

**DEGRADAÇÃO
E RESGATE
DO DIREITO
DO TRABALHO**

**CONTRIBUTOS PARA UMA DOUTRINA
CONSTITUCIONAL DE DEFESA DE DIREITOS**

TARSO GENRO
ROGÉRIO VIOLA COELHO
Coordenadores

**DEGRADAÇÃO
E RESGATE
DO DIREITO
DO TRABALHO**

**CONTRIBUTOS PARA UMA DOUTRINA
CONSTITUCIONAL DE DEFESA DE DIREITOS**

LT[®]R



EDITORA LTDA.

© Todos os direitos reservados

Rua Jaguaribe, 571
CEP 01224-003
São Paulo, SP Brasil
Fone (11) 2167-1101
www.ltr.com.br

Agosto, 2018

Produção Gráfica e Editoração Eletrônica: GRAPHIEN DIAGRAMAÇÃO E ARTE
Projeto de Capa: FABIO GIGLIO
Impressão: BOK2

versão impressa — LTr 6100.6 — ISBN 978-85-361-9783-8
versão digital — LTr 9437.6 — ISBN 978-85-361-9801-9

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Degradação e resgate do direito do trabalho : contributos para uma doutrina constitucional de defesa de direitos / Tarso Genro, Rogério Viola Coelho, [coordenadores]. — São Paulo : LTr, 2018.

Vários autores.

Bibliografia.

1. Direito do trabalho — Brasil 2. Processo do trabalho — Brasil 3. Reforma constitucional — Brasil 4. Relações de trabalho 5. Trabalhadores — Direitos fundamentais 6. Trabalho — Leis e legislação — Brasil I. Genro, Tarso. II. Coelho, Rogério Viola.

18-18781

CDU-34:331(81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito do trabalho 34:331(81)

PREFÁCIO.....	7
<i>Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva</i>	
A DOGMÁTICA DO CONCRETO: REFORMISMO LIBERAL, DIREITO DO TRABALHO E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	13
<i>Tarso Fernando Herz Genro</i>	
UMA REVISÃO DA GÊNESE DO DIREITO DO TRABALHO E DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS DOS TRABALHADORES PARA A CRÍTICA DA REFORMA TRABALHISTA	28
<i>Rogério Viola Coelho</i>	
REFORMA CONTRA A CONSTITUIÇÃO	44
<i>Marco Aurélio Pereira da Silva</i>	
A REFORMA TRABALHISTA COMO APLICAÇÃO DO NEOLIBERALISMO ATRAVÉS DA DOCTRINA DO CHOQUE	50
<i>Jefferson dos Santos Alves</i>	
O “ZEITGEIST” DO DIREITO COLETIVO DO TRABALHO: PROPAGANDEAR LIBERDADE PARA PROMOVER PRECARIZAÇÃO.....	58
<i>Pedro Henrique Koeche Cunha</i>	
O ACESSO À JUSTIÇA, A EFETIVIDADE DOS DIREITOS DOS TRABALHADORES E A REFORMA TRABALHISTA.....	73
<i>Rogério Viola Coelho</i>	
AS NOVAS RELAÇÕES DE TRABALHO NA PERSPECTIVA DA REFORMA TRABALHISTA	88
<i>Jefferson dos Santos Alves</i>	

O TRABALHO INTERMITENTE E A POSSÍVEL CONDIÇÃO ANÁLOGA À ESCRAVIDÃO.....	100
<i>Thiago Mathias Genro Schneider</i>	
HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA NO PROCESSO DO TRABALHO E A VIOLAÇÃO DA IGUALDADE.....	108
<i>Guilherme Pacheco Monteiro</i>	
UM OUTRO NAPOLEÃO PARA OS NOSSOS JUÍZES.....	117
<i>Tarso Fernando Herz Genro</i>	

***Degradação e Resgate:
Um prefácio em defesa do direito, do trabalho e da democracia***

Degradação e Resgate, o livro que o leitor tem em mãos, oferece um contributo para uma doutrina constitucional de defesa de direitos. Organizado por dois advogados que dispensam apresentação — Tarso Genro e Rogério Coelho —, reúne um conjunto de artigos e ensaios que articulam o diagnóstico dos tempos presentes de desconstrução e perversão do trabalho e de suas instituições, com elementos para o seu resgate.

A riqueza semântica se inicia com o título. Degrada-se deteriorando, provocando estragos, desgastando. Degrada-se desonrando, rebaixando, infamando, manchando; Degrada-se destituindo de um cargo, depondo, desempossando. O processo de degradação do Direito do Trabalho é tudo isto e, ao mesmo tempo agora, é resultante de atos e ações ativas de aviltamento das instituições construídas no longo século XX para equacionar as tensões entre democracia e capitalismo, buscando sob o influxo do neoliberalismo recuperar para o capital os espaços e arenas abertas pelos fluxos de transformação cunhados pelas classes trabalhadoras na cena pública. E a degradação do Direito do Trabalho neste momento supõe a deposição e a deslegitimação de seus atores e intérpretes, de seus valores e princípios, escanteando os pilares da justiça social e entronizando os da justiça do mercado.

Resgatar, por sua vez, é obter de volta, salvar de um perigo, libertar de um cativo. Há que se retomar o Direito do Trabalho, reaver suas funções, sentidos e objetivos. Reassumir as dimensões emancipadoras das normas que visam a restaurar a dignidade perdida no processo de mercantilização da força do trabalho, restaurando sujeitos, cognoscíveis, e em processo de tomada de consciência como ser histórico. Resgata-se preservando o ideário de desmercantilização, salvaguardando as regras e institutos forjados nas conquistas democráticas.

Prefaciando livros é tarefa que embute responsabilidade: como apresentar as portas que se abrem e os caminhos para o conhecimento, sem *spoilers* como se diz hoje por aí. Contudo, fazê-lo em obra organizada por Rogério Coelho e Tarso Genro, envolve responsabilidade quase paralisante, afinal, são autores que tenho como de leitura obrigatória, e que desde muito cedo aprendi a ler, ouvir e admirar. É de Tarso Genro o mais significativo prefácio de meu cotidiano: o que apresentou o axial Direito do Trabalho, modelo para armar, de Antonio Baylos ao público brasileiro e promoveu importante balanço sobre a trajetória do Direito do Trabalho, apontando caminhos importantes para sua reconstrução democrática, em Um futuro por armar — estudo preliminar. São deles os primeiros livros introdutórios

de crítica ao direito individual e coletivo do trabalho que conheci, ainda quando estudante e aos quais volto sempre que não estão emprestados. É de Rogério Coelho, por sua vez, o balanço precursor sobre a crítica das razões de estado presentes nas concepções administrativistas de função pública e a necessária compreensão sobre a relação de trabalho envolvendo trabalhadores público.⁽¹⁾ Foi com ele que muito aprendi em tertúlias, indicações bibliográficas, aulas e conversas memoráveis sobre função pública, trabalho e estado. De ambos guardo a melhor tradição de um pensamento crítico, denso, teoricamente consistente, distanciado dos modismos de ocasião, socialmente referenciado e politicamente orientado em prol da democracia, dos direitos humanos e da emancipação de todos. Neste sentido, prefaciá-los traz responsabilidades adicionais, mormente diante das relevantes temáticas com as quais lidam — trabalho, democracia e direitos — e do modo como generosamente abrem suas estantes para jovens advogados — como um dia fui, em um passado já um pouco distante — para estudar, compreender e escrever. De toda sorte, tornei-me leitora primeira de ótimos textos, e assim, sem o dever de igualar esta introdução ao conteúdo do livro, o prefacio.

Advogados que pensam o Direito e refletem sobre os comportamentos judiciais têm a grande virtude de produzir doutrina longe das amarras teóricas que por vezes nos atingem nas universidades e voltada para os problemas que emergem de suas práticas profissionais. Quando são advogados comprometidos com as causas da cidadania e dos direitos humanos, embrenhados no múnus constitucional da advocacia como defesa dos direitos, função essencial à justiça e militantes das causas populares, a trajetória profissional agrega um compromisso com a crítica, com a transformação da ordem que congela as desigualdades e com a recusa de todos os sentidos comuns.

O momento histórico que vivemos exige um retorno ao estudo e à reflexão sobre as relações entre política e direito, sobre trabalho e democracia. As tensões entre democracia e capitalismo se ampliam e adquirem forte intensidade na década em curso, em que o projeto de acumulação do capital pós-crise de 2008 se consubstancia com novas estratégias de espoliação e despossessão, que combinam a criação de novos mercados e de novas mercadorias com a subtração da soberania popular pelos órgãos decisórios autonomizados pelos imperativos financeiros dos mercados. Os agentes econômicos impõem sua agenda de políticas de austeridade, para preservar os mecanismos e receitas obtidas com o endividamento crescente dos países, assegurando a remuneração do capital financeirizado que se desloca pelo globo terrestre, pugnando por *Reformas Institucionais de Austeridade*.⁽²⁾

Sob o signo do medo, da exceção, da culpa, da lógica de seletividade e da normalização de condutas pelo discurso da inevitabilidade, o modelo normativo neoliberal vitaminado se reconstrói como um modelo de austeridade, que impacta de modo crescente a conformação das sociedades, das instituições políticas e do próprio direito.⁽³⁾ Em esforço de compreensão da singularidade destas reformas e políticas em face daquelas que caracterizaram as contrarreformas da década neoliberal, é possível observar com Antonio Casimiro Ferreira que

(1) COELHO, Rogério Viola. *A relação de trabalho com o Estado: uma abordagem crítica da doutrina administrativista da relação de função pública*. São Paulo: LTr, 1994.

(2) SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da; EMERIQUE, Lilian Balmant; BARISON, Thiago (Orgs.). *Reformas institucionais de austeridade, democracia e relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2018.

(3) FERREIRA, Antonio Casimiro. *The Politics of Austerity as Politics of Law*. *Oñati Socio-legal Series* [online], vol. 6, n. 3, 2016, p. 496-519. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2831995>>.

enquanto o Consenso de Washington pugna pela contenção estatal, sob um paradigma da desregulação e da flexibilidade legislativa, as políticas de austeridade, promovidas depois da crise financeira, reconfiguram o Estado, com a subversão dos tradicionais limites da separação de poderes, sob um paradigma de uma legalidade de exceção.⁽⁴⁾

O cenário de *deformas* que degradam o Direito do Trabalho — objeto central do livro em comento — é aquele muito bem analisado por Wolfgang Streeck, herdeiro da melhor tradição da Escola de Frankfurt, em suas Conferências Adorno de 2012, ampliadas e publicadas no belo livro *Tempo Comprado: a crise adiada do capitalismo democrático*.⁽⁵⁾ Em uma conjuntura de retomada do neoliberalismo — convertido de ideologia econômica em gramática normativo-societal — assiste-se ao esfacelamento de um equilíbrio tênue construído no século XX entre justiça econômica e justiça social, em que a lógica mercadológica se impõe e os detentores do capital viram a mesa, segregando as conquistas populares e trabalhistas promovidas pelos processos de democratização do pós-guerra europeu e pós-ditaduras ibéricas e latinoamericanas. Aproprio-me das análises de Wolfgang Streeck nos próximos parágrafos para dialogar com os autores e leitores sobre as transformações recentes de um capitalismo financeirizado e os resultados das pressões que exercem sobre as nações e instituições democráticas.

As novas tensões entre o sistema político democrático e o regime econômico capitalista se agravam com as estratégias de blindagem do capitalismo às reivindicações populares e conquistas da democracia social, e que se apresentam por modos diversos. Desde o deslocamento dos espaços decisórios para fóruns econômicos, financeiros ou judiciais autonomizados — seja por mecanismos como os de independência de organismos financeiros reguladores nacionais e internacionais, independência das cortes e outros organismos integrantes do sistema de justiça — a imunização desloca poder da soberania popular para a tecnocracia das elites. A desdemocratização é resultado e resultante deste deslocamento.

As formas de imunização da estrutura do Estado às demandas democráticas e de preservação dos ditames da justiça econômica para os fins de acumulação de capital são processadas, afirma Streeck, pela abolição da democracia por ditaduras⁽⁶⁾ ou pela reeducação neoliberal de cidadãos, por meio de reformas incrementais das instituições.⁽⁷⁾ Os acontecimentos políticos que vivenciamos no Brasil dos últimos anos encaixam-se em uma luva na descrição realizada pelo autor. Promove-se a transição da política econômica para bancos centrais, por meio de regras legais orçamentárias que a imunizam das vitórias eleitorais de proposições que consagram políticas heterodoxas ou desenvolvimentistas. Transferem-se decisões relevantes para autoridades reguladoras, para “*experts*” em tecnocracias jurídicas, econômicas ou administrativas. Estabelecem-se travas ao endividamento, vinculando constitucional e juridicamente o Estado. Neutraliza-se a democracia social. Os diagnósticos de W. Streeck sobre crise do

(4) *Id, Ibidem.*

(5) STREECK, Wolfgang. *Tempo Comprado: a crise adiada do capitalismo democrático*. Coimbra: Actual editora, 2013.

(6) Como a sangrenta ditadura que transformou o Chile em um laboratório para aplicação das lições de Milton Friedman pelos *Chicago Boys*. Uma leitura da Doutrina de Choque (de Naomi Klein), momentos disruptivos e neoliberalismo e sua relação com a reforma trabalhista no Brasil encontra-se no artigo redigido por Jefferson dos Santos Alves.

(7) STREECK, Wolfgang. *Tempo Comprado: a crise adiada do capitalismo democrático*. Coimbra: Actual editora, 2013. p. 103-104.

estado de consolidação e as reformas neoliberais assombram como prognósticos sobre nosso presente: *“Seja como for, do ponto de vista da justiça de mercado, a possibilidade de as concepções de justiça social conquistarem o poder do Estado através de uma maioria democrática e, depois, distorcerem permanentemente o funcionamento do mercado, recorrendo a este poder, constitui um perigo iminente. A justiça social é de natureza material e não formal, por isso, do ponto de vista da racionalidade formal do mercado só pode ser considerada irracional, imprevisível e arbitrária (...). Os proponentes da justiça de mercado procuraram impor-se em termos retóricos e ideológicos denunciando a justiça social como ‘política’, no sentido particularista da palavra, e, portanto, como contaminada ou até corrupta.”*⁽⁸⁾

Do ponto de vista das reformas institucionais, no Brasil o lento redesenho neste século se inicia com a indexação do Estado às políticas de responsabilidade fiscal (e irresponsabilidade social),⁽⁹⁾ alcançado a governança estatal ortodoxa o estatuto de diretriz constitucional. As reconfigurações estenderam-se com transformação da natureza das aposentações, de direitos públicos a complementos de mercados vinculados a fundos privados.⁽¹⁰⁾ Consolidaram-se com reformas constitucionais que submetem todo o processo legislativo, planejamento orçamentário e políticas públicas a um forte regime de controle de metas fiscais⁽¹¹⁾ e mediante reformulações legislativas nos parcos mecanismos de proteção social⁽¹²⁾ e previdenciária.⁽¹³⁾

E em um contexto de ruptura do modo de equacionamento das tensões entre capitalismo e democracia conforme formulado no constitucionalismo democrático e social, e do modo de convivência entre os ditames de justiça social e dos de mercado, no Brasil promovem-se profundas reformas trabalhistas,⁽¹⁴⁾ que reorientam a normatividade laboral construída e rompem com a lógica da cidadania social e de inclusão pelas vias do trabalho regulado.

(8) STREECK, Wolfgang. *Op. cit.*, p. 102-103; 104-105.

(9) Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>.

(10) Emenda Constitucional n. 41, de 19 de dezembro de 2003. Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3º do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viiv_Identificacao/emc%2041-2003?OpenDocument>.

(11) Emenda Constitucional n. 95, de 2016. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2016/emendaconstitucional-95-15-dezembro-2016-784029-publicacaooriginal-151558-pl.html>>.

(12) Lei n. 13.134, de 16 de junho de 2015. Conversão da Medida Provisória n. 665, de 2014. Altera as Leis n. 7.998, de 11 de janeiro de 1990, que regula o Programa do Seguro-Desemprego e o Abono Salarial e institui o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), n. 10.779, de 25 de novembro de 2003, que dispõe sobre o seguro-desemprego para o pescador artesanal, e n. 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social; revoga dispositivos da Lei n. 7.998, de 11 de janeiro de 1990, e as Leis n. 7.859, de 25 de outubro de 1989, e n. 8.900, de 30 de junho de 1994; e dá outras providências.

(13) PEC 287/2016. Proposta de Emenda à Constituição. Altera os arts. 37, 40, 109, 149, 167, 195, 201 e 203 da Constituição, para dispor sobre a seguridade social, estabelece regras de transição e dá outras providência. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2119881>>.

(14) Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis ns. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>.

Registre-se, entretanto, que o conteúdo do direito brasileiro não se altera somente por mecanismos legislativos que impõem reformas institucionais de austeridade, incompatíveis com os objetivos fixados para a República Federativa do Brasil pela Constituição vigente, em seus artigos 1º, 2º e 3º, deduzidos de seu preâmbulo. Decorrem ainda de reinterpretações judiciais que, se na primeira década neoliberal foram orientadas pelo Tribunal Superior do Trabalho, nos anos atuais assumem a forma de mutações constitucionais provenientes de uma corte constitucional que pretende se legitimar por meio de uma autonomização judicial,⁽¹⁵⁾ fundada em um discurso de neutralidade de uma maioria liberal, mas cuja composição sobrevive por meio de originária mudança das regras do tempo de permanência de seus ministros, com a subtração de prerrogativas presidenciais inerentes ao modelo de separação e independência entre os poderes.⁽¹⁶⁾

O livro que prefácio — e o jovem leitor lê nas telas de seu dispositivo eletrônico em vez de rabiscá-lo ao papel — analisa aspectos selecionados das reformas institucionais de austeridade promovidas no Brasil.

A reforma trabalhista brasileira, como apontado por Rogério Coelho, estabelece *caminho largo de fuga da tutela trabalhista*, pavimentado por *processos de resistência amplificada aos direitos dos trabalhadores* intensificados desde a Constituição de 1988, e consolidada por concepções que buscam legitimá-la a partir do *juridicismo pretensamente neutro* ao sustentar, de modo empobrecedor, que as ações trabalhistas traduziriam somente uma *conflituosidade endêmica reprimida*. Observe-se que tal doutrina acaba por permitir novos obstáculos à tutela jurisdicional, fundamenta as reformas, aplaude condenações de reclamantes e, vez ou outra, sanciona comportamentos vendo má-fé e deslealdade processual onde antes se via desconhecimento de direitos, dificuldades para a prova e obstáculos procedimentais. Segundo Rogério Coelho tais concepções desconsideram os desenhos institucionais provenientes de países e momentos históricos nos quais se instituiu um controle social do capitalismo (Alegreti, *apud* Coelho), em que *“a redução do número de demandas não é perseguida através do bloqueio ou da criação de obstáculos ao acesso à justiça. A repressão incide preventivamente sobre a causa maior dos conflitos, o ilícito trabalhista, de que as demandas judiciais são apenas um fato incontornável,*

(15) “A autonomização do judiciário não é casual: ela forma um sistema com outras diferenças importantes com relação ao liberalismo clássico. Em última análise, podemos apontar três diferenças principais. A primeira consiste em fazer das relações econômicas internas ao jogo do mercado o fundamento de ‘toda a sociedade’. A segunda consiste em retirar da alternativa entre direito natural e criação deliberada o arcabouço jurídico constitutivo dessa ordem: as regras jurídicas se identificam com as regras do direito privado e penal (em especial as do direito comercial) que são oriundas de um processo inconsciente de seleção. Essa segunda diferença já permite esboçar, por vias indiretas, o ideal de uma ‘sociedade de direito privado’, do qual nada autoriza que se diga que era o ideal do liberalismo clássico. A terceira mudança coroa as duas outras e representa o remate dessa doutrina: o Estado deve aplicar a si mesmo as regras do direito privado, o que significa que não só ele tem de se considerar igual a qualquer pessoa privada, como também deve impor, em sua própria atividade legislativa, a promulgação das leis fiéis à lógica desse mesmo direito privado. Estamos muito longe, muito longe de uma simples reafirmação do liberalismo clássico” (DARDOT, P. Laval, C. *A nova razão do mundo*. São Paulo: Boitempo, p. 181-182).

(16) Refiro-me à alteração da composição expectada do Supremo Tribunal Federal pela mudança natural de seus integrantes com suas datas originárias de aposentadoria, conforme promovida pela PEC das Bengalas. A respeito ver a Emenda Constitucional n. 88/2015, especialmente artigo 100 do ADCT, com suprimiu a prerrogativa da então Presidenta da República de indicar ministros em seu segundo mandato ao impor que a aposentadoria compulsória aos 75 anos fosse adotada de imediato para os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), dos demais tribunais superiores e do Tribunal de Contas da União (TCU).

especialmente nos países em que inexistem, ou é pífia, a tutela preventiva, promovida pelas instituições do Estado.” Diagnósticos precisos podem levar a conclusões adequadas, caracterizar de modo não corporativista os institutos jurídicos de direito material e processual (como os honorários de sucumbência), e a integrá-los no ordenamento jurídico de modo sistêmico, rechaçando regras que não se coadunam com as normas constitucionais e as integrantes do sistema internacional de direitos humanos, como, aliás, propõem em seus textos Guilherme Pacheco Monteiro, Rogério Viola Coelho, Marco Aurélio Pereira da Silva, Thiago Mathias Genro Schneider e outros. Mas para tanto, é necessário decidir e interpretar. Estes são alguns dos problemas que não poderiam ser desconsiderados e estão presentes em outros capítulos deste livro, como os de lavra de Tarso Genro.

A partir da dialética do concreto de Karel Kosik, e de sua reconciliação entre iluminismo e juspositivismo, Tarso Genro busca uma postura metodológica que repudie a devastação do humanismo iluminista promovido pelo poder mundial do capital financeiro e se distancie dos sentidos comuns interpretativos impostos pelos oligopólios midiáticos às instituições democráticas. Afirma que a crise da democracia e a profunda instabilidade relacional entre as poderes republicanos acaba por permitir que uma força coercitiva se imponha em um *“espaço opaco onde as instituições midiáticas se convertem em jurisprudência e a expectativa da jurisprudência gera um falso sentido para a Política.”* Embora não resolva os problemas epistêmicos necessários a uma hermenêutica constitucional adequada, observa Tarso Genro, a exigência de uma *cadeia de razões e justificativas*, fundamentadas a partir da legitimação formal e material da Constituição sob interpretação, pode contribuir para *“resolver a situação de impasse, para o qual o intérprete está chamado hoje a se ocupar,”* a partir de uma vinculação dogmática e normativa às diretrizes constitucionais, de modo que o intérprete atue como um mandatário da Constituição, em um *“mandato que não suprima o mandato constituinte, que considere os valores do texto constitucional e desestimule as interpretações que levam à exceção”*.

Como se vê, são muitos os que se inquietam com os desafios que a política e o direito enfrentam. Para combater a seletividade, que molda e organiza a nova racionalidade jurídica anticidadã e suprime as exigências de universalidade dos direitos contidas nos projetos iluministas e emancipatórios da modernidade, é necessário resgatar a criatividade e a memória. Neste sentido, retomando a proposta de Resgate do Direito do Trabalho, é necessário desejar que este resgate o retire de um cativeiro epistêmico que o subtraiu da dialética dos conflitos e dos direitos, prendendo-o em uma torre metafísica de conceitos, dogmas e precedentes.

Neste sentido, tempos de destruição não são apenas de resistência, são tempos de resgate. De fazer um chamado, não à manutenção de estruturas de uma velha ordem, mas para a recomposição de direitos conquistados, que permitam o bem existir humano, (re)significando-os neste novo momento de subordinação algorítmica, opressão depressiva, de uma economia de compartilhamento da servidão que emerge, enquanto a financeirização avança para destruir a economia da produção, o constitucionalismo do trabalho, e o direito a viver em dignidade.

De Salamanca para Porto Alegre, em 21 de julho de 2018.

Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva

Professora Associada da Faculdade Nacional de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro — UFRJ. Desembargadora do Trabalho. Doutora em Ciências Jurídicas e mestra em Teoria do Estado e Direito Constitucional, pela PUC-Rio.

A dogmática do concreto: reformismo liberal, direito do trabalho e interpretação constitucional

Tarso Fernando Herz Genro

Advogado, graduado pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM) em 1970, onde também se especializou em Direito Trabalhista. É autor de vários livros na área de Direito, dentre eles: *Contribuição à Crítica do Direito Coletivo do Trabalho* (1981), *Direito Individual do Trabalho* (1985), *Introdução Crítica ao Direito* (1988) e *Fundamentos da Constituição no Estado de Direito* — In *Tratado de Direito Constitucional*, Coord. Gilmar Mendes (2010). Foi Ministro da Justiça de 2007 a 2010.

Introdução

Este trabalho é dividido em duas partes independentes e complementares, que podem ser lidas em separado e em ordens de preferência. Aqueles que tiverem um interesse mais urgente nas questões constitucionais relacionadas com as reformas em curso poderão começar a leitura pela **Parte II**. Nesta encontrarão um bom roteiro — não isento de certa polêmica — para uma discussão sobre a interpretação constitucional, em plena época de degradação dos princípios mais caros e tradicionais do Direito do Trabalho.

Por outro lado, os que entendem ser mais adequado — e até mesmo necessário — começar a leitura do texto pela via histórica, compreendida dentro da “crise da democracia” contemporânea, será mais apropriado começar a leitura em ordem, iniciando pela **Parte I**.

A interpretação constitucional, num momento de crise da democracia representativa e de profunda instabilidade nas relações entre os três poderes da República — somada à força coercitiva que vem exercendo o oligopólio da mídia sobre os destinos do Direito Constitucional — hoje se constitui, ao mesmo tempo, em Direito e Política.

É um espaço opaco onde as insinuações midiáticas se convertem em jurisprudência e a expectativa da jurisprudência gera um falso sentido para a Política. O universo em que este processo se inscreve foi magistralmente apanhado num texto do mestre Fábio Comparato que diz da existência da “(...) *dupla vigência das nossas instituições políticas, uma oficial, pouco respeitada, e outra não oficial, mas que acaba sempre por se impor, pelo fato de corresponder aos interesses dos grupos dominantes em nossa sociedade*”.⁽¹⁾

(1) COMPARATO, Fábio Konder. *A grande moléstia brasileira: como enfrentá-la*. Disponível em: <<https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Politica/A-grande-molestia-brasileira-como-enfrenta-la/4/36064>>.

Este trabalho pretende intervir neste processo para contribuir no sentido de recuperar e promover a força normativa da Constituição.

PARTE I

1. Trabalho, vontade e subordinação

A mercadoria não tem vontade de intercâmbio nem consciência na relação de troca. Ela é puro objeto. Quem a tem é o homem. E este homem deve ser formalmente “igual”, para que seja validada a sua vontade de trocar, nas condições dadas, sua força de trabalho por um certo preço. Aqui está o espaço de um discurso subjetivo especial que é o da imaginação jurídica: *“Todo bem, deve ter um dono, para poder haver uma troca, um proprietário; e vice-versa, toda pessoa tem que representar-se como proprietário de algo para existir na sociedade mercantil”*.⁽²⁾

O Direito formal habita este território juridicamente imaginado, por meio do direito posto. No Direito do Trabalho foram pensados os princípios para promover um equilíbrio mínimo entre as partes contratantes, e ajustados os impulsos legais aos vínculos conciliatórios entre as classes.

A partir dos princípios forjados neste “direito especial”, que regula o intercâmbio de vontades contratuais, o trabalhador não é “coisa”, pois a imaginação jurídica faz a mediação desta condição, que era originária da sociedade escravista. A relação jurídica do contrato de trabalho, num sistema instruído pelo princípio da igualdade formal, permite que ele escape de ser, em seu estado social, análogo ao escravo. Assim, ao contrário do que ocorre com a força de trabalho em abstrato, o trabalhador concreto da ordem jurídica supera a condição de mercadoria: não é escravo, “*res*”, coisa, mas **sujeito** de uma trama de discriminações positivas, integradas no sistema jurídico.

A adjudicação objetiva a este corpo humano do preço da sua força de trabalho, então, dá-se por uma relação jurídica que foi imaginada e se tornou norma consentida. Nela, a força de trabalho é **juridicamente mercantilizada**, ao mesmo tempo em que o corpo e a mente humana são “descoisificados”. O trabalhador, para poder contratar, passa a ser **ficamente igual a qualquer outro**, protegido por um feixe de normas cogentes e abrigado em proteções irrenunciáveis. **Proteção e abrigo**, num direito “especial”.

Como a sua chegada social ao mercado é condicionada por normas jurídicas que diferenciam o seu corpo protegido da força cogente da relação mercantil, **a força física e intelectual do prestador (a sua forma humana concreta) revela-se, no Direito, como pertencente ao mundo humano, oposto a sua mercantilização. Assim, preservado pela sua subjetividade “livre” para contratar, ele está abrigado no conjunto dos direitos fundamentais que constituem uma rede radical de proteção no sistema jurídico.** Nesta rede sistêmica, o trabalhador prestador alarga ou avilta a força da sua vontade, ao se integrar ou se separar das necessidades dos seus pares, ora como categoria profissional, ora como classe social.

Duas conclusões, então: a força de trabalho (1) **entra no mercado como mercadoria**; e (2) **o corpo do trabalhador entra na ordem jurídica como corpo com subjetividade cidadã**

(2) CAPELLA, Juan Ramón, *Los ciudadanos siervos*, p. 73.

dotada de direitos. É o momento em que a sua condição de igualdade, ao mesmo tempo em que formal, torna-se real e o relaciona com outros indivíduos, também capazes de firmar o contrato de trabalho e também capazes de agrupar-se, de forma coletiva, no Sindicato, em condições de igualdade.

A origem material deste contrato está assentada na obrigatória subordinação do trabalhador na empresa, cuja organização técnica articula os seus movimentos, tempos e momentos, determinados pelos mecanismos de controle da produção. Outra dupla conclusão: aquele primeiro movimento de recepção do trabalhador na empresa (1) — como **força de trabalho** no mercado — aproxima o trabalhador da condição de mercadoria; e aquele segundo movimento (2), da **subjetividade cidadã**, contratante e protegida (no âmbito do Direito do Trabalho), afasta-o da sua condição mercantil e integra-o, primeiro como indivíduo, numa rede de proteção com cláusulas irrenunciáveis.

Esta é a forma pela qual é composto o elenco dos direitos subjetivos enviados para o ser humano trabalhador, por uma ordem jurídica que se constituiu, neste plano, como imaginação jurídica protecionista. E esta ordem também se fez tutelar, no plano coletivo, já que ao lado da sua individualidade protegida está a agrupação sindical, que formalmente pode opor resistência a quaisquer recuos em matéria de direitos.

Esta capacidade de resistência é um dos alvos principais, hoje, das reformas liberais, já que esta força “bloqueadora” das imposições do capital pelo Direito deve ser processualmente eliminada, como já apontou Antonio Baylos, crítica e adequadamente. É necessidade, para o mercado, que o grupo social assalariado volte a se aproximar mais diretamente da condição de mercadoria e assim renuncie, “cordialmente” de preferência, às formas de existência social “imaginadas” para o padrão de vida socialdemocrata.

Enquanto a vontade contratual do trabalhador esteve combinada com a sua fração de classe (a “categoria profissional”) ele pôde “arrancar” importantes conquistas do capital, impensáveis há menos de um século atrás. Na ordem que está morrendo, em que o trabalhador ainda é dotado de maior capacidade coletiva de resistência, perante as pressões do capital, o exercício da vontade contratual é menos servil.

Os princípios fundados na **autonomia da vontade** e no **direito da propriedade**, bem como as normas originárias do Direito Mercantil, portanto, já assediam o Direito do Trabalho, com o objetivo de reduzir drasticamente sua força protetiva. Tanto é eficaz esta vontade do sujeito trabalhador, ainda que limitada, que o capital já expressa uma forte reação conservadora, para a anulação de aspectos fundamentais da proteção à liberdade de contratar.

Este assédio, porém, ainda não está totalmente coberto por uma “**neodoutrina**” **trabalhista da época do liberal-rentismo**, que está sendo formulada no sentido de legitimar, pela via de um discurso jurídico materialista-economicista, a redução do campo de aplicação do Direito Laboral, tal qual ele está formatado até hoje, com seus velhos princípios em coordenação. O que vem agora é **a expansão de um novo contratualismo sem tutelas e novas formas de subordinação sem fiscalização direta.**

Com as mutações tecnológicas em curso, a subordinação técnica dos serviços e prestações nas plantas da 3ª Revolução Industrial tende a se reduzir, reduzindo também o “*eyes of master*” e assim mudando o seu caráter coercitivo tradicional. Todavia, a subordinação nos trabalhos prestados — fora ou dentro da unidade empresarial — nas relações de emprego “precárias” ou intermitentes torna-se mais forte, pois nas prestações menos qualificadas