

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO ECONÔMICO E DO TRABALHO

CÉSAR VERGARA DE ALMEIDA MARTINS COSTA JÚNIOR

A CONSTITUIÇÃO DE 1988 ENTRE O DISCURSO E A PRÁTICA JUDICIAL

Porto Alegre/RS
2021

CÉSAR VERGARA DE ALMEIDA MARTINS COSTA JÚNIOR

A CONSTITUIÇÃO DE 1988 ENTRE O DISCURSO E A PRÁTICA JUDICIAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Valdete Souto Severo

Porto Alegre/RS
2021

CÉSAR VERGARA DE ALMEIDA MARTINS COSTA JÚNIOR

A CONSTITUIÇÃO DE 1988 ENTRE O DISCURSO E A PRÁTICA JUDICIAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Data de aprovação: 25 de novembro de 2021

BANCA EXAMINADORA:

Prof.^a Dr.^a Valdete Souto Severo (Orientadora)

Prof.^a Ma. Vivian Caxambu Graminho

Prof.^a Ma. Luciane Lourdes Webber Toss

AGRADECIMENTOS

O melhor caminho é aquele que se traça em boa companhia. Embriago-me da certeza de que os caminhos que aqui me trouxeram são insubstituíveis. Das falas, dos risos e dos olhares daqueles me acompanharam, carrego memórias inapagáveis. Memórias que amamentam minha personalidade, forjam minha consciência e inspiram minha inconsciência. O que dizer daqueles que me guiaram por todos os caminhos que se mostraram tortuosos até aqui?

Mãe e Pai, Vivian e César, a vocês o agradecimento não basta. A vocês, pelo amor, por toda a doçura e toda a ternura, dedico este trabalho. Dedicatória que se deve, também, às portas que vocês não se cansam de abrir, sempre desejando meu crescimento, minha solidez, minha plenitude.

E de minha irmã, Camila, o que dizer? Dividindo o banco de trás do carro, demarcávamos milimetricamente nossas áreas e teimávamos em invadir o território do outro. Crianças, brigávamos. Aprendi que muitos dos conflitos se resolvem com um abraço e com a verdade do mais puro dos amores. Agradeço por ser fonte primeira de inspiração, representada pelos tantos “cola em mim” da vida.

Irmão, de sangue, não tive. Mas incontáveis são aqueles companheiros que compartilharam comigo as mais sinceras das amizades. Não há palavras, nem tampouco há espaço nesta folha, que descrevam, a influência de cada um de vocês em quem sou hoje.

À Júlia, agradeço por todo o amor, por todos os momentos inesquecíveis e por todas as conversas. Obrigado, também, pela profunda compreensão nestes tempos de fechamento de ciclos.

À Valdete Souto Severo, agradeço por apresentar-me a pensamentos e ideias admiráveis, destacáveis em nosso tempo. Agradeço pela força com que lutas e encaras a realidade.

A todos os professores com quem cruzei nos caminhos da minha formação e à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, meu eterno agradecimento. Foi uma honra transitar pelos teus corredores e escadarias.

Ventana sobre la utopia

Ella está en el horizonte — dice Fernando Birri —. Me acerco dos pasos, ella se aleja dos pasos. Camino diez pasos y el horizonte se corre diez pasos más allá. Por mucho que yo camine, nunca la alcanzaré. ¿Para qué sirve la utopía? Para eso sirve: para caminar¹.

(Eduardo Galeano)

¹A utopia está no horizonte – disse Fernando Birri –. Me aproximo dois passos, ela se distancia dois passos. Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos mais para lá. Por mais que eu caminhe, nunca a alcançarei. Para que serve a utopia? Para isso serve: para caminhar” (tradução nossa).

RESUMO

O presente trabalho destina-se à análise do discurso jurídico implícito na Constituição Federal de 1988, denominada Constituição Cidadã, bem como à demonstração dos limites desse discurso na prática judicial. A Constituição, entendida como um projeto político-social, tem objetivos. As normas inscritas no texto constitucional expressam o desejo da Constituição. Desse modo, da análise de seu discurso, percebe-se, por razões históricas e sociológicas, a vontade constitucional de promover um novo modelo de convívio social, a redução das desigualdades, a erradicação da miséria e a melhoria constante das condições em que as relações sociais se dão. Assim, a efetivação da dignidade da pessoa humana e a consolidação de uma sociedade democrática costumam o pano de fundo do desejo constitucional. Ocorre que o discurso constitucional garantidor de direitos sociais – mais ainda dos de cunho laboral – encontra-se limitado pela atuação significativa do Poder Judiciário, inflada pela instituição do Estado Democrático de Direito. Dessa forma, é necessária a compreensão das razões pelas quais tal atuação se dá da maneira que se dá. Para tal escopo, utilizou-se da metodologia dedutiva e de pesquisa doutrinária e legislativa. Busca-se demonstrar, em um primeiro plano, que Direito e Estado – e, portanto, o Poder Judiciário – representam respectivamente a forma jurídica e a forma política do capital, o que implica na afirmativa de que ambos estão essencialmente vinculados à preservação da formamercadoria e, em razão disso, são contrários à efetivação da vontade da Constituição. Ademais, aponta-se para as raízes do capitalismo brasileiro, das quais permanece a racionalidade colonial-escravista de supressão da condição humana, influenciadora do discurso jurídico dominante. Ainda, sugere-se que o Judiciário, ao preservar o discurso de desejo dos dominantes e calar a voz dos desejos constitucionais, realizando seu dever, castra todo o desejo que inspira a Constituição através da significação, sublimando, por meio do discurso, as formas de exclusão social. Então, conclui-se que, para que se possa buscar a efetividade do discurso constitucional, faz-se necessária a prática permanente de um discurso transgressor comprometido com os desejos da Constituição.

Palavras-chave: Constituição. Direitos Sociais. Discurso Jurídico. Projeto Político-Social.

ABSTRACT

The present study intends to analyze the implicit juridical discourse of the 1988 Federal Constitution, also known as Constituição Cidadã, as well as the demonstration of the boundaries of this discourse on legal practice. The Constitution, perceived as a social-politic project, has its objectives. The rules inscribed in the constitutional text convey the yearnings of the Constitution. Therefore, by analyzing its discourse, one can infer, over reasons both historical and sociological, its desire to promote a new ideal of social interaction, a decrease in inequality, the eradication of poverty and the permanent improvement of the conditions in which the social relations are given. As a result, the establishing of the human being dignity and the consolidation of a democratic society stitch together the background of the constitutional ambition. In spite of this, it happens that the constitutional discourse, guardian of the social rights - chiefly of those of labor nature - finds itself restricted by the Judiciary's significant activity, fueled by the institution of the Democratic State of Law. Consequently, it is necessary to comprehend those reasons by which that activity happens the way it does. For such scope, both the deductive methodology and doctrinal and legislative research were used. This study aims to present, in the foreground, that Law and State - thus, the Judiciary - respectively represents the capital's legal and political shapes, which entails the statement that both are essentially connected to the preservation of the commodity form and, hence, act against the establishing of the Constitution's will. Moreover, this study points to the roots of brazilian capitalism, from which the colonial-slavery rationality of human condition suppression still remains, impairing the dominant legal discourse. Furthermore, this study suggests that the Judiciary, by safeguarding the dominant's will discourse and silencing the voice of the constitutional yearnings, accomplishing its duty, neuters every desire which inspires the Constitution through signification, sublimating, through its discourse, the social exclusion ways. As a consequence, this study concludes that, in order to pursue the effectivity of the constitutional discourse, the permanent practice of a transgressor discourse, pledged to the Constitution's desires is necessary.

Keywords: Constitution. Social Rights. Legal Discourse. Social-Political Project.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 A CONSTITUIÇÃO COMO PROJETO POLÍTICO-SOCIAL ATRELADO AOS INTERESSES DO CAPITAL	10
2.1 Direito e Estado como formas do capital.....	10
2.2 Direito e Constituição no Brasil: colonialidade e dominação.....	18
2.3 Os direitos sociais e a Constituição de 1988: um novo discurso para o direito?	28
3 A NEGAÇÃO DO PROJETO POLÍTICO-SOCIAL DA CONSTITUIÇÃO ATRAVÉS DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO	41
3.1 O deslocamento do foco da tensão para o poder judiciário	41
3.2 Os limites do discurso através da atuação do Poder Judiciário	46
3.4 A constituição castrada	54
4 CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS.....	64

1 INTRODUÇÃO

Mais de três décadas se passaram desde que, em 05 de outubro de 1988, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Concebida no reencontro da sociedade brasileira com a democracia, após vinte e um anos de ditadura civil-empresarial-militar, a Constituição aparece como uma resposta político-jurídica aos anos de opressão e de esfacelamento dos direitos sociais que a antecederam.

Portanto, a Constituição de 1988, enquanto projeto político-social, contém desejos. A vontade expressa nas normas constitucionais é clara: promover um novo modelo de sociabilidade. Para isso, são consagrados, no discurso constitucional, notórios avanços relativos a direitos sociais. Há, no texto constitucional, a nítida preocupação com a redução das desigualdades, com a erradicação da miséria e com a constante melhoria das condições em que as relações sociais se dão.

Todavia, evidencia-se, a cada dia mais, que tal projeto não foi e não está em vias de ser cumprido. Muito pelo contrário, há uma clara desconstrução jurídica do futuro projetado através da Constituição de 1988. Diante dessa constatação, é preciso entender os motivos pelos quais os desejos constitucionais não encontraram, até hoje, efetividade concreta. É a essa compreensão necessária que o presente trabalho visa contribuir.

Para tal, o trabalho, realizado através do método dedutivo e oriundo de pesquisa doutrinária e legislativa, divide-se em dois núcleos gerais.

O primeiro destina-se a demonstrar que a Constituição, entendida como um projeto político-social, está inserida em uma ordem cuja racionalidade é essencialmente capitalista-colonial, muito embora, em seu discurso, sustente a promoção de direitos que são, em última análise, contrários a tal ordem.

Esse núcleo, assim como o segundo, divide-se em três ramificações, quais sejam: a constatação de que o Direito e o Estado são, respectivamente, a forma jurídica e a forma política do capital, o que se faz apontando para as categorias jurídicas tipicamente liberais de sujeito de direito, propriedade, igualdade e contrato; a verificação da manutenção da racionalidade colonial-escravista inerente ao discurso jurídico dominante, herança dos mais de três séculos de exploração do trabalho escravo, gênese da cultura racista e patrimonialista que sustenta o capitalismo brasileiro; a análise do discurso exposto nas normas da Constituição de

1988, que se mostra diferente de tudo que o antecedeu, tendo em vista a relevância dada aos direitos sociais, aos quais é concedida a condição de fundamentalidade, bem como a instituição de um Estado Democrático de Direito.

O segundo núcleo, partindo da verificação de que, diante da omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, a tensão é deslocada para o Judiciário, visa a explicitar o papel da atuação desse Poder na perceptível inconcretude encontrada pelos avanços propostos no discurso constitucional. Desse modo, busca-se demonstrar que a manutenção das categorias jurídicas essencialmente capitalistas, assim como o fato de que o Judiciário, enquanto Poder do Estado, está umbilicalmente ligado à preservação da forma-mercadoria, impede a efetivação dos desejos expressos no discurso constitucional, tornando a Constituição mera “folha de papel”².

Finalmente, aponta-se para a dualidade na qual a Constituição se insere: de um lado, seu desejo por mudanças, melhorias e avanços sociais; de outro, o dever do Direito e daqueles que o aplicam, em especial do Judiciário, para com a preservação da sociedade de trocas tal como se encontra.

A partir desse confronto entre desejos e deveres, propõe-se a ideia de um discurso constitucional castrado pela significação empenhada pelo Poder Judiciário. E, diante de tal castração, procura-se demonstrar, brevemente, que a única forma de tornar possível a efetivação da vontade constitucional seria a adoção de um discurso transformador constantemente comprometido com a realização dos desejos implícitos ao projeto expresso na Constituição de 1988.

²Expressão cunhada por Ferdinand Lassale.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Tradução: Gabriela Edel Mei. São Paulo: Editora Pillares, 2015.

2 A CONSTITUIÇÃO COMO PROJETO POLÍTICO-SOCIAL ATRELADO AOS INTERESSES DO CAPITAL

Todas as constituições, independentemente do momento histórico no qual tenham sido outorgadas ou promulgadas, contêm, em si, um projeto político-social.

Nesse sentido, leciona Florestan Fernandes que “as constituições que caracterizam a evolução dos povos modernos sempre contêm um projeto político”. E, a respeito do conteúdo ideológico de tal projeto, assevera que “este projeto, por sua vez, traduz ideológica e socialmente como as classes dominantes pretendem organizar a sociedade civil e o Estado.”³

Cesarino Júnior, já há muito, alertava que “cada direito nacional ostenta, em seu conjunto, a impressão do regime político do qual emana.”⁴

Analogicamente, a “árvore do direito”, enquanto vasto ordenamento jurídico que tem por tronco sustentável os fundamentos constitucionais e por galhos, folhas e frutos as ramificações legislativas específicas – como, a título exemplificativo, as concernentes ao Direito do Trabalho, ao Direito Civil, ao Direito Tributário, dentre tantas outras que vão do geral ao especial –, é cultivada com os nutrientes disponibilizados por aqueles setores que dominam a ordem econômica e, por consequência, a ordem política.

Ademais, assim não poderia deixar de ser, uma vez que o Direito, em sua especificidade, é intrínseco ao modelo capitalista e dele sua existência deriva.

2.1 Direito e Estado como formas do capital

A esse respeito, Karl Marx foi pioneiro ao elaborar de forma sistemática as ideias de Estado e de Direito como as formas política e jurídica do capital, respectivamente. Nesse sentido, tem enorme relevância a contribuição de Marx ao

³FERNANDES, Florestan. A Constituição como projeto político. *In: Tempo Social – Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, 1989, p. 47.

⁴CESARINO JÚNIOR, A. F. Evolução do Direito Social Brasileiro. *In: Revista Da Faculdade De Direito*, 1951, p. 189.

evidenciar a perversidade existente nas relações sociais mantidas entre trabalho e capital, bem como no discurso que justifica e naturaliza o que nelas há de perverso.⁵

Em sua obra *O Capital*, Marx aponta que a sociedade de trocas, ou seja, a sociedade capitalista e, portanto, a racionalidade burguesa sustenta-se nos pilares de liberdade, igualdade, propriedade e no contrato que se dá entre as partes supostamente dotadas de tais qualidades. Senão vejamos:

Liberdade, pois os compradores e vendedores de uma mercadoria, por exemplo, da força de trabalho, são movidos apenas por seu livre-arbítrio. Eles contratam como pessoas livres, dotadas dos mesmos direitos. O contrato é o resultado, em que suas vontades recebem uma expressão legal comum a ambas as partes. Igualdade, pois eles se relacionam um com o outro apenas como possuidores de mercadorias e trocam equivalente por equivalente. Propriedade, pois cada um dispõe apenas do que é seu⁶.

Assim, o trabalhador sujeita-se ao proprietário por fios invisíveis, através dos quais concebe-se uma independência aparente - porém, fictícia -, mantida pela ficção jurídica do contrato⁷. Frisa-se que, no que tange ao contrato de trabalho, este é apenas o instrumento jurídico através do qual se mascara a realidade de que dos trabalhadores assalariados foram afastados os meios de produção.⁸

Quanto ao Estado, Marx o define como a forma pela qual se legitima a reprodução da lógica burguesa da sociedade de trocas. Para o autor,

[...] o Estado é a forma em que os indivíduos de uma classe dominante fazem valer seus interesses comuns e condensa toda a sociedade civil de uma época, segue-se que todas as instituições comuns que adquirem uma forma política são mediadas pelo Estado⁹.

Ademais, para Marx, é justamente através da consolidação do Estado, enquanto forma política do capital, que surge a ilusão de que a lei e, portanto, o direito, seriam assentados na vontade livre, ou seja, na "vontade dissociada da sua base real"¹⁰

⁵SEVERO, Valdete Souto. **Elementos Para o Uso Transgressor do Direito do Trabalho: Compreendendo as Relações Sociais de Trabalho no Brasil e a Função do Direito Diante das Possibilidades de Superação da Forma Capital**. 2. ed. São Paulo: Escola Superior de Advocacia OAB SP, 2020. *E-book*.

⁶MARX, Karl. **O Capital, Livro I**. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 251.

⁷*Ibidem*, p. 648.

⁸SEVERO, *Opt. cit.*

⁹MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. São Paulo: Expressão Popular, 2009, p. 111-112.

¹⁰*Ibidem*.

Nesse sentido, ao analisar a ideologia na sociedade de trocas, mais especificamente no que diz respeito ao Estado e ao Direito, salienta Valdete Souto Severo que, sob a perspectiva marxiana, "Estado e Direito constituem, nesse contexto, estruturas de reprodução da ideologia do capital, alterando-se na quantidade, mas nunca alterando a qualidade."¹¹

Isso porque o que identifica o fenômeno jurídico moderno é tão somente a qualidade de direito, ou seja, a identificação se dá através de sua perspectiva qualitativa. A transformação qualitativa do fenômeno jurídico se dá através do capitalismo – sistema cujas inerentes relações sociais dão surgimento à qualidade de direito.¹²

Assim, “ao se ver a indeterminação do direito nos modos de produção do passado, resta clara a ligação específica que há entre o direito e o capitalismo, por conta de suas estruturas e relações sociais.”¹³

A necessária ligação entre direito e capitalismo se dá em virtude de os institutos daquele serem resultados imediatos das estruturas deste, estruturas de exploração cuja célula mínima é a mercadoria. A forma jurídica só é especificamente concretizada na sociedade capitalista, pois corresponde e é originada da forma mercantil.¹⁴

É dentro de tais estruturas de exploração, estruturas de trocas de mercadorias, que surge o conceito de sujeito de direito. Ora, em relações baseadas na compra e na venda de mercadorias, é indispensável que tanto aquele que compra quanto aquele que vende possuam liberdade para contratar, isto é, possuam a condição de sujeitos de direito.¹⁵

Nesse sentido, “toda relação jurídica é uma relação entre sujeitos.”¹⁶ E, importa ressaltar que tais sujeitos são impreterivelmente proprietários de mercadorias, seja tal mercadoria um bem de consumo, seja ela a própria força de trabalho da qual dispõe o sujeito trabalhador.

¹¹SEVERO, Valdete Souto. **Elementos Para o Uso Transgressor do Direito do Trabalho: Compreendendo as Relações Sociais de Trabalho no Brasil e a Função do Direito Diante das Possibilidades de Superação da Forma Capital.** 2. ed. São Paulo: Escola Superior de Advocacia OAB SP, 2020, p. 46. *E-book*.

¹²MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao estudo do direito.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

¹³*Ibidem*, p. 3.

¹⁴*Ibidem*.

¹⁵*Ibidem*.

¹⁶PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria geral do direito e marxismo.** Tradução: Paula Vaz de Almeida. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 117.

Pachukanis afirma que

a sociedade capitalista é antes de tudo uma sociedade de proprietários de mercadorias. Isso significa que as relações sociais entre as pessoas no processo de produção adquirem aqui a forma reificada dos produtos do trabalho, que se relacionam uns com os outros pelo valor¹⁷.

É notável que, em uma sociedade capitalista, o trabalho adquire o caráter de mercadoria e, assim sendo, o trabalhador, detentor da força de trabalho, necessariamente passa a figurar no mercado como sujeito que, através de um contrato, vende livremente a força que detém¹⁸. Além disso, prossegue Pachukanis:

Na verdade, não há dúvida de que a categoria de sujeito de direito abstrai-se do ato da troca mercantil. Justamente nesses atos o homem realiza na prática a liberdade formal de autodeterminação. A relação mercantil transforma essa oposição entre sujeito e objeto em um significado jurídico particular. O objeto é a mercadoria, o sujeito, o possuidor da mercadoria, que dispõe dela nos atos de aquisição e alienação¹⁹.

O surgimento da relação capitalista, aliás, está condicionado à vinculação entre o proprietário dos meios de produção e o proprietário da força de trabalho, vínculo que se dá mediante um ato de vontade, característica inerente ao sujeito de direito.²⁰

Da mesma forma, Pachukanis leciona:

Dessa maneira, o vínculo social entre as pessoas no processo de produção, reificado nos produtos do trabalho e que assume a forma de princípio elementar, requer para sua realização uma relação particular entre as pessoas enquanto indivíduos que dispõem de produtos, como sujeitos 'cuja vontade reside nessas coisas'. [...]. Por isso, ao mesmo tempo que um produto do trabalho adquire propriedade de mercadoria e se torna portador de um valor, o homem adquire um valor de sujeito de direito e se torna portador de direitos²¹.

Ademais, quanto ao condicionamento do surgimento da sociedade capitalista à configuração do trabalhador como sujeito de direito, leciona Márcio Bilharinho Naves:

¹⁷PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria geral do direito e marxismo**. Tradução: Paula Vaz de Almeida. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 119.

¹⁸*Ibidem*.

¹⁹*Ibidem*, p. 119.

²⁰ NAVES, Márcio Bilharinho. Direito, circulação mercantil e luta social. *In*: ALVES, A. C., *et al.* **Direito, Sociedade e Economia: Leituras Marxistas**. Barueri: Manole, 2005.

²¹PACHUKANIS, Opt. cit, p. 12.

Para que surja a sociedade burguesa [...] é necessária uma condição absoluta, é preciso que ocorra um processo de expropriação do trabalhador direto, e que esse trabalhador se constitua como homem livre, num duplo sentido; por um lado, livre das condições da produção, especialmente dos instrumentos do trabalho e, por outro lado, livre no sentido de que ele possa dispor de si mesmo, possa vender a sua força de trabalho²².

Segundo o autor, a condição do trabalhador enquanto sujeito de direito deriva diretamente das noções de liberdade e igualdade, oriundas das relações de produção capitalistas. Veja-se:

É somente em um momento preciso da história, sob uma estrita determinação social, exatamente quando as relações de produção capitalistas vão se constituindo, que a liberdade e a igualdade aparecem como se fossem inerentes à própria natureza do homem. [...]. A emergência das categorias da liberdade e da igualdade faz com que o homem se transforme em um sujeito de direito; o homem – qualquer homem – passa a ser dotado da mesma capacidade jurídica, podendo realizar atos jurídicos, celebrar contratos.²³

Nesse sentido, é possível afirmar que o Direito mantém a relação social do trabalho da forma como ela necessariamente se dá numa sociedade capitalista, ou seja, o Direito tem a função de resguardar a relação de assujeitamento, vestindo-a com as ideologias tipicamente burguesas de igualdade e liberdade.²⁴

Da mesma forma, Pachukanis ressalta que “para que os produtos do trabalho humano possam se relacionar uns com os outros como valor, as pessoas devem se relacionar como personalidades independentes e iguais.”²⁵

E, quanto à necessidade do estabelecimento da subjetividade jurídica do homem trabalhador para a própria existência da sociedade capitalista, salienta Márcio Bilharinho Alves:

O capitalismo exige a presença do homem livre, que possa vender a sua força de trabalho, porque ele se funda numa relação de assalariamento e não na coerção direta sobre o trabalhador.²⁶

²² NAVES, Márcio Bilharinho. Direito, circulação mercantil e luta social. In: ALVES, A. C., et al. **Direito, Sociedade e Economia: Leituras Marxistas**. Barueri: Manole, 2005, p. 24.

²³ *Ibidem*, p. 26.

²⁴ SEVERO, Valdete Souto. **Elementos Para o Uso Transgressor do Direito do Trabalho: Compreendendo as Relações Sociais de Trabalho no Brasil e a Função do Direito Diante das Possibilidades de Superação da Forma Capital**. 2. ed. São Paulo: Escola Superior de Advocacia OAB SP, 2020, p.47. *E-book*.

²⁵ PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria geral do direito e marxismo**. Tradução: Paula Vaz de Almeida. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 153.

Aliás, Valdete Souto Severo bem salienta que a “categoria jurídica do sujeito de direitos é emblemática do compromisso que o Estado (burguês), e as normas que ele produz, tem com o capital”, uma vez que “para que haja a troca é preciso que os agentes da (re)produção da forma-mercadoria já se apresentem na estrutura social como ‘sujeito de direitos’”²⁷.

Tal noção importa, pois, uma vez configurada a subjetividade do homem nesse modelo de sociedade, “o capitalista explora o trabalhador valendo-se do artifício de que este formalmente trabalha para aquele porque quis, isto é, porque assinou um contrato de trabalho”²⁸.

Assim, os vínculos de exploração se dão mediante instrumentos jurídicos, gerando uma justificação jurídica para dita exploração. Nesse sentido, Alysson Mascaro salienta que

o trabalho só passa a ser vendido pelo trabalhador por absoluta necessidade, na medida em que ele é afastado dos meios de produção, mas, formalmente, isso se compreende mediante o artifício jurídico do uso de sua própria vontade. Nascendo as atividades mercantis capitalistas, nascem em conjunto as instituições jurídicas que lhes dão amparo²⁹.

E, afastando a ideia de que o conceito de sujeito de direito tenha surgido de imperativos morais ou religiosos acerca da dignidade humana, prossegue o autor:

Muito mais determinante que a eventual dignidade do trabalhador é a sua condição de nada possuir e, portanto, ter de se vender autonomamente à exploração capitalista. É daí que surgiu a noção de sujeito de direito: todos são sujeitos livres para se venderem ao mercado. Mais do que uma simples tecnicidade, o conceito de direito é uma forma necessária ao tipo de relação social capitalista que foi se forjando com a contínua reprodução da troca de equivalentes. O direito subjetivo, a autonomia da vontade e tantos outros conceitos técnicos do direito moderno surgem como formas reflexas imediatas dessas relações fundamentais do capitalismo³⁰.

²⁶ NAVES, Márcio Bilharinho. Direito, circulação mercantil e luta social. *In*: ALVES, A. C., *et al.* **Direito, Sociedade e Economia: Leituras Marxistas**. Barueri: Manole, 2005, p. 27.

²⁷ SEVERO, Valdete Souto. **Elementos Para o Uso Transgressor do Direito do Trabalho: Compreendendo as Relações Sociais de Trabalho no Brasil e a Função do Direito Diante das Possibilidades de Superação da Forma Capital**. 2. ed. São Paulo: Escola Superior de Advocacia OAB SP, 2020, p. 44. *E-book*.

²⁸ MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao estudo do direito**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 5.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*.

Pelo exposto, pode-se afirmar que o direito moderno é capitalista, não somente pelo conteúdo de suas normas, mas também porque a sua forma jurídica equivale à forma mercantil. Nesse sentido, Alysson Mascaro aponta que “não é apenas o conteúdo das normas jurídicas que garante o capitalismo”, mas “é a própria forma jurídica que o faz”³¹.

E, em continuidade, salienta o autor:

A estrutura do capitalismo mercantil enseja as formas do direito, que então passam a possibilitar as próprias relações do capital. As normas e as atitudes dos juristas, muitas delas podem até mesmo se dirigir contra o capitalismo. A forma do direito não. Para as atividades mercantis, a estrutura jurídica lhe é um dado necessário e imediatamente correlato³².

Ademais, necessário frisar que, em sociedades capitalistas, a forma jurídica é sempre acompanhada de uma forma política específica, qual seja, o Estado. Tal instituição – que, nas palavras de Pachukanis, “é uma miragem, mas uma miragem totalmente conveniente para a burguesia”³³ – esconde o domínio daqueles que detêm o poder.

Há, no Estado, uma concentração do monopólio do poder, dos julgamentos, da legislação e da normatização político-social. O Estado surge como garantidor das condições para que as relações capitalistas se estabeleçam de forma plena e é, portanto, necessário às estruturas da sociedade capitalista³⁴.

Grijalbo Fernandes Coutinho aponta que

o Estado é a parte mais visível do sustentáculo político do regime burguês, tanto ao fazer uso da força repressiva para conter insatisfações da massa humana rebelada, quanto para engendrar fórmulas de dominação jurídica absoluta do capital sobre o trabalho³⁵.

³¹MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao estudo do direito**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 6.

³²*Ibidem*.

³³PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria geral do direito e marxismo**. Tradução: Paula Vaz de Almeida. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 148.

³⁴MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao estudo do direito**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 11.

³⁵COUTINHO, Grijalbo Fernandes. **Justiça política do capital: a desconstrução do direito do trabalho por meio de decisões judiciais**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 67.

Em um sistema capitalista, o Direito é a ferramenta principal do Estado para o cumprimento do seu interesse em preservar os mercados³⁶.

Tal preservação se faz necessária ao percebermos que a própria existência do Estado está condicionada à manutenção do modo de produção e da sociedade capitalista.

O Estado burguês, como o entendemos hoje, “é concebido no momento em que a organização do poder de um grupo e de uma classe inclui em seu escopo relações mercantis suficientemente abrangentes”³⁷.

Ademais, quanto ao condicionamento existencial do Estado perante a sociabilidade capitalista, afirma Alysson Mascaro:

Se o Estado é autônomo perante a dinâmica das relações sociais de indivíduos, grupos e classes sociais, tal autonomia é, pois, relativa, porque sua posição estrutural não é outra senão a de garante terceiro necessário às próprias relações capitalistas. O Estado é necessariamente capitalista pela sua forma. Ocorre que o poder estatal, ao se estabelecer enredado numa estrutura cuja reprodução é condição de sua existência, posiciona-se, no que tange à sua autonomia, para a manutenção das próprias condições estruturais que lhe dão base³⁸.

E prossegue o autor:

O Estado é capitalista na medida em que põe sempre em causa, estruturalmente, sua própria existência, e esta depende da sobrevivência de tipos de sociabilidade capitalistas. Suas instituições, seus aparatos de governo e administração, seus governantes e agentes administrativos se encontram necessariamente enredados em formas políticas atreladas à manutenção dos meios que realimentam a dinâmica de reprodução do capital³⁹.

Dessa forma, o Estado aparece na sociedade capitalista como um terceiro supostamente imparcial, uma “pessoa abstrata e geral”⁴⁰. E, na medida em que a sociedade representa um mercado, o Estado surge como vontade geral, vontade impessoal, de modo que, havendo legislação elaborada por tal instituição, “o poder

³⁶GRAU, Eros. Roberto. **Por que tenho medo dos juízes:** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 10. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

³⁷PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria geral do direito e marxismo.** Tradução: Paula Vaz de Almeida. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 141.

³⁸MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política.** São Paulo: Boitempo, 2013, p. 46.

³⁹*Ibidem*, p. 46-47.

⁴⁰PACHUKANIS, Opt. cit., p.146.

de uma pessoa sobre a outra é exercido como o poder do próprio direito, ou seja, como o poder de uma norma objetiva e imparcial”⁴¹.

Porém, sendo o Estado essencialmente capitalista, não há como se cogitar tal imparcialidade, uma vez que “a própria lógica estrutural do Estado atende à reprodução contínua das relações capitalistas”⁴².

Em tais circunstâncias, ou seja, em uma sociedade capitalista, no seio da qual o Estado é a forma política do capital e detém o monopólio da forma jurídica, isto é, o monopólio de dizer e fazer o direito, o Direito se faz ferramenta do Estado para a manutenção da ordem que lhe confere existência, de modo que a finalidade do Direito se caracteriza pela manutenção e preservação dos ideais liberais-individualistas burgueses.

Nesse sentido, em 1842, Karl Marx, ao escrever sobre a lei do furto de gravetos aprovada pela Dieta Renana, afirmou que

o interesse privado se considera o fim último do mundo. Portanto, se o direito não realizar esse fim último, é um direito contrário ao fim. Um direito desvantajoso para o interesse privado é, portanto, um direito de consequências desvantajosas⁴³.

Dessa forma, o Direito, enquanto ferramenta estatal, tem por fundamento de existência a preservação da ordem capitalista e do interesse privado, o que, por consequência lógica, leva à afirmação de que a Constituição é o instrumento nuclear de tal preservação.

2.2 Direito e Constituição no Brasil: colonialidade e dominação

Ocorre que, em um país como o Brasil, soma-se a este fato - o de que o Direito e, portanto, a Constituição são instrumentos de preservação da ordem capitalista – o desenvolver-se histórico-social brasileiro, pautado pela exploração do outro, pela violência étnica e de gênero, pelo patrimonialismo e, ainda hoje, pela

⁴¹PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria geral do direito e marxismo**. Tradução: Paula Vaz de Almeida. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 146.

⁴²MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013., p. 46.

⁴³MARX, Karl. **Os despossuídos**: debates sobre a lei referente ao furto de madeira. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 110.

herança permanente de uma racionalidade colonial, o que torna a percepção da dominação de uns sobre os outros ainda mais latente.

Ora, de fato, não há como se realizar qualquer análise da relação entre o social e o jurídico no Brasil, mesmo atualmente, sem que se atente à tenebrosa racionalidade colonial e aos seus resquícios, que, inegavelmente, constituem marca da sociedade brasileira.

Como afirma Lilia Schwarcz, a respeito do período colonial brasileiro, no qual o sistema escravocrata tornou-se a base da economia e da sociedade, tal sistema “transformou-se num modelo tão enraizado que acabou se convertendo numa linguagem, com graves consequências”⁴⁴. Cumpre referir, ademais, que a linguagem representa e simboliza as relações de poder intrínsecas ao contexto social no qual se constitui.⁴⁵

Da mesma forma que a linguagem, o Direito é fruto de relações de poder, mais especificamente, das relações de poder inerentes às relações de produção. Daí decorre que “a história do direito não pode ser contada desvinculada das relações sociais de produção”⁴⁶.

Exatamente por isso, para que se possa compreender o direito brasileiro e, mais detidamente, os direitos sociais, faz-se necessária a análise histórica e os efeitos da relação social de produção que por aqui imperou (e, sabe-se, insiste em ainda imperar), qual seja, a escravidão.

Nesse sentido, note-se que a ideia de que o trabalho é algo que se pode obrigar outro ser humano a realizar, presente ainda hoje, é oriunda da formação escravocrata da sociedade brasileira. O Brasil, afinal, é um país cuja fundação reside no trabalho forçado e na mercantilização de indivíduos⁴⁷.

A questão é relevante e, nessa linha, Jorge Luiz Souto Maior, fazendo referência a Roberto Pompeu de Toledo, aponta que um

⁴⁴SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 27.

⁴⁵CARBONI, Florence; MAESTRI, Mário. A linguagem escravizada: língua, história, poder e luta de classes. 3 ed.. São Paulo: Expressão Popular, 2012, p. 123, *apud* SEVERO, Valdete Souto. **Elementos Para o Uso Transgressor do Direito do Trabalho**: Compreendendo as Relações Sociais de Trabalho no Brasil e a Função do Direito Diante das Possibilidades de Superação da Forma Capital. 2. ed. São Paulo: Escola Superior de Advocacia OAB SP, 2020. *E-book*.

⁴⁶SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **História do direito do trabalho no Brasil**: curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, v. 1: parte II, 2017, p. 555.

⁴⁷TOLEDO, Roberto Pompeu de. À sombra da escravidão. **Revista Veja**, n. 1.444, 15 maio 1996. Disponível em: <<http://www.jornaldepoesia.jor.br/pompeu01.html>>. Acesso em: 6 nov. 2021.

aspecto relevante para a compreensão dessa formação cultural é o dado de que a história do Brasil ‘teve três séculos e meio de regime escravocrata, contra apenas um de trabalho livre’, gerando a concepção ‘de que o trabalho é algo que se obriga outro a fazer e pessoas humanas são mercadorias’, mas não uma mercadoria qualquer, uma mercadoria especial porque tão logo comete algum delito torna-se gente.⁴⁸

Em realidade, manteve-se no Brasil, entre os séculos XVI e XIX, “uma escandalosa injustiça amparada pela artimanha da legalidade” que “se espraiou por todo o país, entrando firme nos ‘costumes da terra’”, caracterizada pela “total falta de direito de alguns ante a imensa concentração de poderes nas mãos de outros”⁴⁹.

Para Achille Mbembe, tal sociedade era baseada em separação e ódio. Senão vejamos:

As sociedades coloniais eram entidades que o sentimento de piedade havia abandonado. Não se concebendo em nada como *sociedades de semelhantes*, eram, de direito e de fato, comunidades da separação e do ódio⁵⁰.

Tal realidade se consolida no contexto da “formação do modelo capitalista em nível internacional”⁵¹, no qual os portugueses, que detinham o monopólio da exploração de terras brasileiras, “vão se valer das circunstâncias encontradas para institucionalizar a escravidão moderna”⁵², ou seja, uma escravidão “racial, com fito de lucro em si, para outra finalidade lucrativa, a da exploração do trabalho do ser escravizado”⁵³.

Em consonância, aponta Valdete Souto Severo:

[...] a escravidão era uma forma de exploração mercantil, amoldada à realidade do capital e de extrema utilidade para a ‘função’ atribuída à colônia brasileira: produzir e fornecer riquezas. O comércio de escravos e a exploração dessa força de trabalho eram as principais atividades econômicas na época⁵⁴.

⁴⁸TOLEDO, Roberto Pompeo de. À sombra da escravidão. Revista Veja, edição de 15 maio 1996, p. 52, *apud* SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **História do direito do trabalho no Brasil**: curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, v. 1: parte II, 2017, p. 51.

⁴⁹SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 27.

⁵⁰MBEMBE, Achille. **Políticas da inimizade**. Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: N-1 edições, 2020, p. 129.

⁵¹SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **História do direito do trabalho no Brasil**: curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, v. 1: parte II, 2017, p. 31.

⁵²*Ibidem*, p. 32.

⁵³*Ibidem*.

⁵⁴SEVERO, Valdete Souto. **Elementos Para o Uso Transgressor do Direito do Trabalho**: Compreendendo as Relações Sociais de Trabalho no Brasil e a Função do Direito Diante das

Aliás, de acordo com Florestan Fernandes, no contexto colonial brasileiro, “o escravo não só constitui uma mercadoria; é a principal mercadoria de uma vasta rede de negócios”⁵⁵.

Ressalta-se que é nesse cenário de colonização em que surgem as ideias de hierarquia e superioridade de raças, as quais visavam “justificar, com o aval das teorias da época, o domínio ‘natural’ dos senhores brancos sobre as demais populações”⁵⁶. É nesse sentido que Aníbal Quijano afirma que “a ideia de raça, em seu sentido moderno, não tem história conhecida antes da América”⁵⁷.

Portanto, houve, no Brasil, a formação de novas identidades sociais, forjadas sob as novas relações sociais. Ocorre que, ao mesmo tempo, buscando justificar a dominação e a exploração, os dominantes (“colonizadores”) desenvolveram teorias de superioridade racial, as quais, por sua vez, acabaram por ser assimiladas e introduzidas nas novas identidades⁵⁸.

Nesse sentido, Anibal Quijano salienta que

a formação de relações sociais fundadas nessa ideia [de justificação da dominação de uns sobre outros, a partir de supostas diferenças fenotípicas], produziu na América identidades sociais historicamente novas⁵⁹.

E prossegue o autor:

E na medida em que as relações sociais que se estavam configurando eram relações de dominação, tais identidades foram associadas às hierarquias, lugares e papéis sociais correspondentes, com constitutivas delas, e, conseqüentemente, ao padrão de dominação de se impunha. Em outras

Possibilidades de Superação da Forma Capital. 2. ed. São Paulo: Escola Superior de Advocacia OAB SP, 2020, p. 41. *E-book*.

⁵⁵FERNANDES, Florestan. Sociologia crítica e militante. 2 ed. São Paulo: Expressão Popular, 2011, p. 365, *apud* SEVERO, Valdete Souto. **Elementos Para o Uso Transgressor do Direito do Trabalho**: Compreendendo as Relações Sociais de Trabalho no Brasil e a Função do Direito Diante das Possibilidades de Superação da Forma Capital. 2. ed. São Paulo: Escola Superior de Advocacia OAB SP, 2020, p. 48. *E-book*.

⁵⁶SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 30.

⁵⁷QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina. In: **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2005, p. 117. Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2021.

⁵⁸*Ibidem*.

⁵⁹*Ibidem*, p. 117.

palavras, raça e identidade racial foram estabelecidas como instrumentos de classificação social básica da população⁶⁰.

Eric Williams, citado por Jorge Luiz Souto Maior, aponta que a diferenciação racial entre os indivíduos facilitava a justificação e a racionalização da escravidão negra, descomplicando a exigência daquela “resignação e aquela completa sujeição moral e intelectual indispensáveis para a existência do trabalho escravo”⁶¹.

Assim, pode-se afirmar que “a ideia de raça foi uma maneira de outorgar legitimidade às relações de dominação impostas pela conquista”, passando a significar “uma nova maneira de legitimar as já antigas ideias e práticas de relações de superioridade/inferioridade entre dominantes e dominados”, de modo que “os povos conquistados e dominados foram postos numa situação natural de inferioridade”⁶².

Portanto, a “raça converteu-se no primeiro critério fundamental para a distribuição da população mundial nos níveis, lugares e papéis na estrutura de poder da nova sociedade”, isto é, “no modo básico de classificação social universal da população mundial”⁶³.

Dessa forma, “a escravidão se desenvolve a partir do sentimento de que o escravizado pertence a um povo inferior”⁶⁴. O racismo, ademais, exerce “um papel fundamental na internalização da ‘superioridade’ do colonizador pelos colonizados”⁶⁵, de modo que a violência assume sofisticados contornos, “chegando, às vezes, a não parecer violência, mas ‘verdadeira superioridade’”⁶⁶.

⁶⁰QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina. In: **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2005. Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_QUIjano.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2021.

⁶¹WILLIAMS, Eric. Capitalismo e escravidão. Tradução: Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 49-50, *apud* SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **História do direito do trabalho no Brasil: curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, v. 1: parte II, 2017, p. 36.

⁶²QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina. In: **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2005, p. 118. Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_QUIjano.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2021.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **História do direito do trabalho no Brasil: curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, v. 1: parte II, 2017, p. 50.

⁶⁵GONZALEZ, Lélia. A categoria político-cultural de amefricanidade. In: **Tempo Brasileiro**, Rio de Janeiro, jan.-jun. 1988, p. 72.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 71.

A respeito de tal violência e tal internalização, Achille Mbembe afirma que “o ato racista consistia em uma declaração arbitrária e originária de superioridade – superioridade destinada a consagrar a soberania de um grupo”⁶⁷ – e que, além disso:

A crueldade era tanto mais ordinária e o cinismo tanto mais agressivo e aviltante porque as relações de inimizade tinham sido quase irrevogavelmente internalizadas⁶⁸.

Evidentemente, enquanto se formavam, “as novas identidades históricas produzidas sobre a ideia de raça foram associadas à natureza dos papéis e lugares na nova estrutura global de controle do trabalho”⁶⁹. Dessa forma, as divisões entre raças e divisões de trabalho associaram-se de forma estrutural⁷⁰. Concretamente, “impôs-se uma sistemática divisão racial do trabalho”⁷¹, uma “distribuição racista do trabalho no interior do capitalismo colonial/moderno”, a qual “manteve-se ao longo de todo o período colonial”⁷².

Frisa-se que a justificativa racial para a dominação e exploração se deu através da despersonalização⁷³ generalizada do indivíduo escravizado. Nesse sentido, afirma Jorge Luiz Souto Maior:

⁶⁷MBEMBE, Achille. **Políticas da inimizade**. Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: N-1 edições, 2020, p. 130.

⁶⁸*Ibidem*, p. 129-130.

⁶⁹QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina. In: **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2005, p. 118. Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_QUIjano.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2021.

⁷⁰*Ibidem*.

⁷¹*Ibidem*, p. 118.

⁷²*Ibidem*, p. 119.

⁷³Importante frisar que, para Aníbal Quijano, tal processo de despersonalização ou desconsideração/desvalorização da personalidade se dá em decorrência da transformação da racionalidade ocorrida através da filosofia de René Descartes. Segundo QUIJANO, “com Descartes, o que sucede é a mutação da antiga abordagem dualista sobre o ‘corpo’ e o ‘não-corpo’. O que era uma co-presença permanente de ambos os elementos em cada etapa do ser humano, em Descartes se converte numa radical separação entre ‘razão/sujeito’ e ‘corpo’”. Há uma nova ideia para o que antes era entendido como “alma”, o que passa a ser entendido como “a ‘razão/sujeito’, a única entidade capaz de conhecimento ‘racional’, em relação à qual o ‘corpo’ é e não pode ser outra coisa além de ‘objeto’ de conhecimento”. Desse modo, “o ser humano é, por excelência, um ser dotado de ‘razão’, e esse dom se concebe como localizado exclusivamente na alma”. Portanto, “o ‘corpo’, por definição incapaz de raciocinar, não tem nada a ver com a razão/sujeito. [...] Sem essa ‘objetivização’ do ‘corpo’ como ‘natureza’, de sua expulsão do âmbito do ‘espírito’, dificilmente teria sido possível tentar a teorização ‘científica’ do problema da raça”. Ou seja, “certas raças são condenadas como ‘inferiores’ por não serem sujeitos ‘racionais’. São objetos de estudo, ‘corpo’ em consequência, mais próximos da natureza. Em certo sentido, isto os converte em domináveis e exploráveis”. E, a respeito das relações sexuais de dominação, afirma o autor que “esse novo e radical dualismo não afetou somente as relações raciais de dominação, mas também a mais antiga, as relações sexuais de dominação. Daí

O escravo chegava ao Brasil como coisa comercializada, dado típico da escravidão moderna. A escravidão da era moderna, de natureza racial e conteúdo mercantil, foi, talvez, ainda mais repugnante, pois institucionalizada com o fito de lucro. A compra e venda de escravos era, em si, uma atividade lucrativa. Assim, para a lógica escravista, mais que pessoas inferiores, os escravos africanos eram autênticas coisas.

[...]

Uma vez adquirido, o escravo era de fato e de direito uma mercadoria, uma coisa, um bem com relevante valor comercial, dada a sua liquidez.

[...]

Juridicamente falando, o escravo negro africano era uma coisa⁷⁴.

Para Lélia Gonzales, a naturalidade concedida à exploração socioeconômica dos negros escravizados se deve à hierarquia racial e cultural estabelecida através do racismo, uma vez oposta a suposta superioridade branca à (também suposta) inferioridade negroafricana. Segundo a autora, a concepção de que, de um lado, há a razão branca e, do outro, a emoção negra, dada sua “natureza sub-humana”, constitui a base para a naturalização do processo de exploração institucionalizada⁷⁵.

É importante ressaltar que a consideração do indivíduo escravizado como mercadoria se deu com a finalidade de “produzir mercadorias para o mercado mundial e, desse modo, para servir aos propósitos e necessidades do capitalismo”⁷⁶.

Diferentemente daquele trabalhador a quem o capitalismo concedeu a condição de *sujeito de direito* – embora tal concessão tenha se dado somente com a finalidade de otimizar e manter a reprodução da lógica capitalista -, os “cidadãos

em diante, o lugar das mulheres, muito em especial o das mulheres das raças inferiores, ficou estereotipado junto com o resto dos corpos, e quanto mais inferiores fossem suas raças, mais perto da natureza ou diretamente, como no caso das escravas negras, dentro da natureza”.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina. In: **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2005, p. 119. Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_QUIjano.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2021.

⁷⁴SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **História do direito do trabalho no Brasil: curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, v. 1: parte II, 2017, p. 41-42.

⁷⁵GONZALEZ, Lélia. A categoria político-cultural de amefricanidade. In: **Tempo Brasileiro**, Rio de Janeiro, jan.-jun. 1988, p. 69-82.

⁷⁶QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina. In: **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2005, p. 126. Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_QUIjano.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2021.

negros, na base da luta e da conquista de espaços, vão se transformando, [ainda hoje], em sujeitos de direito”⁷⁷.

Nesse sentido, Valdete Souto Severo aponta que “a luta de classes se constitui no Brasil, portanto, inicialmente, como a luta da ‘mercadoria-escravo’ para tornar-se *sujeito*”⁷⁸.

Desse modo, o processo histórico de construção do Brasil moderno, embora tenha havido uma visível importação do Estado liberal, se deu “sob a perspectiva de ser colônia, fundada na exploração escravagista”⁷⁹. A escravidão e, portanto, a perspectiva colonial constituem as bases de formação da sociedade capitalista brasileira. Nesse sentido, Jorge Luiz Souto Maior salienta:

O que se tem, portanto, na base da formação do capitalismo brasileiro é a cultura escravista, reforçada por um liberalismo de conveniência, tudo isso em um momento histórico que, nos países centrais do capitalismo, já se adentrava no período de contestação do liberalismo e do próprio capitalismo⁸⁰.

Assim, afirma Valdete Souto Severo:

No Brasil, as ideias acerca da função de um Estado capitalista não são criadas na realidade das transformações econômicas, mas importadas como uma espécie de ‘pacote’ a ser aplicado com vista a *naturalizar* a lógica de trocas que já prevalecia durante o período colonial, em que nossa economia sustentava-se na produção rural e na mercantilização do escravo⁸¹.

Portanto, há, na formação do capitalismo brasileiro, uma “racionalidade supressiva da condição humana”⁸², o que advém do fato de que “o humano para o sistema capitalista é medido em conformidade com as possibilidades econômicas”⁸³. Tais possibilidades econômicas, por sua vez, são sempre ligadas à preservação das

⁷⁷SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 38.

⁷⁸SEVERO, Valdete Souto. **Elementos Para o Uso Transgressor do Direito do Trabalho: Compreendendo as Relações Sociais de Trabalho no Brasil e a Função do Direito Diante das Possibilidades de Superação da Forma Capital**. 2. ed. São Paulo: Escola Superior de Advocacia OAB SP, 2020, p. 53. *E-book*.

⁷⁹*Ibidem*, p. 47.

⁸⁰SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **História do direito do trabalho no Brasil: curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, v. 1: parte II, 2017, p. 124.

⁸¹SEVERO, Opt. cit., p. 47.

⁸²SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **História do direito do trabalho no Brasil: curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, v. 1: parte II, 2017, p. 54.

⁸³*Ibidem*, p. 55.

desigualdades sociais, uma vez que, como se sabe, “não há riqueza e *status*, que são as promessas do capitalismo para os ‘vencedores’, sem pobreza e sem uma classe submissa, como, de resto, não há vencedores sem perdedores”⁸⁴.

Não houve, aliás, a superação das lógicas econômicas fundantes da escravidão, utilizando-se, ainda hoje, muitos argumentos que então eram utilizados como justificativas para as desigualdades⁸⁵.

A forma como se deu o processo de abolição da escravatura tem relevante papel para que a racionalidade e a lógica capitalista-escravocrata tenham se mantido até os dias atuais.

Nesse sentido, afirma Valdete Souto Severo que

a abolição da escravatura não apagou as marcas da sujeição, nem alterou de forma radical o modo como as relações entre trabalho e capital já ocorriam. [...] Os trabalhadores ‘livres’, imigrantes, alforriados, ex-escravos, tinham de lidar com uma cultura escravagista que tornava o assujeitamento do trabalho pelo capital algo natural⁸⁶.

A escravidão, portanto, persiste, uma vez que “a abolição, juridicamente considerada, não alterou as bases materiais de sua existência”⁸⁷. Hoje, as formas de exploração do trabalho no sistema capitalista podem até ser mais amenas, “mas não há uma ruptura de um período a outro, sendo essa, exatamente, a razão pela qual a lógica escravista, que é, intimamente, a lógica capitalista, se mantém”⁸⁸. Ademais, a partir da abolição, “o que houve foi a acomodação da ideia de sociedade do capital sob a forma de uma estrutura patriarcal rural e escravista”⁸⁹.

Obviamente, são notáveis os reflexos culturais da cultura escravagista, para a qual a naturalidade se dá na manutenção das desigualdades sociais entre as pessoas⁹⁰.

⁸⁴SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **História do direito do trabalho no Brasil**: curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, v. 1: parte II, 2017, p. 55.

⁸⁵*Ibidem*, p. 54.

⁸⁶SEVERO, Valdete Souto. **Elementos Para o Uso Transgressor do Direito do Trabalho**: Compreendendo as Relações Sociais de Trabalho no Brasil e a Função do Direito Diante das Possibilidades de Superação da Forma Capital. 2. ed. São Paulo: Escola Superior de Advocacia OAB SP, 2020, p. 52. *E-book*.

⁸⁷SOUTO MAIOR, Opt. cit., p. 54.

⁸⁸*Ibidem*.

⁸⁹SEVERO, Valdete Souto. **Elementos Para o Uso Transgressor do Direito do Trabalho**: Compreendendo as Relações Sociais de Trabalho no Brasil e a Função do Direito Diante das Possibilidades de Superação da Forma Capital. 2. ed. São Paulo: Escola Superior de Advocacia OAB SP, 2020, p. 52-53. *E-book*.

⁹⁰SOUTO MAIOR, Opt. cit.

De fato, “o sistema acabou tarde e de maneira conservadora”⁹¹ e, além disso, o processo emancipatório não foi concluído, muito em decorrência da forma como a abolição se deu, tendo em vista que não houve qualquer caráter revolucionário, sendo algo mais próximo de “uma conciliação, visualizando, sobretudo, atender, na sua formulação teórica, os pressupostos liberais, pautados exclusivamente, pelo interesse da classe dominante”⁹².

Desse modo, mesmo após a abolição, manteve-se uma cultura que tem uma inerente conotação racial e que, sobretudo, “interfere, genericamente, na valorização do trabalho”⁹³. Uma concepção cultural para a qual aquele trabalhador, que recentemente era escravo, “já tem muito se lhe é conferido o trabalho livre, mesmo que em favor da liberdade lhe seja retirada a dignidade”⁹⁴.

A escravidão tem um legado inegável. A escravidão nos deixou uma sociedade autoritária, “acostumada com hierarquias de mando [...] e que lida muito mal com a ideia da igualdade na divisão de deveres mas dos direitos também”⁹⁵.

Para Jorge Luiz Souto Maior, o legado da escravidão é o da insensibilidade, “uma espécie de descompromisso com a sorte das pessoas que se situem fora das classes mais favorecidas”⁹⁶.

De fato, como leciona Anibal Quijano, a dominação é requisito para a exploração e, por sua vez, a raça é o mais eficaz dos instrumentos de dominação, servindo como meio de classificação social⁹⁷. Segundo o autor, fato é que as classes sociais, no Brasil e na América Latina, “têm cor”. Ou seja,

a classificação das pessoas não se realiza somente num âmbito do poder, a economia, por exemplo, mas em todos e em cada um dos âmbitos. A dominação é o requisito da exploração, e a raça é o mais eficaz instrumento

⁹¹SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 29-30.

⁹²SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **História do direito do trabalho no Brasil**: curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, v. 1: parte II, 2017, p. 55.

⁹³*Ibidem*, p. 75.

⁹⁴*Ibidem*, p. 53.

⁹⁵SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 35.

⁹⁶SOUTO MAIOR, Opt. cit., p. 53.

⁹⁷QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina. In: **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2005. Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2021.

de dominação que, associado à exploração, serve como o classificador universal no atual padrão mundial de poder capitalista⁹⁸.

Ora, são sensíveis os efeitos da racionalidade colonial em nossa sociedade, sendo possível afirmar que “a descolonização da sociedade é a pressuposição e ponto de partida”⁹⁹ para os avanços sociais.

Portanto, tem-se que o Estado brasileiro é uma estrutura de poder enraizada nessa cultura colonial, patrimonialista e de formação escravagista. Afinal, “toda a estrutura de poder é sempre, parcial ou totalmente, a imposição de alguns, frequentemente certo grupo, sobre os demais”¹⁰⁰.

Assim, o Direito do Trabalho, por ser o ramo do Direito cuja essência mais dialoga com as origens da racionalidade capitalista brasileira (ou seja, da racionalidade escravagista), enfrentando-as, preocupando-se com os desfavorecidos, juntamente com os Direitos Sociais, é o ramo que mais ataques sofre por parte das classes dominantes.¹⁰¹

2.3 Os direitos sociais e a Constituição de 1988: um novo discurso para o direito?

O direito, instrumento do Estado burguês, existe para a preservação da ordem capitalista, de modo que a Constituição se torna o maior dos instrumentos de tal preservação.

Tal afirmação pode parecer desassociada da realidade quando se analisa a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tendo em vista os inegáveis avanços concernentes às questões sociais que do texto constitucional emanam, com destaque para as previsões referentes ao Direito do Trabalho.

De fato, a Constituição de 1988, embora dotada de “certo perfil republicano liberal, analítico e monocultural, foi a mais avançada, relativamente a qualquer outro

⁹⁸QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina. In: **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2005, p. 138. Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2021.

⁹⁹*Ibidem*.

¹⁰⁰*Ibidem*, p. 130.

¹⁰¹SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **História do direito do trabalho no Brasil: curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, v. 1: parte II, 2017, p. 53.

momento da história brasileira”¹⁰². Houve clara ampliação da “gama de direitos fundamentais (e suas garantias)”¹⁰³, bem como foram inauguradas “amplas perspectivas pluralistas em seus diferentes campos de ação, como o religioso, filosófico, político e cultural”¹⁰⁴.

Com efeito, quando se observa o histórico brasileiro, percebe-se que os avanços consignados no texto constitucional de 1988 configuram algo muito diverso de tudo o que havia sido juridicamente produzido no país até então. Como salienta Jorge Luiz Souto Maior,

até aquele instante, haviam decorrido 388 anos de escravidão; 41 anos de oligarquia cafeeira liberal/escravista (1889-1930); 5 anos de democracia a serviço de um projeto de construção forçada de um mercado de trabalho (1930-1935); 10 anos de ditadura/corporativista voltada à mesma finalidade, sempre, tentando suprimir a luta de classes, promovendo a opressão dos trabalhadores (1935-1945); 4 anos de ditadura disfarçada com a continuidade do projeto, com ares liberais (1945-1950); 13 anos de uma experiência de oxigenação da organização da classe trabalhadora e esperança de institucionalização do Estado Social (1950-1963), que, no entanto, rendeu 21 anos de ditadura-civil-empresarial-militar, estabelecida para conter os avanços sociais da década de 50 e até para impor perdas aos trabalhadores (1964-1985) e 3 anos de redemocratização a partir de um pacto de constitucionalidade (1985-1988), que já se demonstrava ineficaz¹⁰⁵

Até então, o constitucionalismo brasileiro era marcado por uma tradição que buscou, desde os primórdios, “formalizar a realidade oficializada da nação, adequando-a a textos político-jurídicos estanques, plenos de ideais e princípios meramente programáticos”¹⁰⁶. Nota-se que os textos constitucionais brasileiros anteriores, recheados de abstrações, além de abafarem manifestações coletivas, jamais foram reflexo das aspirações e das necessidades da maioria da sociedade.¹⁰⁷

A respeito do Brasil, Lenio Streck e Jose Luis Bolzan de Moraes apontam:

¹⁰²WOLKMER, A. C. **Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina**. In: IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDConst. Anais eletrônicos Curitiba, PR: ABDConst. 2011. p. 143-155, p. 151. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/anaiscompletos.pdf>>. Acesso em: 6 nov. 2021.

¹⁰³*Ibidem*.

¹⁰⁴*Ibidem*.

¹⁰⁵SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **História do direito do trabalho no Brasil**: curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, v. 1: parte II, 2017, p. 359.

¹⁰⁶WOLKMER, A. C. **Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina**. In: IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDConst. Anais eletrônicos Curitiba, PR: ABDConst. 2011. p. 143-155, p. 151. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/anaiscompletos.pdf>>. Acesso em: 6 nov. 2021.

¹⁰⁷WOLKMER, A. C. **Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina**. In: IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDConst. Anais eletrônicos Curitiba, PR: ABDConst. 2011. p. 143-155. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/anaiscompletos.pdf>>. Acesso em: 6 nov. 2021.

Historicamente, cada vez que o país se vê na necessidade de mudanças, fruto de pressão popular e/ou da conjuntura social, econômica e política, produzem-se alianças conservadoras, visando à conservação do poder. A consequência de tais 'acordos' [...] foi a intocabilidade da estrutura de dominação.¹⁰⁸

Portanto, diferente de tudo o que a antecedeu, a Constituição promulgada em 1988 se apresentou como “resultado de um amplo processo de discussão oportunizado com a redemocratização do País após mais de vinte anos de ditadura militar.”¹⁰⁹

Nesse sentido, quanto à relação entre os direitos fundamentais expressos no texto constitucional e o período histórico que antecedeu o processo constituinte, Ingo Wolfgang Sarlet assinala que:

Outro aspecto de fundamental importância no que concerne aos direitos fundamentais em nossa Carta Magna diz respeito ao fato de ela ter sido precedida de período marcado por forte dose de autoritarismo que caracterizou [...] a ditadura militar que vigorou no país por 21 anos. A relevância atribuída aos direitos fundamentais, o reforço de seu regime jurídico e até mesmo a configuração do seu conteúdo são frutos da reação do Constituinte, e das forças sociais e políticas nele representadas, ao regime de restrição e até mesmo de aniquilação de liberdades fundamentais. Também nesse aspecto é possível traçar um paralelo entre a nossa Constituição Federal de 1988 e diversas Constituições do segundo Pós-Guerra¹¹⁰.

Além disso, é notório que a Assembleia Constituinte, presidida por Ulysses Guimarães, “foi posta diante de grandes desafios, sendo certo que os trabalhadores se apresentavam como classe social em evidência, cujos interesses não podiam ser desconsiderados”¹¹¹.

Ademais, segundo Souto Maior, não havia, na época, “quem se opusesse à ampliação formal das garantias dos trabalhadores”, uma vez que “a resistência se dava unicamente acerca dos limites dessa ampliação”¹¹². Tal consentimento se deve ao fato de que a Constituição não é apenas causa e efeito de processos políticos,

¹⁰⁸STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, J. L. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2019, p. 86.

¹⁰⁹SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 64.

¹¹⁰*Ibidem*, p. 67.

¹¹¹SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **História do direito do trabalho no Brasil**: curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, v. 1: parte II, 2017, p. 354.

¹¹²*Ibidem*.

mas, também, resultado de “correlações de forças e de lutas sociais em um dado momento histórico do desenvolvimento da sociedade.”¹¹³

Como resultado do momento histórico em que o Brasil se encontrava no final da década de oitenta, construiu-se uma “Constituição que avançou bastante em valores sociais, mesmo que em alguns aspectos pudesse ter avançado muito mais.”¹¹⁴

Destaca-se, à primeira vista, o avanço inerente ao Título dos Princípios Fundamentais, qual seja, o fato de serem expressamente asseguradas a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, vide incisos II, III e IV do artigo 1º da Constituição Federal de 1988.¹¹⁵

Ademais, no que tange aos objetivos fundamentais da República, expressos no texto do artigo 3º da Constituição, avançou-se ao definir como objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I), bem como a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais (inciso III).¹¹⁶

No entanto, como salienta Jorge Luiz Souto Maior, embora não tenha o feito a partir de um prisma unicamente liberal, “é inegável que a Constituição brasileira preservou as bases do modelo capitalista: direito de propriedade, livre-iniciativa e direitos individuais.”¹¹⁷

É o que se nota do texto do artigo 170 da Constituição, que versa sobre a ordem econômica nacional, definindo como fundamentos de tal ordem a valorização do trabalho humano e a livre-iniciativa, além de expressamente definir como finalidade da ordem econômica a existência digna de todos, tendo em vista os postulados da justiça social, observando-se os princípios da função social da

¹¹³WOLKMER, A. C. **Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina**. In: IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDConst. Anais eletrônicos Curitiba, PR: ABDConst. 2011. p. 143-155, p. 143. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/anaiscompletos.pdf>>. Acesso em: 6 nov. 2021.

¹¹⁴SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **História do direito do trabalho no Brasil**: curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, v. 1: parte II, 2017, p. 355.

¹¹⁵BRASIL. [Constituição (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm>. Acesso em: 8 nov. 2021.

¹¹⁶*ibidem*.

¹¹⁷SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **História do direito do trabalho no Brasil**: curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, v. 1: parte II, 2017, p. 355.

propriedade, da redução das desigualdades e da busca do pleno emprego, dentre outros.¹¹⁸

Nesse sentido, salienta Valdete Souto Severo que os avanços contidos no texto constitucional impuseram limites a institutos tipicamente liberais, de modo que

a propriedade privada só se sustenta se atender a uma função social e a livre iniciativa não está albergada no texto constitucional senão sob a fórmula: 'valores sociais da livre iniciativa'. A relação de emprego e a própria ordem econômica devem atender aos 'ditames da justiça social' e à premissa de constante 'melhoria da condição social do trabalhador'¹¹⁹.

Desse modo, tendo em vista a relevância dada aos direitos trabalhistas, bem como a inserção dos mesmos no capítulo referente aos direitos fundamentais, seria possível cogitar que, "com o advento da Constituição de 1988 poderia ter se iniciado um momento virtuoso para a classe trabalhadora no Brasil, ao menos no que se refere à ampliação e à efetivação de direitos."¹²⁰

Porém, necessário observar o que salienta Souto Maior, no sentido de que a Constituição de 1988 contém, de certa forma, uma história própria, "deslocada do percurso da história do Brasil no que se refere à formulação cultural perante os direitos trabalhistas e a posição social historicamente conferida à classe trabalhadora."¹²¹

Para Souto Maior, "do ponto de vista da eficácia concreta, os direitos trabalhistas no Brasil sempre deixaram muito a desejar, devendo se evitar, portanto, uma leitura muito otimista da história para a classe trabalhadora no Brasil."¹²²

E prossegue o autor:

A visualização otimista levaria a concluir que a Constituição de 1988 foi uma vitória definitiva da classe trabalhadora, em termos de consagração de direitos, assim como no que se refere à admissão de sua participação democrática no cenário político. Nada disso se deu, concretamente, no entanto, tanto que, [...], tão logo a Constituição foi promulgada diversas

¹¹⁸BRASIL. [Constituição (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 8 nov. 2021.

¹¹⁹SEVERO, Valdete Souto. **Elementos Para o Uso Transgressor do Direito do Trabalho: Compreendendo as Relações Sociais de Trabalho no Brasil e a Função do Direito Diante das Possibilidades de Superação da Forma Capital**. 2. ed. São Paulo: Escola Superior de Advocacia OAB SP, 2020, p. 76. *E-book*.

¹²⁰SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **História do direito do trabalho no Brasil: curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, v. 1: parte II, 2017, p. 358.

¹²¹*ibidem*.

¹²²*ibidem*.

forças reacionárias, ligadas à visão de mundo da classe dominante, se uniram para desdizer a Constituição¹²³.

Portanto, tendo-se em vista o histórico brasileiro, no qual à racionalidade do capital soma-se anos de escravismo e de fascismo, percebe-se que, com a Constituição de 1988, há uma alteração na forma do discurso – alteração que ocorre “apenas e na medida em que serve às necessidades de reprodução do capital” -, mas não na aplicação de seu conteúdo¹²⁴, ou seja, não há a consagração concreta dos direitos então garantidos.

Ora, ao longo do século XX, evidenciou-se que o Direito e o Estado, enquanto formas política e jurídica do capital, possuem enorme facilidade para se adaptar aos anseios do mercado.¹²⁵ E ao voltar a atenção para o Brasil, essa adaptação mimética torna-se ainda mais clara.

Senão, vejamos o que salienta Valdete Souto Severo:

No Brasil, esse efeito camaleão da sociedade do capital é muito nítido: a escravidão, o fascismo de Vargas, a ditadura militar ou os interregnos de pseudodemocracia estão todos eles, implicados num mesmo núcleo político-ideológico, cuja força motriz é a constante reprodução do capital¹²⁶.

De todo o modo, é inegável que, com a Constituição de 1988, a alteração no discurso estatal se dá a fim de evidenciar os direitos sociais, mais especificamente os de caráter trabalhista. Passa a haver, então, “a exigência de uma intervenção estatal específica”, a qual, conseqüentemente, implica na “alteração na concepção de Estado e de Direito.”¹²⁷

A Constituição de 1988, tendo em vista seus princípios fundamentais e a consagração, em fins jurídicos, de fins sociais e econômicos, tem forte caráter transformador da realidade social brasileira¹²⁸. Além disso, assume que (e parte do pressuposto de que) o Brasil não vivenciou a etapa do Estado Social, de modo que,

¹²³SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **História do direito do trabalho no Brasil**: curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, v. 1: parte II, 2017, p. 358.

¹²⁴SEVERO, Valdete Souto. **Elementos Para o Uso Transgressor do Direito do Trabalho**: Compreendendo as Relações Sociais de Trabalho no Brasil e a Função do Direito Diante das Possibilidades de Superação da Forma Capital. 2. ed. São Paulo: Escola Superior de Advocacia OAB SP, 2020, p. 66. *E-book*.

¹²⁵*Ibidem*.

¹²⁶*Ibidem*.

¹²⁷*Ibidem*, p. 73.

¹²⁸STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, J. L. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2019.

exatamente por isso, o texto constitucional tem forte caráter dirigente e compromissório.¹²⁹

Nesse sentido, tem-se que

[...] a Constituição do Brasil não é um mero 'instrumento de governo', enunciador de competências e regulador de processos, mas, além disso, enuncia diretrizes, fins e programas a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Não compreende tão somente um 'estatuto jurídico do político', mas um 'plano global normativo' da sociedade e, por isso mesmo do Estado brasileiro¹³⁰.

Ora, o Estado de Direito, como se sabe, pode apresentar-se de diferentes formas.

Em um primeiro momento, o Estado de Direito surge como Estado Liberal de Direito, de modo que “o conceito de Estado de Direito emerge aliado ao conteúdo próprio do liberalismo”¹³¹. Ou seja, “como contraposição ao modelo absolutista, o modelo liberal se formaliza como Estado de Direito”¹³², sustentando “juridicamente o conteúdo próprio do liberalismo, referendando a limitação da ação estatal e tendo a lei como ordem geral e abstrata.”¹³³

Em síntese, o modelo liberal de Estado,

desde suas origens, significou a limitação do poder e o estabelecimento de garantias próprias aos indivíduos, ao lado de uma mecânica econômica assentada na liberdade contratual e no livre desenvolvimento do mercado.¹³⁴

Ocorre que, após a Segunda Guerra Mundial, bem como em decorrência das crises da primeira metade do século XX, “em razão da luta de classes e como estratégia capitalista capaz de oferecer estabilidade e frear a expansão do socialismo por suas fronteiras”¹³⁵, os países capitalistas dão “maior ênfase na construção do paradigma do Estado Social de Direito.”¹³⁶

¹²⁹STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, J. L. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2019.

¹³⁰*Ibidem*, p. 107.

¹³¹*Ibidem*, p. 95.

¹³²*Ibidem*, p. 100.

¹³³*Ibidem*.

¹³⁴*Ibidem*, p. 102.

¹³⁵DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 47.

¹³⁶*Ibidem*.

Assim, muito embora o conteúdo próprio do Estado de Direito sustente-se sob os pilares do individual-liberalismo, as circunstâncias históricas tornaram necessária “sua revisão frente à própria disfunção ou desenvolvimento do modelo clássico do liberalismo.”¹³⁷

Pode-se dizer, então, que

A adjetivação pelo social pretende a correção do individualismo liberal por intermédio de garantias coletivas. Corrige-se o liberalismo clássico pela reunião do capitalismo com a busca do bem-estar social, fórmula geradora do *welfare state* neocapitalista no pós-Segunda Guerra Mundial.¹³⁸

Em outras palavras, através do Estado Social de Direito, “projeta-se um modelo no qual o bem-estar e o desenvolvimento social pautam as ações do ente público.”¹³⁹

Uma vez configurado como Estado Social de Direito, acrescenta-se à ordem jurídica liberal certo conteúdo social, de modo que o Estado, além de limitado pela legalidade, passa a promover determinadas ações sociais definidas pela juridicidade.¹⁴⁰

Frisa-se, além disso, que, seja Liberal, seja Social, o Estado molda-se de tal forma que sua finalidade será sempre a manutenção da ordem do capital, isto é, “o fim ultimado é a adaptação à ordem estabelecida.”¹⁴¹

O Estado Democrático de Direito, finalmente, “foi a instituição política inventada nas sociedades capitalistas para compatibilizar as promessas da Modernidade com o desenvolvimento capitalista.”¹⁴²

Mantém-se a vinculação do Estado ao conteúdo da legalidade, através do qual busca-se a realização de ações estatais que impliquem em uma alteração da situação social. O Estado Democrático de Direito, teoricamente, “tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência.”¹⁴³

Segundo Lenio Streck e Jose Luis Bolzan de Moraes,

¹³⁷STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, J. L. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2019, p. 96.

¹³⁸*Ibidem*, p. 97.

¹³⁹*Ibidem*.

¹⁴⁰*Ibidem*.

¹⁴¹*Ibidem*, p. 101.

¹⁴²*Ibidem*, p. 82.

¹⁴³*Ibidem*, p. 98.

o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade, apropriando-se do caráter incerto da democracia para veicular uma perspectiva de futuro voltada à produção de uma nova sociedade, na qual a questão da democracia contém e implica, necessariamente, a solução do problema das condições materiais de existência.¹⁴⁴

Assim, com o Estado Democrático de Direito, “a atuação do Estado começa a ter um conteúdo de transformação do *status quo*”¹⁴⁵, de modo que a lei se torna instrumento de transformação, incorporando “um papel simbólico prospectivo de manutenção do espaço vital da humanidade.”¹⁴⁶ O Estado se torna, em teoria, transformador das relações da comunidade.

Ainda, é característica do Estado Democrático de Direito a limitação e a fundamentação do poder do Estado através de uma constituição, a qual declara, “no centro de sua normatividade jurídica, os direitos fundamentais do ser humano.”¹⁴⁷

Em síntese, assinala Gabriela Neves Delgado que:

Sob o prisma da história política, social, cultural e econômica, pode-se afirmar que o Estado Democrático de Direito consubstancia o marco contemporâneo do constitucionalismo, sendo considerado o mais evoluído na dinâmica dos Direitos Humanos, por fundar-se em critérios de pluralidade e de reconhecimento universal de direitos.¹⁴⁸

Ademais, os direitos fundamentais, cuja história está necessariamente relacionada à história dos direitos trabalhistas¹⁴⁹, nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, “podem ser considerados, nesse sentido, *conditio sine qua non* do Estado constitucional democrático.”¹⁵⁰

¹⁴⁴STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, J. L. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2019, p. 98.

¹⁴⁵*Ibidem*, p. 105.

¹⁴⁶*Ibidem*.

¹⁴⁷DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 41.

¹⁴⁸DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 48.

¹⁴⁹SEVERO, Valdete Souto. **Elementos Para o Uso Transgressor do Direito do Trabalho: Compreendendo as Relações Sociais de Trabalho no Brasil e a Função do Direito Diante das Possibilidades de Superação da Forma Capital**. 2. ed. São Paulo: Escola Superior de Advocacia OAB SP, 2020. *E-book*.

¹⁵⁰SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 60.

Ou seja, mais do que uma continuidade, o Estado Democrático de Direito configura uma ruptura, uma vez que, expressamente, sustenta, “a partir dos textos constitucionais diretivos e compromissórios, as condições de possibilidade para a transformação da realidade.”¹⁵¹

Além disso, uma vez que se concede destaque e relevância aos direitos humanos fundamentais, modifica-se a racionalidade política, através da qual se deve pensar a regulação das relações sociais, alterando-se o Estado em sua própria razão de ser.¹⁵²

Com efeito, ressalta-se que, alterando-se a função do Estado, “também o Direito, como forma jurídica que lhe corresponde, adquire nova finalidade: intervir na vontade individual para promover garantias sociais.”¹⁵³ Saliente-se que “o primeiro âmbito da autonomia pessoal em que se identifica essa necessidade de intervenção é justamente o da relação social de trabalho”¹⁵⁴, de modo que se pode dizer que o campo do Direito do Trabalho é o campo “que inaugura um discurso jurídico fundado na noção de dignidade da pessoa humana, sob a perspectiva da solidariedade, impondo a observância de deveres de conduta.”¹⁵⁵

Desse modo, o Estado, através do Direito, assume tais deveres, abandonando sua posição oposta aos direitos fundamentais, passando a portar-se como “guardião desses direitos”.¹⁵⁶

Porém, evidentemente, tal alteração na razão de ser do Estado e, conseqüentemente, do Direito, não significa uma “ruptura com o compromisso visceral do Estado, enquanto forma política do capital.”¹⁵⁷

Nesse sentido, Valdete Souto Severo, fazendo referência a Avelãs Nunes, salienta que a alteração na razão de ser do Estado “é bem mais uma solução de compromisso do capital, que aceita a inserção de princípios a ele contrários,

¹⁵¹STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, J. L. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2019, p. 105.

¹⁵²SEVERO, Valdete Souto. **Elementos Para o Uso Transgressor do Direito do Trabalho: Compreendendo as Relações Sociais de Trabalho no Brasil e a Função do Direito Diante das Possibilidades de Superação da Forma Capital**. 2. ed. São Paulo: Escola Superior de Advocacia OAB SP, 2020. *E-book*.

¹⁵³*Ibidem*, p. 73.

¹⁵⁴*Ibidem*, p. 74.

¹⁵⁵*Ibidem*.

¹⁵⁶*Ibidem*, p. 73.

¹⁵⁷*Ibidem*, p. 288.

assimilando a ‘questão social’ e, com isso, viabilizando a sua própria continuidade.”¹⁵⁸

Pois bem: da leitura do texto da Constituição de 1988, percebe-se, já em seu preâmbulo, a instituição, pelo Poder Constituinte, de um Estado Democrático que se destina, dentre outros objetivos, a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, fundando-se na harmonia social.¹⁵⁹

Todavia, muito embora tenha havido a demarcação das diretrizes a serem seguidas pelo Estado brasileiro e a expressa instituição de um Estado Democrático de Direito, não se afasta, na totalidade, “a função que o Estado assume na realidade do capital”, qual seja, “a de um agente histórico de perpetuação da ordem vigente.”¹⁶⁰

Aliás, é de se ressaltar que a ideia de um Estado intervencionista dotado de uma função de garantir e satisfazer direitos sociais não é, por assim dizer, muito realista, tendo em vista o histórico dos países da América Latina, em especial, do Brasil.¹⁶¹

Desse modo, em contrapartida da – suposta – adoção de um projeto político-social pautado por direitos fundamentais, mais especificamente, por direitos

¹⁵⁸AVELÃS NUNES, António José. O Estado capitalista e suas máscaras. 2. ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 32 *apud*, SEVERO, Valdete Souto. **Elementos Para o Uso Transgressor do Direito do Trabalho: Compreendendo as Relações Sociais de Trabalho no Brasil e a Função do Direito Diante das Possibilidades de Superação da Forma Capital**. 2. ed. São Paulo: Escola Superior de Advocacia OAB SP, 2020, p. 288. *E-book*.

¹⁵⁹BRASIL. [Constituição (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 8 nov. 2021.

¹⁶⁰SEVERO, Valdete Souto. **Elementos Para o Uso Transgressor do Direito do Trabalho: Compreendendo as Relações Sociais de Trabalho no Brasil e a Função do Direito Diante das Possibilidades de Superação da Forma Capital**. 2. ed. São Paulo: Escola Superior de Advocacia OAB SP, 2020, p. 66. *E-book*.

¹⁶¹Nesse sentido, veja-se o que lecionam STRECK e BOLZAN DE MORAIS: “As peculiaridades do desenvolvimento dos países da América Latina – processo de colonização, séculos de governos autoritários, industrialização tardia e dependência periférica – não permitiram a gestação e o florescimento de um Estado de Bem-Estar Social ou algo que a ele se assimilasse. O intervencionismo estatal confunde-se historicamente com a prática autoritária/ditatorial, construindo-se o avesso da ideia de Estado Providência, aumentando as distâncias sociais e o processo de empobrecimento das populações. [...]. A tese intervencionista sempre esteve ligada ao patrimonialismo das elites herdeiras do colonialismo. [...] o intervencionismo estatal, condição de possibilidade para a realização da função social do Estado, serviu tão somente para a acumulação de capital e renda em favor de uma pequena parcela da população”. STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, J. L. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2019, p. 88.

humanos fundamentais, há de se ter em mente que “o direito moderno é instrumento de que se vale o Estado para defender o capitalismo dos capitalistas.”¹⁶²

Ora, o Direito é limitado em sua essência, de maneira que,

tanto o discurso humanista (que fundamenta o Estado Social) quanto o discurso liberal (que legitima a flexibilização) tem, como ponto de partida e como limite, a manutenção da relação de trocas.¹⁶³

E é justamente em decorrência de tal limite que

ao mesmo tempo em que a Constituição de 1988 fundamenta-se na dignidade da pessoa humana, na solidariedade e no bem de todos, ela preserva não apenas a propriedade privada, como a livre iniciativa e a própria relação de emprego.¹⁶⁴

Assim sendo, em um cenário em que convivem os discursos humanista e liberal, percebe-se que, na prática, os direitos fundamentais sociais se mostram insuficientes ou sua efetividade é ignorada “em nome da reprodução do metabolismo social do capital, exatamente porque engendrados para manter esse metabolismo e não para enfrentá-lo.”¹⁶⁵

Ora, é possível afirmar que, “na contramão do que estabelece o ordenamento constitucional brasileiro, que aponta para um Estado forte, intervencionista e regulador”¹⁶⁶, características inerentes ao Estado Democrático de Direito, quando mais necessita-se de políticas públicas, “em face da miséria que se avoluma, mais o Estado, único agente que poderia erradicar as desigualdades sociais, se encolhe.”¹⁶⁷

A despeito do “forte cunho programático e dirigente”¹⁶⁸ atribuído à Constituição de 1988 e extensivo aos direitos fundamentais, percebe-se que, na

¹⁶²GRAU, Eros. Roberto. **Por que tenho medo dos juízes:** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 10. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 15.

¹⁶³SEVERO, Valdete Souto. **Elementos Para o Uso Transgressor do Direito do Trabalho:** Compreendendo as Relações Sociais de Trabalho no Brasil e a Função do Direito Diante das Possibilidades de Superação da Forma Capital. 2. ed. São Paulo: Escola Superior de Advocacia OAB SP, 2020, p. 75. *E-book*.

¹⁶⁴*Ibidem*, p. 76.

¹⁶⁵*Ibidem*.

¹⁶⁶STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, J. L. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2019, p. 84-85.

¹⁶⁷*Ibidem*, p. 84.

¹⁶⁸SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 65.

prática, tais direitos vêm sendo recorrentemente desconsiderados ou desprovidos de efetividade.

Tal constatação da realidade dá sustento à afirmação de José Gomes Canotilho, no sentido de que

a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias.¹⁶⁹

Há, no Brasil, portanto, “uma crise de legalidade”¹⁷⁰, tendo em vista “a inefetividade dos dispositivos da Constituição, levando a um crescente processo de judicialização do cotidiano.”¹⁷¹

Nessa senda, forma-se uma situação um tanto quanto problemática, qual seja, “de um lado temos uma sociedade carente de realização de direitos e, de outro, uma Constituição Federal que garante estes direitos da forma mais ampla possível.”¹⁷²

Desse modo, em virtude da manifesta inefetividade do texto constitucional, no que tange aos direitos sociais oriundos da relação de trabalho, bem como observando-se o caráter intervencionista e transformador que se buscou conceder ao Estado brasileiro através da Constituição de 1988, dando-lhe a roupagem de Estado Democrático de Direito, faz-se necessário compreender qual é o papel da atuação do Poder Judiciário na configuração de tal realidade.

¹⁶⁹STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, J. L. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2019, p. 109.

¹⁷⁰*Ibidem*, p. 85.

¹⁷¹*Ibidem*.

¹⁷²*Ibidem*, p. 47.

3 A NEGAÇÃO DO PROJETO POLÍTICO-SOCIAL DA CONSTITUIÇÃO ATRAVÉS DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

3.1 O deslocamento do foco da tensão para o poder judiciário

Ora, uma vez que a Constituição de 1988 institui, no Brasil, um Estado Democrático de Direito, o Estado passa a ter o dever de “(re)assumir a sua capacidade de transformação da sociedade, questão para a qual aponta claramente o art. 3º da Constituição brasileira.”¹⁷³

Nesse sentido, “os direitos sociais seriam aqueles que demandariam do Estado uma atitude ativa para que todos pudessem usufruí-los”¹⁷⁴. Ou seja, “a partir dos programas estabelecidos constitucionalmente, as políticas públicas deveriam observar as prioridades já postas anteriormente na Constituição.”¹⁷⁵

Porém, mesmo diante da adoção de um Estado intervencionista através do texto constitucional, percebe-se que, em grande parte, a Constituição não vem sendo cumprida, isto é, “as normas-programa da Lei Maior não estão sendo implementadas.”¹⁷⁶

Desse modo, tem-se que os Poderes Executivo e Legislativo, dotados dos poderes e das responsabilidades inerentes a um Estado Democrático de Direito, não estão cumprindo os programas especificados na Constituição¹⁷⁷, de maneira que, “na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito”, o Poder Judiciário aparece como “instrumento para o resgate dos direitos não realizados.”¹⁷⁸

¹⁷³STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, J. L. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2019, p. 83.

¹⁷⁴CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Os direitos sociais equanto direitos fundamentais. *In: Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, 99, 2004. p. 305-325, p. 314. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67627>>. Acesso em: 9 nov. 2021.

¹⁷⁵CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais. *In: Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, 99, 2004. p. 305-325, p. 314. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67627>>. Acesso em: 9 nov. 2021.

¹⁷⁶STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021, p. 65.

¹⁷⁷Note-se que o descumprimento dos direitos humanos fundamentais é manifesto nos mais variados campos sociais. ALVAREZ VIANNA (2018, p. 62), nesse sentido, aponta que o “desrespeito aos direitos humanos torna-se evidente quando se percebe, até hoje, a existência de tráfico internacional de pessoas, de trabalho escravo, de trabalho infantil, de pedofilia ou de tortura. Ou quando se depara com episódios de violência doméstica e/ou de discriminações motivadas por orientação sexual, gênero, etnia, idade ou crença religiosa”.

¹⁷⁸STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021, p. 65.

Tal deslocamento decorre do fato de que, “ao estabelecer, ainda que de forma genérica os seus propósitos, há uma vinculação dos diversos agentes políticos com os fins que a própria Constituição impôs.”¹⁷⁹

Importante salientar a observação de Jorge Luiz Souto Maior, no sentido de que a vinculação dos Poderes do Estado aos fins impostos pela Constituição é uma vinculação, em realidade, do Estado, como um todo organizacional dividido em Poderes específicos. Veja-se:

Lembre-se, a propósito, que a divisão de poderes é organizacional. O poder do Estado é um só. O cumprimento dos direitos sociais é dever do Estado e não de uma ou de outra de suas divisões organizacionais. Na inércia de uma deve agir a outra e, principalmente, o Judiciário.¹⁸⁰

Salienta Marcus Orione Gonçalves Correia que, evidentemente, “o ideal seria a implementação da política desejada de forma ordenada pela legislação e pela Administração Pública”, mas que, uma vez que não haja a implementação do programa constitucional, “não há que se esperar eternamente que um comando constitucional seja implementado, contando apenas com a vontade política.”¹⁸¹

Há, desse modo, no Estado Democrático de Direito, “certo deslocamento de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional.”¹⁸²

Lenio Streck, nesse sentido, afirma que se pode dizer que

no Estado Liberal, o centro de decisão apontava para o Legislativo (o que não é proibido, é permitido, direitos negativos); no Estado Social, a primazia ficava com o Executivo, em face da necessidade de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na economia; já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário.

Assim, o Judiciário, a princípio, passa a existir como suposta “via de resistência às investidas dos Poderes Executivos e Legislativo, que representem retrocesso social ou a ineficácia dos direitos individuais ou sociais.”¹⁸³

¹⁷⁹CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais. *In: Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, 99, 2004. p. 305-325, p. 315. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67627>>. Acesso em: 9 nov. 2021.

¹⁸⁰SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Revisão constitucional e direitos sociais. *In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, jul./dez. 2006. p. 71-77, p. 73.

¹⁸¹CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais. *In: Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, 99, 2004. p. 305-325, p. 318. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67627>>. Acesso em: 9 nov. 2021.

¹⁸²STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021, p. 64.

¹⁸³*ibidem*, p. 68.

Neste cenário, o Judiciário recebe o dever de garantir e de assegurar os direitos humanos fundamentais, bem como de implementá-los. Nesse sentido, leciona José Ricardo Alvarez Vianna que “ao juiz compete determinar o cumprimento das diretrizes constitucionais, e não reduzi-las a letra morta ou deixá-las na seara de promessas vazias.”¹⁸⁴

E sintetiza o autor:

O juiz, como o próprio nome expressa, deve atuar como juiz. Ou seja, agente do Estado a quem compete ser não apenas a boca da lei, e sim um órgão corporificador de direitos, notadamente de direitos fundamentais e dos preceitos éticos contidos nos direitos humanos. Ao magistrado incumbe comutar normas gerais e abstratas em normas individuais e concretas. Plasmar na realidade da vida disposições e diretivas jurídicas, dentre as quais aquelas que versam sobre direitos humanos.

[...]

Em síntese, o juiz deve atuar como agente concretizador de direitos.¹⁸⁵

Ou seja, o Poder Judiciário, através da positivação dos direitos sociais-fundamentais, assume papel de relevância¹⁸⁶ - tendo em vista que a “efetividade dos direitos humanos depende, e em grande medida, da atuação do Poder Judiciário”¹⁸⁷ –, devendo, por conseguinte, “assumir uma postura diferenciada, longe da postura absenteísta, própria do modelo liberal-individualista-normativista que permeia a dogmática jurídica brasileira”¹⁸⁸, o que não ocorre.

E não ocorre em razão de que, “para dar força normativa à Constituição, o Juiz, especialmente em matéria de direito social, deve fazer um esforço interpretativo a que os nossos juízes estão pouco habituados”¹⁸⁹, isto é, a interpretação de matéria constitucional deve se dar “segundo os valores que a

¹⁸⁴ALVAREZ VIANNA, J. R. O Judiciário e a efetividade dos direitos humanos. *In: Revista CEJ*, Brasília, Jan./Abr. 2018. p. 61-71, p. 66.

¹⁸⁵ALVAREZ VIANNA, J. R. O Judiciário e a efetividade dos direitos humanos. *In: Revista CEJ*, Brasília, Jan./Abr. 2018. p. 61-71, p. 66-67.

¹⁸⁶STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021.

¹⁸⁷ALVAREZ VIANNA, J. R. O Judiciário e a efetividade dos direitos humanos. *In: Revista CEJ*, Brasília, Jan./Abr. 2018. p. 61-71, p. 63.

¹⁸⁸STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021, p. 60.

¹⁸⁹CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais. *In: Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, 99, 2004. p. 305-325, p. 319. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67627>>. Acesso em: 9 nov. 2021.

norteiam e que devem ser considerados para fins de assegurar a força normativa da Constituição.”¹⁹⁰

Em outras palavras, pode-se dizer que não ocorre, pois os magistrados, como aponta Fábio Konder Comparato, “devem orientar-se pelos objetivos supremos de nossa organização política, expressos no art. 3º da Constituição Federal”¹⁹¹, de modo que, diante do cunho manifestamente social dos objetivos elencados no texto constitucional, ocorra um choque entre a essência do direito (capitalista) e a finalidade a que este, supostamente, se propõe.

Além disso, é notável que “o Direito do Trabalho normatizado, na sociedade burguesa, é insuficiente para torná-lo real ou efetivo”¹⁹², uma vez que, “historicamente, o reconhecimento de direitos do trabalho está longe de significar o seu cumprimento pela burguesia”¹⁹³, o que termina por deslocar a efetividade dos direitos trabalhistas e sociais para o âmbito do Poder Judiciário.

Nesse contexto, forma-se o que David Harvey aponta como “a triste história de um reformismo burguês que não resolve os problemas sociais, apenas os desloca”¹⁹⁴, surgindo a imagem da besta capitalista, “que se alimenta muito bem graças à liberdade de que desfruta para dominar os outros com a mão esquerda enquanto os socorre com a direita.”¹⁹⁵

Portanto, além de os avanços referentes aos direitos sociais, uma vez que essencialmente ligados aos direitos trabalhistas, decorrerem da constante luta de classes e serem, por tal razão, conquistas históricas, em especial, da classe trabalhadora, é latente que tais concessões são realizadas a muito contragosto do capital, que, por sua vez, esforça-se em tornar inaplicáveis as garantias oriundas de tais avanços.

Assim, inserido na lógica burguesa, pois apresenta-se como Poder de um Estado configurado como forma política do capital, o Judiciário vem se

¹⁹⁰CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais. *In: Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, 99, 2004. p. 305-325, p. 318. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67627>>. Acesso em: 9 nov. 2021.

¹⁹¹COMPARATO, Fábio Konder. O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos. *In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, 2001. 60-72, p. 72.

¹⁹²COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *Justiça política do capital: a desconstrução do direito do trabalho por meio de decisões judiciais*. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 38.

¹⁹³COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *Justiça política do capital: a desconstrução do direito do trabalho por meio de decisões judiciais*. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 55.

¹⁹⁴HARVEY, David. *17 contradições e o fim do capitalismo*. Tradução de Rogério Bettoni. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 195.

¹⁹⁵*Ibidem*, p. 196.

apresentando, via de regra, como parte de um sistema institucional que “afirma a prevalência dos direitos humanos, mas que, na prática, oculta um distanciamento abissal entre os valores salvaguardados por tais direitos e o cotidiano social.”¹⁹⁶

Ademais, salienta Grijalbo Fernandes Coutinho que,

ao ser deflagrada uma crise econômica ou política, independentemente da alteração do texto jurídico, os fatores reais de poder transformam garantias constitucionais asseguradas aos mais débeis [...] em folhas de papel sem valor jurídico, bem assim acontece quando a Constituição escrita não corresponde às aspirações daqueles fatores reais e efetivos de poder, isto é, toda vez que os interesses dominantes entram em choque com a Constituição.¹⁹⁷

E prossegue o autor:

Toda vez que o próprio direito burguês, revestido de algumas conquistas sociais advindas da luta de classes de outrora, passa a ser reiteradamente fulminado pela asfixiante ação do Poder Judiciário, o Estado expõe com maior nitidez a sua função política na sociedade, qual seja, a função de dar conteúdo jurídico às formas de mercantilização da força de trabalho pelo mais baixo preço possível.¹⁹⁸

Ora, omitindo-se o Judiciário em seu dever de garantia dos direitos fundamentais, sobretudo, sociais, tais direitos “perdem vigor e podem ser reduzidos a vãs promessas, tornando o ideal neles cristalizados”, por fim, “mera utopia”.¹⁹⁹

Desse modo, justamente em virtude de as garantias constitucionais conquistadas pelos trabalhadores estarem sendo transformadas em “folhas de papel sem valor jurídico”, o que viria a confirmar a suposição de Ferdinand Lassale²⁰⁰, faz-se imprescindível compreender o papel central do Poder Judiciário, enquanto poder

¹⁹⁶ALVAREZ VIANNA, J. R. O Judiciário e a efetividade dos direitos humanos. *In: Revista CEJ*, Brasília, Jan./Abr. 2018. p. 61-71, p. 66.

¹⁹⁷COUTINHO, Grijalbo Fernandes. **Justiça política do capital: a desconstrução do direito do trabalho por meio de decisões judiciais**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 59.

¹⁹⁸COUTINHO, Grijalbo Fernandes. **Justiça política do capital: a desconstrução do direito do trabalho por meio de decisões judiciais**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 67-68.

¹⁹⁹ALVAREZ VIANNA, J. R. O Judiciário e a efetividade dos direitos humanos. *In: Revista CEJ*, Brasília, Jan./Abr. 2018. p. 61-71, p. 63.

²⁰⁰Ferdinand Lassale afirma a existência simultânea de duas constituições em um mesmo país, ou seja, uma Constituição real e efetiva, “formada pela soma de fatores reais e efetivos que regem na sociedade”, e outra Constituição, a escrita, a qual, a fim de distingui-la da Constituição real e efetiva, dá o nome de “folha de papel”. Lassale, contudo, defende que aquela (a Constituição real e efetiva) é a que realmente importa, uma vez que, para o autor, “todo o organismo tem uma Constituição, sua própria Constituição, boa ou má, estruturada de um modo ou de outro, todo país tem, necessariamente, uma Constituição, real e efetiva, pois não se concebe um país em que não imperem determinados fatores reais de poder, quaisquer que sejam eles”.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Tradução: Gabriela Edel Mei. São Paulo: Editora Pillares, 2015, p. 62.

do Estado e, portanto, poder cuja essência está umbilicalmente ligada ao capital, neste processo de esvaziamento da efetividade das normas, por assim dizer, garantistas.

3.2 Os limites do discurso através da atuação do Poder Judiciário

Antes de se apontar diretamente como se dá a ação do Poder Judiciário relativa à desconstrução dos direitos sociais previstos na Constituição de 1988, necessárias breves observações, até para que se possa compreender a facilidade com que o mesmo é feito.

Pois bem.

A manutenção da dura realidade encarada por aqueles e aquelas a quem os direitos sociais se destinam, em especial trabalhadores e trabalhadoras, é resultado, de certa forma, da preservação de categorias, no ordenamento jurídico, vinculadas à lógica do capital.

Nesse sentido, assevera Grijalbo Fernandes Coutinho:

Compreende-se que o modelo existente padece de acentuadas deficiências, jamais pelo alegado protecionismo obreiro exagerado, mas, diferentemente, por preservar balizas que facilitam a opressão econômica-política do capital sobre o trabalho e a manutenção de traços inescandíveis coloniais-esclavistas no encontro dessas duas forças quando da venda da força de trabalho e da prestação laboral²⁰¹.

Ou seja, mesmo diante dos avanços presentes no texto constitucional, referentes aos direitos sociais e, em especial, aos direitos dos trabalhadores, o discurso por detrás do direito se manteve.

Assim sendo, o discurso jurídico “segue cumprindo sua função ideológica, que se revela através de vários exemplos, sobretudo no âmbito da linguagem, forjada para disfarçar a realidade”²⁰², uma vez que, em última análise, tais avanços normativos, isto é, tais direitos, “existem para que tudo permaneça como está”.²⁰³

²⁰¹COUTINHO, Grijalbo Fernandes. **Justiça política do capital: a desconstrução do direito do trabalho por meio de decisões judiciais**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 18.

²⁰²SEVERO, Valdete Souto. **Elementos Para o Uso Transgressor do Direito do Trabalho: Compreendendo as Relações Sociais de Trabalho no Brasil e a Função do Direito Diante das Possibilidades de Superação da Forma Capital**. 2. ed. São Paulo: Escola Superior de Advocacia OAB SP, 2020, p. 75. *E-book*.

²⁰³*ibidem*.

De tal modo, as categorias jurídicas são elementos que impedem que as determinações do capital sejam notadas, de modo que o trabalhador não perceba a exploração do capital, pois seu imaginário se encontra na ilusão da liberdade e da igualdade, tipicamente capitalista. Além disso, o efeito ilusório do Direito encobre a exploração capitalista.²⁰⁴

Isto se deve ao fato de que, mesmo diante de tais direitos sociais, as bases da sociedade à qual estes são endereçados não se alteraram, permanecendo como paradigma social a “possibilidade de usar o outro como meio”.²⁰⁵

Frente a este contexto, Valdete Souto Severo aponta que “há aí, sem dúvida, um mecanismo de ‘ilusão social’ que disfarça essa incompatibilidade, fazendo conviver conceitos que em realidade se contrapõem.”²⁰⁶

Mais uma vez, apenas para que fique claro, é importante frisar que os progressos concernentes à previsão normativa de direitos sociais não se dão como mera concessão do capital.

Veja-se, nessa perspectiva, o que salienta Eros Roberto Grau:

*Esse direito, posto pelo Estado moderno, existe fundamentalmente para permitir a fluência da circulação mercantil, para tentar ‘domesticar’ os determinismos econômicos. E essa pretensão – de dominar a realidade – expõe marcante contradição, que pode ser enunciada nos seguintes termos: o capitalismo (leia-se: o Terceiro Estado, a burguesia) necessita da ordem, mas a detesta, procurando a qualquer custo exorcizá-la!*²⁰⁷

Adiante, prossegue o autor:

O mercado apenas resiste às contradições do capitalismo na medida em que ordenado e conformado pela mão visível do Estado, instrumentada por um direito por ele posto, comprometido com a preservação dos mercados, a serviço da fluência da circulação mercantil²⁰⁸.

²⁰⁴ NAVES, Márcio Bilharinho. Direito, circulação mercantil e luta social. *In*: ALVES, A. C., *et al.* **Direito, Sociedade e Economia: Leituras Marxistas**. Barueri: Manole, 2005.

²⁰⁵ SEVERO, Valdete Souto. **Elementos Para o Uso Transgressor do Direito do Trabalho: Compreendendo as Relações Sociais de Trabalho no Brasil e a Função do Direito Diante das Possibilidades de Superação da Forma Capital**. 2. ed. São Paulo: Escola Superior de Advocacia OAB SP, 2020, p. 74. *E-book*.

²⁰⁶ *Ibidem*.

²⁰⁷ GRAU, Eros. Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 10. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 17.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 88.

Da mesma forma, aponta Lenio Streck, fazendo referência a Reinaldo Pereira e Silva:

Estado intervencionista não é uma concessão do capital, mas a única forma de a sociedade capitalista preservar-se, necessariamente mediante empenho na promoção da diminuição das desigualdades socioeconômicas. A ampliação das funções do Estado, tornando-o tutor e suporte da economia, agora sob conotação pública, presta-se a objetivos contraditórios: a defesa da acumulação do capital, em conformidade com os propósitos da classe burguesa, e a proteção dos interesses dos trabalhadores.²⁰⁹

Com isso, constata-se que o discurso jurídico, próprio da lógica do capital, tem caráter plástico, uma vez que se adapta aos “interesses mais imediatos na perpetuação do modelo da sociedade de trocas.”²¹⁰

Desse modo, afirma-se que a efetiva superação da exploração do trabalhador, bem como das problemáticas sociais às quais os direitos sociais, supostamente, se destinam a sanar, encontra seu impedimento, justamente, “na manutenção das categorias jurídicas que sustentam a forma capital”²¹¹, uma vez que “a realidade se mantém obscurecida pela ideologia do capital.”²¹²

Assim, por mais bem intencionada que possa parecer, a previsão constitucional de valorização de direitos sociais e do trabalho, que visa à superação das condições sociais decorrentes da forma-mercadoria, não cumpre o seu papel aparente de rompimento com a lógica da sociedade de trocas, precisamente porque, de tal forma, Estado e Direito negariam a si mesmos.²¹³

Nota-se, portanto, que, mesmo por detrás dos efeitos ilusórios dos progressos contidos no texto constitucional, o Estado não mede esforços “para manter ou ampliar os níveis de opressão e dominação burguesas sobre o proletariado”²¹⁴, de

²⁰⁹PEREIRA E SILVA, Reinaldo. O mercado de trabalho humano. São Paulo: LTr, 1998, p. 45, *apud* STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021, p. 24.

²¹⁰SEVERO, Valdete Souto. **Elementos Para o Uso Transgressor do Direito do Trabalho: Compreendendo as Relações Sociais de Trabalho no Brasil e a Função do Direito Diante das Possibilidades de Superação da Forma Capital**. 2. ed. São Paulo: Escola Superior de Advocacia OAB SP, 2020, p. 36. *E-book*.

²¹¹SEVERO, Valdete Souto. **Elementos Para o Uso Transgressor do Direito do Trabalho: Compreendendo as Relações Sociais de Trabalho no Brasil e a Função do Direito Diante das Possibilidades de Superação da Forma Capital**. 2. ed. São Paulo: Escola Superior de Advocacia OAB SP, p. 49. 2020. *E-book*.

²¹²*Ibidem*.

²¹³*Ibidem*.

²¹⁴COUTINHO, Grijalbo Fernandes. **Justiça política do capital: a desconstrução do direito do trabalho por meio de decisões judiciais**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 67.

tal forma que o Poder Judiciário, enquanto instituição do Estado, representa “elemento de condensação ou defesa dos interesses materiais da burguesia.”²¹⁵

Ademais, mesmo sob a hipótese de que o Poder Judiciário atuasse de forma independente da lógica do capital – o que se diz apenas a título de suposição –, sua atuação far-se-ia necessária para a efetivação dos direitos sociais previstos na Constituição de 1988. Nesse sentido, Lenio Streck, destaca que

a simples elaboração de um texto constitucional, por melhor que seja, não é suficiente para que o ideário que o inspirou se introduza efetivamente nas estruturas sociais, passando a reger com preponderância o relacionamento político de seus integrantes²¹⁶.

Como, sabe-se, há vinculação intrínseca do Poder Judiciário aos interesses do capital, na realidade brasileira, basta breve contato com as questões juslaborais para perceber-se que, frente ao “empecilho da Constituição”, que provocou “uma espécie de desalinhamento histórico”, tendo em vista que “elevou os direitos trabalhistas ao patamar de Direitos Fundamentais”, “o que se verificou, então, foi um processo, quase sem disputa, de desfazimento da Constituição por meio da interpretação, uma espécie de desdizer da Constituição.”²¹⁷

Ora, embora assimilada a ideia de que a superação da forma-mercadoria, e das problemáticas sociais que a acompanham, não pode se dar plenamente através do Direito, tendo em vista os motivos já apontados, é preciso observar que, caso dotados da efetividade que merecem, os direitos fundamentais sociais representariam, aí sim, claro progresso.

Nesse sentido, Valdete Souto Severo assinala:

Não há como apostar na Constituição como instrumento capaz de fazer prevalecer, por si só, a racionalidade solidária, justamente em razão dos ‘compromissos do discurso jurídico’ [...]. Ainda assim, praticar atos de jurisdição desde uma perspectiva comprometida com o projeto de sociedade instituído na Constituição é uma aposta necessária.²¹⁸

²¹⁵COUTINHO, Grijalbo Fernandes. **Justiça política do capital: a desconstrução do direito do trabalho por meio de decisões judiciais**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 20.

²¹⁶STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021, p. 70.

²¹⁷SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Revisão constitucional e direitos sociais. *In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, jul./dez. 2006. p. 71-77.

²¹⁸SEVERO, Valdete Souto. **Elementos Para o Uso Transgressor do Direito do Trabalho: Compreendendo as Relações Sociais de Trabalho no Brasil e a Função do Direito Diante das Possibilidades de Superação da Forma Capital**. 2. ed. São Paulo: Escola Superior de Advocacia OAB SP, p. 76. 2020. *E-book*.

E quanto à necessidade de se apegar ao texto constitucional como instrumento de promoção do melhoramento das condições sociais, prossegue a autora:

Não faria sentido, após alcançar um 'elevado patamar de discussão democrática do direito', renunciar à racionalidade solidária que a Constituição institui. Mais do que isso: não há outro discurso no cenário jurídico atual que permita o avanço proposto pela Constituição.²¹⁹

Ademais, inegável que a atividade interpretativa da Constituição, pelo Judiciário, seria de suma relevância para se dar concretude aos direitos nela previstos, buscando-se adequá-los, nos limites da racionalidade em que se insere, à realidade social.²²⁰

Aliás, conforme leciona Lenio Streck,

mediante a utilização da principiologia constitucional (explícita ou implícita), *é possível combater alterações feitas por maiorias políticas eventuais*, que, legislando *na contramão da programaticidade constitucional*, retiram (ou tentam retirar) conquistas da sociedade²²¹

De tal modo, para que alcance seus objetivos de tensionamento da ordem vigente, e, portanto, sua força normativa, é necessário que a interpretação constitucional se dê através da perspectiva da evolução histórica e, imprescindivelmente, através de uma interpretação de princípios.²²²

Nas palavras de Marcus Orione Gonçalves Correia:

A partir desta perspectiva, resta claro que a interpretação, no plano constitucional, é evolutiva e tem como perspectiva a adequação dos desideratos acordados constitucionalmente a uma visão histórica e política contemporânea. Assim, diríamos que houve um pacto 1988, mas este pacto

²¹⁹SEVERO, Valdete Souto. **Elementos Para o Uso Transgressor do Direito do Trabalho: Compreendendo as Relações Sociais de Trabalho no Brasil e a Função do Direito Diante das Possibilidades de Superação da Forma Capital**. 2. ed. São Paulo: Escola Superior de Advocacia OAB SP, p. 76. 2020. *E-book*.

²²⁰CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais. *In: Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, 99, 2004. p. 305-325, p. 319. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67627>>. Acesso em: 9 nov. 2021.

²²¹STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021, p. 68.

²²²CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais. *In: Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, 99, 2004. p. 305-325, p. 319. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67627>>. Acesso em: 9 nov. 2021.

tem que ser constantemente renovado e, para tanto, os valores ali expostos devem ser adequados à realidade do dia-a-dia²²³.

A interpretação, frisa-se, é decisiva para que se consolide e se preserve a força normativa da Constituição.²²⁴

Nesta senda, faz-se adequada a interpretação constitucional que concretize, da melhor forma, “o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação”²²⁵, ou seja, “uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição”, a qual deve ser limitada pelo “sentido da proposição jurídica”.²²⁶

A limitação da interpretação se dá pelo fato de que “a finalidade (*Telos*) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação”²²⁷, sendo certo que a “Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo”²²⁸, nem tampouco está condicionada, exclusivamente, por tal realidade.

Desta maneira, assumindo-se que a Constituição de 1988 adotou, ao menos no campo do discurso, a dignidade da pessoa humana como princípio basilar (ao lado, diga-se, do princípio democrático), a melhor interpretação constitucional seria aquela que viesse a, “na situação concreta, potencializar a dignidade humana.”²²⁹

No que tange aos direitos sociais, mormente os direitos trabalhistas, sob pena de se enfraquecer os princípios da dignidade humana e da democracia, e, por consequência, privar o texto constitucional de qualquer efetividade e força, “não é

²²³CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais. *In: Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, 99, 2004. p. 305-325, p. 322. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67627>>. Acesso em: 9 nov. 2021.

²²⁴HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991. [orig. Die normative Kraft der Verfassung, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen].

²²⁵*Ibidem*, p. 23.

²²⁶*Ibidem*.

²²⁷HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991. [orig. Die normative Kraft der Verfassung, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen].

²²⁸*Ibidem*, p. 25.

²²⁹CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais. *In: Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, 99, 2004. p. 305-325, p. 322. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67627>>. Acesso em: 9 nov. 2021.

qualquer dificuldade orçamentária ou econômica que deve[ria] representar a diminuição dos direitos sociais.”²³⁰

Em síntese, assevera Marcus Orione Gonçalves Correia:

Inobstante, ainda aqui e acima de tudo aqui, não há como se viabilizar que incertezas econômicas e financeiras alterem o pacto originariamente firmado de defesa dos direitos sociais – caso contrário, jamais será possível a consolidação de uma teoria e prática dos direitos fundamentais da pessoa humana.²³¹

Assim, dentro dos limites intrínsecos à sociedade de trocas, “apenas uma análise dos direitos sociais a partir da hermenêutica constitucional será capaz de sua consolidação”²³², ou, em outras palavras, “somente na teoria dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais.”²³³

Nesse mesmo compasso, Jorge Luiz Souto Maior aponta a possibilidade de se fazer oposição aos ataques sofridos pelos direitos sociais, em especial os trabalhistas, tendo em vista a força normativa coercitiva inerente aos princípios constitucionais de dignidade da pessoa humana e a conseqüente valorização do trabalho humano. Senão vejamos:

Com a manutenção na Constituição de normas que consagram a valorização do trabalho humano e a dignidade do trabalhador é possível, portanto, juridicamente, fazer uma oposição concreta, e eficiente, porque dotada da força coercitiva do direito, ao avanço dos ideais neoliberais de busca da diminuição do custo do trabalho, a custa da eliminação de direitos do trabalhador.²³⁴

Ocorre que, o Poder Judiciário, enquanto Poder do Estado, salvo exceções, não hesita em aplicar o Direito, através da interpretação do texto constitucional, em detrimento da classe trabalhadora.²³⁵ Isso se dá, como salienta Grijalbo Fernandes Coutinho, sobretudo

²³⁰CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais. *In: Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, 99, 2004. p. 305-325, p. 324. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67627>>. Acesso em: 9 nov. 2021.

²³¹CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais. *In: Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, 99, 2004. p. 305-325, p. 325. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67627>>. Acesso em: 9 nov. 2021.

²³²*Ibidem*.

²³³*Ibidem*.

²³⁴SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A desconstitucionalização do direito do trabalho. **Jornal Trabalhista Consulex**, Brasília, 846, 2001, p. 5.

²³⁵ Aliás, tal comportamento do Judiciário brasileiro não é característica, apenas, dos dias atuais. Assevera Grijalbo Fernandes Coutinho: “No Brasil – colonial, monárquico-imperial e republicano -, o

quando as tensões se acirram e a burguesia reivindica a aplicação exclusiva do seu direito de propriedade sem limites, não raro assim agindo os juizes para decisivamente solapar princípios, normas e regras assegurados pelo próprio direito burguês.²³⁶

Ou seja, em detrimento da força normativa da Constituição e da efetivação da vontade constitucional, qual seja, a melhoria das condições sociais através da implementação de direitos e garantias sociais fundamentais, as interpretações judiciais, especialmente no que tange a matérias trabalhistas, “não destoam do catálogo geral reservado às formas jurídicas como fenômenos sociais inseridos em um determinado contexto histórico de exploração de classe.”²³⁷

O Judiciário – representado aqui pelo Superior Tribunal Federal, enquanto juízo dotado de competência constitucional –, visando à retirada de qualquer limite para a expansividade do lucro, da acumulação e da concentração de riquezas, “tornou-se o terreno fértil para a demolição de conquistas trabalhistas, na realidade, o *locus* privilegiado para o desmonte laboral.”²³⁸

Poder Judiciário sempre teve enorme dificuldade para fazer cumprir garantias e direitos assegurados aos segmentos mais frágeis, do ponto de vista econômico e político, diante do contínuo esvaziamento das normas jurídicas – constitucionais e infraconstitucionais. A teoria crítica da história sociológica chega a falar em direito oficial, quase sempre boicotado, e direito não-oficial, o direito das elites respeitado pelos órgãos da Justiça, a exemplo da manutenção do tráfico negreiro durante décadas, no século XIX, após a sua proibição legal, bem como a tortura, o açoite e as outras formas de violência praticadas contra seres humanos, por via de regra, contando com o mais absoluto silêncio do Estado. Infere-se, desse modo, que apesar do caráter contido dos diplomas jurídicos aprovados ou ratificados pelo Brasil, quanto ao reconhecimento de direitos humanos da classe trabalhadora e de outros setores igualmente explorados ou espoliados, o respectivo conteúdo constitucional e legal sempre foi muito mais avançado do que a real intenção de seus legisladores, em um aparente paradoxo – desmontado, contudo, com o descortinamento da atuação de forças sociais engajadas na redução dos níveis de brutalidade na sociedade humana. De igual maneira, os princípios e as normas consagrados no ordenamento jurídico, como regra geral, ao longo da história do Brasil, notadamente da história constitucional do Brasil, sempre foram infinitamente mais progressistas do que a ação estatal dos intérpretes e aplicadores da lei em sentido lato. A regra geral sempre foi, nas questões de alta repercussão econômica, política e social, interpretar a Constituição e as leis sem sacrificar os anseios daquela gente que exerce o controle de fato do Estado sem necessariamente ocupar de forma direta os cargos políticos, mesmo que para o exercício de tal tarefa fosse necessário criar um direito contrário à ordem jurídica vigente, tanto pela omissão, quanto pela ação deliberada sonegatória de direitos constitucionalmente assegurados aos sujeitos sem poder econômico ou político”.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes. **Justiça política do capital**: a desconstrução do direito do trabalho por meio de decisões judiciais. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 77-78.

²³⁶COUTINHO, Grijalbo Fernandes. **Justiça política do capital**: a desconstrução do direito do trabalho por meio de decisões judiciais. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 67.

²³⁷COUTINHO, Grijalbo Fernandes. **Justiça política do capital**: a desconstrução do direito do trabalho por meio de decisões judiciais. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 58.

²³⁸COUTINHO, Grijalbo Fernandes. **Justiça política do capital**: a desconstrução do direito do trabalho por meio de decisões judiciais. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 74.

Aliás, como assevera Grijalbo Fernandes Coutinho, tal constatação não espanta, uma vez que esta

é a ordem natural do sistema capitalista de produção, ao exigir continuamente do Estado e de seus Poderes a adoção de medidas contra os explorados e espoliados, em prol do amortecimento e do solapamento da luta de classes, com a conseqüente remoção dos obstáculos existentes para a perpetuação de suas políticas e de seus credos.²³⁹

Então, a realidade prática demonstra a não preservação e o não fortalecimento da força normativa da Constituição, “bem como de seu pressuposto fundamental, a vontade de Constituição”²⁴⁰, de tal modo que o Estado se apresenta mais como uma questão de poder, e menos como um problema jurídico.²⁴¹

Assim sendo, afirma-se que o Poder Judiciário – tendo em vista a não implementação e a desconstrução teórica de direitos sociais assegurados através de princípios, normas e regras da Constituição – tem participação destacada na frustração das esperanças sociais e na constatação de que, até que se mostre o contrário, a Constituição brasileira não deixou de ser mera “folha de papel sem conteúdo jurídico efetivo”²⁴², sucumbindo “diante do impulso da Constituição real, das verdadeiras forças vigentes no país.”²⁴³

3.3 A constituição castrada

Compreender a Constituição como projeto implica reconhecer que existem desejos expressos nas normas constitucionais. Pressupõe a existência de uma vontade revelada na Constituição. Por tudo que até aqui foi exposto, pode-se dizer que o desejo que permeia a Constituição de 1988 é o de, observados os limites inerentes à manutenção de uma sociedade de trocas, consagrar avanços relativos a direitos sociais. Há, portanto, o desejo de um novo modelo de convívio social, em

²³⁹COUTINHO, Grijalbo Fernandes. **Justiça política do capital**: a desconstrução do direito do trabalho por meio de decisões judiciais. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 75.

²⁴⁰HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991, p. 32. [orig. Die normative Kraft der Verfassung, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen].

²⁴¹*Ibidem*.

²⁴²COUTINHO, Grijalbo Fernandes. **Justiça política do capital**: a desconstrução do direito do trabalho por meio de decisões judiciais. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 113.

²⁴³LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Tradução: Gabriela Edel Mei. São Paulo: Editora Pillares, 2015, p. 78.

que sejam reduzidas desigualdades, erradicada a miséria e promovida a melhoria constante das condições sociais de todas as pessoas.

A efetivação da dignidade da pessoa humana e a consolidação de uma sociedade democrática são as linhas que tecem o pano de fundo do desejo constitucional.

Ao mesmo tempo, reconhece-se que a Constituição, inserida na e oriunda da ordem do capital, tem deveres que a vinculam e vinculam aqueles que a aplicam a tal ordem, de modo que se faz perceber uma marcante ambivalência constitucional.

Perceber este caráter dual da Constituição – desejado e devido –, permite que se chegue ao mesmo estado de encantamento em que Luis Alberto Warat se encontrava frente à Dona Flor, protagonista de “Dona Flor e seus dois maridos”, de Jorge Amado. A personagem, símbolo de ambivalência, representa bem a dicotomia entre desejos e deveres.

Nas palavras de Warat:

Encanta-me imaginá-la como a heroína da ambivalência, que foge do dever e abre horizontes ao desejo. Seu valor de plenitude viria da intensidade, da vitalidade, do jeito vibrante com que encara a possibilidade de romper com os costumes do desejo, o hábito dos corpos e o dever do sentido. Tudo através de um confronto apaixonado com o *vivement marginal* (o que é com alma e vida marginal).²⁴⁴

O autor prossegue:

Seu imaginário aboliu as barreiras, as classes, o sentido dicotômico dos paradoxos, o sentido totalitário das classificações, não por sincretismo, mas por ignorância de duas velhas divindades: a coerência lógica e a unidade. Flor soube misturar com orgulho as contradições, para ultrapassar suas próprias acomodações. Verdades menos garantidas e relações humanas mais frutíferas²⁴⁵.

Dito de outro modo, ao menos na seara do discurso, através da ampliação do rol e da relevância dada aos direitos sociais, a Constituição “representa o projeto

²⁴⁴WARAT, Luis Alberto. **Territórios desconhecidos**: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 67.

²⁴⁵*Ibidem*, p. 68.

identificatório começando a comprometer-se com a procura do novo”, isto é, estabelece-se “na procura de um suplemento de sensibilidade”.²⁴⁶

Concomitantemente, a manutenção da lógica do capital representa o dever do Direito, e, portanto, da efetividade dada à Constituição, o que “mobiliza o social negando as incertezas e o novo”.²⁴⁷ Dessa forma, o preservar da forma-mercadoria, enquanto dever, “prejulga e condena todo desejo que não pode ser regulado por ele”²⁴⁸, subjugando os desejos de promoção de maior dignidade à pessoa humana e de uma verdadeira democracia. Tal preservação “não deixa de ser uma forma melodramática de ver a vida em branco e preto”, isto é, configura “uma incapacidade de fertilizar o novo”.²⁴⁹

Este dever ao qual a jurisdição se vincula, diante da vontade constitucional, não pode resultar em outra coisa que a hipocrisia do Estado e do Direito, que, ao absterem-se de realizar seus desejos, sacrificam o prazer.²⁵⁰

Assim, “todo o excesso, todo o aumento, toda a extensão do prazer são apresentados, retoricamente, como um processo de destruição da organização social.”²⁵¹ A sociedade do capital, frente aos desejos constitucionais, deteriora o prazer. Consequentemente, o Estado, e, portanto, o Poder Judiciário, dá força a uma racionalidade repressiva.²⁵²

O discurso constitucional apresenta-se, então, através de “uma moral de desejos escravizados.”²⁵³ Nesse sentido, a atuação do Poder Judiciário, ao promover o desmantelamento de direitos sociais, em especial de direitos trabalhistas, configura, por assim dizer, a castração discursiva da Constituição, silenciando seus desejos.

Desse modo, pode-se dizer que as decisões judiciais que desconstroem as garantias sociais fundamentais afiguram-se como tranquilizantes, na acepção waratiana da palavra, qual seja:

²⁴⁶WARAT, Luis Alberto. **Territórios desconhecidos**: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 71.

²⁴⁷*Ibidem*, p. 72.

²⁴⁸*Ibidem*, p. 73.

²⁴⁹*Ibidem*, p. 72.

²⁵⁰*Ibidem*.

²⁵¹*Ibidem*, p. 74.

²⁵²*Ibidem*.

²⁵³*Ibidem*, p. 75.

Estupefacientes. Tranquilizantes que se somam aos castigos como polícias das consciências e lavagem das culpas. Segredo. Censura. Mecanismos, enfim, de produções do silêncio que fundam o autoritarismo e a castração²⁵⁴.

Afirma-se, assim, que o Judiciário, ao preservar o discurso de desejo dos dominantes e calar a voz dos desejos constitucionais, realizando seu dever, castra todo o desejo que inspira a Constituição através das “formas de significação, pelas quais somos levados a engolir uma cosmovisão imobilizadora da sociedade”²⁵⁵. A análise empreendida nesse trabalho, especialmente acerca da dificuldade revelada nas decisões judiciais em efetivar o discurso constitucional, faz concluir, portanto, que é está a ideologia do Judiciário: a castração do discurso constitucional.

Isso provavelmente não se dá de modo intencional, mas resulta dessa confrontação de um desejo com a ordem colonial e escravista que nos atravessa enquanto sociedade. Emerge como uma forma de proteção do que já se conhece: diferença social, acumulação da renda e da terra em poucas mãos, subjugação de quem vive do trabalho.

Tal castração é definida por Luiz Alberto Warat da seguinte forma:

Ela é, muito mais que corte (o seu lado passivo), um direcionamento permanente em todas as formas do cotidiano. Ela ocupa plenamente todos os lugares através do empanzinamento da linguagem. Daí pode ser captada como a estereotipação dos desejos. Um *prêt-à-desirer* que substitui o vazio – passivo – pelo bitolamento pleno com que definimos seu lado ativo. Diria ainda que, nessa direção, a castração é o desejo posto, ideologicamente, fora da história. É o desejo sublimado que ambiciona o controle dos corpos, como se fosse a coisa mais natural e benéfica do mundo. É o modo com que o desejo virá a olhar o rastro das verdades. A castração como ideologia²⁵⁶.

A Constituição, caso completamente efetivada, teria potencial para ferir a lógica de preservação da ordem do capital que o Poder Judiciário parece cumprir. As decisões judiciais que seguem sob uma racionalidade anterior àquela inaugurada em 1988 recaem em “uma armadilha preparada ao desejo, petrificando o seu processo”²⁵⁷. Esclarece Warat:

²⁵⁴WARAT, Luis Alberto. **Territórios desconhecidos:** a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 70.

²⁵⁵*Ibidem*, p. 63.

²⁵⁶*Ibidem*, p. 63.

²⁵⁷*Ibidem*, p. 63.

Apoiados em uma utopia carregada de magnetismo os juristas ficam sem condições para perturbar a legalidade do poder do Estado e atenuar seu próprio papel de polícia das perfeições. Concretamente, a 'discursividade magnética' do Direito serve, sem muitos inconvenientes, para a estabilização e consolidação de sentidos que perturbam as possibilidades de uma forma social democrática.²⁵⁸

Há um sufocamento da vontade constitucional, uma castração de seus desejos, de modo que a realização do projeto social da Constituição se torna distante. O Judiciário impõe, através da significação, uma unidade, imobilizando as possibilidades de progresso²⁵⁹. Em outras palavras, por meio da interpretação do texto constitucional e da significação oriunda do Poder Judiciário, há uma "sobressaturação de palavras, conceitos e verdades"²⁶⁰ que impede a Constituição de "conhecer-se a si mesmo"²⁶¹ e, portanto, impede a efetivação de seu caráter transformador.

Através do discurso judicial, se castra o significado constitucional. De tal modo, é preciso reconhecer a força e o poder da linguagem, instrumentos de dominação.

Nesse sentido, adverte Warat que "a castração tem muito a ver com a linguagem."²⁶²A linguagem deve ser observada como um espaço de poder. Senão vejamos:

Não existem palavras inocentes. O espaço social onde elas são produzidas é condição da instauração das relações simbólicas de poder. A dimensão política da sociedade é também um jogo de significações. Isso supõe que a linguagem seja simultaneamente um suporte e um instrumento de relações moleculares de poder. Mas também um espaço de poder nela mesma²⁶³.

Ademais, frisa-se que o Judiciário se encontra fortemente influenciado por uma constelação de significações que "governam e disciplinam anonimamente seus atos de decisão e enunciação."²⁶⁴

²⁵⁸WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito** - Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, v. I., 1994, p. 25.

²⁵⁹WARAT, Luis Alberto. **Territórios desconhecidos: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

²⁶⁰*Ibidem*, p. 65.

²⁶¹*Ibidem*, p. 65.

²⁶²*Ibidem*, p. 67.

²⁶³*Ibidem*, p. 141.

²⁶⁴WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito** - Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, v. I., 1994, p. 13.

Desta maneira, a discursividade jurídica, a interpretação do texto constitucional, se dá de modo a configurar e manter as relações de poder postas na sociedade:

Práticas, mitos e teorias refinadas que se ligam estreitamente aos processos de produção heterônoma da ordem simbólica da sociedade. Usos complacentes da lei que guardam, como em cofres de sete chaves, os princípios de controle da produção dos discursos jurídicos. Uma discursividade enganosamente cristalina que escamoteia, em nome da verdade, da segurança e da justiça, a presença subterrânea de uma 'tecnologia da opressão' e de uma microfísica conflitiva de ocultamento que vão configurando as relações de poder inscritas no discurso da lei.²⁶⁵

O discurso judicial, portanto, é pautado por uma ideologia de dominação, estando à serviço da manutenção das relações de poder tal qual se encontram. É o que assinala Warat:

Mais do que ambíguo ou impreciso, o discurso da lei é enigmático, ele joga, estrategicamente, com os ocultamentos para justificar decisões, disfarçar a partilha do poder social e propagar, dissimuladamente, padrões culpabilizantes. Conceitos ideologicamente condicionados encobrem práticas de terror racionalmente banalizadas. Utopias perfeitas explicam, com razões, a produção institucional de um sujeito de direitos sem direito à transformação autônoma da sociedade. Enfim, uma enorme carga ideológica que atravessa todo o processo de interpretação da lei.²⁶⁶

O Poder Judiciário, enquanto Poder do Estado umbilicalmente ligado à preservação da ordem do capital, “sublima, numa discursividade teológica, variadas formas de exclusão social”²⁶⁷. Constitui-se, assim, “uma galante discursividade que se aproveita dos efeitos performativos das palavras para dissimular as perversões de uma forma social opressiva.”²⁶⁸

Tal discursividade, saliente-se, até pode ser diversificada, mas suas idas e vindas estão restritas às fronteiras da estrutura de poder vigente. Senão vejamos:

No discurso jurídico o novo aparece como redefinição das palavras da lei nos sucessivos e diferentes atos de sua interpretação. Precisa-se notar que nos atos de interpretação da lei redefinem-se os conteúdos, nunca as estruturas do 'superego'. Podem-se alterar os sentidos de lei, tomar

²⁶⁵WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito** - Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, v. I., 1994, p. 19.

²⁶⁶*Ibidem*, p. 20.

²⁶⁷*Ibidem*, p. 21.

²⁶⁸*Ibidem*, p. 21.

decisões, controlar as aplicações da lei, sem que as funções da repressão simbólica e os sentimentos culpabilizadores sejam alterados. As alterações dos conteúdos significativos da lei são sempre produzidos dentro de um determinado sistema instituído de relações sociais e de relações de produção. Isto nos leva a afirmar que o novo no Direito aparece sempre dentro e submetido ao mesmo poder de controle. Uma metamorfose de textos legais feitos dentro de uma mesma estrutura de poder²⁶⁹.

De tal modo, para que se torne possível a real efetivação dos desejos constitucionais, é preciso, antes de qualquer coisa, “recuperar a significação desejante pré-significativa”²⁷⁰, ou seja, prolongar “ao máximo as distâncias entre o dever e o desejo”²⁷¹ constitucional.

Em outras palavras, “precisamos provocar a decomposição da mentalidade repressiva ou do dever culposo, os quais funcionam como a ordem que programa totalitariamente a vontade unificadora do social.”²⁷²

Antes, faz-se necessário compreender a existência de dois discursos, duas versões de significações.²⁷³

Primeiro, a que se refere aos desejos da Constituição, desejos de progresso, de melhorias das condições de sociabilidade, de trabalho, enfim, de vida, a qual se tem por marginalizada ou desejante.

Segundo, a que se refere aos desejos do capital, estabelecida pela ideologia dominante e, como se pretendeu demonstrar, pelo discurso judicial.

Partindo de tais premissas, para que se pretenda qualquer efetivação do projeto constitucional, temos que “falar das significações marginais”, isto é, “situar-nos além das semiologias que estabelecem a realidade dominante”²⁷⁴, pois estas, por meio do discurso, estabelecem modelos de desejo.

Por meio de tais modelos, salienta Warat que

o homem não só aceita as hierarquias como também aprende a amá-las. Todos somos proprietários burgueses de nossos desejos. Todos ajudamos a manter a ilusão de uma verdade imóvel.²⁷⁵

²⁶⁹WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito** - Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, v. I., 1994, p. 26.

²⁷⁰WARAT, Luis Alberto. **Territórios desconhecidos: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 78.

²⁷¹*Ibidem*, p. 74.

²⁷²*Ibidem*, p. 74

²⁷³*Ibidem*.

²⁷⁴*Ibidem*, p. 78.

²⁷⁵*Ibidem*, p. 78.

De outro lado, através da significação marginal, o desejo desnuda-se, comunica-se em plenitude, sem censuras da ordem dominante.²⁷⁶

É preciso desnudar os desejos da Constituição.

Faz-se necessário produzir este excesso, provocar o imprevisto.²⁷⁷

Há de se estabelecer um erotismo constitucional, transgredir.

Na prática jurídica, fazer prevalecer o discurso socializante da Constituição em detrimento das categorias jurídicas liberais-individualistas. Categorias que, como máscaras, apagam o que o desejo constitucional sugere.

Para tal, é preciso comprometer-se com um permanente discurso transformador, um discurso que vise à realização dos desejos constitucionais. Através dele, almejar o poder das significações, que “se constrói em torno de uma sórdida luta entre vozes, discursos e acontecimentos.”²⁷⁸

Nesse sentido, salienta Luis Alberto Warat:

O Direito, a cultura e a democracia precisam ser vividos permanentemente como territórios de conquista e não como resultados. Os resultados são as formas legíveis desse trinômio. São as formas pelas quais eles ficam enclausurados pelas máscaras de um poder que vê subversão nas emergências do diverso e do novo.²⁷⁹

Finalmente, ressalta-se que a realização dos avanços sociais, isto é, a efetivação da vontade da Constituição de 1988, perde todas as possibilidades se a entendermos como “nada mais que um passado inalterável e perfectível”²⁸⁰, furtada em sua essência através da significação dominante.

²⁷⁶WARAT, Luis Alberto. **Territórios desconhecidos**: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

²⁷⁷*Ibidem*.

²⁷⁸*Ibidem*, p. 142.

²⁷⁹*Ibidem*, p.144.

²⁸⁰*Ibidem*, p.171.

4 CONCLUSÃO

Transcorridos trinta e três anos desde a promulgação da denominada Constituição Cidadã, percebe-se na prática judicial, e até mesmo na vivência cotidiana, que muito do que configura o projeto político-social inscrito no texto constitucional não se tornou, até os dias atuais, concreto.

Ao projetar uma sociedade na qual as relações sociais se dariam de forma harmônica, uma sociedade livre de desigualdades, uma sociedade na qual a pobreza e a marginalização seriam erradicadas, a Constituição de 1988 configurou-se dual.

De um lado, as normas constitucionais expressam nitidamente seu desejo por mudanças, sua vontade de alterar as formas como as relações sociais se dão. Há um manifesto apetite transformador inserto no texto constitucional. De outro, essa mesma Constituição insere-se em uma ordem capitalista contrária, em essência, ao propósito de alteração das condições sociais a que se destina o projeto constitucional.

Diante da constatação de que Direito e Estado correspondem, respectivamente, as formas jurídica e política do capital – tendo em vista que as categorias jurídicas de propriedade, igualdade, contrato e de sujeito de direitos, salvaguardadas pela presença estatal, surgem como categorias validadoras, através da ilusão que provocam, das relações de assujeitamento inerentes à sociedade de trocas –, evidencia-se que a atuação de ambos se dá necessariamente com vistas a manter as relações sociais sob as condições já há muito impostas pela classe dominante.

À tal premissa, soma-se, no contexto brasileiro, o passado tenebroso de mais de três séculos de exploração do trabalho escravo e de justificação da dominação de uns sobre outros através do conceito de raça. Passado esse que nos fez herdeiros de uma racionalidade colonial-escravista que insiste em se manter. Racionalidade pela qual a dominação de uns e a subjugação de outros tornou-se naturalizada e, portanto, inerente às relações sociais contemporâneas.

Após vinte e um anos de vigência de um regime ditatorial que solapou os direitos sociais e constrangeu ainda mais as classes dominadas, a Constituição de 1988, em seu discurso, emerge como um respiro desejante, como um sopro de esperança àqueles cuja realidade configurava-se ainda mais problemática do que

aquela experimentada historicamente por trabalhadores e trabalhadoras e por aqueles e aquelas que, como resultado da exclusão social promovida pela lógica de trocas, vivem às margens da sociedade.

A Constituição, ao instituir um Estado Democrático de Direito, revela sua intenção transformadora. Porém, para que as mudanças se deem de fato, faz-se necessária a atuação concreta do Estado por meio de seus Poderes Executivo e Legislativo, o que não ocorre. De tal modo, a tensão desloca-se para o Poder Judiciário, através do qual passa-se a buscar a efetivação da vontade expressa nas normas constitucionais.

Todavia, o Poder Judiciário, por ser um Poder do Estado, está igualmente inserido na lógica do capital, sendo seu dever – pois, de outro modo, agiria contra si mesmo – garantir a manutenção da ordem social tal qual se apresenta. Para o cumprimento de tal dever, através da interpretação do texto constitucional, o Judiciário torna inefetivo o projeto político-social explicitado no discurso constitucional, transformando-a em mera folha de papel.

Ao fazê-lo, o Judiciário, mediante o discurso judicial, opera a significação, estabelecida pela ideologia dominante, dos desejos expressos nas normas constitucionais. Desse modo, sua atuação, promotora do desmantelamento dos direitos sociais, em especial dos direitos trabalhistas, escraviza e silencia os desejos inerentes ao discurso constitucional, castrando-o.

Frente à tal castração discursivo-significativa dos desejos expressos nas normas da Constituição, torna-se imperiosa, para que se faça possível a efetivação da transformação desejada, a prática constante de um outro discurso, um discurso marginal, comprometido com os desejos constitucionais pré-significados. Somente dessa forma far-se-á possível a concretização do projeto constitucional, através da utilização de um discurso transgressor permanente.

Finalmente, ressalte-se: a constância com a qual se deve praticar esse discurso marginal é idêntica ao eterno caminhar em busca do horizonte utópico a que se refere a epígrafe do presente trabalho.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ VIANNA, José Ricardo. O Judiciário e a efetividade dos direitos humanos. *In: Revista CEJ*, Brasília, Jan./Abr. 2018. p. 61-71.

BRASIL. [Constituição (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 8 nov. 2021.

CESARINO JÚNIOR, Antonio Ferreira. Evolução do Direito Social Brasileiro. *In: Revista Da Faculdade De Direito*, 1951. 185-206.

COMPARATO, Fábio Konder. O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos. *In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, 2001. 60-72.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais. *In: Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, 99, 2004. p. 305-325. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67627>>. Acesso em: 9 nov. 2021.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes. **Justiça política do capital: a desconstrução do direito do trabalho por meio de decisões judiciais**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.

FERNANDES, Florestan. A Constituição como projeto político. *In: Tempo Social – Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, 1989. 47-56.

GONZALEZ, Lélia. A categoria político-cultural de amefricanidade. *In: Tempo Brasileiro*, Rio de Janeiro, jan.-jun. 1988, p. 69-82.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 10. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

HARVEY, David. **17 contradições e o fim do capitalismo**. Tradução de Rogério Bettoni. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991. [orig. Die normative Kraft der Verfassung, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen].

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Tradução: Gabriela Edel Mei. São Paulo: Editora Pillares, 2015.

MARX, Karl. **O Capital, Livro I**. São Paulo: Boitempo, 2013.

MARX, Karl. **Os despossuídos**: debates sobre a lei referente ao furto de madeira. São Paulo: Boitempo, 2017.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013.

MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao estudo do direito**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

MBEMBE, Achille. **Políticas da inimizade**. Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: N-1 edições, 2020.

NAVES, Márcio Bilharinho. Direito, circulação mercantil e luta social. In: ALVES, A. C., *et al.* **Direito, Sociedade e Economia: Leituras Marxistas**. Barueri: Manole, 2005.

PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria geral do direito e marxismo**. Tradução: Paula Vaz de Almeida. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2017.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina. In: **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2005. Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SEVERO, Valdete Souto. **Elementos Para o Uso Transgressor do Direito do Trabalho: Compreendendo as Relações Sociais de Trabalho no Brasil e a Função do Direito Diante das Possibilidades de Superação da Forma Capital**. 2. ed. São Paulo: Escola Superior de Advocacia OAB SP, 2020. *E-book*.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A desconstitucionalização do direito do trabalho. **Jornal Trabalhista Consulex**, Brasília, 846, 2001.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Revisão constitucional e direitos sociais. In: **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, jul./dez. 2006. p. 71-77.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **História do direito do trabalho no Brasil**: curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, v. 1: parte II, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2019.

TOLEDO, Roberto Pompeo de. À sombra da escravidão. **Revista Veja**, n. 1.444, 15 maio 1996. Disponível em: <<http://www.jornaldepoesia.jor.br/pompeu01.html>>. Acesso em: 6 nov. 2021.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito** - Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, v. I., 1994.

WARAT, Luis Alberto. **Territórios desconhecidos**: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina**. In: IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDConst. Anais eletrônicos Curitiba, PR: ABDConst. 2011. p. 143-155. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/anaiscompletos.pdf>>. Acesso em: 6 nov. 2021.