade desta estrutura, que começou a ser abalada por um novo movimento, denominado de pós-positivismo que, ante a constatação dos horrores cometidos pelos

regimes totalitários, muitas vezes “em nome da lei”, concluiu ser impossível a manutenção de um estado de Direito despartado da ética e da justiça. Apesar de ter começado com manifestações doutrinárias e jurisprudenciais isoladas, que muitas vezes provocavam sentimentos de insegurança, aos poucos foi caminhando com mais firmeza, até chegar ao momento atual. Hoje, sem enveredar pelo extremo de propugnar o descarte do texto legal, a ciência jurídica vem reconhecendo a importância do componente ético na formação da normatividade, pois há valores que regem a vida em sociedade, e assim devem ser considerados, mes-

mo que não explicitados numa regra positivada. É um movimento que vem sendo denominado de *princípioalismo*, pautado pelo “reconhecimento da normatividade dos princípios, que são a via pela qual os valores ingressam na ordem jurídica”, implicando também no reconhecimento da “centralidade dos direitos fundamentais e as múltiplas implicações daí resultantes”, como explica Luis Roberto Barroso⁴.

Entretanto, para que tal ocorra, é preciso reconhecer duas grandes mudanças paradigmáticas, ope-

radas com a promulgação da Carta de 1988, quais sejam, a força normativa da Constituição e os novos métodos de interpretação.

6 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

O reconhecimento da força normativa da Constituição implica em considerá-la não só como uma carta política, mas também como um documento jurídico, que estabelece normas de conduta, que assim podem ser exigidas perante qualquer Juízo ou Tribunal.

“Neste sentido, a constitucionalização do direito do trabalho recompõe a fragmentação que o capitalismo impôs à prestação do trabalho, e por isso se revela imprescindível para garantir a eficácia do novo marco normativo.”

⁴BARROSO, Luis Roberto - *O novo Direito Constitucional e a constitucionalização do Direito* - Temas de Direito Constitucional - tomo III - Rio de Janeiro - Editora Renovar - 2005 - págs. 505 e seguintes

Tais normas sinalizam uma reaproximação entre o direito e a ética, colocando a Constituição no centro do ordenamento jurídico, como pólo irradiador da normatividade. Como consequência, há um esvaziamento dos antigos microsistemas e um espraiamento da norma constitucional para reger também as relações privadas. Tal se dá porque ocorre uma alteração importante na perspectiva jurídica. Hoje, as relações de justiça comutativa se acham imbricadas com questões de justiça distributiva, o que torna impossível a busca de solução do conflito apenas nas normas de natureza privada. Ademais, como bem pondera Barroso, passando para o centro, a Constituição funciona “como a lente, o filtro através do qual se deve olhar para o direito de uma maneira geral”, fenômeno conhecido como de “filtragem constitucional”, através do qual a Constituição baliza a aplicação de todas as normas do sistema jurídico.

Esta nova perspectiva traz mudanças significativas no contorno das regras de conduta, destinadas a reger a vida dos cidadãos. Com efeito, o fim da idéia da autoridade marital, a igualdade sucessória dos filhos incluindo os havidos fora do casamento, entre outras, foram alterações importantes operadas no direito civil. Assim, também, a superação da idéia restritiva de identificação do princípio da legalidade apenas à lei, substituída por sua “vinculação à Constituição, que passa a ser direta e imediatamente aplicável”, independentemente de determinação do legislador, bem como a aceitação do controle judicial da discricionariedade do administrador, pautado pela aferição de observância dos princípios constitucionais, como razoabilidade, moralidade, eficiência, na área do direito administrativo, exponenciam os novos vetores trazidos pelo movimento de constitucionalização.

Em relação ao direito trabalhista, oportuno consignar, que é exatamente por isso que a abertura de espaços para a negociação coletiva, como dispõem alguns incisos do artigo 7º da Constituição Federal, não pode ser interpretada sob a ótica jurídica anterior. Sua inserção só se justifica quando analisada sob a perspectiva da ética e do princípio de justiça, que decorrem da força

normativa da Constituição, conceito que muitos atores sociais ainda não compreenderam. Aproveitando-se do permissivo negocial no que se refere a duração de jornada, vários acordos e convenções coletivas se limitaram a leitura literal, e passaram a estipular a prorrogação do horário de trabalho, sem o pagamento de qualquer contraprestação ou oferecimento de compensação. Muitos também promoveram drástica redução do intervalo para refeição, mesmo em jornada dilatada, sem atentar para as condições de higiene e segurança. Ora, o descompromisso ético de tal conduta é evidente, pela simples e boa razão de que um dos lados não pode receber benefícios, enquanto o outro só arca com os prejuízos, que não detém apenas conotação econômica, mas também custos significativos para a saúde, gerando consequências quanto ao aumento do número e gravidade dos acidentes de trabalho, assistência médica, risco de baixa empregabilidade futura, exacerbação dos índices de pobreza, desagregação e violência doméstica, desamparo aos filhos, e por aí vai.

Ou seja, não há como analisar o problema apenas sob o simples prisma comutativo de um contrato. Há questões de justiça distributiva imbricadas, há aspectos éticos e consequências que se espraiam por todo o entorno social em que ocorre o fato trabalhista. Por isso, impossível examinar o caso sem analisar o marco axiológico posto pela própria Constituição, no sentido de que deve haver uma negociação coletiva efetiva para tanto, com a concessão de benefícios a todos os participantes, assim elevando os níveis de eficiência e de melhoria das condições de trabalho, espraiando seus efeitos também no núcleo social em que o fato ocorre.

7 OS NOVOS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO

A consideração da força normativa da Constituição vem exigindo o desenvolvimento de uma “dogmática própria para a interpretação constitucional, levando em conta as suas múltiplas especificidades”.

Este novo modelo está fundado na participação mais efetiva do juiz.

Com efeito, sua atuação deixa de limitar-se apenas a um processo de subsunção do conflito à solução já posta na norma. Trata-se de um sistema fundado no modelo de cláusulas abertas e normatividade dos princípios, em que o juiz se torna participante do processo de criação do direito, atuando ao lado do legislador, fazendo valorações próprias e realizando escolhas.

Essa atuação mais ampliada, que é chamado a desenvolver pelo novo modelo de constitucionalização, que preservou a garantia dos direitos em princípios, exige a utilização de novos instrumentos para que possa equacionar a solução, notadamente em caso de colisão da norma principiológica, para tanto se valendo da ponderação, dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Assim, a constitucionalização do direito leva à edificação de um novo modelo de normatividade, apto a solucionar os conflitos cada vez mais complexos que afloram na sociedade contemporânea.

No mundo do trabalho esta complexidade se acentua de maneira significativa, pois o dado conjuntural/econômico, que permeia as relações laborais, aumenta os níveis de insegurança, em decorrência de sua volatilidade.

Ademais, a intensificação dos conflitos coletivos desafiam os aplicadores do direito a buscar novas ferramentas, por se constatar que os métodos até então utilizados, no caso de conflitos individuais, se revelam ineficientes para solucionar os dissídios de natureza coletiva.

8 A TEORIA DOS JOGOS

A teoria dos jogos vem sendo estudada como método hábil, para aferir como o direito interfere na conduta dos atores sociais e agentes públicos, alterando escolhas, direcionando resultados, condicionando opções de conduta, de modo que se apresenta cada vez mais útil na apresentação de possíveis alternativas para a solução dos conflitos coletivos.

Um dos seus propósitos é exatamente dissecar e simplificar situações complexas, de modo a permitir a identificação dos principais elementos definidores, e assim

possibilitar a obtenção de resultados, que se aproximem do nível de desejabilidade traçado pelos atores sociais de um conflito coletivo. Para tanto, é preciso construir estratégias que possibilitem a tomada de decisões consistentes com os objetivos, de modo a implementar a maximização da utilidade esperada.

Importante registrar que essa utilidade nem sempre pode ser apenas medida em dinheiro. Valores outros como qualidade de vida, oportunidade maior de lazer, prestígio, *status* e reconhecimento social podem interferir na caracterização da utilidade, sem levar a qualquer vantagem financeira suplementar. Assim, dependendo de certas situações conjunturais, para os empregados pode ter mais utilidade obter boas condições de qualidade de vida no local de trabalho, do que receber um reajuste salarial maior, o que vai justificar a atuação sindical neste sentido.

O ponto de equilíbrio, também conhecido como “Equilíbrio de Nash”, será alcançado quando a ação de cada um for a melhor resposta possível, ante a estratégia adotada pelo outro, e não houver nenhuma vantagem em se adotar conduta diversa.

A construção de cláusulas normativas, pelos sindicatos patronais e profissionais, ou mesmo entre os sindicatos de empregados e os representantes das empresas, com a finalidade de pôr fim aos conflitos coletivos, envolve um jogo de estratégia peculiar, que se desenvolve num processo específico, diferente do que ocorre em relação aos demais marcos normativos, pois requer a análise conjunta da perspectiva jurídica e também da econômica, que invariavelmente atuam num sistema de interconexão. Com efeito, neste tipo de conflito, se a aplicação das normas jurídicas for desatrelada das conseqüências econômicas, pode levar à ineficácia do parâmetro normativo escolhido. Por outro lado, considerar apenas a perspectiva econômica pode redundar em condutas predatórias e lesivas ao elo mais fraco, que detém menor poder para barganhar e traçar estratégias decisivas.

Para o jurista, acostumado a lidar com o conceito da legalidade, é desafiante

entender os novos mecanismos, cuja utilização vem se acentuando nos últimos tempos, com o escopo de encontrar caminhos mais eficientes para a solução dos conflitos coletivos no mundo do trabalho.

Como explicam Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi⁵, nestes casos, a “lei funciona mais como condição básica e necessária, do que como condição suficiente”. Deste modo, ao dissecar a forma estratégica do comportamento dos atores sociais, a “teoria dos jogos auxilia o direito em seu papel de indutor de condutas, a auto-avaliar-se e a identificar formas de melhorar a sua eficácia e eficiência”.

Por exemplo, uma atuação mais propositiva em mesa de negociação coletiva, que consiga instituir em cláusula normativa um ônus maior ao empregador, que descumprir sua obrigação e deixar de adotar certas providências necessárias para garantir higiene e segurança no local de trabalho, visa estrategicamente aumentar a eficiência, que redundará em benefício de trabalhadores e empregadores.

Destarte, a solução do conflito coletivo não pode mais ser obtida pelo modelo anterior, que consistia apenas em fazer valer a norma posta, sem quaisquer outras considerações. Hoje se percebe que tal objetivo é insuficiente, pois não leva a eficiência, cuja implementação necessita de um estímulo estratégico, quanto a benefícios, ou desoneração de custos. Entretanto, tal não pode redundar em ônus apenas para uma das partes, sob pena do jogo sofrer um esvaziamento de seu objetivo, e assim provocar um conflito maior, ao invés de solucioná-lo. Deste modo, ao oferecer recompensas, ou possibilitar a aplicação de penalidades, a teoria dos jogos disponibiliza novos instrumentos, hábeis à implementação de benefícios mútuos, em que a concessão de um está diretamente atrelada ao outro.

Neste sentido, explicam os citados autores, as técnicas aplicadas pela teoria dos jogos, (que não serão aqui explicitadas pois não é o escopo deste trabalho), “permitem

modelar as interações entre os indivíduos em que estes agem estrategicamente- isto é, levando em conta o que os outros fazem- e, assim, tentar prever suas decisões, supondo que eles demonstrem um comportamento racional”.

Deste modo, a contribuição da teoria dos jogos para o estudo do direito, “consiste na compreensão das motivações estratégicas que inspiram os sujeitos de direito e das conseqüências das normas jurídicas no seu comportamento”, assim auxiliando os atores sociais nas escolhas mais apropriadas, considerando determinada conjuntura econômica em que eclode o conflito coletivo de trabalho.

Para o direito do trabalho tal aplicação detém inequívoca utilidade. Como ressalta Sadi Dal Rosso,⁶ a questão da jornada, por exemplo, se constitui num importante foco de conflito, pois se “para os capitalistas a capacidade de organizar o trabalho e distribuir os tempos de modo a otimizar a utilização do capital constante é um fator que faz a diferença, em ambientes de competição intensa, para os trabalhadores é crucial controlar a distribuição dos tempos de acordo com as condições particulares de cada um e gerar novos tempos de não trabalho, dos quais possam usufruir para o desabrochar pessoal e coletivo. Qualquer líder sindical conhece de experiência própria a centralidade dessa questão no âmbito das relações entre as classes sociais”.

9 A SISTEMATIZAÇÃO

Como coordenar esses vários focos e instâncias decisórias? Como aplicar os novos instrumentos, que se apresentam como possíveis alternativas de solução para dirimir conflitos cada vez mais complexos? Como evitar que esta multiplicidade aumente os níveis de insegurança jurídica, já tão elevados?

Superando os extremos das concepções jusnaturalista e positivista, a intensificação dos conflitos sociais como causa e resultado de duas guerras mundiais levou a elaboração de um novo modelo político, o

⁵CASTELAR PINHEIRO, Armando e SADDI, Jairo - *Direito, Economia e Mercados* - Editora Campus - pág. 157 e seguintes

⁶DAL ROSSO, Sadi - obra citada - pág. 15

estado social, baseado na priorização da implementação de políticas públicas, trazendo para a seara jurídica questões de justiça distributiva, que antes permaneciam à margem, restritas aos debates sociológicos, econômicos e filosóficos, assim exponenciando que as normas jurídicas, calcadas no viés de justiça comutativa, se apresentavam insuficientes para oferecer respostas aos novos conflitos, inclusive os trabalhistas.

Tal fenômeno, que passou a ser conhecido como *pós-positivismo*, num primeiro momento se apresentou de forma confusa, multiplicando as instâncias decisórias e causando instabilidade e insegurança, com o cidadão a mercê de julgamentos que passaram a conter altas doses de subjetivismo.

A ciência jurídica, com sua eficácia cada vez mais comprometida, exponenciou esta fratura estrutural, clamando por sistematização.

Assim, interessante trazer à colação o pensamento de Perelman⁷, que ao discorrer sobre as antinomias que cercam o conceito de justiça, faz a seguinte ponderação: “Suponhamos que dois operários, cujo trabalho é igual, um seja solteiro, outro pai de uma família numerosa. Tratando-os da mesma forma é-se injusto porque o princípio *a cada qual segundo suas necessidades* exige que se dê mais àquele que tem encargos familiares do que àquele que deve suprir apenas à própria subsistência. Tratando-os de forma desigual é-se injusto, porque não se trata da mesma forma dois seres que fazem parte da mesma categoria essencial do ponto de vista da fórmula *a cada um segundo suas obras*”, de modo que o conceito de justiça se reveste de inequívoca complexidade, impossível de ser reduzida a meras considerações subjetivas, ou que decorrem apenas de um voluntarismo pessoal, explicitada no conhecido jargão do *eu poso porque quero*.

Ao tecer considerações sobre o pensamento de Kant, e sua centralidade para a construção da idéia de humanismo, que mais tarde é retomada e passa a atuar como pólo de sustentação da idéia de dignidade, Fernando Alonso⁸ explica que o homem kantiano concentra em si uma dualidade ética e civil, uma “dupla dimensão, privada e pública, que de um lado torna possível o exercício de múltiplas funções transcendentais e, de outro, que lhe permite adaptar-se às múltiplas contingências conjunturais do mundo real em que vive de modo que nenhuma norma pode ser considerada jurídica, se não estiver permeada por conceitos universais de ética e boa-fé. Atendidos tais pressupostos, a força coercitiva do direito não só é lícita, como também *moralmente necessária*, pois sem ela a força arbitrária de uns poderia impedir aos outros de exercerem sua liberdade, de modo que o imperativo categórico não é apenas uma assertiva de natureza moral, mas também a base da normatividade jurídica. Deste modo, não há um binômio separando direito natural/direito positivo, mas duas perspectivas do fenômeno jurídico, que estão em constante estado de interconectividade, em que um condiciona a atuação do outro e vice-versa.

Neste passo também caminha Euzébio Fernandez Garcia,⁹ ao ressaltar a importância do princípio da dignidade da pessoa humana como pilar de sustentação de todo o edifício jurídico, assim garantindo a efetivação dos valores da autonomia, segurança, liberdade e igualdade, lembrando o pensamento do constitucionalista Peces Barba de que “a dignidade humana é o fundamento e a razão de ser dos valores superiores”. Para tanto, colaciona as reflexões de Kant¹⁰, ao explicar que quando algo tem preço pode ser substituído por um equivalente, ao contrário, aquele que não tem equivalente, não tem preço, nem é passível de comparação, como o homem, não pode ser

⁷PERELMAN, Chaim - *Ética e Direito* - São Paulo - Martins Fontes Editora - 2000 - págs 35 e seguintes.

⁸ALONSO, Fernando H. Llano - *El humanismo cosmopolita de Immanuel Kant* - Madrid - Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” - Universidade Carlos III – Dykinson - 2002 - pág 45 e seguintes.

⁹GARCIA, Eusébio Fernandez - *Dignidad Humana y Ciudadania Cosmopolita* - Madrid - Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” - Universidade Carlos III – Dykinson - 2002 - pág 20 e seguintes

¹⁰KANT, Immanuel - *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* - São Paulo - Editora Martin Claret - 2004

usado como meio, constituindo-se num fim em si mesmo, por ser detentor de dignidade

A dignidade é essencialmente um conceito ético, que a constitucionalização do direito insere no conceito do jurídico, modificando seu DNA e fortalecendo a defesa de seu organismo, para impedi-lo de ser capturado pela lógica reducionista do econômico.

Como conseqüência, provoca mudança estrutural também no significado do conceito de eficiência. Ao inseri-lo na órbita do jurídico, força a superação da visão meramente econômica, exigindo a sua calibragem pela ética.

Portanto, a atualidade apresenta para os operadores do direito o imenso desafio, de construir um novo conceito do jurídico e edificar um novo padrão de normatividade, que possam garantir não só o legal, mas também o ético e o justo, preservando a segurança jurídica, para evitar o *pereat mundus*.

Não é pouca coisa.

10 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO

Ante tal quadro de complexidade, a regra jurídica balizada apenas pelo critério do legal/ilegal se revela impotente para oferecer as respostas necessárias.

Ao sentir a dimensão do problema, o sistema passou a apresentar, como possível solução, a utilização mais freqüente dos princípios. Diferentemente das regras jurídicas clássicas, que fixavam comandos definidos e unívocos para cada situação, os princípios apresentam diretrizes gerais, que possibilitam diferentes leituras, bem como diversas perspectivas de análise e de implementação, dependendo da conjuntura fática. Como bem explicitou Alexy, enquanto a regra impõe um dever definitivo, um tudo ou nada, o princípio apresenta deveres *prima facie*, que possibilitam diferentes formas de aplicação. Trabalhando com marcos axiológicos abrangentes, que permitem uma

multiplicidade de leituras, balizadas pela ponderação dos valores em conflito, se revelam aptos a apresentar soluções mais eficientes, notadamente quando há um evidente tangenciamento das questões que envolvem justiça distributiva e justiça comutativa.

Essa nova estrutura de normatividade também provoca mudança significativa na aplicação do comando. Com efeito, se houver conflito entre duas regras, por ambas disciplinarem de forma diversa a mesma situação, uma delas terá que ser declarada inválida. Em se tratando de um princípio, ambos continuam a ter a mesma validade, mas o critério da ponderação, quanto a aferição do bem mais importante que se deva tutelar num determinado momento, pode levar a níveis mais elevados da aplicação de um, em relação ao outro.

Em direito do trabalho esta questão se torna evidente, quando o conflito se instala entre a necessidade de garantir o poder aquisitivo do salário e a não menos necessária manutenção dos níveis de emprego, num ambiente de desaquecimento econômico. O conflito entre esses dois valores poderá ensejar a maximização na aplicação de um, ou outro, dependendo da relevância

do bem a ser preservado num determinado contexto.

Destarte, a constitucionalização surge para promover o aprimoramento da sistematização do direito trabalhista como ciência, e da Justiça do Trabalho, como poder da república.

A Carta de 1988 deu um passo significativo ao aproximar o direito da justiça, e valorizar a ética como substrato de edificação do edifício jurídico, para tanto atribuindo eficácia normativa aos princípios e centralidade aos direitos fundamentais inseridos em seu corpo.

O movimento de constitucionalização do direito se caracteriza como uma superação dos extremos, tanto do jusnaturalismo,

“A dignidade é essencialmente um conceito ético, que a constitucionalização do direito insere no conceito do jurídico, modificando seu DNA e fortalecendo a defesa de seu organismo, para impedi-lo de ser capturado pela lógica reducionista do econômico.”

quanto do positivismo, por considerar inadmissível que o direito possa estar despartado do justo, porém, que também é insustentável atribuir ao justo uma conotação meramente subjetiva, que leva à insegurança jurídica, tornando impossível a vida em sociedade. Esta nova racionalidade jurídica rompe com as premissas estanques do jusnaturalismo e do positivismo, procedendo a uma interação imanente do primeiro ao segundo, de modo que tudo que atingir um, repercute no outro. Deste modo, rejeita o direito natural como transcendente, mas também o binômio racional/irracional que moldou o positivismo, apresentando uma normatividade edificada sob a lógica do razoável. Neste sentido, pondera Perelman, que embora a noção do *razoável* não tenha sido muito utilizada pela teoria clássica do direito, na prática, na formação do raciocínio jurídico, essa noção “intervém com muito maior frequência”.

O constitucionalismo vem reafirmar, portanto, que um estado social só se sustenta quando está fundado no Estado de Direito, e este só se legitima, quando garante os espaços de atuação do Estado Social.

Supera a antiga dicotomia e, o que é mais notável, preserva as especificidades e perspectivas de cada um, criando pontes de interlocução entre ambos, que passam a atuar como vasos comunicantes, cuja calibragem será feita pelo juiz.

O modelo de constitucionalização do Direito está centrado na atuação do juiz.

É ele quem vai ponderar as diferentes soluções postas pelo sistema e calibrar a dose de sua aplicação, a fim de ministrar o remédio necessário, deixando de lado a atuação meramente passiva, de quem se limita a aplicar a medida que já foi fixada.

Luis Roberto Barroso¹¹ faz observação interessante ao denominá-lo de *neoconstitucionalismo*, destacando que se propõe a evidenciar que o Direito não pode subsistir quando desatrelado de outros conceitos, como eficiência e moralidade. Porém, para que isso ocorra, tais conceitos devem ser reelaborados sob a perspectiva do jurídico, a fim de contribuir para a edificação de um novo modelo normativo, apto a integrar-se ao sistema, e não constituir uma normatização em paralelo, solta, em permanente conflito com o sistema, como vêm entendendo alguns doutrinadores, pois tal redundaria em aumento da insegurança, além de estimular a desobediência civil e a intensificação de conflitos, pondo em risco o próprio Estado Democrático de Direito.

O movimento de constitucionalização do direito do trabalho acentua esta diretriz, conforme demonstram os princípios de supremacia da Constituição, da unidade e da harmonização, que só poderão ser obtidos se houver uma sistematização científica.

Assim, diversamente dos que propugnam pela interpretação subjetiva, conceitos como ordem pública,

função social, justiça, equidade, entre outros, só são sustentáveis quando ancorados num sistema jurídico, que rejeita a conotação subjetiva e para tanto considera o marco axiológico já posto nas leis em vigor e na Constituição.

Deste modo, as respostas só poderão ser obtidas se houver a compreensão do conflito trabalhista sob uma perspectiva holística. Assim, não vale ler apenas a primeira parte do inciso IV do artigo 1º da CF/88, pois tanto o trabalho, quanto a livre iniciativa, detêm valor social para a construção do Estado de Direito. Nesta esteira,

“Assim, diversamente dos que propugnam pela interpretação subjetiva, conceitos como ordem pública, função social, justiça, equidade, entre outros, só são sustentáveis quando ancorados num sistema jurídico, que rejeita a conotação subjetiva e para tanto considera o marco axiológico já posto nas leis em vigor e na Constituição.”

¹¹BARROSO, Luis Roberto - Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito - O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil - *Revista de Direito Administrativo* - Rio - Editora Renovar Ltda - abril/junho 2005

ambos têm que ser considerados, de tal forma que a valorização de um não implique na desvalorização do outro, e vice-versa. Ressalta Luis Roberto Barroso¹² que o texto constitucional, aparentemente dialético, na verdade buscou um equilíbrio entre os interesses do capital e do trabalho, pois ao lado da livre iniciativa, “alçada à condição de princípio da ordem institucional brasileira, consagraram-se regras de intervenção do Estado no domínio econômico, inclusive com a reserva de determinados setores econômicos... e um amplo elenco de direitos sociais aos trabalhadores”.

Quase quarenta anos depois do fenômeno que ocorreu na Europa do pós-guerra, com a promulgação da Constituição de 1988 o Brasil entra, embora tardiamente, numa era de revalorização do direito constitucional.

Alinha-se a um movimento crescente de *neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*, na tentativa de preservar a justiça e a segurança jurídica, num mundo cada vez mais avesso à doutrina, que exige “mensagens de consumo rápido”, como define Luis Roberto Barroso¹³. Ressalta o renomado jurista que, uma “das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica”, cujo cumprimento pode ser determinado, e exigido perante os Tribunais.

Neste sentido, o movimento de constitucionalização do Direito vai superando a antiga conceituação, em que a Carta Magna era tida apenas como um “documento essencialmente político”, cuja concretização ficava “condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador”, não se reconhecendo ao Judiciário nenhum “papel relevante” na implementação de seu conteúdo.

Por essa nova perspectiva, as normas constitucionais não podem ser entendidas como meramente programáticas, “repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata”. Passam a ser dotadas de imperatividade, cuja inobservância pode deflagrar “os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado”.

Ademais, não se pode deixar de considerar que a Carta de 1988 instituiu novos mecanismos de controle concentrado da constitucionalidade, como a ação declaratória e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF- artigo 102- parágrafo 1º), cuja regulamentação pela lei 9.882/99 veio conferir-lhe condições de operabilidade.

11 OS EFEITOS

Ao discorrer sobre a necessidade da edificação de uma teoria da Constituição dirigente, Lenio Streck¹⁴ enaltece a idéia de Estado Democrático de Direito como um dos conceitos políticos fundamentais do mundo moderno, pois traça “um determinado padrão histórico de relacionamento entre o sistema político e a sociedade civil, institucionalizado por meio de um ordenamento jurídico-constitucional desenvolvido e consolidado em torno de um conceito de poder público, em que se diferenciam a esfera pública e o setor privado, os atos de império e os atos de gestão, o sistema político-institucional e o sistema econômico, o plano político-partidário e o plano político-administrativo, os interesses individuais e o interesse coletivo”, de modo que qualquer exercício de autoridade “que vá além desses limites, passa a ser um exercício de *poder ilegítimo*”. Nesta configuração, o “paradigma do Estado democrático de direito liga-se inexoravelmente à função transformadora que o direito assume.”

¹²BARROSO, Luis Roberto - Dez anos da Constituição de 1988 - Foi bom pra você também - *Revista de Direito Administrativo* - volume 214 - outubro/dezembro de 1998 - págs 1 a 25

¹³BARROSO, Luis Roberto - Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito - O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil - *Revista de Direito Administrativo* - Rio - Editora Renovar Ltda - abril/junho 2005

¹⁴STRECK, Lenio Luiz - A inefetividade dos direitos sociais e a necessidade da construção de uma teoria da constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia - in *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional* - Curitiba - vol 2 - ano 2002 - págs 26 e seguintes.

Esse novo modelo amplia as funções do Judiciário, chamando-o a participar da elaboração da própria norma, pois é o juiz que, ao proceder ao sopesamento dos valores em jogo, vai fixar os critérios de priorização, necessários para a decisão. Deste modo, se o Legislativo continua a ter a atribuição de elaborar leis, o Judiciário passa a complementar essa tarefa, atuando como “co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre as soluções possíveis”- explica Barroso. Assim, o juiz deixa de proceder apenas à subsunção do fato à norma, para edificar os contornos da própria norma.

Em direito do trabalho, tais desafios se tornam recorrentes e estão cada vez mais presentes nas questões mais candentes. Quais os traços que distinguem o assédio moral, das exigências de desempenho e produtividade? Quais critérios podem diferenciar a legítima revista nas atividades que lidam com pequenos produtos (chips, jóias, remédios), do direito à intimidade que deve ser preservado? Qual balizamento deve ser utilizado para disciplinar o uso da Internet e do correio eletrônico para interesses pessoais no local de trabalho?

Ante tais desafios, a lógica dualista do legal/ilegal deixa de ser suficiente para solucionar os novos conflitos jurídicos trabalhistas, pois a regra legal não contém os elementos necessários para sua aplicação, exigindo do juiz a ponderação dos bens e valores envolvidos, e a razoabilidade na formação de um novo padrão de normatividade, que possa responder às especificidades do caso concreto que vai julgar.

Neste panorama, André Ramos Tavares¹⁵ pondera que o fato de os membros do Poder Judiciário não serem eleitos em nada altera sua legitimidade, pois numa democracia é preciso assegurar também os direitos das minorias e os instrumentos de

controle dos demais poderes, que só podem ser exercidos por quem detém independência, e não precisa se submeter a nenhum compromisso de campanha eleitoral. Deste modo, a “Justiça constitucional se revela extraordinariamente eficaz para proteger as minorias marginalizadas da sociedade, bem como para corrigir os abusos da maioria parlamentar,” assim reconduzindo a “atividade dos diversos poderes públicos aos limites traçados pela Constituição”, preservando os mecanismos capazes de assegurar que “a maioria não sufocará os correlatos direitos das minorias, alcançados após uma longa evolução histórica de conquistas”.

Neste mesmo sentido pondera Geraldo Ataliba¹⁶, ao ressaltar que nas “democracias, governam as maiorias. Elas fazem as leis, elas escolhem os governantes. Estes são comprometidos com as maiorias, que os elegeram e a elas devem agradar. As minorias não têm força. Não fazem leis, nem designam agentes públicos, políticos ou administrativos. Sua única proteção está no Judiciário. Este não tem compromisso com a maioria. Não precisa agradá-la, nem cortejá-la. Os membros do Judiciário não são eleitos pelo povo. Não são transitórios, não são periódicos. Sua investidura é vitalícia. Os magistrados não representam a maioria. São a expressão da consciência jurídica nacional”, assim impedindo que a maioria possa subverter regras constitucionais que foram erigidas com garantias de cláusulas pétreas.

Tal observação adquire importância peculiar para o direito do trabalho, notadamente quanto se trata de delimitar o alcance das ações coletivas, em relação aos direitos individuais. Se, por um lado, é preciso reconhecer que a matriz do direito trabalhista detém forte conotação coletiva, por outro lado, não se pode esquecer que há direitos individuais intransponíveis, pois garantidores da própria *humanitas*, sem os quais o homem perde sua condição de pessoa, sujeito de direitos e deveres, que não podem ser afastados por nenhum interesse coletivo, por mais relevante que se apresente.

¹⁵TAVARES, André Ramos - *Teoria da Justiça Constitucional* - Editora Saraiva - 2005 - pág. 509 e seguintes.

¹⁶ATALIBA, Geraldo - *Judiciário e Minorias*.

Com a lucidez que lhe é peculiar, Paulo Bonavides¹⁷ constata que o “ocaso das regras e dos códigos teve por seguimento a aurora dos princípios e das Constituições. Em termos rigorosamente doutrinários, ocorre o primado do princípio sobre a regra, da Constituição sobre a lei, do direito sobre a norma, da justiça sobre a segurança; esta em sede de razão do Estado, que é instância de abuso, onde se absolvem e se canonicizam os atos de força dos governantes desviados do bem-comum”. Em suma, é preciso que o sistema esteja calcado na “legitimidade da letra constitucional, e não unicamente na legalidade dos códigos ou das regras”, a fim de se preservar a identidade da nação.

Reflexão percuciente esboça Luiz Werneck Vianna¹⁸, ao lembrar que há duas leituras distintas para definir o conceito de república. Uma, considera que “o direito deveria apenas assegurar as regras do jogo democrático, intervindo para franquear oportunidades iguais de participação no processo de formação da vontade soberana”, assim preservando a arquitetura clássica de separação dos poderes. Outra, valoriza a forte presença do direito na vida contemporânea, e se enraíza “na própria organização da mentalidade cívica constitutiva do *self*, como nos países de *common law*. A razão, ali, não provém apenas de um *fiat* da vontade do soberano, porque também se realiza no domínio da experiência compartilhada e renovada ao longo do tempo, em que já se teriam consagrado os princípios instituidores do homem democrático”. Conclui que, nesta circunstância, o Judiciário, porque “livremente aberto à exposição da controvérsia entre as partes, pode-se apre-

“Em suma, é preciso que o sistema esteja calcado na legitimidade da letra constitucional, e não unicamente na legalidade dos códigos ou das regras”, a fim de se preservar a identidade da nação.”

sentar, à falta de um outro, como um espaço republicano para o homem comum brasileiro, ainda sujeito ao estatuto da dependência pessoal.”

Ressalta que a constituição de 1988 seguiu a tradição republicana brasileira de “ter o direito como recurso de modelagem social, à diferença de que não o concebeu mais como *administração política* da cidadania e, sim, como um dos lugares favoráveis ao seu exercício. A sua verdadeira inovação consistiu em fazer dele um instrumento de mobilização à participação, orientando-o segundo uma pauta cívica centrada no tema da liberdade e da cidadania ativa”.

Portanto, embora a duras penas, não se pode deixar de reconhecer que está em marcha um processo de gestação da nação brasileira que, sem negar suas raízes ibéricas, procura construir uma identidade própria, para tanto valorizando a via constitucional como importante instrumento não só político, como também jurídico, no direcionamento da conduta social.

Ao comentar as particularidades da cultura ibérica, Rubem Barboza Filho¹⁹ explica que os “ibéricos exploraram as possibilidades de uma civilização que tinha no espaço... sua categoria básica fundante... O conjunto de instituições que estabeleceram, no plano político, econômico e cultural, obedecia às necessidades e à lógica desta movimentação permanente, incorporada como elemento de estabilidade das próprias sociedades ibéricas, de legitimação de seus centros de poder”, que atuaram na priorização do territorialismo como critério de demarcação dos centros decisórios.

¹⁷BONAVIDES, Paulo - *Do estado liberal ao Estado social* - 7ª edição - São Paulo - Malheiros Editores Ltda - prefácio - págs. 8 e seguintes

¹⁸VIANNA - Luiz Werneck et alii - *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil* - Rio de Janeiro 1999 - Editora Revan - págs. 257 e seguintes.

¹⁹BARBOZA FILHO, Rubem - *Tradição e Artificio - Iberismo e Barroco na Formação Americana* - Belo Horizonte - Editora UFMG págs 101 e seguintes - 2000

Ora, este vértice se torna ultrapassado quando o modo de produção capitalista passa a priorizar o tempo, no lugar do espaço, como critério de fixação de controle do processo. Quem detém o controle do tempo da produção passa a monitorar todo o processo econômico, independentemente do espaço em que ocorre a atividade. Tal formatação atinge limites extremos nos dias de hoje, em que a produção de bens ocorre em diferentes lugares, desde que garantida a rapidez e o encurtamento dos processos. Esta mudança de paradigma acarreta profundas alterações na formatação do conflito trabalhista, de modo que não pode ser desconsiderada na construção de um novo padrão de normatividade.

Importante registrar, ademais, que no Brasil o controle da constitucionalidade não se opera apenas de forma concentrada, mas também difusa, de modo que os efeitos desta perspectiva não operam apenas pela atuação do STF, mas em todos os Juízos.

Assim, como conseqüências práticas mais importantes da constitucionalização, podem ser destacadas:

- 1 - a impossibilidade de continuar a aplicar normas infraconstitucionais, que disciplinavam a matéria de forma diversa da estabelecida na Constituição Federal de 1988. Nesta ordem, podem ser lembrados alguns dispositivos postos na lei 5.889/73, que disciplinavam o trabalho dos trabalhadores rurais de forma diferente da norma agasalhada no artigo 7º da CF/88, que estendeu aos rurícolas os mesmos direitos dos trabalhadores urbanos, ressaltando apenas os que visem a melhoria de sua condição social, assim alijando todos os preceitos anteriores em sentido contrário.
- 2 - a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade, pelo controle concentrado e também pelo controle difuso, das normas infraconstitucionais posteriores à Constituição, quando forem com ela incompatíveis.

- 3 - a necessidade de proceder à interpretação da norma infraconstitucional de forma que melhor realize o sentido, bem como o alcance dos valores e fins postos pela Constituição.

Como exemplo, pode ser mencionada a questão da natureza jurídica do pagamento estipulado no parágrafo 4º do artigo 71 da CLT, referente ao período correspondente ao intervalo para refeição que deixou de ser concedido, matéria que vem suscitando amplos e calorosos debates. Nesta esteira de raciocínio, se o artigo 7º da CF/88 estabeleceu como fundamental, o direito à observância das regras de saúde e higiene do trabalho, como considerar menos grave, e portanto sujeito a um pagamento em valor inferior de simples indenização, a conduta patronal que mantém o empregado trabalhando em jornada superior a 6 horas, sem lhe conceder o intervalo mínimo de 1 hora, necessário para descansar e alimentar-se? Acaso seria menos grave manter alguém 8 horas trabalhando, sem intervalo para comer, do que manter alguém trabalhando por 9 horas seguidas, com intervalo de 1 hora para refeição? Então, por que a primeira situação só enseja o pagamento de “indenização” sem nenhum reflexo, e a segunda uma restituição mais ampla, como horas extras e reflexos?

Observa-se que, ao analisar o disposto no artigo celetista em consonância com a norma constitucional, e avaliar a eficiência dos resultados que provoca, as dúvidas e incertezas se dissipam, pois é preciso interpretar a norma como parte de um sistema regido por princípios constitucionais, que sustentam sua estrutura.

12 CONCLUSÃO

A crescente complexidade do conflito trabalhista, permeando questões de justiça comutativa, com as que envolvem justiça distributiva, vem apresentando desafios significativos, cuja solução não pode ser obtida pela via do jusnaturalismo, nem do positivismo. O neoconstitucionalismo surge como superação destes extremos, identificando um conjunto amplo de transformações ocorridas na organização estatal e no direito constitucional, que resultaram num processo extenso e profundo de Constitucionalização do Direito, cujo

conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema.

Ademais, importante registrar que na área trabalhista esse movimento de constitucionalização do Direito, e das instituições que procedem à sua aplicação, alçou um novo patamar, alavancado pelas alterações promovidas pela Emenda Constitucional 45/2004, cujas conseqüências ainda estão sendo digeridas. Entretanto, já se afigura com clareza a centralidade dos direitos fundamentais, e a reaproximação entre direito e ética, entre direito e eficiência.

Este conjunto de mudanças, pautadas pelo reconhecimento da força normativa e expansão da jurisdição constitucional, exige a edificação de um novo modelo de normatividade, fundado na supremacia material e axiológica da Constituição, que vai atuar como bússola de navegação de todo o sistema. Deste modo, a conceituação dos valores e comportamentos, indicados nos princípios e regras consignados em seu texto, vão condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como conseqüência, a constitucionalização baliza a atuação dos três poderes constituídos, suas relações entre si, suas relações com os cidadãos.

Assim sendo, o aumento da demanda por Justiça, numa sociedade exposta a altos níveis de conflito, só poderá ser atendido se houver mais assertividade institucional do Poder Judiciário, notadamente na seara trabalhista, em que há uma constante interlocução e imbricamento entre as questões afetas à justiça comutativa, com as relacionadas à justiça distributiva. Portanto, necessário reconhecer não só que é inafastável a judicialização crescente dos conflitos, mas também que é preciso oferecer respostas em consonância com a diretriz constitucional, a fim de preservar a justiça das decisões e a segurança jurídica, que constituem a razão de ser de um ordenamento jurídico.

Descarte, cabe ao Poder Judiciário a urgente tarefa de manter a supremacia da Constituição, especialmente num momento de acentuada disfuncionalidade, que compromete a atuação eficaz do Legislativo e do Executivo no cenário brasileiro. Neste sentido, insustentável um Estado despartado do Direito, devendo assim submeter sua atuação, inclusive política, às diretrizes constitucionais, para que possa ter reconhecida sua legitimidade.

A consolidação das leis trabalhistas forneceu um ferramental importante para solução de conflitos que envolveram questões de justiça comutativa, numa sociedade que em meados do século passado começava a industrializar-se. Porém, tem se revelado insuficiente para apresentar soluções aos novos conflitos, que envolvem também questões de justiça distributiva e detêm acentuado grau de complexidade.

O futuro do direito do trabalho passa inequivocamente pela intensificação da constitucionalização, apta a apresentar caminhos, a fim de preservar a justiça das decisões e a segurança jurídica, imprescindíveis para a manutenção do Estado

Democrático de Direito.

Tal diretriz está em consonância com a especificidade e a própria razão de ser deste direito especializado que, ao erigir o princípio da proteção como alicerce de sua fundação, infiltrou na dogmática jurídica o conceito de justiça como critério integrante da própria norma positivada, assim inaugurando o caminho de reaproximação do direito com a ética, que vem sendo trilhado pelos ordenamentos jurídicos da atualidade.

Num país marcado por profundas diferenças culturais, econômicas e sociais, a constitucionalização dos direitos trabalhistas representa inequívoco avanço institucional, ao erigir o trabalho como valor estruturante da república brasileira.

“O futuro do direito do trabalho passa inequivocamente pela intensificação da constitucionalização, apta a apresentar caminhos, a fim de preservar a justiça das decisões e a segurança jurídica, imprescindíveis para a manutenção do Estado Democrático de Direito.”

É preciso ter presente a dimensão, o significado e a sua importância para promover a edificação de uma verdadeira nação brasileira, principalmente no momento em que algumas vozes começam a clamar pela instalação de uma nova Constituinte, ou pela reforma constitucional dos direitos trabalhistas.

Reduzi-los ao regramento infraconstitucional pode levar ao enfraquecimento dos marcos regulatórios e à intensificação da precarização. Com isso, perde o país, perde o cidadão, perde a nação. E os ganhadores, os mesmos de sempre.

BIBLIOGRAFIA

STIGLITZ, Joseph E. - *Globalization and its discontents* - New York - USAW.W. Borton & Company

POSNER, Richard A. - *The problematics of Moral and legal theory* - Harvard University Press - edition 2002

STANLEY, Morgan “A pressão impiedosa sobre a renda do trabalho nos 3 ricos” - *Jornal O Estado de São Paulo*

DEBORD, Guy - *A sociedade do espetáculo* - Rio de Janeiro - Contraponto Editora Ltda - 1997

DAL ROSSO, Sadi - *A jornada de trabalho na sociedade* - O castigo de Prometeu - São Paulo - Editora LTR

BARROSO, Luis Roberto - *O novo Direito Constitucional e a constitucionalização do Direito* - Temas de Direito Constitucional - tomo III - Editora Renovar

CASTELAR PINHEIRO, Armando e SADDI, Jairo - *Direito, Economia e Mercados* - Editora Campus

PERELMAN, Chaim - *Ética e Direito* - São Paulo - Martins Fontes Editora - 2000

ALONSO, Fernando H. Llano - *El humanismo cosmopolita de Immanuel Kant* - Madrid - Instituto de Derechos Hu-

manos “Bartolomé de las Casas” - Universidade Carlos III – Dykinson - 2002

GARCIA, Eusébio Fernandez - *Dignidad Humana y Ciudadania Cosmopolita* - Madrid - Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” - Universidade Carlos III – Dykinson - 2002

KANT, Immanuel - *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* - São Paulo - Editora Martin Claret - 2004

Barroso, Luis Roberto - Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito - O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil - *Revista de Direito Administrativo* - Editora Renovar Ltda – Rio - abril/junho 2005

_____ Dez anos da Constituição de 1988 - Foi bom pra você também - *Revista de Direito Administrativo* - volume 214 - outubro/dezembro de 1998

_____ Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito - O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil - *Revista de Direito Administrativo* - Rio - Editora Renovar Ltda – abril/junho 2005

STRECK, Lenio Luiz - A inefetividade dos direitos sociais e a necessidade da construção de uma teoria da constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia - *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional* - Curitiba - vol 2 - ano 2002

TAVARES, André Ramos - *Teoria da Justiça Constitucional* - Editora Saraiva - 2005

ATALIBA, Geraldo - *Judiciário e Minorias*

BONAVIDES, Paulo - *Do estado liberal ao Estado social* - 7ª edição - São Paulo - Malheiros Editores Ltda

VIANNA - Luiz Werneck et alii - *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil* - Rio de Janeiro - Editora Revan - 1999

BARBOZA FILHO, Rubem - *Tradição e Artifício - Iberismo e Barroco na Formação Americana* - Belo Horizonte - Editora UFMG - 2000