

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O DIREITO DO TRABALHO 25 ANOS DEPOIS: da estrutura à função

FEDERAL CONSTITUTION AND THE LABOUR LAW 25 YEARS LATER: from structure to function

Tereza Aparecida Asta Gemignani*

“As instituições no Brasil sofrem de artificialismo de origem, nascendo mais por enxerto, do que nutridas pelo solo natural.”

Sérgio Buarque de Holanda. **Raízes do Brasil**

Resumo: Contextualizando historicamente a evolução da lei máxima brasileira, o presente artigo ressalta os efeitos libertários à cidadania, ao mesmo tempo que revela as implicações paradoxais das atuais tecnologias sobre as relações de trabalho, ora mergulhadas numa intrincada vulnerabilidade. Nesse sentido, aponta-se para o desafio da preservação do caráter emancipatório possibilitado pela CF/1988, observadas as adequadas implementações.

Palavras-chave: Constituição Federal. Cidadania. Direito do Trabalho.

Abstract: By putting the evolution of the utmost Brazilian law into historical context, this article highlights the libertarian effects to the citizenship, whilst reveals the paradoxical implications of the current technologies on labor relationships, now immersed in intricate vulnerability. On this regard, the focus is on the challenge for preserving the emancipatory nature provided by Federal Constitution of 1988, the suitable implementations being observed.

Keywords: Federal Constitution. Citizenship. Labour Law

*É Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho de Campinas. Doutora em Direito do Trabalho- pós graduação *stricto sensu* pela USP-Universidade de São Paulo. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho- cadeira 70. Membro da REDLAJ- Rede Latino Americana de Juizes e Professora universitária.

1 INTRODUÇÃO

A revolução industrial, que teve seu epicentro na Inglaterra, conferiu perspectiva coletiva ao ato de trabalhar e deu visibilidade à questão social. O conflito, que ao longo do tempo se espalhou do local de trabalho para toda sociedade, colocou em xeque a legitimidade de um ordenamento até então direcionado para a proteção do direito de propriedade.

As lutas e revoltas, que agitaram a Europa no Século XIX, aportaram ao Brasil nas primeiras décadas do Século XX e encontraram eco em uma sociedade invertebrada por longos anos de escravidão, em que as relações de trabalho se mesclavam com o pretensão “direito” de vida e morte que uma parte tinha sobre a outra.

Diversamente do que ocorreu com as Cartas Políticas anteriores, a Constituição de 1934 reconheceu a relevância da questão social. Por isso, além da declaração de direitos e garantias individuais, acrescentou um capítulo sobre a ordem econômica e social, sob notória influência da constituição alemã de Weimar. Apesar do retrocesso da Carta outorgada de 1937, a Constituição de 1946, promulgada após o término da II Guerra Mundial, vai retomar esta vertente de proteção aos direitos sociais.

A Constituição de 1967 sofreu notória influência da Carta de 1937, priorizando as questões afetas à segurança nacional, mas albergou também direitos sociais e trabalhistas. Dois anos depois passou por modificações profundas com a Emenda Constitucional de 1969.

A Nova República levou à promulgação da Carta Política de 1988, a “Constituição Cidadã”, que assegurou em seu preâmbulo a instituição de um Estado Democrático de Direito, destinado a promover o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, em uma sociedade alicerçada sobre o trabalho como valor, assim alçando os direitos sociais e trabalhistas entre os fundamentais para sua sustentação.

Um século depois da abolição da escravatura em 1888, dá um giro copernicano de alto impacto, abrindo caminho para superar o artificialismo de origem de nossas instituições.

Não é pouca coisa.

2 A EVOLUÇÃO

Os efeitos irradiantes da Constituição Federal logo foram absorvidos pelo sistema, como evidenciou o Código Civil de 2002, ao caminhar nesta nova senda quando instituiu o combate à onerosidade excessiva e ao enriquecimento sem causa e reconheceu o estado de perigo como defeito do negócio jurídico, colocando na centralidade do direito obrigacional conceitos como boa-fé objetiva, função social da propriedade e dos contratos.

Importante pontuar, que os embriões destes conceitos já vinham despontando desde os primórdios do direito trabalhista, quando atrelava o patrimônio empresarial como garantidor do contrato de trabalho e criava solidariedade jurídica atípica no art. 2º da CLT, traçava limites ao poder diretivo do empregador, preservava a irredutibilidade dos salários, impedia a dilação excessiva da jornada e a supressão dos intervalos para repouso e alimentação.

Como reconheceu nossa Carta Política de 1988, a gênese do direito do trabalho está marcada por esta perspectiva de libertação, por um compromisso com a emancipação cidadã pelo trabalho, caminhos cuja preservação se revela imperiosa no presente, para que possamos alcançar um desenvolvimento sustentado no futuro, conceito definido pelo ganhador do prêmio Nobel, Amartya Sen¹, como um processo de expansão das liberdades substantivas dos cidadãos.

Para o nosso direito, longe de aprisionar o homem no reino da necessidade, como a antiga mentalidade escravocrata apregoava, o trabalho se constitui numa porta de acesso à liberdade, pois é através dele que o cidadão consegue prover sua subsistência com dignidade.

Mas não é só.

3 OS NOVOS DESAFIOS

Ao instituir o trabalho como valor fundamental de um Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal de 1988 superou também sua esfera contratual/individual, explicitando o escopo de resgatar a legitimidade da atuação coletiva dos corpos intermediários, notadamente pela representação sindical, estabelecendo o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho como um dos direitos fundamentais, a ser admitido também quanto às questões afetas ao salário e jornada, como dispõem os incisos VI, XIII, XIV e XXVI do art. 7º.

Assim, chamou atenção para a necessidade de abrir maior espaço jurídico para a implementação do valor institucional do agir coletivo.

Tocou num vespeiro.

Rios de tinta, papel e saliva foram gastos na tentativa de equacionar o novo modelo do “negociado/legislado”

Discussões intermináveis e inconclusivas tentaram apontar alternativas para o modelo sindical corporativo/estatal, num momento em que a sociedade mostrava sua crescente, e impaciente, demanda por legitimidade de representação.

¹SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Cia das Letras, 2000. p. 40 e seguintes.

Como contraponto à matriz individual, veio indicar em seu art. 7º que na sociedade contemporânea, complexa e interconectada, os direitos fundamentais se apresentam cada vez mais imbricados com os princípios da socialidade e solidariedade devendo, assim, alçar novos horizontes.

Neste contexto, oportunas as reflexões de Boaventura de Souza Santos², ao observar que das três instâncias de regulação: Estado, mercado e comunidade, esta foi a mais negligenciada, por longo tempo absorvida pelos outros dois. Entretanto, é a que detém melhores condições para “instaurar a dialética positiva” com o novo pilar de emancipação, notadamente quando considerada sua dimensão quanto à participação e solidariedade, concluindo que “se a pós-modernidade de oposição significa alguma coisa, é justamente esse desequilíbrio dinâmico ou assimetria a favor da emancipação”.

Conferir relevância à aplicação de princípios como os da socialidade e solidariedade entre os direitos fundamentais, assim incorporando-os ao ordenamento, é o novo desafio a ser enfrentado pelo direito do trabalho quando atinge horizonte emancipatório, que mantém a centralidade do trabalho como valor social.

Com efeito, ao analisar os sentidos do trabalho, Ricardo Antunes³ ressalta que, ao contrário dos “autores que defendem a perda da centralidade da categoria trabalho, na sociedade contemporânea, as tendências em curso, quer em direção à maior intelectualização do trabalho fabril ou ao incremento do trabalho qualificado, quer em direção à desqualificação ou à sua subproletarização, não permitem concluir pela perda dessa centralidade no universo de uma sociedade produtora de mercadorias”.

Os grandes avanços tecnológicos, que permearam o final do Século XX, num primeiro momento levaram à ilusão de que haveria diminuição das horas de trabalho e aumento dos períodos de lazer.

Ledo engano.

No início do Século XXI os tempos dedicados ao trabalho estão aumentando.

O uso de celulares e notebooks permite que se trabalhe sempre, em qualquer lugar, sendo apenas aparente a atuação individualizada, quando na verdade o agir é interconectado, alçando uma esfera coletiva em parâmetros até então desconhecidos.

Diferentemente do apregoado pelo sociólogo Domenico De Masi⁴, que alardeava com a ampliação do universo daqueles que poderiam desfrutar

²SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Editora Cortez, 2000. p. 75 e seguintes.

³ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo: Boitempo Editorial, 2009. p. 210 e seguintes.

⁴DE MASI, Domenico. **O futuro do trabalho**: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial. Tradução: Yadyr A. Figueiredo. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1999.

do “ócio criativo”, na era contemporânea o número de horas trabalhadas vem crescendo com a utilização de novas ferramentas tecnológicas, que permitem a invasão dos tempos da vida privada pelos tempos destinados ao trabalho.

Com efeito, enquanto no século passado o trabalho era prestado num determinado espaço físico, e o trabalhador dele se desligava quando encerrava o expediente e as portas se fechavam, hoje a prestação do trabalho se dá também de forma virtual e, como tal, não para nunca, não fecha as portas, embora mantenha o velho esquema de limitar a atuação do empregado a espaços compartimentalizados, agora fixados pelas senhas de acesso ao sistema.

Tudo ficou muito mais controlado.

Depois do taylorismo, do *toyotismo*, do *just in time*, o esquema que pautou o velho fordismo parece renascer.

Travestido e repaginado, é verdade.

Mas com o mesmo espírito usurpador da liberdade.

Só que muito mais intenso

Usa-se tecnologia de ponta. Mas as condições de vida no trabalho pioraram.

Retrocedemos.

E, o que é pior, de forma subreptícia, o que dificulta a compreensão do processo e impede a reação, pois ao invés de empregados, o sistema agora trata de colaboradores.

Ora, colaborador é parceiro. Parceiro não se insurge contra outro parceiro, porque a estratégia da palavra os coloca lado a lado, na mesma trincheira, supostamente com o mesmo objetivo.

Como acertadamente lamenta Olgária Matos⁵, num ambiente de virtualização o “mundo construído pela ciência e pela multiplicação de instrumentos técnicos que medeiam e, frequentemente, prescindem do contato direto entre os homens, culmina em sua desertificação técnica desresponsabilizadora de ações”, dificultando a identificação dos que detêm os instrumentos de controle e, por consequência, a reação dos que sofrem as consequências deste processo de precarização.

O trabalhador voltou a ser parte de um macro-sistema, acessível a qualquer hora, independentemente do período estipulado no contrato de trabalho.

Explica Manuel Castells⁶ que esta nova realidade fática provoca uma vulnerabilidade que atinge não somente a força de trabalho

⁵MATOS, Olgária. **Discretas esperanças**: reflexões filosóficas sobre o mundo contemporâneo. São Paulo: Nova Alexandria, 2006. p. 57.

⁶CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução: Roneide Venancio Majer com a colaboração de Kaluss Brandini Gerhardt. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1999. p. 297 e seguintes. (A era da informação: economia, sociedade e cultura)

não-qualificada, mas também a especializada, num paradoxo em que o “trabalho nunca foi tão central para o processo de realização de valor. Mas os trabalhadores (independentemente de suas qualificações) nunca foram tão vulneráveis”, notadamente porque, embora a economia global ainda esteja longe de ser um sistema único e não diferenciado, em decorrência da nova organização produtiva a “interdependência de seus processos e agentes avançou em ritmo veloz num curto período de tempo”, levando a um aumento da carga de trabalho, que passa a entremear de forma difusa os tempos da vida privada, conferindo maior precarização à vida do trabalhador

Neste contexto, a “sociedade em rede parece uma meta desordem social para a maior parte das pessoas. Ou seja, uma sequência automática e aleatória de eventos, derivada da lógica incontrolável dos mercados, tecnologia, ordem geográfica ou determinação biológica”, que pretende marcar os ritmos da vida, trazendo novamente para a arena trabalhista questões de liberdade e emancipação, assim ripristinando os desafios enfrentados pelo Direito do Trabalho desde suas origens, exigindo novas respostas, que agora não podem mais ficar limitadas ao plano contratual/individual, exigindo novas formulações na esfera coletiva/sindical.

Neste contexto, a dubiedade que a Constituição Federal de 1988 demonstrou, ao acolher conceitos contrapostos como “liberdade” e “unicidade”, foi entendida por uns como fragilidade, mas diagnosticada por outros, entre os quais me incluo, como atualidade necessária, por apresentar o retrato fiel de uma sociedade em mutação. Ao lado da unicidade de uma estrutura sindical pautada pelo modelo de corporativismo estatal, conferiu maior amplitude ao exercício da negociação coletiva, cuja implementação demanda legitimidade de representação, por reconhecê-la como instrumento necessário para oferecer respostas mais ágeis e específicas às novas questões que estão surgindo no mundo do trabalho.

4 DA ESTRUTURA À FUNÇÃO

A estrutura jurídica, moldada no Século XX, foi pautada pela pirâmide vertical de Kelsen, em que a atuação do direito se dava como controle social, pela aplicação de sanções negativas, punitivas das lesões já ocorridas, num sistema autopoietico, fechado e independente dos demais.

Explica Norberto Bobbio⁷, que a teoria kelseniana define o direito como ordenamento coativo, que estabelece um “nexo de imputação entre o ilícito e a sanção”, assim entendida como “ato coercitivo”, o que tem se revelado insuficiente para oferecer respostas aos novos conflitos, apresentados pela complexa sociedade que atua em rede por uma intensa e permanente

⁷BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. Revisão técnica: Orlando Seixas Bechara e Renata Nagamine. Barueri, SP: Manole, 2007. p. 53 e seguintes.

interconexão horizontal. Nesse contexto propõe a teoria funcionalista, que visa implementar a função promocional que o direito pode desenvolver mediante a aplicação de sanções positivas, como incentivos e prêmios, que estabelecem uma direção social para impedir a prática de atos socialmente indesejáveis, agindo de forma preventiva para evitar a própria ocorrência da lesão.

Bobbio apresenta a teoria funcionalista como um acréscimo, ressaltando que a “análise estrutural do ordenamento jurídico está em condições de absorver, sem demasiada perturbação, as mudanças introduzidas pela análise funcional”, pois se trata de implementar a efetividade do direito, considerando que o sistema jurídico não é um dado pronto e acabado, mas em permanente construção na era contemporânea

Ressalta que os estudos da teoria geral do direito não podem mais orientar-se apenas pela análise da estrutura dos ordenamentos jurídicos, sendo crescente o apelo para que passe a enfrentar também a funcionalidade do direito na sociedade contemporânea.

Assim sendo, embora em termos estruturais e formais parecer sustentável entender o direito como um sistema fechado, autopoietico, a função promocional desvela um outro horizonte, ao demonstrar suas articulações e interrelações com o sistema social, político, econômico e cultural em que está inserido.

5 A TEORIA FUNCIONALISTA DE BOBBIO E O DIREITO DO TRABALHO

Ao analisar os efeitos provocados pela Constituição Federal de 1988, e seus reflexos 25 anos depois, a referência a esta teoria se revela oportuna e apropriada, notadamente por indicar a superação da estrutura autopoietica pela implementação da função promocional, que no direito trabalhista vai implicar numa ampliação da perspectiva coletiva, como arena propícia à implementação das sanções premiais positivas e *locus* do necessário diálogo entre os sistemas jurídico, político, econômico e cultural, que marcam a vida de determinada comunidade social, caminho importante para resgatar a legitimidade e eliminar o pecado original do artificialismo, que sempre comprometeu a credibilidade das instituições alienígenas para cá transplantadas sem qualquer aferição de compatibilidade.

Nesta senda, dois exemplos merecem destaque por sua abrangência.

O primeiro se refere aos acidentes de trabalho e doenças profissionais, que vem atingindo número alarmante de ocorrências, demonstrando a ineficácia de um padrão normativo estruturado para tarifar o risco admitido, ao invés de mirar na sua exclusão, indenizar o dano ocorrido, ao invés de priorizar a prevenção da lesão.

Ao questionar “para que serve o direito”, a teoria funcionalista vai abrir uma nova perspectiva, demonstrando que além da aplicação das sanções negativas, a instituição de incentivos e prêmios, que possam estimular a prática de condutas destinadas a implementar o trabalho decente, com a redução/eliminação dos riscos e condições adversas de insalubridade/periculosidade, se revela muito mais adequada para garantir a eficácia da norma trabalhista.

O outro exemplo está atrelado à constatação do *deficit* crescente de funcionalidade da estrutura sindical corporativa, fundada numa unicidade despartada da realidade, fundada no conceito de categoria profissional/econômica.

Com efeito, a realidade contemporânea vem demonstrando o surgimento de novas profissões e a extinção de outras, além da concentração de várias em uma só, em decorrência do acelerado desenvolvimento tecnológico, que forma trabalhadores multi-profissionais.

O conceito de categoria econômica também vem sofrendo notória mutação, notadamente por causa do desenvolvimento das atividades ligadas ao terceiro setor, sendo a última delas a referente ao trabalho doméstico, em que o questionamento surge quanto à catalogação do empregador, que não explora atividade econômica, como integrante de uma categoria patronal.

Não menos controversa a classificação por categoria profissional/econômica, quando se trata de trabalho terceirizado, em que conceitos como “atividade preponderante”, “categoria diferenciada” e “atividades conexas”, outrora estruturantes para um sistema autopoietico, fechado e centrado em si mesmo, passam a apresentar inequívocos deficits de funcionalidade.

6 CONCLUSÃO

Ao concentrar trabalhadores num determinado espaço físico por longos períodos, em situação adversa, a Revolução Industrial deu visibilidade ao fato de que a questão social estava imbricada com as condições de trabalho.

As Constituições brasileiras de 1934 e 1946 se mostraram sensíveis a esse fato e, influenciadas pela alemã de Weimar, passaram a albergar direitos sociais. Porém, a grande guinada foi dada por nossa Carta Política de 1988, conhecida como “Constituição Cidadã”, sintomaticamente promulgada um século depois de 1888, quando houve a abolição da escravidão em nosso país, dando um giro copernicano de 180 graus ao assegurar em seu preâmbulo a instituição de um Estado Democrático de Direito, destinado a implementar o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, em uma sociedade alicerçada sobre o trabalho como valor, alçando os direitos sociais e trabalhistas entre os fundamentais para sua sustentação.

Assim, reconheceu que a gênese do direito trabalhista está marcada por esta perspectiva de libertação, por um compromisso com a emancipação pelo trabalho, caminhos cuja preservação se revela imperiosa no presente, para que possamos alcançar um desenvolvimento sustentado no futuro, assim entendido como um processo de expansão das liberdades substantivas dos cidadãos.

Ademais, sensível à funcionalidade do ordenamento e ao valor institucional do agir coletivo, em uma sociedade que emerge cada vez mais complexa, plural e intensamente interconectada, ampliou espaços para a atuação dos corpos intermediários, notadamente através da representação sindical, mediante o estímulo às negociações coletivas em questões nevrálgicas para o direito do trabalho, como salário e jornada, admitindo a insuficiência da teoria estrutural e a urgência na implementação da teoria promocional, calcada na aplicação das sanções positivas premiais, que preventivamente sinalizam a direção do comportamento social, ao invés de apenas penalizar o ato ilícito já praticado.

Entretanto, tal implicará na eliminação do artificialismo das instituições alienígenas, para cá transplantadas por atender a determinados interesses, de há muito entranhadas e mantidas no sistema sem nenhuma preocupação de adequação às peculiaridades de nossa realidade brasileira, além da reformulação de conceitos como “categoria”, “atividade preponderante”, “legitimidade da representação sindical”.

Aceitaremos o desafio ?

7 REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo: Boitempo Editorial, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. Revisão técnica: Orlando Seixas Bechara e Renata Nagamine. Barueri, SP: Manole, 2007.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução: Roneide Venancio Majer com a colaboração de Kaluss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 1999. (A era da informação: economia, sociedade e cultura).

DE MASI, Domenico. **O futuro do trabalho**: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial. Tradução: Yadyr A. Figueiredo. Rio de Janeiro: José Olympio, 1999.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

MATOS, Olgária. **Discretas esperanças**: reflexões filosóficas sobre o mundo contemporâneo. São Paulo: Nova Alexandria, 2006.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Editora Cortez, 2000.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Cia. das Letras, 2000.