

A Constituição e as “Verdades” Econômicas: Qual o Papel do Operador do Direito? (*)

*Leonardo Vieira Wandelli (**)*

Àqueles que tomaram a iniciativa de realizar o encontro entre os três seguimentos, parabéns pela capacidade de sonhar. A todos os que se reuniram em torno dessa idéia, parabéns, pela pureza, ingenuidade e lucidez do seu sonho. O sonho é a mola da vida. E todo sonhar é crítico, porque crítico é o pensamento que assume que o real não se reduz ao existente. Ao que já está aí, àquilo cuja possibilidade já está desde logo dada. Como disse à Dra. Wanda, sem os sonhadores, ou seja, sem os críticos, os especialistas no existente, os profissionais do sucesso, os realizadores, nada teriam a realizar. E ao assumir a dimensão do sonho, o pensamento crítico imuniza contra as verdades autoritárias, verdades que querem um mundo humano petrificado, um mudo do qual se pretende, passo a passo, eliminar o próprio homem.

Os momentos de transição paradigmática, como o que vivemos, são particularmente ricos em encruzilhadas definidoras de novos rumos ainda por serem construídos e, portanto, especialmente carentes da força criativa dos que não têm vergonha de pensar além.

O congresso teve seus objetivos atingidos plenamente: a multidisciplinariedade rompendo com as verdades neuróticas do direito do trabalho. O que venho propor é uma reflexão sobre o que penso ter sido a contribuição dos debates sobre o papel dos operadores do direito do trabalho.

A falácia naturalista

Gostaria de começar falando da importância dos diversos enfoques trazidos pelos conferencistas no evento, e faço referência especial, agora, às abordagens de viés econômico, para afirmar algo que aparenta ser contrário à proposta de romper com os estritos limites disciplinares do direito

(*) *Discurso proferido em nome da Magistratura do Trabalho, no I Encontro Nacional de Auditores Fiscais, Juizes e Procuradores do Trabalho, dia 04.05.2001, em Curitiba, integrando o congresso Trabalho em Crise debate multidisciplinar.*

(**) *Leonardo Vieira Wandelli é Juiz do Trabalho*

do trabalho, em prol da abertura a uma perspectiva científica mais ampla para o direito do trabalho (melhor dizendo aos diversos ramos do direito referentes ao mundo do trabalho).

Quero conclamar os colegas operadores do direito, especialmente auditores, juízes e procuradores do trabalho, que realizam este evento tão simples, tão essencial, a refletir sobre o vaticínio que lhes venho propor. A idéia: é nós operadores do direito não somos bons economistas e devemos abandonar a pretensão de sê-lo. Sobretudo juízes são maus economistas e não devem arrogar-se a tal condição.

O confronto com a perspectiva multidisciplinar é apenas aparente. Desde o levante da onda neoliberal nós vimos sendo bombardeados com a repetição de “verdades” econômicas, as quais - o que é muito interessante - são propaladas em nosso meio principalmente por doutrinadores juslaboralistas e mesmo por alguns membros de tribunais superiores. Por quase uma década essas “verdades” econômicas substituíram a Constituição Brasileira, a constituição do Estado Democrático de Direito, no papel de atuarem como princípios basilares, não só de interpretação e integração do direito do trabalho, mas de centro irradiador e fonte primeira de toda a estrutura normativa.

Durante alguns anos, todos tivemos a obrigação de professar que o direito do trabalho brasileiro seria rígido e que essa rigidez provoca desemprego. Que a solução para o problema do desemprego seria multiplicar o trabalho precário. Aumentar a explorabilidade da mão de obra, otimizando a utilização do trabalho vivo. Ao invés de redução de jornada, para compensar os ganhos de produtividade, flexibilização da jornada, para possibilitar a realização de horas extras, sem novas contratações e sem mesmo o seu pagamento. Afinal de contas, para proteger os trabalhadores era preciso, antes, proteger as empresas. Reduzir direitos trabalhistas. Possibilitar a livre negociação da guilhotina do capital com os pescoços - livres - da oferta de mão de obra. A supremacia do negociado sobre o legislado.

A imprescindível, urgente e inevitável descaracterização do direito do trabalho, fundada nos princípios fundamentais urdidos nas verdades econômicas dos senhores juristas foi homologada com o apoio ou o desalento dos tribunais. Assim como na União Soviética de Stalin, quem não professasse os dogmas oficiais seria tratado, não como alguém que fez uma opção divergente, que tem uma outra concepção para a sociedade, mas como

alguém que não consegue ver a verdade. E quem não consegue apreender a realidade lá e cá foi tratado como estranho, como incompreensível, como mentalmente alienado. Chega-se a falar no crime de hermenêutica: penalizar o intérprete que não crê nas verdades cunhadas pelos profetas de um único deus, o mercado. E essas verdades poderiam ser inculpidas em sua versão jurídica na pedra das súmulas vinculantes.

Em nome desse credo, embarcamos na canoa furada da falácia naturalista e determinista segundo a qual a economia é uma máquina de relações de causalidade inarredáveis. Tomamos o mercado como maquinaria natural e não como um espaço de *praxis* social onde se desenvolvem relações de poder baseadas em decisões humanas.

E mais que isso - e aqui nosso pecado supremo, porque somos operadores do direito e não economistas e por isso tínhamos alguma escusa para o primeiro equívoco, mas não para este segundo - equívoco maior, passamos a dar normatividade automática para esses supostos fatos econômicos. Ou seja, passamos a dizer: isto ou aquilo é uma exigência de ordem econômica. E, por isso, o direito deve automaticamente se amoldar ao isto ou aquilo econômico. Se é uma verdade econômica que a flexibilidade de jornada aumenta a produtividade e gera empregos, então vamos dizer que a flexibilidade de jornada é perfeitamente jurídica, ainda que seja necessário violentar a lei ou a Constituição. Se é uma verdade econômica que a discriminação de tratamento jurídico a trabalhadores por tempo determinado vai gerar empregos, vamos ungir essa verdade econômica como verdade jurídica. Sendo inegável que o grande mal da nossa claudicante economia é o excesso de rigidez da legislação do trabalho, vamos permitir válvulas de escape ao seu cumprimento, ainda que mediante solenes vistas grossas do estado aos ilícitos trabalhistas. Se é verdade que o sistema não pode suportar a força reivindicadora do movimento sindical, vamos miná-la, esvaziando o direito de greve, coibindo a arrecadação de contribuições e bloqueando o acesso ao judiciário através da substituição processual.

Vale dizer, nós suprimimos o mundo jurídico peculiar do estado democrático de direito: o direito, como uma instância social especial, diferenciada, que recebe sim as demandas econômicas, políticas, culturais, mas as submete aos seus próprios critérios. Ao invés disso, nós subordinamos a juridicidade às injunções imediatistas das necessidades econômicas anunciadas pelos profetas do mercado em que se converteram muitos juristas.

Com isso todos nós, auditores, juízes, procuradores do trabalho, passamos a nos envergonhar de nossa própria função. Passamos como que a pedir desculpas, cada vez que nos parecia que a nossa atividade não estava sendo suficientemente servil às verdades econômicas.

O equívoco dessa postura não está só no fato em que, agindo assim, projetamos a desnecessidade dos nossos próprios empregos. Mas está sobretudo em que perdemos a nossa identidade, a razão de ser de todos os operadores do direito, que é, como muito bem salientou a Dra. Ana Carolina Zaina, realizar justiça social. E para isso, o trabalho humano não pode ser encarado como mero fator de produção. Se fazemos a opção pelo Estado Democrático de Direito, precisamos ter em conta que a opção de nosso ordenamento constitucional é por ter, como valor supremo, a dignidade da pessoa humana.

O despertar do transe: a Constituição como norma

Vejam de que estranho sonho estamos agora acordando. Pouco a pouco vimos descobrindo que as ditas verdades econômicas dos senhores juristas não eram assim tão verdadeiras. Como nos propiciou este congresso, as verdades neuróticas que alimentam tantos discursos no direito do trabalho, parecem tão pueris, tão frágeis, quando não se fazem acompanhar dos *ora pro nobis* que ecoam nos fechados circuitos em que podem se reproduzir impunes.

Como hoje nos testemunham os argentinos, a precarização, a supressão de direitos sociais não gera empregos. Márcio Prochman salientou que a precarização não gerou empregos em nenhum lugar. Ora, nenhum empresário contrata um só trabalhador porque é barato. Contrata se é ou não necessário. Mesmo o *dumping* social se revelou como estratégia muito limitada de competitividade. Somente algumas empresas decidiram sua alocação de investimentos mundiais em razão apenas da variável de custo do trabalho. Outras variáveis foram muito mais importantes.

Jorge Matoso nos observou que também a globalização não pode ser tomada como causa direta de desemprego, na medida em que afeta de maneira diferente o trabalho em cada lugar do mundo. Da mesma forma, a educação para o trabalho não é capaz, sozinha, de gerar empregos e acaba por produzir redução salarial. Tampouco as mudanças tecnológicas produzem, por si, desemprego, na medida em que isso depende do nível de desenvolvimento no período e de quem se apropria dos ganhos de produtividade: os

investidores, via aumento dos lucros ou das taxas de juros ou os trabalhadores, mediante redução de jornada. Basta ver que no primeiro mundo, onde houve a maior inovação tecnológica, o desemprego caiu.

Somos então levados a desconfiar do mundo das determinantes econômicas absolutas e voltamos a freqüentar o mundo dos homens. Um mundo que Aristóteles chamou de *praxis*, o mundo do agir humano, agir que depende de deliberação e ninguém delibera sobre o que ocorre por necessidade, mas sobre as coisas variáveis. E a economia é dessa ordem, como nos ensina Enrique Dussel, lembrado pelo Prof. Domenico Costella. A economia não é da ordem aristotélica da ciência nem da *poiesis*, da produção. É da ordem das relações pessoa-pessoa e, por isso, a economia é o âmbito das relações éticas por excelência, onde o agir se funda na virtude de bem decidir sobre as coisas variáveis: a prudência.

Vejam, meus amigos, o segundo vexame que agora nos submetemos: silenciemos a Constituição do Estado Democrático de Direito, colocamos em seu lugar as ofuscantes verdades econômicas que agora viraram em pálido lusco-fusco (uma quase-apagação neoliberal - inevitável ironia). Nos envergonhamos da nossa própria identidade de operadores do direito. E agora nos vemos na situação de, desiludidos, termos de recolocar a Constituição no lugar de centro irradiador do ordenamento jurídico. Essa gafe é decorrente da nossa viciosa pretensão de sermos economistas. Voltemos a ser operadores do direito e levemos a sério o direito, é o que nos proponho.

Se o Estado Democrático de Direito se manifesta através da textificação, ou seja da produção de textos normativos que resultam de processos democráticos de deliberação, na lição de Friedrich Müller, precisamos levar os textos jurídicos a sério. Tratá-los como norma, com imperatividade e recuperando-lhes a legitimidade.

Para isso precisamos resgatar, no direito do trabalho, o trabalhador como sujeito - o que aqui foi tão bem lembrado por Aldacy Rachid Coutinho - como pessoa humana portadora de dignidade e credora de respeito e reconhecimento jurídico a essa dignidade, por parte do estado e dos entes privados.

É muito diferente, por exemplo, pensar jornada de trabalho exclusivamente como fator de produção ou como objeto abstrato de um contrato e pensá-la como tempo de vida de uma pessoa humana que tem no

trabalho a única plataforma de acesso à cidadania digna. Não se pode esquecer esse dado essencial de que o trabalho é, em nossa sociedade, a única plataforma de acesso à cidadania digna para a maioria das pessoas.

É muito diferente pensar saúde e segurança no trabalho traduzida em termos de custos da produção, do tecnicismo atrasado das NRs ou adicionais salariais e pensá-la em termos de direitos fundamentais ao meio ambiente do trabalho, à saúde e à própria dignidade, pois é nesse ambiente que as pessoas passam parcelas significativas da sua vida.

Então, meus amigos, eu vos conclamo: deixemos de ser economistas e voltemos a ser juristas. E isso não significa isolamento disciplinar do direito. Ao contrário, como muito bem percebido pelo empreendimento deste congresso, é somente rompendo os limites disciplinares tradicionais do direito do trabalho que podemos dar-nos conta de nós mesmos, deixarmos de nos apresentar como subordinados a leituras econômicas de questionável envergadura e perder a vergonha de exercermos nossa função institucional de agentes da cidadania na realização do direito no âmbito do trabalho.

O poder de polícia e a cirurgia para tratar gripe

Essa virada de perspectiva me leva à segunda questão que gostaria de expressar. É fundamental resgatarmos a legitimidade e o papel do poder de polícia no estado democrático de direito. Eu gostaria de poder falar mais sobre isso, porque isso me preocupa há bastante tempo, mas vou mencionar rapidamente alguns aspectos.

Faz parte da estratégia da onda neoliberal atacar a legitimidade dos agentes de implementação da legislação do trabalho. Isto porque desde que foi rompido o pacto keynesiano, o pacto por um ciclo virtuoso de crescimento econômico com a adesão dos trabalhadores ao projeto capitalista acompanhado de um progressivo reconhecimento das reivindicações do trabalho, o direito do trabalho - não perdeu - mas diminuiu sua importância central como instrumento de legitimação do capital e de pacificação das relações de trabalho, necessária à viabilidade da produção. Na nova concepção do capitalismo mundial, o prato de comida é suficiente para legitimar a exploração do trabalho.

Daí vêm os processos urdidos com o objetivo de retaliar e paralisar a atuação dos agentes de realização do direito do trabalho. O estado agindo marginalmente contra o próprio estado.

Uma das formas de realizar essa deslegitimação da legislação do trabalho - o que foi colocado como um imperativo inarredável de ordem econômica - foi a promoção da informalidade nas relações de trabalho. Vejam, não se trata de reconhecer os direitos de cidadania das pessoas que trabalham, sem distinção, seja na esfera formal ou na informal. Se trata de um discurso vil que tentava culpar a proteção formal pelo fato da informalidade e com isso dar salvo conduto à violação da ordem do trabalho. Tudo isso em nome das verdades econômicas.

Trata-se daquilo que Boaventura de Sousa Santos chamou de fascismo do estado paralelo: "Essa forma de Estado traduz-se na não aplicação ou aplicação seletiva das leis, no adiamento da entrada em vigor de medidas já aprovadas por lei, na não punição da violação das leis, nos cortes nos orçamentos de funcionamento das instituições, etc. Enfim, numa política estatal de distanciamento em relação às próprias leis e instituições, em que as próprias instituições passam a atuar autonomamente como micro-Estados, dotados de uma concepção própria do grau de aplicação da lei recomendável na sua esfera de ação."

Promoveu-se então larga campanha de estímulo à informalidade e de busca de formas precárias de contratação, ao mesmo tempo em que se tentava culpar a legislação do trabalho e a sua propalada rigidez, pelo aumento da informalidade. Ora, a variável mais importante da maior ou menor flexibilidade das relações de trabalho é a rotatividade de mão de obra. E como foi aqui lembrado a rotatividade de mão de obra no Brasil é o dobro da verificada nos EEUU, apontado como exemplo de flexibilidade. Na verdade, se queria ocultar os efeitos sociais nefastos da política monetarista impingida a nossa sociedade pelo capital internacional com o beneplácito de seus prepostos *made in brazil* - mas com tecnologia de primeiro mundo - que ocupam os postos-chave da nação. Como visto recentemente, os níveis de informalidade variam de acordo com o nível de crescimento econômico. Bastou uma tímida recuperação econômica para que os níveis de contratação formal também subissem.

Bom, não demorou muito para que o mesmo governo percebesse que essa diretriz, como inicialmente desenhada, era insustentável,

a começar pelo rombo que provoca nas contas da previdência. Embora se excluam esses grupos da possibilidade de aposentadoria, eles continuam tendo direito às prestações de saúde. E agora, o mesmo governo que estimulou a informalidade, trai os seus seguidores e criminaliza a informalidade. Mas a proibição, aqui, não tem o viés da promoção dos direitos de cidadania dos trabalhadores, mas exclusivamente uma perspectiva arrecadadora.

Ao acordarmos desse sonho ruim do totalitarismo das verdades econômicas, precisamos resgatar a legitimidade do exercício do poder de polícia nas relações de trabalho. Mas isso, porém, agora sob uma nova perspectiva, a do poder de polícia como serviço público e dos agentes de fiscalização como agentes de promoção da cidadania.

Não se trata mais da figura do inspetor representante do rei, que vem como a mão do estado expropriar a sociedade civil. Sociedade civil que o teme e faz tudo para dele se furtar.

O estado não deve ser mais visto como agente monolítico e único detentor da vontade pública e sim como espaço de disputa pela implementação das condições de cidadania. Um espaço e um instrumento, central e indispensável, mas não único, de promoção de níveis mínimos de inclusão social sem os quais a democracia é apenas uma mentira.

A expectativa dos magistrados do trabalho é a de que tomemos consciência desse processo e passemos a lidar com os seus efeitos, muito visíveis e concretos no nosso dia a dia. O fascismo do estado paralelo gerou, nas relações de trabalho e em especial na jurisdição trabalhista uma monstruosidade que chamo de cirurgia de tratamento de gripe. Muito do que fazemos em termos de exercício da jurisdição é tratar gripe com cirurgia.

Pode-se se falar de três níveis de observância do ordenamento jurídico positivo. Um primeiro, que eu chamaria de nível preventivo. A legislação é cumprida espontaneamente, na medida em que sua legitimidade gera níveis elevados de aceitação. O segundo nível, que eu chamaria de nível medicamentoso. As perturbações e conflitos em torno da legitimidade das normas levam um aumento do descumprimento espontâneo e aí surge a necessidade da intervenção administrativa com o objetivo de reforçar a legitimidade das normas e preservar o papel do ordenamento jurídico democrático como regulador dos conflitos, impedindo que setores privados dotados de poder simplesmente se apropriem do papel de regulação social.

Nesse nível se situa o poder de polícia, que na legislação do trabalho é tão detalhadamente abordado.

Por fim, há o nível cirúrgico, que é o nível da intervenção jurisdicional, a ser acionado no insucesso dos outros níveis terapêuticos.

O que produziu o fascismo do estado paralelo nas relações de trabalho foi a deslegitimação do discurso normativo, o que estimulou barbaramente o descumprimento espontâneo da lei. Não bastasse, também deslegitimou a atuação do poder de polícia da fiscalização do trabalho, deixando de lhes dar instrumentos efetivos de atuação e estimulando e mesmo promovendo a sua inércia.

O resultado disso foi a explosão de demandas trabalhistas, pois o descumprimento da legislação passou a ser a primeira válvula de escape para qualquer dificuldade financeira de uma empresa. Questões elementares de mero descumprimento de normas, sem qualquer conflito de interpretação passam direto para o nível cirúrgico da intervenção jurisdicional, embora não haja ali, nenhum que merecesse ser levado à decisão do estado-juiz. Cuida-se de mero cumprimento da lei. Então, trata-se gripe com cirurgia, em ações absolutamente repetitivas, sem conteúdo jurídico relevante, consumindo recursos preciosos. Não falo só de recursos financeiros, mas sobretudo de recursos institucionais e democráticos. Como a Justiça do Trabalho e a própria jurisdição também não foi pensada para esse papel, ela é pouco eficaz e passa a ser atraente como instrumento de produção de informalidade, reforçando, pela sua limitada eficácia, o efeito deslegitimador da normatividade.

Da perspectiva multidisciplinar à interinstitucional: algumas propostas

O que precisamos começar a pensar e realizar, neste encontro, são formas de atuação integrada que nos permitam romper esse ciclo. Não é mais possível que o judiciário continue, dia após dia, produzindo verdadeiras peças de faz de conta, nas quais, após largo e demorado processo de conhecimento, o juiz chega a conclusão que mais de 8h de trabalho diário é trabalho extraordinário, que as verbas rescisórias de fato deveriam ter sido pagas e simplesmente determinar o pagamento daquilo que já se sabia devido, acrescido apenas da menor taxa de juros do mercado.

É preciso que nós, juízes, tiremos a cabeça de dentro dos autos, para enxergar o que se passa com a jurisdição. Na feliz figura de Heidegger, lembrada por Jorge Matoso, precisamos nos afastar um pouco da árvore para enxergar a floresta. E para isso talvez precisemos abrir uma clareira, da qual possamos enfim visualizá-la.

E esse ponto de visão privilegiada parece que já foi intuído pela organização do evento. Trata-se de, além de buscar uma visão transdisciplinar de compreensão do direito do trabalho, construir uma esfera de atuação interinstitucional, que nos permita sair da clausura que em especial afeta a jurisdição.

Fala-se, então, de escopos não processuais da jurisdição. Objetivos propriamente institucionais do Poder Judiciário, mas que não são satisfeitos apenas mediante o julgamento dos litígios de alcance intersubjetivo delimitado submetidos a apreciação.

Ressalta-se, ainda, a importância do papel da advocacia, sobretudo da advocacia representativa das entidades sindicais profissionais e patronais e da OAB que em próximas oportunidades deve ser convidada a integrar .

Algumas sugestões de encaminhamento:

1 - Precisamos saber o que se passa nos outros seguimentos. Percebe-se, ainda, uma limitada compreensão mútua tanto das atribuições quanto dos modos de proceder desses três seguimentos.

2 - E aí é preciso que manifestemos, cada segmento, o que esperamos, uns dos outros e também a que nos dispomos a fazer.

3 - Como isso se podem incrementar duas esferas de atuação. Uma, no nível das rotinas de atuação que hoje realizamos. Como proceder em um processo jurisdicional quando se constata lesões repetitivas ou de relevância social. Que tipo de circunstâncias merecem ser noticiadas, como e para quem. Como proceder quando se recebem informações ou notícias do que se passa nesses processos, como dar um retorno para a autoridade que noticiou o fato das providências adotadas.

A falta dessa troca de informações tem levado em certos casos ao desestímulo de parte dos juízes quanto ao envio de peças e solicitação de providências fiscalizatórias e certas dificuldades de parte da fiscalização e do Ministério Público em razão de que nem sempre as solicitações são adequadas. Alguns exemplos podem ser citados.

4 - Uma outra esfera de atuação, é que se propõe seja uma instância interinstitucional que tenha a capacidade de aglutinar essas rotinas, detectar os pontos mais relevantes de intervenção e estabeleça estratégias mais globais de atuação, evitando providências em duplicidade e otimizando aquelas a serem tomadas. Havendo um núcleo comum que centralize informações, solicitações, dados estatísticos, estudos, será possível identificar as questões mais sensíveis e articular medidas mais eficazes e abrangentes de intervenção.

Pode-se, aí, pensar em campanhas de combate a situações relevantes de ilegalidade. Mencionaram-se, em consulta informal feita entre os Juízes, irregularidades relativas ao registro de jornada; pagamento de salário por fora como prática generalizada em certos segmentos econômicos. Terceirização irregular. Contratação irregular no setor público.

Fala-se de campanhas não só repressivas, mediante ações fiscalizatórias, procedimentos de apuração prévia e ações coletivas, mas em especial campanhas de esclarecimento comunitário, com vistas a atrair a participação e a parceria de trabalhadores e empresários, sobretudo através dos sindicatos.

5 - Por fim, cumpre ressaltar limite de atuação do Poder Judiciário: a não vinculação dos julgamentos. Neste ponto, a atuação em uma instância representativa diferenciada da função judicante viabiliza a preservação da imparcialidade.

Não obstante esses limites, é grande a contribuição que a atuação integrada da magistratura pode dar. Para esta, a grande contrapartida será o fortalecimento da jurisdição, na medida em que se libere do julgamento de demandas repetitivas meramente desgastantes e tenha maior eficácia em termos de reconduzir as situações à legalidade. Com isso se dará um grande passo na recuperação da legitimidade da atuação dos operadores do direito na esfera do trabalho.