

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA DOS DIREITOS TRABALHISTAS COMO ATENTADO À DEMOCRACIA.

THE SYMBOLIC CONSTITUTIONALIZATION OF LABOR RIGHTS AS AN ATTACK OF DEMOCRACY.

Maria Cecília Máximo Teodoro¹

RESUMO:

Os direitos trabalhistas inseridos na Constituição Federal de 1988, em grande parte, não possuem eficácia imediata, constituindo-se em uma legislação simbólica.

Segundo a tipologia proposta por Harald Kindermann a legislação simbólica pode servir a três fins: como uma fórmula de compromisso dilatório, como um instrumento de confirmação de valores sociais ou como uma legislação álibi.

Pode-se observar que a legislação constitucional trabalhistas apresentam conteúdo de legislação simbólica o que acaba por atentar contra a Democracia propugnada pela própria Constituição Federal.

O legislação simbólica leva ao resultado prático de absentismo Estatal no que se refere às dificuldades pelas quais passa a parcela menos favorecida da Sociedade, notadamente formada por trabalhadores, acentuando a desigualdade entre ricos e pobres.

Nesse contexto, ressalta-se a importância do papel do intérprete e aplicador do direito, enquanto realizador da norma constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalização simbólica; Democracia; Direitos trabalhistas.

ABSTRACT:

The labor rights included in the Constitution of 1988, in large part, have no immediate effect, thus forming a symbolic legislation.

According to the typology proposed by Harald Kindermann, the symbolic legislation can serve three purposes: as a formula of dilatory compromises, as a means of confirming social values, or as an alibi legislation.

It can be observed that the labor legislation have constitutional content of symbolic legislation which ultimately undermine democracy advocated by the Federal Constitution.

The symbolic legislation leads to the practical result of absenteeism by the State, with regard to the difficulties undergone by the less privileged part of society, notably formed by workers, accentuating the gap between rich and poor.

In this context, we emphasize the important role of the interpreter and applying of the law, as a director of constitutional rule.

KEYWORDS: Symbolic Constitutionalisation; Democracy; Labor rights.

¹ Pós-Doutora em Direito do Trabalho pela Universidade Castilla La-Mancha, com bolsa de pesquisa da Capes, Doutora em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela USP, Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/MG, Docente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito e da Graduação da PUC/MG.

1. INTRODUÇÃO: A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO.

A história do trabalho se confunde com os próprios movimentos sociais que deram vazão à sua valorização. De fato, trabalho e movimentos sociais estabelecem uma relação recíproca de causa e efeito, como se fossem os dois lados de uma mesma moeda. Isto porque o Direito do Trabalho é essencialmente social, ele sempre foi, é e sempre será uma movimentação dos atores sociais em busca de melhores condições de trabalho. Por outro lado, o trabalho é originário dos movimentos sociais, ele é um movimento social histórico, pois foram os movimentos sociais que propiciaram a regulamentação do trabalho.

O Direito do Trabalho em sua origem mais incipiente é encontrado no contexto da passagem do Absolutismo monárquico para o liberalismo, quando o Direito passa a se submeter à lei e ao Princípio da Legalidade.

No Paradigma do Estado Liberal a atuação jurisdicional era um verdadeiro e irrestrito elogio aos Princípios da Legalidade e da Igualdade (formal). Ainda que referidos princípios tenham permitido romper com resquícios de privilégios medievais, ignoravam as diferenças reais existentes entre os cidadãos, gerando discriminações, ao passo que igualava os desiguais.

A sociedade liberal formada no contexto da revolução industrial caracterizava-se pela hipertrofia do mercado, de uma lado, e pelo surgimento de movimentos sociais emancipatórios, de outro lado, que acabam culminando no Marxismo.

O modelo econômico era permeado pela ideia de que o mercado era autoregulável e tinha a capacidade intrínseca de solucionar os problemas sociais.

Boaventura, citando Marx, compartilha sua crítica à democracia liberal, ao afirmar que o primado das relações sociais está na constituição da subjetividade e da política, e ainda estabelece que não há subjetividade sem antagonismo e que o conceito de classe social é o articulador nuclear do antagonismo nas sociedades capitalistas (SANTOS, 2008, p. 241).

No Paradigma do Estado Social, há a consolidação do *Welfare State* e o advento do Constitucionalismo social e, via de consequência, o incremento de maior intervencionismo estatal nos países ocidentais, logo após a segunda grande guerra mundial, buscando-se a promoção da igualdade substancial.

A Constitucionalização do trabalho representou no momento pós-segunda guerra mundial o reconhecimento dos Estados da necessidade de se valorizar o ser humano em sua atividade mais comum: o trabalho, o instrumento que dispõe para sobreviver e mediante o qual encontra dignidade e inserção social.

Ocupando o lado antagônico aos meios de produção, o trabalho é, na maioria das vezes, a única propriedade do sujeito, que através do dispêndio de sua energia humana, recebe uma contraprestação. Como o trabalho não pode ser devolvido, recebe um tratamento peculiar da ordem jurídica, que o eleva a condição de direito fundamental, social e humano, elegendo-o como instrumento de afirmação do sujeito enquanto ser produtivo e digno.

Assim, as Constituições sociais passam a ser protagonistas da realização do ser social, pois as normas infraconstitucionais e a aplicação do direito não mais se restringem à literalidade, buscando a afirmação da igualdade substancial.

Portanto, os direitos sociais trabalhistas albergados no texto constitucional passam a servir como primordial instrumento de fortalecimento da cidadania e da produtividade e da inserção social do ser humano. Estes são os três pilares que fundamentam a valorização do trabalho, pois permitem ao mesmo tempo a sobrevivência do sujeito, sua afirmação enquanto cidadão e sua inserção e reconhecimento de sua família e da comunidade em que participa.

Nesse contexto, a aplicação da norma passou a representar uma atividade construtiva do seu sentido e de sua finalidade, sempre atendendo aos comandos previstos em princípios albergados pela Constituição.

No paradigma do Estado de Direito atual – (pós-moderno, democrático, neoliberal, etc) a sociedade se delinea pela multidiversidade, sendo que as ‘diversidades’ surgem em vários setores, mostrando que as transformações da história são sentidas em todos os campos do conhecimento e que, portanto, devem ser analisadas em conjunto.

A sociedade atual está inserida em um novo paradigma de Estado de Direito, ainda não totalmente definido e que é batizado por diversos epítetos, para alguns Estado Pós-Moderno, para outros Estado-Contemporâneo, Estado Neoliberal, dentre outros. Afora o nome que receba, o fato é que esse novo paradigma surge de uma também nova caracterização da sociedade.

Esta referida nova sociedade tem como características marcantes o pluralismo cultural e moral e vem acompanhado de um movimento de multiplicação de problemas, de direitos, de relações mundiais e também da pluralização das ordens normativas.

Nesse contexto ocorre a ascensão do papel do intérprete e aplicador do direito, e pode ser explicada pela responsabilidade que lhe é dada através desse pluralismo jurídico proveniente da multiplicação dos textos normativos, dos conflitos sociais, dos direitos, das relações humanas. Enfim, dentro dessa lógica pluralista, cabe intérprete e aplicador da norma coordenar essa complexidade, afinando a norma abstrata à realidade concreta (TEODORO, 2011, p. 129).

Atuando como instrumento para realização da democracia e efetivação concreta dos direitos trabalhistas previstos na Constituição Federal e considerando a multiplicidade desses direitos em virtude do paradigma de Estado de Direito ao qual se inserem, o intérprete e aplicador da norma apresenta-se como peça fundamental.

Ocorre que embora a Constituição Federal de 1988, como dito, traz um rol extenso de direitos trabalhistas, a ineficácia ou inaplicabilidade imediata deles leva a um Constitucionalismo simbólico das normas trabalhistas.

2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA DOS DIREITOS TRABALHISTAS.

A legislação simbólica diz respeito a uma tentativa consciente de alcançar resultados objetivos mediante ações expressivas, em que há uma confusão entre o agir e a satisfação da respectiva necessidade. Ou seja, há variáveis simbólicas, que se relacionam com o problema de solução de conflito de interesses.

Na prática dos sistemas sociais, é preciso então distinguir política instrumental e simbólica. A primeira seria privilégio de grupos minoritários, organizados para obtenção de benefícios concretos e satisfação de interesses específicos; enquanto a segunda seria orientada por símbolos-condensação, consistindo em uma função harmônica e aquietadora do público. Para Marcelo Neves a “política simbólica não conduz apenas à tranquilização, mas põem igualmente certos interesses em perigo” (NEVES, 2013, p. 25).

Ao se analisar os direitos trabalhistas inseridos na Constituição Federal é possível conceber grande parte destes como simbólicos, na medida em que desempenham uma

função primariamente simbólica, sobrepondo-se à sua função instrumental. Eles servem para guiar a pactuação da força de trabalho, mas também para “confortar” os trabalhadores.

Enfim, Neves define a legislação simbólica como “produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico” (NEVES, 2013, p.30).

O que se alerta, portanto, é para a finalidade de normas trabalhistas constitucionais, tais como a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária (art. 7º, I), os direitos estendidos à categoria dos trabalhadores domésticos (art. 7º, Parágrafo único), o adicional de penosidade significarem apenas uma tentativa de mostrar o Estado como identificado com valores ou fins por ela apresentados, sem qualquer relevância quanto à concretização normativa. Neste caso, estaríamos sim diante de um caso de legislação simbólica.

Kinderman, a partir da constatação de inúmeros casos em que estavam presentes uma combinação de alto grau de ineficácia jurídica com uma fortíssima função político-simbólica latente, desenvolveu a sua teoria tricotômica, segunda a qual o conteúdo de legislação simbólica pode ser: a) uma mera fórmula de compromisso dilatório: a legislação simbólica pode servir para adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios. A norma produz um texto sem o significado normativo, produzido para outros fins que não a normatividade jurídica. O efeito básico da legislação como fórmula de compromisso dilatório é o de adiar conflitos políticos sem resolver realmente os problemas sociais subjacentes; b) um instrumento de confirmação de valores sociais de um grupo contra outro grupo: em virtude da exigência que se faz ao legislador de tomar uma posição a respeito dos conflitos sociais em torno de valores, a legislação simbólica posiciona o sujeito legiferante a favor ou contra determinada posição ideológica; c) uma legislação álibi: visa demonstrar a capacidade de ação do Estado, ou seja, o legislador procura descarregar-se de pressões políticas através da regulamentação normativa (NEVES, 2013, p. 40-45) .

É no plano da vigência social das normas constitucionais que sobressai a problemática da constitucionalização simbólica dos direitos trabalhistas, já que, ao apresentar descompasso entre as disposições constitucionais e o comportamento dos agentes públicos e privados, constata-se a sua falta de normatividade. “Nas palavras da metódica normativo-estruturante, não há uma integração suficiente entre programa

normativo (dados linguísticos) e âmbito ou domínio normativo (dados reais)”. (NEVES, 2013, p. 92)

Enfim, nesse contexto, ressalta-se que, a importância da atuação dos intérpretes e aplicadores do Direito, no sentido de suplantarem o simbolismo da legislação, imprimindo eficácia às normas constitucionais. Pois, segundo Friedrich Müller, que parte do pressuposto de que não se pode confundir o texto da norma com a norma propriamente dita, a norma só se estabelece mediante uma complexa construção jurídica que inclui a interpretação, mas não se limita a ela (apud NEVES, 2013, p. 93). E Segundo Habermas, a norma só termina seu processo de construção quando incorpora dados do caso concreto e ele é aplicada. (HÄBERLE, (1997, p. 13)

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS: AS CONSEQÜÊNCIAS PARA A DEMOCRACIA NO BRASIL

A Constituição Federal Brasileira de 1988 consagra diversos valores democráticos, como igualdade, liberdade, segurança social, respeito à dignidade humana e, notadamente, valorização do trabalho e justiça social.

Porém, como ressaltado, o Estado Brasileiro falha ao efetivar referidos valores, o que torna discutível “seu papel de suprimento dos recursos sociais básicos e de desenvolvimento de uma política promotora das camadas menos favorecidas”, aqui incluídos os trabalhadores (MELLO, 2008, p. 53).

Há certo absentismo Estatal no que se refere às dificuldades pelas quais passa a parcela menos favorecida da Sociedade. Tal parcela da população é numerosa e existe em virtude da “desigualdade sócio-econômica” brasileira, que surte efeitos diretos no “sistema jurídico e na própria integridade do Estado de Direito, especialmente no que se refere ao princípio da igualdade jurídica, que não raramente fica no plano formal, até mesmo em questões judiciais” (VIEIRA, 2008, p. 186).

Tal cenário se delineia notadamente nas últimas duas décadas, quando o Brasil passa a adotar as medidas desregulamentadoras e flexibilizadoras das normas trabalhistas, bem como busca uma retirada da participação do Estado na esfera privada.

No Brasil – onde sequer se havia construído qualquer projeto de Democracia Social, com suas conquistas e garantias em benefício

das grandes maiorias populacionais – a reunião, na década de 1990, do velho padrão cultural excludente aqui hegemônico, com as novas vertentes intelectuais justificadoras do descompromisso social, tudo conduziu a um movimento irreprimível de fustigação e desprestígio do Direito do Trabalho. (DELGADO, 2006, p. 120)

A concretização dos direitos trabalhistas está diretamente ligada ao nível democrático alcançado pelo país. A história do desenvolvimento dos países ocidentais de economia mais avançada demonstra que o Direito do Trabalho foi o grande instrumento para consecução da democracia social. Tal objetivo foi alcançado através da integração social de suas populações, da distribuição de renda, enfim, incorporando o ser humano ao sistema sócio-econômico, em especial daqueles que não têm outro meio de afirmação que não sua própria força de trabalho. (DELGADO, 2006, p. 121)

No que se refere à Democracia, independente da abertura conceitual do termo, alguns pontos nucleares podem ser abordados. A Democracia diz respeito a um sistema político que se arrima em princípios afirmadores da liberdade e de igualdade e no compromisso de a condução da vida social se realizar de acordo com esses ditames. (MELLO, 2008, p. 54)

Não obstante a imprecisão do tema, seu compromisso com os valores insculpidos na Constituição já diz bastante do tipo de Estado que pretende ser democrático, a começar pelo grau de intervenção do poder público na esfera privada. Nesse aspecto, encontramos Estados formalmente democráticos, com excesso de legislação simbólica, e Estados materialmente democráticos.

Segundo Bandeira de Mello, os Estados apenas formalmente democráticos apresentam as seguintes peculiaridades:

- a) Os governantes são eleitos, mediante sufrágio universal, para mandatos temporários;
- b) Consagra uma distinção, pelo menos material, entre as funções legislativa, executiva e judicial;
- c) Acolhem, em tese, os princípios da legalidade e da independência dos órgãos jurisdicionais, porém, suas instituições não conseguem

ultrapassar o caráter de simples fachada, de painel aparatoso, muito distante da realidade efetiva. (MELLO, 2008, p. 54)

Se a análise passar para o conceito de um verdadeiro Estado de Direito não há grandes disparidades no que os autores consideram elementos essenciais à sua configuração. De fato, percebe-se que a democracia está intrinsecamente ligada à idéia de Estado de Direito.

Como visto, o grande problema desse tipo de concepção de Democracia é que o Estado de Direito se torna refém de ideais políticos particulares, a variar segundo o grupo que ocupa os cargos de direção do país. Acontece que a agenda política deixa de ser guiada pelos valores democráticos (formalmente) insculpidos na Constituição, para serem definidos conforme o grupo que fizer maior pressão política, elaborando normas que servirão de álibis ou que estabelecerão compromissos dilatatórios.

Referida questão pode ser mais bem explicada da seguinte maneira: se a igualdade prevista na Constituição mostra-se meramente formal, ou seja, é proporcionada somente pela linguagem do Direito prevista na Magna Carta, tais direitos não se convertem em acesso igualitário ao Estado de Direito, tampouco a uma aplicação imparcial das leis e dos direitos.

Assim, não basta que um Estado se caracterize como sendo “de Direito” ou que preveja em sua Constituição direitos asseguradores de um sistema democrático quando, na verdade, não dispõe de recursos para implementação desses direitos ou que ainda esses existam em graus de inclusão baixíssimos.

O processo democrático pode expandir o Estado de Direito, porém, mesmo os regimes democráticos em sociedades com extremos níveis de desigualdade, onde as pessoas e os grupos possuem recursos e poder desproporcionais, o Estado de Direito tende a ser menos capaz de proteger os economicamente desfavorecidos e de fazer os poderosos serem responsabilizados perante a lei. (VIEIRA, 2008, p. 191)

Para que o Estado alcance a Democracia substancial ou promova sua expansão, deve assumir o compromisso de usar suas instituições em prol de um decidido foco

transformador, o que pressupõe um desempenho muito mais atuante, notadamente no suprimento da formalidade explícita dos direitos previstos na Constituição Federal, construindo através de seu judiciário uma política promotora da igualdade substancial.

De fato, quando o Estado deixa de assumir o compromisso de conferir concretamente os direitos previstos em sua Constituição, acaba por “permitir a exclusão social e econômica, oriunda de níveis extremos e persistentes de desigualdade”, causando “a *invisibilidade* daqueles submetidos à extrema pobreza; a *demonização* daqueles que desafiam o sistema e a *imunidade* dos privilegiados, minando a imparcialidade da lei”. (VIEIRA, 2008, p. 196)

O resultado é que o Estado se torna negligente com os invisíveis, violento e arbitrário com os moralmente excluídos, e dócil e amigável com os privilegiados, que estão posicionados acima da lei. Assim, mesmo que se tenha um sistema jurídico adequado às diversas “máximas” relacionadas com a formalidade do Direito, a ausência de um mínimo de igualdade social e econômica inibe a reciprocidade, através da subversão do Estado de Direito. (DELGADO, 2006, p. 120)

No âmbito dos direitos humanos trabalhistas tal subversão do Estado de Direito aparece de forma clara. Considerados que o são de verba alimentar, os direitos trabalhistas não são passíveis de disposição e sua não concreção tem como consequência direta o aprofundamento do desnível social e elevação da pobreza.

Dessa forma, o Estado que se pretende democrático deve ter mecanismos reais de efetivação dos direitos trabalhistas a fim de evitar sua subversão. A satisfação substancial dos direitos trabalhistas permite a implementação da justiça social e da distribuição de riqueza.

Por certo, “a incorporação das grandes massas populacionais” à dinâmica do Estado de Direito, “segundo um padrão racional de desenvolvimento econômico e distribuição de riquezas, dentro de um sistema capitalista, deve ocorrer através da afirmação do *valor-trabalho*”, o que permitirá a estruturação ou expansão da democracia (DELGADO, 2006, p. 120).

Nesse sentido, para melhor equalização das riquezas e para possibilitar a diminuição das desigualdades sociais que são tão nocivas à própria concepção do Estado de Direito e de sua busca por democracia, é preciso que a Constituição Federal tenha vocação para efetivar de plano os direitos ali previstos. O Estado-Juiz deve responder às demandas dos menos favorecidos economicamente, quando estes pleiteiam reparações através do sistema judiciário. Na atuação do Direito ao caso concreto, não pode o juiz se prender tão somente ao texto legal ao ponto de cometer injustiças. O Direito nunca será completo e apto o suficiente para reparar todas as distorções da vida real. A atuação do juiz deve ser pró-ativa, progressiva, prognóstica.

Atuando como instrumento para realização da democracia e efetivação concreta dos direitos trabalhistas previstos na Constituição Federal e considerando a multiplicidade desses direitos em virtude do paradigma de Estado de Direito ao qual se inserem, o magistrado apresenta-se, em sua função judicante, como peça fundamental.

Enfim, sempre que ação for de natureza trabalhista, em um dos pólos da relação jurídico-processual existirá um ser humano hipossuficiente, que demanda direitos fundamentais de natureza alimentar. Tais direitos estão previstos na Constituição Federal e devem ter aplicabilidade imediata. O que significa dizer que seu exercício não está condicionado e que o intérprete e aplicador do direito deve utilizar de todos os meios eficientes para sua efetivação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, Trabalho e Emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*. São Paulo: LTr, 2006.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A Democracia e suas dificuldades contemporâneas. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n.2, p. 53-63, outubro de 2008.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

SANTOS, Boaventura Sousa. *Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 12ed. São Paulo: Cortez, 2008.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. *O Juiz Ativo e os Direitos Trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2011.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A desigualdade e a subversão do Estado de Direito*. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n.1, p. 185-201, junho de 2008.