

A DESCONTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO.

Jorge Luiz Souto Maior^(*)

É comum ver a definição do direito como conjunto sistemático de normas que regula as relações sociais, mas tal definição encobre diversos complicadores que se verificam na vivência prática do direito e, por conseqüência, impede-nos de compreender o que vem a ser, efetivamente, esse ramo do conhecimento humano. Teoria e realidade não se completam.

Em um momento histórico em que as relações sociais eram bem definidas, a visão do direito como sistema, que pressupõe a coexistência de elementos que se interligam harmonicamente, obedecendo a postulados de uma lógica formal, estava em conformidade com a vivência prática do direito. Mesmo nos períodos revolucionários não se abalou a mencionada definição do direito, pois no período pós-revolucionário o direito se adaptava à nova ordem, ordem esta que, como demonstrado na obra de Marx, era representada pela obediência dos valores de uma classe dominante.

A evolução da mentalidade humana, impulsionada pela obra dos humanistas, como Giordano Bruno, no entanto, possibilitou que o homem se desprendesse de padrões predeterminados de conduta, que podiam, todos, estar regulados, de modo coerente, pelo direito.

Essa evolução da consciência humana fez surgir no seio social diversos modos de ser e de viver. O direito, como instrumento de manutenção da ordem social, primeiramente buscou impedir esse avanço, deixando à margem da legalidade diversos novos modos de agir. Os primeiros que ousaram a dizer, por exemplo, que a Terra não era o centro do Universo, Galileu Galilei, ou que Deus estava na mente de cada pessoa, Giordano Bruno, foram queimados em praça pública.

No que se refere às relações de trabalho, os primeiros que se insurgiram contra as péssimas condições de trabalho que

^(*) Juiz do Trabalho. Livre-docente em Direito do Trabalho pela USP.

havia por ocasião dos primórdios da Revolução Industrial, em movimentos de paralisação das atividades (greves), foram, literalmente, espancados pelas forças constituídas, pois a greve era um ato não amparado pelo direito.

Mas as complexidades sociais não pararam mais de crescer, surgindo na sociedade diversos novos interesses, cujo postulado básico não era propriamente a destruição da sociedade para a criação de outra, mas a mera busca de um espaço para sobreviverem, e esses interesses não puderam mais ser desprezados pelo direito.

O direito lógico e coerente, portanto, deixa de ser um dado que se possa constatar pela observação da realidade, pois na sociedade democrática vários interesses, individuais e coletivos, contrapostos são agasalhados pelo direito, até para que se mantenha o direito como o instrumento legítimo de regulação da vida social.

Mais do que um conjunto sistemático de normas, o direito vai se modificando e ponto de hoje apresentar-se como um conjunto paradoxal de normas, pois passam a coabitar no seu corpo tanto o direito de propriedade, que é essência do modelo capitalista, quanto os direitos de natureza social, como o direito do trabalho e a seguridade social, assim como direitos de minorias e, mais ultimamente o direito do meio-ambiente.

Como direito e Estado se ligam, umbilicalmente, visto que o Estado é a força coercitiva do direito, este Estado, igualmente, se transforma em Estado Social e os regimes totalitários cedem lugar às democracias.

É dentro desse contexto histórico que surge a obra de Hans Kelsen, o qual se engaja no desafio de redefinir o direito, ou em outras palavras, de reconstruir a idéia do direito enquanto sistema, dando-lhe feição científica.

Para tanto, Kelsen abandona a idéia de buscar a coerência entre as normas de direito, analisadas horizontalmente, desprezando até mesmo a noção de justiça como postulado básico da ciência jurídica. A coerência do direito é identificada por uma organização hierárquica das normas, sendo que o dado que as une enquanto elementos de um conjunto

sistemático não é o seu conteúdo, mas o fato de possuírem, todas elas, o mesmo fundamento de validade, que foi designado, dogmaticamente, de norma fundamental.

Surge, assim, a idéia do direito como conjunto hierárquico de normas, constituindo uma pirâmide e estando no topo a Constituição. Neste sistema, as normas inferiores encontram seu fundamento de validade na norma que lhe é hierarquicamente superior, indo-se nesta verificação até atingir-se a Constituição, a qual é vista como um dado histórico, que, por sua vez, encontra seu fundamento de validade não em uma norma posta, mas em uma norma pressuposta, cujo teor é dogmatizado, na obrigação que todos possuem de obedecer a Constituição, que não fora imposta de forma usurpadora.

Com isso, abandona-se a avaliação da coerência do direito a partir do conteúdo das normas, advindo daí a sua frase mal-interpretada de que todo o conteúdo pode ser de direito, para localizar a coerência do sistema no fundamento de validade, avaliado em conformidade com a norma de hierarquia inferior.

O direito, assim, abarca os contrários e até convive com decisões judiciais contraditórias, sem perder sua identidade, mantendo-se como legítimo regulador da vida social.

Mas, neste novo modo de ver o direito ganha especial relevo a busca da efetividade do direito mediante a constitucionalização da norma. Ora, percebe-se, facilmente, que a forma mais eficaz de preservar um interesse é estabelecendo uma norma a seu respeito no corpo da Constituição.

Foi assim, por exemplo, que passaram a proliferar, nos diversos ordenamentos, as Constituições, ditas sociais, com inúmeras normas de interesse social, já que ao final das duas Guerras Mundiais os diversos países do mundo consideraram que uma das principais causas das guerras teria sido o desprezo com a questão social.

A primeira Constituição a tratar de forma significativa dos direitos dos trabalhadores foi a Constituição do México, em

1917, que em seu famoso art. 123, contempla os seguintes direitos: limitação da jornada de trabalho; salário mínimo; proteção ao salário; participação nos lucros; garantida no emprego; proteção especial para mulheres e crianças; isonomia salarial...

Em 1919, surge a Constituição de Weimar, na Alemanha, de inspiração socialista, contendo: criação de conselhos de trabalhadores nas empresas e liberdade sindical.

Ao final da 1^a. Guerra, o tratado de Versalhes, que criou a OIT, enumerou os princípios fundamentais do Direito do Trabalho, que foram inspiração para as Constituições de diversos países.

Explica-se, portanto, historicamente, a inserção de diversas normas de proteção do trabalhador nas Constituições, não sendo, portanto, obra do acaso ou de algum constituinte maluco, como às vezes se faz crer.

Entende-se, ademais, a preocupação dos diversos Estados, que assim agiram, não só diante da perspectiva da visão kelseniana do direito, mas também porque a satisfação dos preceitos de natureza social depende não meramente do cumprimento de uma obrigação individual, mas da conjugação de diversos fatores sócio-econômicos de todo um corpo social e, em especial, do próprio Estado, que aparece nestas Constituições não apenas como ente coercitivo da ordem jurídica, mas como estimulador, financiador e promotor dos direitos constitucionalmente assegurados. A fixação na Constituição de interesses sociais representa, por assim dizer, um compromisso do Estado e da sociedade com o implemento e satisfação de tais interesses, sendo o Estado até mesmo um sujeito passivo obrigado a efetivá-los.

A própria Constituição norte-americana, que muitos dizem ser avessa aos direitos sociais, consagrou, em 1946, os princípios enumerados na Constituição da Filadélfia, em 1787, no que se refere a: dignidade do ser humano; liberdade de associação; busca de pleno emprego; adequadas condições de trabalho e de remuneração; seguridade social...

O fato é que quando o direito passou a dar guarida a interesses de minorias e de classes dominadas, como é o caso do direito do trabalho, o direito passou a ser utilizado como instrumento não só de conformação social, mas de transformação da sociedade (um direito de caráter promocional) e nesta linha de raciocínio a eficácia dos direitos sociais vinculava-se à sua inserção na Constituição.

Com a manutenção na Constituição de normas que consagram a valorização do trabalho humano e a dignidade do trabalhador é possível, portanto, juridicamente, fazer uma oposição concreta, e eficiente, porque dotada da força coercitiva do direito, ao avanço dos ideais neoliberais de busca da diminuição do custo do trabalho, a custa da eliminação de direitos do trabalhador.

Com tais preceitos fixados na Constituição pode-se, por exemplo, utilizando o argumento da inconstitucionalidade, afastar do ordenamento jurídico várias técnicas de precarização do trabalho humano, tais como: cooperativas de trabalho; banco de horas; suspensão temporária do contrato de trabalho; normas de instrumentos normativos que simplesmente reduzem direitos trabalhistas...

Desse modo, só tem sentido pensar-se em desconstitucionalizar o direito do trabalho, se o propósito for tornar mais simples a tarefa de introduzir no ordenamento, por Lei Ordinária e, principalmente, por Medidas Provisórias, as técnicas de desvalorização do trabalho, para atender a reclamos de uma parcela da camada produtiva, idéia que considero, “data venia”, equivocada.