



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

UMA LEITURA DO RE590.415/SC À LUZ TEÓRICA DE GIORGIO AGAMBEN:
EXCEÇÃO E PRECARIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

Marina Gabriela Silva de Camargos

Brasília

2017

Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Curso de Graduação em Direito

Marina Gabriela Silva de Camargos

UMA LEITURA DO RE590.415/SC À LUZ TEÓRICA DE GIORGIO AGAMBEN:
EXCEÇÃO E PRECARIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

Trabalho de conclusão de curso apresentado
como requisito parcial para a obtenção do grau
de Bacharel em Direito pela Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília – UnB.
Orientador: Professor Doutor Wilson Roberto
Theodoro Filho

BRASÍLIA

2017

Marina Gabriela Silva de Camargos

UMA LEITURA DO RE590.415/SC À LUZ TEÓRICA DE GIORGIO AGAMBEN:
EXCEÇÃO E PRECARIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

Trabalho de conclusão de curso apresentado
como requisito parcial para a obtenção do grau
de Bacharela em Direito pela Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília – UnB.
Orientador: Professor Doutor Wilson Roberto
Theodoro Filho

Brasília, 03 de julho de 2017

Banca examinadora:

Professor Doutor Wilson Roberto Theodoro Filho

Professor Orientador

Professor Doutor Cristiano Paixão

Membro da banca examinadora

Professor Doutor Paulo Blair

Membro da banca examinadora

Professor

Membro suplente da banca examinadora

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a Deus que permitiu os motivos de todos agradecimentos que se seguem.

Ao professor Wilson Theodoro, pela gentileza e presteza de sempre e, sobretudo, pela confiança neste trabalho e em mim. À banca, pela delicadeza de aceitar o convite de uma jovem pesquisadora e pelas sugestões que tornaram este trabalho menos lacunar.

Aos meus pais, Samuel e Cidinha pelo amor, paciência, apoio e pelo indizível. Pela consequência inevitável que eu sou de vocês. Ao meu irmão e melhor amigo, Samuel Júnior, por absolutamente tudo que você me inspira, você é o meu maior orgulho.

A toda minha família, especialmente, ao tio Luis e tia Hilda, meus segundos pais, pela acolhida e carinho. Nunca encontrei meios que contemplassem a minha tamanha gratidão por tudo que os senhores fizeram por mim. À minha madrinha Maria Salete, pelas horas dedicadas em minha educação primária, a todo incentivo e força transmitida quando os obstáculos de cada frase pareciam maiores do que a mim. Em cada linha escrita nesta monografia, há um pouco de você, Tetetinha.

Ao meu companheiro de vida, Edson de Sousa, pela persistência no apoio, pela poesia de cada dia e pelo o que ainda, juntos, haveremos de viver.

Ao Agamben, o meu gato, que acompanhou a escrita de cada página deste trabalho entre um cochilo e outro no meu colo. Meu terapeuta holístico favorito e a minha melhor procrastinação.

Às amigas e aos amigos que junto a mim se deslocaram nestes cinco anos e meio, uns desde o início, outros já no findar, mas todas e todos imprescindíveis: Adriana Araújo, Cássia Kinoshita, Janaína Albuquerque, Mateus Jafalice, Marcus Rabelo, Natasha Viana, Pedro Argolo e Sorhaya Allana. E, claro, a todos colegas inominados que tanto alegram meus dias na sala de aula.

À Universidade de Brasília, minha casa, pelas vivências e pelos encontros seguidos de desencontros e encontros novamente. Pela saudade que já sinto.

Por fim, a todos aqueles que, em meio de inúmeros percalços, descaminhos e exceções, ainda mantem a fé, arregaçam as mangas e lutam por justiça social.

“(…)

*E se somos Severinos
iguais em tudo na vida,
morremos de morte igual,
mesma morte Severina:
que é a morte de que se morre
de velhice antes dos trinta,
de emboscada antes dos vinte
de fome um pouco por dia
(de fraqueza e de doença
é que a morte Severina
ataca em qualquer idade,
e até gente não nascida).
Somos muitos Severinos
iguais em tudo e na sina:
a de abrandar estas pedras
suando-se muito em cima,
a de tentar despertar
terra sempre mais extinta,
a de querer arrancar
alguns roçado da cinza (...)*”

Morte e Vida Severina - João Cabral de Mello Neto (1955)

“Por esse pão pra comer, por esse chão pra dormir

A certidão pra nascer e a concessão pra sorrir

Por me deixar respirar, por me deixar existir

Deus lhe pague”

Chico Buarque – Construção (1971)

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o Recurso Extraordinário 590.415/SC, que possibilitou a negociação coletiva acima do texto legislado trabalhista, de modo que se tornou viável mitigar direitos trabalhistas e, até mesmo, suprimi-los, em total descompasso com a ênfase protetiva ínsita ao ramo justralhista. Invocando-se a biopolítica de Giorgio Agamben, nota-se que o Poder Judiciário, em especial o STF, atuou enquanto soberano ao utilizar-se do direito para se efetuar a retirada de direitos trabalhistas, ensejando a situação de exceção nos termos agambenianos. Por corolário, observa-se a migração da força de lei da legislação trabalhista e, em certa medida, da própria Constituição para acordos e convenções coletivos, onde toda arbitrariedade torna-se plenamente realizável. Neste cenário, direito e exceção passam a se indeterminar no seio da precarização do direito do trabalho possibilitada pelo próprio Poder Judiciário.

Palavras-chave: exceção; negociação coletiva; Giorgio Agamben; precarização do direito do trabalho.

ABSTRACT

This present study intends to analyse the Extraordinary Appeal 590.415/SC which permitted trade union and companies bargain above the law on the collective bargaining. As a consequence it made possible to mitigate or even to abolish labor rights what is against the protective emphasis of the labor law. Invoking Giorgio Agamben's biopolitics, it's possible to note the judiciary, especially STF, acted as a sovereign, because using the law it was able to reduce labor rights, resulting in an exception situation according to Agamben's theory. As a consequence, note that force of law – or the enforcement of law – from labor legislation and, even from the Constitution, migrate to collective agreement or convention where every arbitrariness is possible. In this context, the line between law and exception gets confused in the middle of the precariousness of labor law operative by the judiciary.

Key-Word: *exception; collective bargaining; Giorgio Agamben; precariousness of labor law.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 – O NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO	24
1.1. O RE 590.415/SC.....	24
1.2. Modelo normativo heterogêneo e a negociação coletiva no Brasil.....	32
1.3. Funções da negociação coletiva e as suas degenerações.....	34
1.4. Negociação coletiva e os seus limites	38
1.5. A falta da plena liberdade sindical e de representatividade	41
CAPÍTULO 2 – ONTOLOGIA EM <i>HOMO SACER</i>: O PODER SOBERANO E A VIDA NUA E ESTADO DE EXCEÇÃO. <i>HOMO SACER</i>, II, I	49
2.1. Agamben e a biopolítica.....	49
2.2. A soberania como bando	52
2.3. Estado de exceção e força de lei.....	59
2.4. O campo e a intensa produção de vida nua	64
CONCLUSÃO	72
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	87

INTRODUÇÃO

Jürgen Habermas (1997, p. 343-344), em *Direito e Democracia – Entre Facticidade e Validade*, utiliza-se do conceito operativo de paradigma, nos termos colocados por Thomas Kuhn, para compreender as tensões entre legalidade e legitimidade e o papel da jurisdição constitucional nas sociedades contemporâneas. Nesse sentido, aplicado ao direito, paradigma é um conjunto de ideias, conceitos, percepções, possibilidades, potenciais restrições e implícitos ao sujeito cognoscente sobre os quais se assentam tanto determinada teoria jurídica quanto a própria práxis dela em determinada comunidade.

Mais propriamente, paradigmas são “realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência” (KUHN, 2003, p. 13). Existem dois sentidos para o termo paradigma, de um lado indica “toda a constelação de crenças, valores, técnicas etc., partilhadas pelos membros de uma comunidade determinada” (KUHN, 2003, p. 220), funcionando como uma espécie de “lente”, por onde se pode enxergar o mundo, constituído da vivência social de cada indivíduo, de suas práticas sociais, que moldam sua visão de mundo, aguçando sua percepção em certos aspectos, e cegando em outros. Por outro lado, “denota um tipo de elemento dessa constelação: as soluções concretas de quebra-cabeças que, empregadas como modelos ou exemplos, podem substituir regras explícitas como base para solução dos restantes quebra-cabeças da ciência normal” (KUHN, 2003, p. 220). Nota-se aí uma relação circular entre tais definições, vez que o paradigma é o que uma comunidade de cientistas compartilha e, concomitantemente, a comunidade de cientistas consiste num grupo que compartilha um paradigma.

Vale ressaltar também, quanto ao entendimento proposto pelo filósofo alemão da teoria do agir comunicativo, que o paradigma não é absoluto e não consiste numa verdade fixada, pois à medida em que novas inquietações surgem e não são abarcadas pelo paradigma vigente, este se mostra propenso a uma ruptura, um salto, e logo um novo paradigma emergirá, trazendo consigo uma nova reconfiguração. Ou seja, quando um paradigma cessa de fornecer repostas adequadas, criando muitas exceções à regra, faz-se necessária a criação de um novo paradigma (HABERMAS, 1997, p. 343).

Ademais, Habermas – e o constitucionalismo democrático contemporâneo, de maneira geral –, caracteriza, sumariamente, o processo histórico pelo qual o direito moderno

rompe com compreensões pré-modernos que anteriormente o articulavam. Nesse sentido, a pré-modernidade (período antigo-medieval) estrutura-se a partir de relações de servidão em que não há ainda Estados nacionais plenamente formados. O indivíduo não era analisado (ou, poderia ainda se dizer, inventado?) segundo suas particularidades e sim como parte do corpo social a que pertencia. Liberdade era entendida enquanto uma ideia interna, com que cada pessoa deveria domar seus instintos a fim de se ver livre das volúpias mundanas; já a igualdade, para além do matiz religioso de então, não cabia numa sociedade ainda organizada num sistema estamental rígido (CARVALHO NETTO, 2004, p. 30-32).

Na modernidade, com o Estado já constituído e deslocados vários dos conceitos que anteriormente articulavam o sistema jurídico das sociedades pré-modernas, o indivíduo torna-se sujeito de direitos. Entretanto, nesse momento histórico a ideia de liberdade vem atrelada à noção de propriedade (seja da capacidade de trabalho, seja dos meios que possibilitam o trabalho), vez que cada um é, minimamente, dono de si próprio e, portanto, formalmente igual. Sob a dita configuração, todos os indivíduos, em seu aspecto formal, são iguais e livres justamente na qualidade de proprietários (CARVALHO NETTO, 2004, p. 32).

Assim, a ideia operativa do indivíduo sujeito de direitos é assegurada pela criação de um Estado que cerceia a liberdade dos indivíduos e que atua meramente resguardando o aspecto formal da liberdade (de contratar) entre sujeitos formalmente em igualdade de condições. Há, portanto, uma nítida distinção, na modernidade, daquilo que se refere ao estatal e do que é privado. Ainda nessa perspectiva, observa-se que o direito privado é preservado na medida em que o indivíduo pode agir no silêncio da lei, ou seja, lhe é permitido fazer tudo o que lei não vede. Adversamente, o Estado só pode agir quando expressamente permitido pelo Direito, atuando minimamente para que não se enquadre enquanto um Estado autoritário e manipulador das vontades individuais (CARVALHO NETTO, 2004, p. 32-33).

Isto posto, com a modernidade emerge a crença de que a sociedade é uma comunidade de homens livres e iguais, co-autores das leis que regem seu viver em comum. Assim, o que anteriormente era relacionado com a ideia de privilégio, de restrição a uma classe social ou uma casta qualquer, passa a ser um conjunto de direitos comuns e formalmente disponíveis a todos (CARVALHO NETTO, 2004, p. 30-31).

Ainda neste sentido, Habermas ateu aos chamados paradigmas constitucionais, enfatizando a maneira como se inter-relacionam e se sucedem historicamente em três

momentos: Estado de Direito ou Liberal, Estado Social ou Estado de Bem-Estar Social e Estado Democrático de Direito.

O paradigma do Estado de Direito, com base no pensamento burguês, cingiria liberdade e igualdade no sentido estritamente formal, ou seja, na realidade, os indivíduos não gozavam do que a constituição abstratamente fazia alusão. Por isso, houve na história um momento de grande exploração do homem pelo homem e do aumento das disparidades sociais (CARVALHO NETTO, 2004, p. 34).

Diante dessas assimetrias emergiria, no fim da Primeira Guerra (1914-1918), o segundo paradigma constitucional conhecido como Estado do Bem-Estar Social, quando a interpretação do Direito sobre a questão da liberdade e igualdade seria modificada, passando para uma maior materialização a fim de sanar as diferenças entre ricos e grupos vulneráveis que, neste paradigma, seriam contemplados por meio de uma relação de proteção, devido à sua condição de hipossuficiência, tendo acesso à saúde, educação, às leis trabalhistas, entre outros (CARVALHO NETTO, 2004, p. 34-35). Porém, tal paradigma mostrar-se-ia frágil ao longo da segunda metade do século XX em que emergiriam movimentos coletivos frutos de uma sociedade mais complexa e plural que já não se enquadrava mais na imposição estatal de direitos sociais massificados que tal paradigma preconizava (CARVALHO NETTO, 2004, p. 36-37).

Como terceiro paradigma constitucional, o chamado Estado Democrático de Direito, que, segundo a doutrina constitucionalista, proporia a reanálise dos institutos jurídicos constitucionais dos paradigmas anteriores. O Estado Democrático de Direito seria o paradigma que ultrapassaria ambos os modelos, com que o Estado liberal, que contribuiu para a distorção dos conceitos de liberdade e igualdade e que descambou para a máxima exploração do homem pelo homem, e o Estado de Bem-Estar social, que culminou num Estado forte que enquadrou os indivíduos em meros clientes, seriam excedidos e interpretados à luz um do outro (CARVALHO NETTO, 2004, p. 37).

Nesse sentido, o Estado Democrático de Direito surge como promotor dos direitos difusos¹, que compreendem os direitos ambientais, do consumidor e da criança, dentre

¹ Ao intento de negar qualquer presunção de evolução em uma passagem de um paradigma para o outro, é interessante destacar que a cada novo paradigma, engendram-se novas aquisições por certo, mas não se olvida das conquistas fomentadas nos paradigmas passados, estas são reinventadas e reinterpretadas à luz do paradigma mais recente.

outros. São direitos cujos titulares, na hipótese de dano, não podem ser clara e nitidamente determinados. O Estado, quando não diretamente responsável pelo dano verificado foi, no mínimo, negligente no seu dever de fiscalização ou de atuação criando uma situação difusa de risco para a sociedade e os conceitos de Estado, cidadania e democracia.

Outro traço deste paradigma seria o da crença no poder judiciário como o responsável por zelar pela legalidade e segurança jurídica, ao passo que, em virtude da densificação normativa e da aplicação do direito, não cabe, neste contexto, a simples subsunção do fato à norma, mas se passou a se exigir do magistrado um incremento de sua interpretação no sentido de ser sensível a uma “leitura das regras, suas contextualizações e inter-relações, e ao possibilitarem a integração construtiva da decisão adequada de um *hard case*” (CARVALHO NETTO, 2004, p. 39). Nestes termos, Carvalho Netto (2004, p. 38) aponta:

Podemos verificar a profundidade das exigências pressupostas sob o paradigma do Estado Democrático de Direito se tomarmos, com Habermas, “a teoria do Direito de Dworkin como nosso fio condutor, pois, lidamos inicialmente com o problema da racionalidade, tal como posto por uma prestação jurisdicional (*Rechtsprechung*), cujas decisões devem cumprir simultaneamente os critérios da certeza jurídica e da aceitabilidade racional. Deste modo, no paradigma do Estado Democrático de Direito, é de se requerer do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e regras constitutivos do Direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do Direito, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto.

Por fim, de acordo com a compressão sugerida por Habermas (1997), o Direito seria um espaço aberto de construção e desconstrução, no qual cada comunidade com a sua individualidade auxiliaria na sua formação, proporcionando um espaço para a discursividade no processo pelos destinatários da norma, o que possibilita a auto inserção dos indivíduos no sistema. O cidadão seria, portanto, um intérprete autêntico da Constituição. Neste paradigma, o Estado permaneceria como o centro da Esfera pública, deixando, no entanto, de ser visto como seu único ator, bem como a soberania passa a ser enquadrada enquanto um lugar vazio, construído e reconstruído cotidianamente.

Passado breve quadro sinóptico de alguns fundamentos da teoria habermasiana que pressupõe boa parte dos teóricos contemporâneos do direito constitucional, com ênfase na separação estrita entre democracias e regimes de exceção adotada por estes, passa-se à análise da relação entre direito trabalhista e o paradigma do Estado do Bem Estar Social.

Surgido no paradigma do Estado Social², o direito do trabalho revelou-se como marco diferencial ao paradigma anterior, pois trouxe para o âmbito da tutela do direito setores tradicionalmente destituídos de riqueza e poder.

O Direito do Trabalho, desde de seu nascimento, cumpriu e tem cumprido funções específicas de grande relevo na vida econômica, social e cultural da humanidade, realizando, pela primeira vez na História, o contraponto do imaginário de trabalhadores aos antes irreprimíveis imperativos do moinho manejado pelas forças econômicas (DELGADO, 2015, p. 71)

Ao passo que o direito, até o advento da democracia contemporânea, sempre desempenhou o papel de *confirmar e sedimentar situações fáticas de desequilíbrio de poder*³ (DELGADO, 2015, p. 72), não se atendo tanto a sua função civilizatória; o direito do trabalho, como disciplina a doutrina especializada, pretendeu inverter tal matiz de dominação do direito, possibilitando que setores economicamente desamparados fossem abarcados pelo campo jurídico (DELGADO, 2015, p. 74).

Com o alvorecer da democracia contemporânea, a função tradicional⁴ e dominante do direito perdeu a sua centralidade, vez que passou a conviver o incidente papel democrático do direito, voltado, sobretudo, para a inclusão social e econômica de grande parcela da população. Segundo informa a doutrina, tal viés democrático do direito consubstancia no seu papel civilizatório (DELGADO, 2015, p. 74).

Logo, não obstante o direito do trabalho seguir cumprindo a função clássica imputada ao direito, qual seja, a de “regular condutas, interesses, relações e instituições, estruturando a convivência social e pacificando conflitos”, pretende a seara trabalhista trazer

² O Estado Social de Direito sucede ao Estado Liberal de Direito. Este “*consubstancia o primeiro marco do constitucionalismo. Tem como fulcro as revoluções liberais dos Estados Unidos da América e da França ocorridas na segunda metade do século XVIII, com seus respectivos documentos constitucionais*” (DELGADO, 2015, p. 36), ainda neste paradigma, as liberdades individuais – tais como a liberdade de opinião, de locomoção, de reunião, manifestação de pensamento – foram afirmadas, não obstante apenas as elites proprietárias pudessem fazer o pleno uso destas (DELGADO, 2015, p. 37). Já o paradigma do Estado Social de Direito, situado na segunda década do século XX, traduz uma transição para um processo de democratização da sociedade política e civil, vez que os direitos e liberdade antes fruídos só pela elite avança em direção às grandes massas da população, bem como a intervenção do Estado na sociedade e na economia foi autorizada (DELGADO, 2015, p. 39-40).

³ Neste sentido, Delgado (2015, p. 72) sustenta que “*efetivamente, o Direito, em seus distintos segmentos, corroborava a desigualdade de poder existente na vida social, nas inúmeras e mais relevantes manifestações dessa desigualdade. Relações de propriedade, de trabalho, familiares, de gênero, de poder político, etc. Trata-se, de certo modo, de um Direito da Desigualdade – instituidor, avalista e reproduzidor da desigualdade no plano da sociedade civil e da sociedade política*”.

⁴ Delgado (2015, p.72) traduz a clássica e tradicional função do direito como sendo a de “*regular condutas, interesses, relações e instituições, estruturando a convivência social e pacificando conflitos*”

com consigo inovações do direito advindas do contexto democrático. Delgado (2015, p. 77) destaca as seguintes funções do direito do trabalho:

a) buscar a melhoria das condições de pactuação e gestão do trabalho na vida econômica e social; b) garantir uma evolução econômica do tipo progressista no plano do capitalismo; c) assegurar uma influencia civilizatória e democrática no contexto da sociedade civil e da sociedade política. É claro que se pode aferir a presença de uma quarta função, em aparente contraponto às três precedentes: d) função conservadora, resultante de seu papel de cimentar as bases de continuidade das próprias sociedades e economia capitalistas

Ressalta-se o papel de *buscar a melhoria das condições de pactuação e gestão do trabalho na vida econômica e social*, que Delgado (2015, p. 79) assim assenta:

O novo segmento jurídico despontou a partir da segunda metade do século XIX como notável instrumento de restrição do poder empresarial no plano da contratação e gestão trabalhista, elevando, por meio de norma jurídica imperativa, as condições de inserção da força de trabalho no capitalismo. O Direito do Trabalho não somente diminuía o império do polo empresarial no contrato de emprego, como também impunha condições contratuais cogentes, de modo a aperfeiçoar e elevar o nível da contratação e da gestão trabalhista (destacou-se)

Esta função logo revela uma das peculiaridades do direito do trabalho que é a de reger a relação entre o empregado e o empregador, que é maculada pelo desequilíbrio de poderes, pois o obreiro é reconhecido juridicamente como hipossuficiente. Isto é, no contrato de trabalho, em seu plano fático, há um desequilíbrio entre as partes, vez que o empregado, que se figura como hipossuficiente, não possui o mesmo poderio que o patronado na estipulação contratual (DELGADO, 2012, p. 193).

Assim, a fim de minimizar as patentes diferenças fáticas entre os sujeitos – patronato e empregados –, e em consonância com o disposto na ordem constitucional, pode-se dizer que o direito do trabalho “estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente” (DELGADO, 2010, p. 193).

O ramo trabalhista se estabelece como um ramo eminentemente teleológico cuja finalidade volta-se para a proteção à parte hipossuficiente da relação de trabalho, qual seja, o trabalhador. Deste modo, conta o Direito do Trabalho com dispositivos legais e um arcabouço principiológico que refletem e expõem a face protetiva do ramo trabalhista, destacando-se, por ora, os princípios da proteção, da indisponibilidade, imperatividade dos direitos trabalhistas e da norma mais favorável.

Considerado o princípio cardeal do ramo justralhista, o princípio da proteção traduz em si a teleologia do direito do trabalho, pois intenta atenuar, no plano jurídico, a diferença inerente ao plano fático do contrato de trabalho. Neste sentido, esclarece-se a importância do princípio em questão como a razão de ser do ramo justralhista, como afirma Delgado (2012, p. 193) que “pode-se afirmar que sem a ideia protetivo-retificadora, o Direito Individual do Trabalho não se justificaria histórica e cientificamente”.

Tamãha importância não encerra o princípio da proteção nele mesmo, mas seu conteúdo protetivo se espalha, inspirando todo complexo de regras, princípios e institutos que formadores da seara trabalhista (DELGADO, 2012, p. 193-194).

O princípio da norma mais favorável, por sua vez, representa uma das faces do princípio cardeal da proteção⁵ e dispõe que o operador do direito do trabalho deve optar pela regra mais favorável ao obreiro seja na fase legislativa, seja no confronto entre regras concorrentes, ou na própria interpretação do direito. Inclusive, tal princípio encontra-se expressamente contemplado na CF/88, conforme atesta Delgado (2015, p. 47):

tão importante quanto esse rol é a circunstância de o mesmo preceito, no *caput* do art. 7º, incorporar o relevante *princípio da norma mais favorável* no corpo constitucional, ao dispor: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, *além de outros que visem à melhoria de sua condição social*”: (grifos acrescidos). Com isso, a Constituição reforçou a imperatividade da ordem jurídica trabalhista infra constitucional que regula os contratos empregatícios na economia e sociedade brasileiras, incentivando também iniciativas de incremento dessa legislação ao longo do tempo

Por fim, o princípio da indisponibilidade do direito do trabalho⁶, ao lado do princípio da imperatividade, impossibilita o afastamento de direitos, vantagens e proteções trabalhistas pela simples manifestação de vontade das partes (DELGADO, 2012, p. 196), demonstrando, assim, que o direito do trabalho é composto por normas de ordem pública, imperativas, de modo que não se pode dele abdicar. Conforme salienta Delgado (2012, p. 196), o princípio da indisponibilidade é possivelmente o veículo principal utilizado pelo

⁵ “Parte importante da doutrina aponta este princípio como o cardeal do Direito do Trabalho, por incluir em toda a estrutura e características próprias desse ramo jurídico especializado. Esta, a propósito, a compreensão do grande jurista uruguaio *Américo Plá Rodríguez*, que considera manifestar-se o princípio protetivo em três dimensões distintas: o princípio *in dubio pro operário*, o princípio da norma mais favorável e o princípio da condição mais benéfica”.

⁶ “parte importante da doutrina aponta este princípio como o cardeal do Direito do Trabalho, por influir em toda a estrutura e características próprias desse ramo jurídico especializado” (DELGADO, 2012, p. 193).

direito do trabalho para tentar igualar, no plano jurídico, a assincronia clássica existente entre os sujeitos da relação socioeconômica de emprego⁷.

Observa-se que tais princípios se comunicam, se mesclam e operam no sentido de refletir e efetivar o fim a que se propõe o ramo justralhista, isto é, aperfeiçoar a pactuação e gestão trabalhista, possibilitando a atenuação das diferenças entre o trabalhador e o empregador. Ora, a par do viés democrático agregado ao direito, a seara justralhista se pretende realizar a sua função inclusiva, pois dita um patamar mínimo civilizatório irrenunciável, conforme anunciam as leituras das doutrinas especializada.

Aliás, a respeito de tal termo, esclarece-se que a invenção doutrinária chamada patamar civilizatório mínimo que, no Brasil, é fixada pela ordem jurídica heterônoma estatal (normas constitucionais em geral, normas infraconstitucionais e tratados e convenções internacionais). Cunhado por Delgado (2012, p. 1313), o patamar civilizatório mínimo remete a direitos tutelados pelo interesse público e que não podem ser subtraídos em qualquer segmento econômico-profissional, sob pena de macular a dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho. Assim, em conjunto com a legislação trabalhista, o texto constitucional descreve direitos irrenunciáveis que retratariam um padrão mínimo civilizatório que não pode ser rebaixado, ao esteio da elevação do trabalho digno ao nível de direito fundamental pela CF/88⁸. Aliás, endossando a questão do trabalho digno, ressalta Delgado (2015, p. 59) que o labor realizado com dignidade é imprescindível para o processo de emancipação e de construção da identidade social e coletiva do trabalhador⁹.

Contrapondo-se à referida matriz teleológica do direito do trabalho, as investidas neoliberais têm se mostrado atualmente intensas e ameaçam a essência do arcabouço vigente, engendrando a chamada precarização da legislação laboral.

⁷ No contrato de trabalho, em seu plano fático, há um desequilíbrio entre as partes, vez que o empregado figura como hipossuficiente, não possuindo o mesmo poderio que o patronado na estipulação contratual (DELGADO, 2012, p. 193)

⁸ Neste ponto, expõe Delgado (2012, p. 1313) que patamar civilizatório mínimo, no Brasil, é fixado pela ordem jurídica heterônoma estatal (normas constitucionais em geral, normas infraconstitucionais e tratados e convenções internacionais). Tal termo, cunhado por Delgado, remete a direitos tutelados pelo interesse público e que não podem ser subtraídos em qualquer segmento econômico-profissional, sob pena de macular a dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho.

⁹ Em citação a Manuel Castells, Delgado (2015, p. 59) aponta que “*identidade* constitui “fonte de significado” para o ser humano, que é organizada e construída necessariamente por meio de processos concomitantes de internalização e de autoconstrução dos atores sociais. Ou seja, a identidade organiza significados quanto à finalidade da ação praticada pelo homem, seja em sua vivência individual ou socializada”

Situada na década de 1970, a agenda neoliberal despontou como resposta a crise do petróleo, colocando em xeque as bases do *Welfare State* europeu e, por corolário, as conquistas do Estado Social de Direito, dentre elas as garantias trabalhistas (ANTUNES, 2009, p. 187). A nova roupagem do liberalismo mantém a lógica do Estado mínimo, perquirindo privatização e desregulamentação de atividades econômicas (DIAS, 2008, p. 53).

A desregulamentação atingiu também o mundo do trabalho, refletida não só pela flexibilização dos direitos trabalhistas, mas pela própria eliminação de normas protetivas ao trabalhador “por entender que tais instrumentos e circunstância são obstáculos à competitividade e ao crescimento, premissas fundamentais para o desenvolvimento econômico” (DIAS, 2008, p. 56). Não assentando apenas nos países de capitalismo central, a tendência em questão espalhou-se para o mundo todo conforme aponta Antunes (2009, p. 187):

O neoliberalismo passou a ditar o ideário e o programa a serem implementados pelos países capitalistas, inicialmente no centro e logo depois nos países subordinados, contemplando reestruturação produtiva, privatização acelerada, enxugamento do Estado, políticas fiscal e monetária sintonizadas com os organismos mundiais de hegemonia do capital, como o FMI e o Bird, desmontagem dos direitos sociais dos trabalhadores, combate cerrado aos sindicalismo de esquerda, propagação de um subjetivismo e de um individualismo exacerbados, dos quais a cultura “pós-moderna” é expressão, animosidade direta contra qualquer proposta socialista contrária aos valores e interesses do capital etc.

Assim, ao arripio da guarida constitucional às prerrogativas obreiras e seguindo a forte competitividade global ampliada pela globalização, as soluções neoliberais aos momentos de crises propõem “a flexibilização extremada das normas jurídicas e a desregulamentação, às vezes radical, do mercado laborativo” (DELGADO, 2015, p. 57), neste sentido, Antunes (2006, p. 87) frisa que:

Sabemos que na era da chamada globalização da economia, os capitais exigem dos governos nacionais a flexibilização (entenda-se precarização) da legislação do trabalho, isto é, o desmonte dos direitos que foram conquistados ao longo de muitas lutas e embates operários. Como a uma lógica capitalista claramente destrutiva, os governos nacionais estão sendo pressionados a adequar sua legislação social às exigências do sistema global do capital, destruindo profundamente os direitos do trabalho

Pode-se dizer que o julgado analisado neste trabalho vai ao encontro da proposta neoliberal, refletindo exatamente o desmonte daquilo que se entendia enquanto direito do trabalho. É que no âmbito do Recurso Especial 590.415/SC, o Supremo Tribunal Federal

(STF) suplantou os marcos caracterizadores do direito do trabalho acima expostos ao possibilitar a renúncia de direitos trabalhistas.

Apostando na autonomia da vontade coletiva, típica do ramo coletivo do trabalho, o ministro relator afirmou que trabalhador deveria buscar a “maioridade cívica”, de modo a “tomar as suas próprias decisões, de aprender com seus próprios erros”¹⁰. Assim, em discordância com a tônica protetiva do ramo juslaboral individual, sobretudo à luz do princípio da indisponibilidade, o referido voto ensejou a renúncia de direitos trabalhistas indisponíveis, sendo seguido pelos demais ministros.

O entendimento prolatado no julgado baseou-se, principalmente, na equivalência entre os entes coletivos no âmbito da negociação coletiva, sem se atentar com maior profundidade quanto alguns óbices estruturais no cerne do sistema sindical que impedem a concretização desta igualdade. Otávio Brito Lopes (2000, p. 2) aponta, neste sentido, que

o intervencionismo estatal e a rigidez da estrutura sindical brasileira, de inspiração corporativista facilitaram a criação e sobrevivência de um sindicalismo artificial e distanciado dos trabalhadores, emperrando o amplo desenvolvimento do processo de negociação coletiva. Considerando-se que este modelo foi parcialmente mantido pela Constituição de 1988, faz-se urgente, antes de mais nada, a sua reformulação, como condição para o alargamento dessa salutar forma de solução de conflitos coletivos de trabalho. Ademais, podemos visualizar o modelo sindical adotado pela Constituição de 1988, pelo seu artificialismo e por se escorar em um regime de liberdade sindical apenas relativa, como elemento limitador da negociação coletiva.

Em apartada síntese, o Banco do Estado de Santa Catarina (BESC) – recorrente – pleiteava não pagar as devidas verbas rescisórias¹¹ à empregada recorrida, em razão da obreira ter se filiado ao Plano de Demissão Incentivada (PDI), o qual previa o recebimento de indenização em detrimento a toda e qualquer verba rescisória. Isto é, a empresa justificou que a obreira, ao vincular-se ao PDI, teria renunciado a todos seus direitos trabalhistas.

Como efeito, a decisão do julgado não só causou a mitigação da hipossuficiência do trabalhador, mas a própria vulneração de todo arcabouço jurídico laboral, vez que sobrepôs ao direito legislado um instrumento negociado entre os sujeitos coletivos, o BESC e o sindicato da categoria profissional. As garantias trabalhistas expressas no arcabouço normativo trabalhista, composto por textos legislativos e por toda uma lógica principiológica, amparado constitucionalmente, foram postas em xeque, já que um simples acordo ou

¹⁰ RE 590.415, STF, p. 18

¹¹ Todo trabalhador tem direito a receber determinadas verbas rescisórias quando do rompimento do contrato de trabalho por prazo indeterminado, seja por pedido de demissão ou por desligamento por decisão da empresa.

convenção coletiva pode lhes ser sobreposto, criando uma efetiva precarização do direito do trabalho.

Ao reforço da tese ora lançada, Dias (2008, p. 58), situando a negociação coletiva no contexto neoliberal e de enfraquecimento da estrutura sindical, percebeu a sua potencial capacidade de ser transformada em “*instrumento de precarização de direitos trabalhistas*”, uma vez que

a sua condução passou a ser escudada nos fundamentos da nova ordem econômica. Assim, sob o império do neoliberalismo, a negociação coletiva, que fora um importante instrumento de conformação e de institucionalização do Direito do Trabalho, passa a ser um elemento de sua destruição.

É interessante observar que a precarização do direito do trabalho não se deu por subterfúgio ou artimanhas outras, senão pelo próprio direito – este entendido como um complexo de instituições e poderes. Isto é, o STF retirou direitos trabalhistas, mitigou o seu teor protetivo, utilizando-se do próprio direito, o que, em última análise, é o próprio desaplicar do direito do trabalho. Percebe-se, logo, que o Judiciário pode ser o ente responsável pela precarização das prerrogativas dos trabalhadores, de modo que o faz por meio de decisões fundamentadas e balizadas pelo próprio direito e que, no caso concreto, resultou o afastamento concreto do conteúdo de normas protetivas ao trabalhador.

Em suma, o julgado que possibilitou a sobreposição do negociado sobre o legislado não abandonou categorias jurídicas, tampouco se deslocou do local jurídico, ao contrário, o direito foi aplicado simultaneamente enquanto se desaplicava, ensejando verdadeira situação de exceção. A presente interpretação aproxima-se do aporte filosófico de Giorgio Agamben, sobretudo quanto à sua teorização a respeito das categorias de exceção, direito e soberania, proposta em *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua* e *Estado de Exceção. Homo Sacer, II, I*.

Sem negar a possibilidade de incorrer em reducionismos, pode-se introduzir Giorgio Agamben como autor da biopolítica absorto em estudos ontológicos sobre as categorias direito e política¹². Em sua obra *Homo Sacer*, o filósofo tenta apreender “o fenômeno da biopolítica e, por consequência, a condição biopolítica da humanidade”

¹² Theodoro Filho (2011, p. 7) pontua que “o pressuposto do pensamento de Agamben, nesse campo, é a avaliação ontológica sobre o direito e a política. A preocupação de seu trabalho, inspirada por Heidegger, é a de desvendar os modos concretos de funcionamento, os modos concretos de (ou do) “ser” da política e do direito. Em diversas passagens de suas obras, o autor insiste em que desvela, em que expõe, as “raízes ontológicas” da política e do direito. Nessa perspectiva, pretende compreender os modos efetivos de exercício do poder, inscritos na estrutura mesma de funcionamento dessas duas dimensões ou sistemas humanos”.

(THEODORO FILHO, 2011, p. 10), sobretudo analisando a maneira com a qual a política se encarrega de capturar a vida (CASTRO, 2016, p. 9). Partindo do pensamento de Foucault, Agamben envereda por um percurso distinto, ao buscar “a intersecção entre o modelo jurídico-institucional e modelo biopolítico do poder” (AGAMBEN, 2010, p. 14), e conclui que a biopolítica é tão antiga quanto à exceção soberana (AGAMBEN, 2010, p. 9). Acrescenta-se que o autor preocupando-se com a face biopolítica dos modelos jurídico-institucionais percebe que o direito é o meio pelo qual a soberania chega até a vida, capturando-a e sempre o faz por meio da sua exclusão.

Voltado para os estudos ontológicos, Agamben debruça-se sobre as categorias de soberania, direito e exceção e procura extrair as relações entre estas. Aponta que soberano é aquele decide sobre a exceção, ou melhor, delimita os limites do ordenamento jurídico, na medida em que tem capacidade de suspender o direito e deixar vigorar a exceção. Por sua vez, o direito, quando suspenso, não deixa de existir, aplica-se à exceção desaplicando-se. Aliás, Agamben (2010, p. 35), vislumbrando a conexão entre direito e exceção, redefine o conceito da soberania como estrutura originária que busca ancoragem no direito para, assim, se referenciar à vida, que se apresenta excluída como exceção:

Se a exceção é a estrutura da soberania, a soberania não é, então, nem um conceito exclusivamente político, nem uma categoria exclusivamente jurídica, nem uma potência externa ao direito (Schmitt), nem a norma suprema do ordenamento jurídico (Kelsen): ela é a estrutura originária na qual o direito se refere à vida e a inclui em si através da própria suspensão. Retomando uma sugestão de Jean-Luc Nancy, chamemos bando (do antigo termo germânico que designa tanto a exclusão da comunidade quanto o comando e a insígnia do soberano) a esta potência (no sentido próprio da *dýnamis* aristotélica, que é sempre também *dýnamis mē energein*, potência de não passar ao ato) da lei de manter-se na própria privação, de aplicar-se desaplicando-se. A relação de exceção é uma relação de bando. Aquele que foi banido não é, na verdade, simplesmente posto fora da lei e indiferente a esta, mas é abandonado por ela, ou seja, exposto e colocado em risco no limiar em que vida e direito, externo e interno, se confundem. Dele não é literalmente possível dizer que esteja fora ou dentro do ordenamento (...). É neste sentido que o paradoxo da soberania pode assumir a forma: “não existe um fora da lei”. A relação originária da lei com a vida não é a aplicação, mas o Abandono. A potência insuperável do *nomos*, a sua originária “força de lei”, é que ele mantém a vida em seu bando abandonando-a.

Em suma, soberania, à luz teórica de Agamben, abarca a vida por meio do direito e este sempre o faz por meio da exceção: a vida é incluída no direito somente na sua exclusão. Ilustrativamente, o direito se suspende para incluir em si a exceção; neste movimento, a vida é nele incluída, capturada por fora, como a exceção.

Aproximando-se o julgado da teorização agambeniana, observa-se que quem ocupa o importante papel de soberano é o Poder Judiciário, em especial o STF, posto que tem o poder de decidir sobre o que é aplicável e desapplicável quanto às prerrogativas garantidas ao trabalhador na CF/88. Com efeito, elevar o negociado sobre o legislado sugere a própria suspensão do que é direito positivado (e teleologicamente protetivo), para se permitir o vigor da exceção: a renúncia de direitos trabalhistas, a quebra da imperatividade do ramo justrabalhista e a preterição da norma mais favorável ao trabalhador.

Por certo, sobrepor o negociado sobre o legislado enseja a quebra das certezas do direito do trabalho voltado para fins protetivos. A Consolidação das Leis Trabalhistas que se aplicava indistintamente na jurisdição brasileira cede espaço para a assunção da negociação coletiva – acordos e convenções coletivas aplicáveis a determinadas categorias em determinadas localidades – que passam a se delinear independente dos contornos exposto em lei, estando o chamado patamar mínimo civilizatório ameaçado.

O presente trabalho pretende fazer uma análise do julgado do RE 590.4150/SC e, sobretudo, da consequência dele advinda: a possibilidade de se negociar direitos trabalhistas acima do observado pela legislação, inclusive para reduzi-los e, até mesmo, suprimi-los. Para tanto, foi necessário o desenvolver de uma pesquisa documental e bibliográfica. A primeira foi realizada a partir da leitura das razões do STF expostas no julgado do recurso em comento, assim como das decisões anteriores prolatadas na Justiça do Trabalho na sede do mesmo processo. Já em relação à pesquisa bibliográfica, os dados foram coletados por meio da leitura referente à obra de Giorgio Agamben, bem como livros e produções científicas que versam a respeito do instituto jurídico da negociação coletiva e do fenômeno da precarização justrabalhista.

Assim, o trabalho se desenrola em dois capítulos. Antes de se adentrar na teoria agambeniana, destina-se a primeira parte à apresentação do julgado RE 590.415. Analisar-se-á o seu trâmite e fundamentação das decisões na Justiça do Trabalho e no STF, bem como observar-se-á, sobretudo, a consequência da procedência do recurso na corte constitucional, que é, exatamente, a assunção do negociado sobre o legislado. Seguir-se-á analisando o contraponto entre os modelos jurídicos trabalhistas do legislado, até então consolidado no Brasil, *versus* o negociado, que vige, sobretudo, em países de cultura anglo-saxã.

Por fim, restará ao primeiro capítulo aclarar certos conceitos jurídicos e de ordem técnica, bem como assentar como a comunidade jurídica, atualmente, os compreende. Em especial, este capítulo tratará a respeito da negociação coletiva e de seus limites. Sem o intuito de esgotar a interessante e extensa temática, o presente trabalho reserva algumas páginas para tratar de alguns dos sérios problemas que rodeiam a negociação coletiva; cita-se o sistema da unicidade sindical que valoriza a legalidade em detrimento à legitimidade de modo a engendrar a fragilização da representatividade sindical, a degeneração das funções da negociação coletiva com o alargamento da sua função econômica e, por fim, a influência danosa do neoliberalismo na negociação coletiva.

Em seguida, o segundo capítulo introduzirá a ontologia exposta por Agamben em *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua* e, posteriormente, desenvolvida no *Estado de Exceção. Homo Sacer, II, I*. Focando, sobretudo, nas categorias de exceção, direito e soberania, caberá este capítulo estabelecer as relações entre estas, importando demonstrar como a soberania interpela a vida por meio do direito, obtendo como resultado a chamada *vida nua*¹³, uma vida destituída de qualquer qualificação, apenas abandonada à mercê do direito e da vontade soberana.

Demonstrados os conceitos principais e os seus enlaces, por fim, serão tecidos nexos entre a teorização de Agamben e a decisão do STF no âmbito do RE 590.415/SC. Como resposta ao questionamento sempre importante na teoria de Agamben a respeito de quem é o soberano, o presente trabalho vislumbra no STF tal papel, na medida em que, em última análise, tal órgão do judiciário tem o poder de decidir sobre as prerrogativas da classe operária, como fez na decisão.

Na primeira parte, a possibilidade de negociar sobre o legislado será entendida como a suspensão da legislação trabalhista, em termos agambenianos, ao passo que a exceção – a renúncia aos direitos do trabalho, a perda da imperatividade da seara justralhista e a preterição da norma mais favorável – se ascende. Contudo, não se pode dizer que houve o fim da legislação trabalhista, esta se aplica à exceção desaplicando-se, passando simplesmente a operar como forma pura de lei: tem apenas forma de lei, sem prescrever nada.

¹³ Sobre a chamada *vida nua*, cunhada por Agamben, Castro (2016, p. 9) afirma ter arejado a teoria biopolítica: “*não só dá novo impulso às investigações iniciadas por Arendt e Foucault, como também reformula o problema central da biopolítica e introduz conceitos novos como o de vida nua*”, podendo esta ser entendida como a vida puramente biológica, destituída de qualquer qualificação. Tal conceito depende do desenvolver das relações entre soberania, direito e estado de exceção, que será abarcada no segundo capítulo.

Isso porque, a legislação trabalhista segue existindo, mas sem qualquer sentido, o que, por sua, vez afeta inclusive o texto constitucional que é onde o ramo juslaboral encontra ancoragem. Frente a esta situação, a força de lei¹⁴ que uma vez era própria da legislação trabalhista desloca-se para simples diplomas coletivos, acordos e convenções coletivas, antes destituídos de tal pujança, ocasionando, em verdade, um desmonte daquilo que se entendia por direito, que passa a se entrelaçar com aquilo que se entendia enquanto exceção. Logo, a consequência do julgado analisado aproxima-se do que Agamben denomina por estado de exceção.

Em segundo momento, focar-se-á no sujeito trabalhador, que a cada dia percebe-se mais despojado de suas garantias trabalhistas. À mercê da vontade soberana, o operariado é trazido ao centro da política apenas para o expurgo de suas prerrogativas, sendo o reflexo deste julgado apenas um destes casos de irrefutável precarização do mundo do trabalho advindo de um contexto maior de flexibilização. Assim, vislumbra a violenta relação de exceção com que a figura do operariado tem com o direito: é incluído unicamente na medida em que é/está sendo excluído.

Observa-se que, no caso concreto, que o direito não foge daquilo que a teorização biopolítica de Agamben lhe imputa: é o meio pelo qual a soberania alcança e vida e, assim, produz a *vida nua*, vida alheia a qualquer qualificação senão a simples vida biológica. Neste ponto, tratará o último capítulo de trazer ao cotejo a figura do *homo sacer* e a figura do trabalho ao abandono do direito, bem como será exposto os limites de tal comparação e da própria aplicação e adequação da teoria de Agamben às pretensões deste trabalho em epígrafe.

¹⁴ Por ora, cabe apenas ressaltar que tal termo remete a obra de Derrida que a compreende, sumariamente, como fundamento místico da autoridade: obedece-se a lei não em razão da justiça que dela emana, mas em virtude de sua força de lei, que remete à violência que a originou (DERRIDA, 2010, p. 21).

CAPÍTULO 1 – O NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO

O presente capítulo apresentará os principais fatos e argumentação expostos nos julgados do caso concreto, especialmente a divergência interpretativa entre os julgados no âmbito do TST e o STF. Isso porque a Corte Trabalhista entendeu não ser possível a quitação plena e irrestrita das verbas trabalhadas pelo simples fato da reclamante ter aderido ao PDI, instrumento resultante de negociação coletiva. Em contrapartida, o STF reformou tal julgado por entender o exato oposto: a adesão ao plano tem sim o condão de quitar todas e quaisquer verbas trabalhistas que poderiam ser requeridas daquele contrato de trabalho. Assim, o posicionamento do Supremo possibilitou a abertura de um novo precedente permissivo à negociação coletiva acima do disposto em lei, com abertura ainda de poder reduzir e suprimir direitos do trabalho, em patente descompasso com o sistema jurídico trabalhista legislado consolidado até então.

Para a melhor compreensão da consequência do julgado em comento, este capítulo tratará dos espaços e limites reservados à negociação coletiva no ordenamento jurídico brasileiro, que se desenrola como *autônoma não obstante subordinada*, demonstrando as diferenças com o modelo de normatização adotado nos Estados Unidos e Inglaterra – *autônomo e privatístico*. Enfrentar-se-á aqui também algum dos problemas que circundam a negociação coletiva, como a sua degeneração frente à hegemonia da função econômica e a ausência da plena liberdade sindical que enseja a valorização da representação formal em total detrimento a real representatividade da classe trabalhadora.

1.1. O RE 590.415/SC

O processo ora analisado se iniciou em meados de 2004, no estado de Santa Catarina, quando a ação foi distribuída para 5ª Vara de Trabalho de Florianópolis sob a numeração única 573500-40.2004.5.12.0035. Pretendia a reclamante afastar a quitação do contrato de trabalho decorrente de sua adesão ao Programa de Dispensa Incentivada, vez que pleiteava a integração salarial de horas extras pré-contratadas e da diferença do pagamento da multa de 40% do FGTS em razão dos expurgos inflacionários.

É que em 08 de outubro de 2002, a autora aderiu ao PDI promovido pelo BESC. Transcreve-se o verso termo de rescisão contratual assinado pela reclamante (p. 289 dos autos):

Pelo presente termo de rescisão reitero a minha expressa renúncia a qualquer estabilidade ou garantia no emprego da qual seja titular, respaldado no Acordo Coletivo de Trabalho que autorizou a presente renúncia, bem como declaro que concordo em transacionar o objeto de todo meu contrato de trabalho com BESC, nos moldes definidos pelos artigos 1.025 a 1.036 do Código Civil Brasileiro, implicando a plena, geral e irrestrita quitação de todas as verbas decorrentes do extinto contrato de trabalho, não havendo sobre ele nada mais a reclamar nem pleitear a qualquer título. O valor da transação corresponde à quantia descrita na parcela p2, identificada no demonstrativo anexo, e que faz parte integrante e inseparável do presente termo de rescisão do contrato de trabalho. O valor descrito na parcela p2 está sendo utilizado para transação dos direitos duvidosos aqui especificados nos seguintes percentuais: jornada de trabalho e horas extras (12,00%), diferenças salariais (5,00%); equiparação salarial, dupla atividade ou desvio de função (10,00%); reajuste ou desvio de função (10,00%); reajuste salarial determinado nas convenções coletivas (7,00%); participação nos lucros e resultados (1,00%); diferenças salariais decorrentes e reversão ao cargo efetivo (3,00%); incorporação de gratificações e comissionamentos (4,00%); pré-contratação de horas extras (20,00%); gratificação semestral (1,00%); gratificação de função (5,00%); anuênio (2,00%); aumento compensatório especial (1,00%); equiparação salarial (6,00%); ajuda de deslocamento noturno (1,00%); gratificação e quebra de caixa (3,00%); incorporação de diárias e ajuda de custo (5,00%); auxílio creche (1,00%); gratificação e digitador (1,00%), ajuda alimentação (1,00%); adicional noturno e insalubridade (1,00%); participação nos lucros (1,00%); ajuda cesta básica (1,00%); adicionais de insalubridade, periculosidade e de transferência (2,00%).

Neste ponto, faz-se necessário esclarecer, sumariamente, como se entende ordenamento jurídico o instituto da dispensa. A dispensa é o ato que finda o vínculo contratual de trabalho por parte do empregador. No Brasil, a dispensa é um direito potestativo¹⁵ do patronato, podendo ser exercido unilateralmente e a qualquer tempo. Nem mesmo é necessária a exposição de motivo, pois há a modalidade da dispensa sem justa causa. Tal direito potestativo, no entanto, é excetuado nos casos de estabilidade previstos na legislação¹⁶.

A dispensa coletiva, por sua, pode ser compreendida como a espécie de despedida que “atinge um grupo significativo de trabalhadores vinculados ao respectivo estabelecimento ou empresa, configurando uma prática maciça de rupturas contratuais” (DELGADO, 2012, p. 1065). Em que pese a conceituação doutrinária, a dispensa coletiva ou *lay off* não encontra previsão em diploma legislativo¹⁷, de modo que seus limites e contornos ficam a cargo dos

¹⁵ Godinho Delgado (1996, p. 181) define poder potestativo como “prerrogativa assegurada pela ordem jurídica a seu titular de alcançar efeitos jurídicos de seu interesse mediante o exclusivo exercício de sua própria vontade. O poder, em suma de influir sobre situações Jurídicas de modo próprio, unilateral e automático”.

¹⁶ Como exemplo de estabilidade, pode-se citar a destinada a empregada gestante (artigo 20, III, b, dos ADCT), estabilidade acidentária (artigo 118 da Lei 8.213/91), estabilidade sindical (artigo 8º, VIII, da Constituição Federal), entre outras.

¹⁷ Não obstante a inexistência de lei a respeito da dispensa coletiva, cumpre ressaltar que o Ministério do Trabalho e Emprego tratam do assunto por meio de duas portarias, a de nº 3.218/87 e a de nº 01/92. A primeira “regula o acompanhamento das demissões coletivas, orientando para a busca de soluções alternativa, que evitem a ocorrência dos desligamentos coletivos, como por exemplo a redução provisória de remuneração perante norma coletiva; e a segunda de nº 01/92, que determina que o Ministério realize fiscalização nas empresas em

tribunais ao se depararem com casos concretos. Não obstante as controvérsias atinentes ao tema, um dos pontos pacíficos na jurisprudência é a negociação coletiva como pressuposto de validade da dispensa coletiva. Em suma, é imprescindível participação dos sindicatos obreiros nestes atos demissionais, que, pela extensão, ocasionam um grande impacto socioeconômico.

Neste quadro, os chamados Planos de Demissão Incentivada (PDI) têm se mostrado uma alternativa à demissão coletiva; por meio do plano, ao qual os empregados aderem, abrem mão de suas verbas trabalhistas e demais direitos decorrentes da relação trabalhista, mediante uma contraprestação pecuniária, em patente descompasso com o princípio da indisponibilidade. Repisa-se ainda que o PDI também resulta da negociação coletiva.

Volvendo para análise da lide, em sede de sentença, o mérito da demanda foi julgado improcedente e, após tal decisão, houve a interposição de recurso ordinário pela autora. Neste, a reclamante arguiu a nulidade por negativa de prestação jurisdicional¹⁸ e reiterou o pedido de ter a quitação do contrato de trabalho afastada.

A Egrégia 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (TRT-12), em suas razões de decidir, não acolheu a preliminar e, no mérito, reconheceu a existência de transação entre as partes, fundamentando que:

O empregado pratica ato jurídico perfeito e acabado, cuja desconstituição pressupõe vício insanável relativamente à capacidade dos agentes, à licitude do objeto e à obediência à forma legal estabelecida para realização do ato. Estando em termos quanto à constituição inexistindo prova de qualquer vício de consentimento que comprometa, sob pena de ferir-se a Constituição Federal (art. 5º, inciso XXXVI), impõe-se o reconhecimento da transação, mormente quanto a quitação de todos os direitos trabalhistas constou expressamente do termo rescisório (p. 1 do acordo regional).

Com a manutenção da sentença no Regional, novamente a autora interpôs recurso, por ora o de revista, direcionando a lide para o Tribunal Superior do Trabalho, órgão responsável pela uniformização da jurisprudência trabalhista.

caso de dispensa em massa. A ineficácia de tais regramentos é flagrante, tendo em vista que tratam-se de meras portarias de orientação interna do Ministério, não havendo coercibilidade em tais normas, e diferentemente não poderia ser, pois apenas uma lei complementar poderia regulamentar tais regras com força coercitiva” (VIALÓGO e NEGREIROS, 2012, p. 289) (sic)

¹⁸ A CF/88 em seu artigo 93, inciso IX prevê: “Art. 93 Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”

A recorrente renovou a arguição da nulidade pela negativa de prestação jurisdicional e sustentou o atrito do acórdão regional com a Orientação Jurisprudencial nº 270 da SBDI-1/TST¹⁹ e com a Súmula 330/TST²⁰, a violação do artigo 477, § 2^a, da CLT²¹ e colacionou arestos paradigmas com teses contrárias ao entendimento regional. Desta forma, observando a estreita via que é o recurso de revista, intentou a autora enquadrar o apelo recursal nas alíneas “a” e “c” permissivas²² do artigo 896, da CLT.

Em suma, argumentou a autora que a quitação extrajudicial abarca apenas as verbas expressas no recibo, sendo que neste deve estar contido a natureza de cada parcela, bem como respectivo valor discriminado²³. Ocorre, conforme transcrito acima, que o recibo

¹⁹ OJ 270 DA SBDI-I. PROGRAMA DE INCENTIVO À DEMISSÃO VOLUNTÁRIA. TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL. PARCELAS ORIUNDAS DO EXTINTO CONTRATO DE TRABALHO. EFEITOS (inserida em 27.09.2002)

A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho ante a adesão do empregado a plano de demissão voluntária implica quitação exclusivamente das parcelas e valores constantes do recibo

²⁰ Súmula nº 330 do TST

QUITAÇÃO. VALIDADE (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

A quitação passada pelo empregado, com assistência de entidade sindical de sua categoria, ao empregador, com observância dos requisitos exigidos nos parágrafos do art. 477 da CLT, tem eficácia liberatória em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo, salvo se oposta ressalva expressa e especificada ao valor dado à parcela ou parcelas impugnadas.

I - A quitação não abrange parcelas não consignadas no recibo de quitação e, conseqüentemente, seus reflexos em outras parcelas, ainda que estas constem desse recibo.

II - Quanto a direitos que deveriam ter sido satisfeitos durante a vigência do contrato de trabalho, a quitação é válida em relação ao período expressamente consignado no recibo de quitação.

²¹ Art. 477 - É assegurado a todo empregado, não existindo prazo estipulado para a terminação do respectivo contrato, e quando não haja ele dado motivo para cessação das relações de trabalho, o direito de haver do empregador uma indenização, paga na base da maior remuneração que tenha percebido na mesma empresa. (Redação dada pela Lei nº 5.584, de 26.6.1970)

§ 2º - O instrumento de rescisão ou recibo de quitação, qualquer que seja a causa ou forma de dissolução do contrato, deve ter especificada a natureza de cada parcela paga ao empregado e discriminado o seu valor, sendo válida a quitação, apenas, relativamente às mesmas parcelas. (Redação dada pela Lei nº 5.584, de 26.6.1970)

²² O recurso de revista somente tem seguimento se preenchido um dos permissivos, caso contrário, o recurso fica trancado no regional, não ensejando sequer a análise do mérito.

Art. 896 - Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

a) derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional do Trabalho, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou contrariarem súmula de jurisprudência uniforme dessa Corte ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal; (Redação dada pela Lei nº 13.015, de 2014)

b) derem ao mesmo dispositivo de lei estadual, Convenção Coletiva de Trabalho, Acordo Coletivo, sentença normativa ou regulamento empresarial de observância obrigatória em área territorial que exceda a jurisdição do Tribunal Regional prolator da decisão recorrida, interpretação divergente, na forma da alínea a; (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

c) proferidas com violação literal de disposição de lei federal ou afronta direta e literal à Constituição Federal. (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

²³ Jurisprudência nomeia de *salário complessivo* ao montante de indistintas parcelas salariais, vedado pela Súmula 91 do TST (DELGADO, 2012, p. 717). Ademais, Delgado (2012, p. 1165) expõe que “dispõe a ordem jurídica que o instrumento rescisório ou recibo de quitação “deve ter especificada a natureza de cada parcela paga ao empregado e discriminado o seu valor, sendo válida a quitação, apenas, relativamente às mesmas parcelas” (art. 477, § 2^a, CLT; grifos acrescidos). Isso significa que os pagamentos devem ser específicos,

consta a nomenclatura de várias parcelas que supostamente estariam contempladas no valor recebido pela obreira, todavia, deixou de observar o respectivo valor de cada parcela, sendo que o percentual de cada parcela não teria o condão de discriminar efetivamente tais valores.

O recurso de revista teve seu seguimento deferido sendo distribuído para a Egrégia 3ª Turma do TST. Indo de encontro aos entendimentos até então prolatados, a Turma decidiu por dar provimento ao recurso da autora, afastando, assim, a quitação ampla e irrestrita do contrato de trabalho em razão da adesão ao PDI.

A Turma conheceu e deu provimento à tese lançada no recurso de revista por reconhecer o atrito entre o acórdão regional e a OJ nº 270 da SBDI-I/TST, fundamentando que a rescisão do contrato de trabalho somente libera o empregador das parcelas expressa e estritamente lançadas no respectivo termo de rescisão e o fato deste afirmar o cumprimento das obrigações trabalhista no decorrer da relação empregatícia não consubstancia quitação alguma nem coisa julgada:

O fato de constar daquele documento que o Reclamante reconhece que sempre foram cumpridas as obrigações decorrentes do contrato de trabalho não é suficiente para que o Reclamado obtenha a quitação liberatória pretendida, já que é incabível a interpretação extensiva que pretende outorgar ao referido documento que, na verdade, não contém quitação alguma, nem possui efeito de coisa julgada.

Não se há falar em transação com os efeitos de coisa julgada a que se refere o artigo 1.030 do Código Civil (redação anterior) quando o documento respectivo, como no presente caso, não contém quitação alguma (p. 3 do acórdão da 3ª Turma do TST).

Em seguida vislumbra a Turma a violação ao artigo 477, § 2º, da CLT, bem como a contrariedade da Súmula nº 330/TST, em razão de não terem cumprido as exigências, para a hipótese de quitação do contrato de trabalho, da assistência sindical, a especificação das parcelas no recibo de quitação, bem como a discriminação dos respectivos valores. Por fim, esclarece que:

Ressalte-se que a natureza do Programa de Incentivo ao Desligamento não é a de quitar todas as parcelas do contrato de trabalho, abonando a conduta ilegal do Reclamado que sonogou direitos trabalhistas a seus empregados durante o curso do contrato de trabalho. Esses programas têm por finalidade apenas adequar o funcionamento da empresa, administrativa ou financeiramente, às alterações do mercado, por meio da redução do seu quadro de pessoal (p. 4 do acórdão da 3ª Turma do TST)

claramente vinculados à respectiva parcela; ou seja, não se considera próprio recibo trabalhista genérico, sem referência clara a parcelas e valores abrangidos. A propósito, mesmo ao longo do contrato, a jurisprudência tem considerado impróprios recibos genéricos, que englobem em um único pagamento, diversas parcelas salariais: trata-se do *salário complessivo*, vedado pela ordem jurídica (Súmula 91, TST)”.

Em face da sucumbência sofrida, o reclamado opôs embargos de declaração seguidos de embargos, vez que as cláusulas normativas do acordo coletivo firmado entre o sindicato da classe obreira e o banco já haviam sido julgadas válidas pela Subseção de Dissídios Coletivos (SDC) do TST.

Ressalta-se que o recurso de embargos é destinado à uniformização interna da jurisprudência do TST, devendo ser oposto quando se encontra decisões de turmas ou órgãos distintos sobre o mesmo tema. O órgão destinatário do referido apelo é a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SBDI-I).

No corpo dos embargos, o BESC indicou a violação aos artigos 5º, XXXVI, e 7º, XXVI, da Constituição Federal²⁴, mas os embargos não foram conhecidos.

Exaurindo a instância trabalhista, restou ao reclamado interceder ao Supremo Tribunal Federal (STF), por meio de recurso extraordinário. Assim o fez, sustentando a afronta ao ato jurídico perfeito, bem como ao reconhecimento à acordos e convenções coletivas expressos nos artigos 5º, XXXVI e 7º, XXVI, da CF/88. O banco afirma que:

O acórdão regional motivou e fundamentou a não aplicação da OJ nº 270 da SDI-1 ao caso, sobretudo quando deu relevo à circunstância especial dos casos de PDI do BESC, que são FRUTO DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA, que culminou em acordo coletivo de trabalho referendado pelo judiciário, como referido no acórdão regional.

Apenas por essa premissa, verifica-se que o acórdão turmário do TST andou mal, merecendo reforma, em relação ao ato jurídico perfeito, eis que está a discutir a validade da transação celebrada, diante da higidez jurídica do ato de adesão do trabalhador ao PDV, o que implica a relevância da tese fundada no **art. 5º, XXXVI, da Constituição da República**.

Ora, se o acórdão regional afirma claramente que houve adesão espontânea da reclamante, com chancela sindical, convalidado o PDI por acordo coletivo, fruto de negociação coletiva, então realmente o acordão turmário merece reforma quando afirma que se aplica a OJ nº 270/SDI, na medida em que a validade do PDI, ante a higidez da adesão do trabalhador foi considerada sob o ângulo das circunstâncias específicas do caso concreto (...)

O acórdão turmário do TST viola a literalidade do artigo 7º, XXVI, da CF/88, tendo em vista que não reconhece o acordo coletivo firmado nos autos, originando de negociação coletiva da qual participou sindicato, deixando de lado uma das notórias garantias constitucionais do ora recorrente (*sic*) (p. 771 do processo)

²⁴ Art. 5º Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

O STF reconheceu a repercussão geral da matéria²⁵ e o recurso foi distribuído para relatoria do ministro Luís Roberto Barroso, que em seu voto – que foi seguido unanimemente pelos demais ministros, deu provimento ao pleito patronal, decidindo que:

A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada, enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado (p. 28 do acórdão do STF)

Para tanto, o ministro explanou que o arcabouço protetivo do direito do trabalho individual não encontrava amparo nas relações coletivas, vez que nestas o que se prevalece é a autonomia da vontade coletiva porquanto empresa e sindicato da classe trabalhadora são entes equivalentes em uma negociação coletiva (p. 14 do acórdão do STF).

Em verdadeira ode à negociação coletiva, o voto expressa o abrigo e a robustez que tal instituto foi contemplado na CF/88, de modo que acordos e convenções coletivas podem ser instrumentos legítimos para suprimir direitos trabalhistas (p. 10 do acórdão do STF). Imputa à negociação coletiva a “atuação terapêutica sobre o conflito entre capital e trabalho e possibilita que as próprias categorias econômicas e profissionais disponham sobre as regras às quais se submeterão, garantindo aos empregados um sentimento de valor e de participação” (p. 18 do acórdão do STF).

Outrossim, apontou que “*a concepção paternalista*” que percorre o direito do trabalho “*atrofia as capacidades cívicas dos trabalhadores*”, porque deveria o trabalhador deveria buscar a “*maioridade cívica*”, de modo a “*tomar as suas próprias decisões, de aprender com seus próprios erros*” (p. 18 do acórdão do STF).

Posterior julgado monocrático (RE 895.759), o ministro Zavascki. reiterado o posicionamento no caso BESC, denegou a anulação de acordo coletivo que excluía o

²⁵ A repercussão geral foi instituída pela Emenda Constitucional nº 45 e regulada pela lei nº 11.418/2006 “que dispõe que o Supremo Tribunal Federal só conhecerá o recurso extraordinário quando a questão constitucional oferecer repercussão geral, ou seja, quando discutir questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico. Vale registrar que, segundo a Lei nº 11.418/2006, há repercussão geral presumida quando a decisão recorrida for contrária a súmula ou jurisprudência dominante do STF” (MENDES, 2015, p. 1123)

pagamento de horas *in itinere* ao trabalhador rural, justificando que os entes coletivos haviam transacionado a retirada deste direito em troca de outras vantagens aos empregados^{26 27}.

Em suma, o caso do BESC possibilitou que a negociação coletiva prevalecesse ao direito legislado, estando em patente descompasso com a imperatividade e indisponibilidade das normas trabalhistas, bem como em contramão do princípio da norma mais favorável.

Reconhece-se, todavia, a previsão constitucional da negociação coletiva, contudo, festejá-la despreocupando-se com seus limites e com a estrutura sindical vigente no Brasil é um tanto quanto irresponsável, ao passo que o direito do trabalho legislado, com sua ênfase protetiva quanto à parte empregada, pode ser vulnerabilizado.

Aliás, a despeito do teor do julgado que permite que a negociação coletiva retire direitos trabalhistas, Delgado (2015, p. 50-51) aponta que a própria CF/88, que fomenta e garante o instituto em questão, também invoca o princípio da norma mais favorável quando do embate entre normas heteronômica e normas coletivas, conforme se extrai do artigo 5º, §§ 1º e 2º e artigo 7º, *caput*²⁸, da CF/88.

Salienta ainda que, excepcionalmente, pode-se afastar o princípio em comento quando o próprio texto legislado permite a prevalência de normas coletivas menos benéficas; é o que ocorre, por exemplo, nos incisos VI, XIII e XIV do artigo 7º da CF/88²⁹ (DELGADO, 2015, p. 51).

²⁶ Retirado de “A prevalência do negociado sobre o legislado e o Supremo Tribunal Federal” de Mauricio de Figueiredo Corrêa da Viegas e Luciano Andrade Pinheiro. Extraído de < <https://jota.info/artigos/prevalencia-negociado-sobre-legislado-e-o-supremo-tribunal-federal-16092016>> Acesso em 22 de maio de 2017.

²⁷ O ministro relator do RE 895.759 (p. 4), Zavascki, relatou que “não se constata, por outro lado, que o acordo coletivo em questão tenha extrapolado os limites da razoabilidade, uma vez que, embora tenha limitado direito legalmente previsto, concedeu outras vantagens em seu lugar, por meio de manifestação de vontade válida da entidade sindical”.

²⁸ Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.

²⁹ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva.

Ora, o julgado analisado permite abdicar do teor protetivo do direito do trabalho, da imperatividade e indisponibilidade de suas normas, bem como do princípio da norma mais favorável em prol da autonomia coletiva privada da vontade que rege as relações coletivas de trabalho. Neste sentido, Dias (2008, p. 55-56) situando a presente discussão no contexto neoliberal, adverte que:

É aqui que podemos situar o florescimento da chamada “crise do Direito do Trabalho”. Após um longo e intenso período de desenvolvimento, nas duas décadas antes do fim do século, o Direito do Trabalho começa a sofrer não somente um abrupto refreamento, mas um processo de inflexão acentuada, seguindo uma tendência de desregulamentação nos sistemas capitalistas avançados, não somente por razões econômicas mas também por motivações sociopolíticas. Esses fatores acentuam a reestruturação do sistema trabalhista em vigor, buscando um modelo desregulado de mercado de trabalho, ou com amplitude das hipóteses de modalização legal, com uma intensificação da autonomia coletiva privada como forma primordial de dirigismo do mercado de trabalho, o que se torna uma característica fundamental do Estado neoliberal.

Assim, pode-se concluir que a prevalência do negociado sobre o legislado encetada pelo Poder Judiciário se coaduna com a agenda do neoliberal, uma vez que possibilita a precarização da seara trabalhista, de modo a desestruturar o sistema justralhista tradicionalmente heterogêneo.

1.2. Modelo normativo heterogêneo e a negociação coletiva no Brasil

A possibilidade de se elevar a transação coletiva ao texto legislado, como decorre dos julgados acima, desponta como uma alteração do modelo jusnormativo que até então era consolidado no Brasil.

A tradição brasileira conta a forte presença do Estado, que por meio de leis esparsas ou pela CLT, regulamenta e modela as relações de trabalho, ainda que haja certo espaço para que os agentes coletivos possam negociar. Contudo, até então, os instrumentos coletivos, frutos da negociação coletiva, não continham liberdade irrestrita de criação de normas, ao contrário, deveriam observar e se balizar de acordo com o expresso na legislação do Estado, uma vez que esta representaria, de acordo com a leitura doutrinária da área, um patamar civilizatório mínimo. Tal modelo recebe o nome de *normatização privatística subordinada* e foi consolidado, sobretudo, na CF/88 que expressamente reconhece acordos e convenções coletivas. Por fim, ressalta-se que este modelo, também chamado de *modelo legislado* (DELGADO, 2015, p. 78).

Os países de cultura anglo-saxã, todavia, especialmente Inglaterra e Estados Unidos, vivenciaram um modelo normativo bastante distinto do *modelo legislado*, pois a regulamentação do trabalho emergia não pela ação legislativa do Estado, mas pela criatividade dos entes coletivos. É o modelo tipicamente negociado de *normatização autônoma e privatística* (DELGADO, 2015, p. 78).

Surgido na industrialização pioneira da Inglaterra, a vivência do *modelo negociado* conta que para a sua efetividade é imprescindível a garantia às prerrogativas dos sindicatos da classe operária, bem como a sua ampla liberdade. Por esse ângulo, aponta Delgado (2015, p. 78) que “cláusulas de manifesto e irremovível incentivo à sindicalização – comumente consideradas inválidas (...) [*no modelo legislado*] – são acolhidas e generalizadas, fortalecendo sobremaneira a presença e a atuação dos sindicatos”.

Ainda, relevando exceções, ressalta-se que o modelo negociado procedeu, historicamente, em experiências jurídicas e sindicais situadas na evolução originária do capitalismo, como é o caso dos EUA e da Inglaterra, ao passo que o modelo legislado difundiu-se no século XX até os dias atuais, com advento da globalização, de modo que

a tendência natural dos ramos justralhistas construídos a partir de meados do século XX e períodos subsequentes é que perfilam pelo modelo de normatização privatística mas subordinada (modelo legislado), até mesmo como mecanismo eficiente de construção e generalização de políticas públicas democráticas de valorização do trabalho e da pessoa humana (DELGADO, 2015, p. 79)

Delgado (2015, p. 78-79) tenta não apontar qual a superioridade de um modelo em oposição ao outro, contudo, frisa que:

não se pode negar, em face da experiência histórica dos últimos trinta anos, desde o início da borrasca desregulamentadora, flexibilizadora e antissindical iniciada em 1979-1980 no Ocidente, que o modelo essencialmente negociado, ao ver enfraquecida a força associativa e organizacional dos sindicatos, ainda que por razões meramente conjunturais, permite colocar em risco maior, mais direito, mais automático, mais profundo, o patamar civilizatório propiciado pelo Direito do Trabalho na História. É que se percebe, com clareza, em distintos países, como Inglaterra, EUA e Itália, a contar da década de 1980.

Demonstrada a diferença entre os modelos, observa-se que a guinada interpretativa que tende a elevar o negociado sobre o legislado desloca do modelo normatização subordinada para o modelo de negociado, destoando da tradição jurídica legislada que impera no Brasil, não só no ramo justralhista. Neste sentido, critica Delgado (2015, p. 80) que a alteração dos modelos seria *artificialismo*, “ainda mais patente no caso do

Brasil, país em que não existe um único ramo jurídico que não seja escrito, legislado e, de certo modo, até mesmo codificado”.

Ao endosso da crítica lançada, ressalta-se que a própria estrutura sindical brasileira padece de problemas estruturais que impedem que o modelo negociado chegue ao auge como ocorrera nos EUA e Inglaterra, antes da década de 1970. Ao contrário, a falta de liberdade sindical, imputada pelo da unicidade sindical vigente no Brasil, apresenta-se como um óbice à força sindical e à negociação coletiva como via (dita) democrática de resolução de conflitos, vindo, inclusive, a ensejar maior vulneração às conquistas obreiras.

1.3. Funções da negociação coletiva e as suas degenerações

Primeiramente, há de se definir a negociação coletiva como método de autocomposição³⁰, considerada essencialmente democrática pela doutrina trabalhista, uma vez que os entes coletivos autogerenciam seus interesses conflituosos. Consubstancia a negociação em um mecanismo transacional, por meio do qual as partes se permitem fazer concessões recíprocas (DIAS, 2008, p. 138).

Aliás, cumpre ressaltar que os caminhos da negociação coletiva não conduzem ao fim do conflito entre capital e trabalho. Ao contrário, o conflito é inerente a tal relação, de modo que cumpre a negociação apenas lapidar “de forma imediata os pontos de divergência entre as classes envolvidas” (DIAS, 2008, p. 157). Em outros dizeres, a negociação coletiva opera retirando, momentaneamente, as tensões conflituosas, sem incitar o fim dos antagonismos entre empregados e empregadores³¹.

³⁰ Pontifica Delgado (2012, p.1316-1317) que “a autocomposição ocorre quando as partes coletivas contrapostas ajustam suas divergências de modo autônomo, diretamente, por força e atuação próprias, celebrando documento pacificatório, que é o diploma coletivo negociado. Trata-se, pois, da negociação coletiva trabalhista”, ressalta que “a fórmula autocompositiva da negociação trabalhista pode receber certos impulsos ou estímulos, caracterizados por mecanismo de autotutela, como a greve, ou próximos à heterocomposição, como a mediação. Entretanto, a presença desses diferentes mecanismo não desnatura a autocomposição realizada, que se celebra automaticamente pelas partes, ainda que sob certa pressão social verificada ao longo da dinâmica negocial”.

³¹ Neste sentido, Dias (2008, p. 133) critica a crença que rechaça o conflito nas relações de trabalho que gera como resultado o arrefecimento da classe trabalhadora. “A eliminação desse conflito, ao contrário do que defende os precursores do “consenso social”, não é fator de aperfeiçoamento das relações sociais. É, sim, um artificial instrumento de alienação da classe trabalhadora, resultando na inevitável interdição dos seus propósitos revolucionários”

Quanto ao plano legislativo, festejada pelo direito internacional do trabalho, a negociação coletiva juntamente com a liberdade sindical é reconhecida como um dos princípios e direitos fundamentais do trabalho (DIAS, 2008, p. 155), sendo objeto da Convenção nº 154 da OIT. Na legislação nacional, a CF/88 destinou o inciso XXVI do artigo 7º ao reconhecimento dos acordos e convenções coletivas, ao passo que lançou no *caput* do artigo supracitado o princípio da norma mais favorável (são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social).

Em retorno às características da negociação coletiva, Dias debruçou-se sobre as mais relevantes doutrinas a fim de elencar as funções desempenhadas pelo instituto jurídico em questão.

Destacou-se, primeiramente, a função de elementar de composição justamente por ser uma via de solução de conflito coletivo trabalhista, sem, contudo, eliminar o conflito patente entre capital-trabalho. Reitera-se a conflituosidade ínsita às relações de trabalho, razão pela qual, apenas momentaneamente, a negociação coletiva arrefece tal animosidade (DIAS, 2008, p. 157).

A função normativa segue junto com a função obrigacional, na medida em que, por meio da negociação coletiva, há a criação de normas jurídicas destinadas às relações individuais de trabalho, bem como a negociação coletiva se faz fonte de direitos e deveres (DIAS, 2008, p. 158).

Ao ser um meio pacífico de resolução de conflitos, a negociação coletiva também cumpre a função política. Socialmente, a negociação coletiva permite a maior participação dos trabalhadores no espaço empresarial. Na mesma medida em que o resultado da transação coletiva se articula com o contexto econômico, seja pela distribuição de riqueza, ou redução de prerrogativas do operariado em tempo de crise, o seu instituto jurídico revela a sua função econômica (DIAS, 2008, p. 158).

Por fim, o autor realça duas funções, quais sejam, a de equilíbrio nas relações de trabalho e a emancipatória. A primeira, a par da impossibilidade de se eliminar o elemento conflito da relação de trabalho, remete ao fato da negociação coletiva possibilitar um “sistema de freios contra investidas rigorosas nos direitos dos trabalhadores” (DIAS, 2008, p. 160).

Alerta, contudo, que a efetividade desta função depende da mobilização e da organização das forças operárias (DIAS, *idem*).

A função emancipatória, por sua vez, contempla o *caput* do artigo 7º da CF88, ao conferir à negociação coletiva a possibilidade de “*construir uma das formas mais apropriadas de serem conferidas melhorias à condição social dos trabalhadores*” (DIAS, 2008, p. 160), o que quer dizer que tal função coincide com o exposto princípio da norma mais favorável, conforme já tratado. Extrapolando a função econômica que viabiliza apenas o ganho econômico da classe trabalhadora, esta função abarca melhorias outras para vivência social do proletariado, que suprem outras necessidades. A título de exemplo, citam-se as seguintes cláusulas que denotam esse viés emancipatório da negociação coletiva:

cláusulas limitativas de interposição de mão-de-obra ou impeditivas da utilização de algum tipo de trabalho precário ou atípico; adoção de instrumentos de proteção coletiva do meio ambiente de trabalho, inclusive extrapolando os interesses específicos dos trabalhadores²²³; ou ainda assecuratórias de políticas de qualificação ou requalificação profissional dos trabalhadores, para ficarmos apenas em algumas hipóteses (DIAS, 2008, p. 163)

Resgatando a função econômica, ao cotejo com a possível função emancipatória da negociação coletiva, Dias (2008, p. 160) sustenta que a negociação coletiva quando movida estritamente por interesses econômicos “permite o alongamento ou o encurtamento dos direitos trabalhistas transformando-os em instrumentos de regulação dos custos e ponderações dos lucros, funcionando apenas segundo os interesses capitalistas”.

Apartada da função emancipatória, a atribuição econômica, quando imperializa os demais possíveis papéis da negociação coletiva, propicia o uso da negociação coletiva para fins precarizantes, uma vez que qualquer “dificuldade de ordem financeira por parte do empregador, ele pode lançar mão do “direito de negociação” para realizar a “adequação dos custos da mão-de-obra” à sua realidade econômica”³² (DIAS, 2008, p. 161).

³² Neste sentido, citando Gorz (1968, p. 32), Dias (2008, p. 161- 162) aponta a negociação coletiva voltada para fins econômicos não é capaz de “de remediar a deterioração da condição operária: é incapaz de obter uma compensação das taxas de exploração ou de lucro”, porque “um aumento do salário de base pode, dessa forma, ficar sem efeito prático, ou ainda ser compensado por um aumento da intensidade do trabalho (isto é, pela extensão de um supertrabalho suplementar) (...); pela introdução de novas máquinas que tornam a tarefa mais complexa, sem que uma qualificação ou um salário superiores sejam consentidos, pela desqualificação dos trabalhadores afetos a uma fabricação, desqualificação que se faz ou não acompanhar de uma baixa de salário, mas que de qualquer forma acarreta uma desvalorização profissional para os referidos trabalhadores, o estacionamento do desenvolvimento de suas capacidades, a perda da autonomia no trabalho”

O intento de curvar a negociação coletiva às pretensões econômicas gera, segundo Dias (DIAS, 2008, p. 161), ao menos dois efeitos negativos:

De um lado, concretiza a lógica de monetarização da relação capital-trabalho, alheando os trabalhadores dos demais elementos que cercam o processo produtivo, e que o interessam sobremaneira, tanto quanto as questões relacionadas aos seus salários e às demais parcelas remuneratórias. De outra parte, transfere para a negociação coletiva a incumbência de precarizar direitos dos trabalhadores, desfocando tanto o sentido protetivo do Direito do Trabalho como a circunstância de que os riscos da atividade capitalista são decorrência do próprio processo acumulativo que ele revela.

Ao ensejo, ressalta-se a existência de instrumentos coletivos que pecam ao reduzir direitos trabalhistas sem a devida contrapartida, em total descompasso com que se espera de uma negociação sinalagmática, em que as partes propõem concessões recíprocas. É o caso de negociações envolvendo matérias trabalhistas cuja flexibilização foi devidamente autorizada em texto normativo heterônomo³³. Ora, não quer dizer que a permissão legislativa ou constitucional sobre a flexibilização seja requisito apto a simples precarização das relações de trabalho sem qualquer contrapartida. Isto denota apenas a função econômica inflada em detrimento ao papel emancipatório da negociação coletiva (DIAS, 2008, p. 203).

Inclusive, Dias (2008, p. 165) afirma que o predomínio da função econômica nas negociações coletivas fere não só o princípio da norma mais favorável, como também desvia do que sugere o princípio da função social da empresa³⁴. Isso porque o princípio em tela vislumbra não só a aferição de lucro, mas a “valorização da pessoa humana e a questão social” (DIAS, *idem*), razão pela qual deve o ente empresarial zelar pelo interesse coletivo.

Assim, sob a baliza do pensamento hegemônico liberal, a negociação coletiva tem desvirtuado seus fins, podendo ser convertida em um instrumento hábil a destituição de direitos trabalhistas (2008, p. 167), estando em completa desarmonia com o princípio da norma mais favorável, previsto no *caput* do artigo 7º da CF/88. A recente possibilidade interpretativa de se negociar sobre o texto legislado confere maior peso aos acordos e convenções coletivas e, por corolário, situando a negociação coletiva neste contexto em que os interesses econômicos são latentes e expansivos, a precarização das garantias trabalhistas. Isto tudo escudado pelo Poder Judiciário que praticamente retira a efetividade daquilo que se

³³ Dias (2008, p. 203) aponta que é comum a negociação coletiva sobre a turnos ininterruptos de revezamento (cuja flexibilização é permitida no artigo 7º, XIV, da CF/88) não trazer qualquer benefício ao trabalhador.

³⁴ Leciona a autora Lopes (2006, p. 119) que “a empresa é vista como instituição cuja importância transcende à esfera econômica e passa a abarcar interesses sociais dos mais relevantes, como a própria sobrevivência e o bem-estar dos trabalhadores que para ela prestam seus serviços e dos demais cidadãos que dividem com ela o mesmo espaço social”

entendia enquanto direito trabalhista até então, operando um verdadeiro desmonte das prerrogativas obreiras.

1.4. Negociação coletiva e os seus limites

Ao lado do inciso XXVI do artigo 7º da CF/88 que reconhece os diplomas coletivos, há um conjunto de incisos, contemplados no texto constitucional, que permitem expressamente a negociação coletiva:

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

Frente a este aparato permissivo à flexibilização de direitos trabalhistas, pode-se concluir que a própria CF/88 institui expressamente a possibilidade de flexibilização via negociação coletiva (DIAS, 2008, p. 185). No mesmo sentido, se observa a partir de 1988, há a ampliação de leis infraconstitucionais que operam no mesmo sentido: instaurar artigos e incisos que expressamente oportunizam a negociação coletiva. Isto é, criam-se expressos objetos para a flexibilização por meio da transação coletiva.

Exemplificando o esforço legislativo de cada vez mais flexibilizar a legislação trabalhista, cita-se a Lei Complementar 123/2006 que acrescentou o § 3º, do artigo 58 da CLT o qual possibilita que microempresas e empresas de pequeno porte pudessem negociar o tempo médio despendido pelos trabalhadores a título de horas *in itinere*³⁵, contrapondo-se a possibilidade de se aferir o tempo real do gasto no percorrer do trajeto. Este permissivo

³⁵ O artigo 4º da CLT estabelece que o serviço efetivo é “o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada”. As horas *in itinere* é justamente as horas em que o empregado encontra-se à disposição do empregador quando ele se encontra a caminho do trabalho. Trata-se basicamente do tempo de deslocamento do trabalhador até o local onde se efetua o labor. Observa-se que o artigo 58, § 2º, da CLT prescreve que “o tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução”, no mesmo sentido em que a Súmula 90, I, do TST aponta como requisitos para o computo do tempo despendido na jornada de trabalho *o labor em local de difícil acesso ou não servido por transporte público regular e a condução ser fornecida pelo empregador*.

permite a prevalência dos instrumentos coletivos ao exposto no próprio artigo 58 da CLT, bem como da Súmula 90 do TST, reguladora das horas *in itinere* (DIAS, 2008, p. 187).

Para além das possibilidades explícitas no texto constitucional e na legislação infraconstitucional, questiona-se a possibilidade da negociação coletiva ir além dos permissivos e tratar de temas já regulamentados em lei. A respeito dos limites da negociação coletiva, há dois entendimentos dissonantes quanto ao fato de se prescindir ou não de autorização para que certa matéria possa ser pautada no âmbito da negociação trabalhista.

A primeira linha, mais voltada à flexibilização trabalhista, sustenta que a matéria trabalhista pode ser objeto de negociação coletiva independentemente de expressa autorização no texto legal ou constitucional. Não obstante, a negociação coletiva encontra limite apenas quando se depara com restrições expressas no texto legal ou em razão da natureza do direito³⁶. Esta posição foi diversas vezes acolhida pela Justiça do Trabalho³⁷. A título de exemplo, rememoram-se os julgados da primeira e segunda instância acima analisados que permitiram a assunção da quitação de direitos trabalhistas ampla e irrestrita, por meio de PDI, desconsiderando o texto legal que não traz qualquer permissão para fazê-lo, desrespeitando ainda a forma do instrumento rescisório que deve conter expressa e distintivamente as verbas trabalhistas e seus respectivos valores (conforme o artigo 477, § 2º, da CLT e a Súmula nº 330/TST).

Do outro lado, tem-se o entendimento que a transação coletiva apenas pode tomar como objeto aqueles direitos que o texto constitucional, a legislação infraconstitucional e

³⁶ A título exemplificativo, tem-se que as normas voltadas à proteção da saúde e da segurança do trabalhador não podem ser objeto de qualquer transação coletiva, de modo a ser mitigados.

³⁷ Dias (2008, p. 189 - 190) faz tal afirmação remetendo-se ao momento, “na década de 90, quando o TST modificou o seu entendimento sobre a interposição de mão-de-obra [*quando o TST passou a regular a terceirização por meio da Súmula 331*]. Deste então, não são poucas as manifestações jurisdicionais nessa linha, fato confirmado inclusive por declarações de Juízes e Ministro em eventos científicos ou em matérias jornalísticas. Exemplo histórico disso foi o constante da Súmula 364, II, resultante da conversão da Orientação Jurisprudencial nº 258 da Seção de Dissídios Individuais-I, do TST, que considerava pertinente a possibilidade de proporcionalização do adicional de periculosidade em face do tempo de exposição, mediante pactuação em norma coletiva”. Contudo, deve-se ressaltar que o entendimento proferido na Súmula 364 do TST, trazida ao exemplo por Dias, foi, felizmente, alterada em 2016: “II - Não é válida a cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho fixando o adicional de periculosidade em percentual inferior ao estabelecido em lei e proporcional ao tempo de exposição ao risco, pois tal parcela constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantida por norma de ordem pública”. Mesmo que o exemplo da Súmula em questão não possa mais demonstrar a tendência do Judiciário de convolar negociações coletivas que impetrem prejuízos ao trabalhador e afronta ao texto normativo heterônomo, pode-se citar a OJ nº 251, da SDI-I que permite descontos salariais de trabalhadores frentistas, quando receberem cheques de clientes sem observância das condições previstas em instrumento coletivo. Ora, este dispositivo afronta diretamente o princípio da intangibilidade salarial o passo que o empregado passa a arcar com eventual prejuízo da empresa, desonerando o empresário do risco da atividade econômica que lhe é ínsita (DIAS, 2008, p. 198).

normas internacionais expressamente permitem. É neste sentido que Delgado (2015, p. 50) perfila seu entendimento ao pontificar que “no contraponto entre regras coletivas negociadas e regras estatais, a Constituição determinou que prevaleça a regra mais favorável aos trabalhadores (art. 5º, §§ 1º e 2º; art. 7º, *caput*), salvo os estritos casos em que a própria ordem jurídica autorize a prevalência de regras convencionais menos benéficas”. Isto é, regras trabalhistas que prescindam de autorização para convenção coletiva até podem ser objeto de negociação coletiva, desde que amplie os benefícios à parte hipossuficiente, não permitindo que acordos e convenções coletivas venham rebaixar as prerrogativas trabalhistas. Destaca Delgado (2008, p. 51) ainda outra possibilidade criativa à negociação coletiva: a de “criar parcelas trabalhistas efetivamente novas, supralegais, todavia lhes modulando o efeito jurídico”³⁸.

O voto do ministro Barroso (RE 590.415/SC, p. 17), em contraponto a esta última corrente, lançou em nota de roda pé que este último posicionamento reduz a negociação coletiva a um campo bastante restrito:

É importante ressaltar, contudo, que os limites da autonomia coletiva constituem questão das mais difíceis, ensejando entendimentos díspares. No âmbito da doutrina trabalhista, consideráveis vozes defendem que só é possível reduzir direitos mediante negociação coletiva no caso de autorização normativa explícita (como ocorre em alguns incisos do artigo 7º da Constituição) ou desde que não tenham sido deferidos por lei, a qual deve prevalecer sobre eventual acordo coletivo conflitante. Trata-se, contudo, de concepção que reduz o âmbito da negociação coletiva a um campo limitadíssimo

O dissenso que permeia a matéria demonstra que os limites da negociação coletiva, da autonomia coletiva privada ainda é duvidosa; deve-se atentar para a jurisprudência cada vez mais tendente a permitir o negociado acima do legislado, e o julgado do STF confirma esta tendência. Assim, as matérias já reguladas passam a ser vulnerabilizadas, obliterando o teor protetivo e imperativo do direito do trabalho, de modo que a negociação coletiva, que deveria ser um instrumento de emancipação da classe operária – conforme crê a doutrina –, desvirtua para ser meio de precarização. Neste sentido, Dias (2008, p. 192) leciona que

a falta de critérios lógicos e objetivos e a própria dissensão havida entre as Cortes judiciais têm servido para deslocar a negociação coletiva de seu papel essencial no desenvolvimento das relações de trabalho, para transformá-la em um grave instrumento precarizante, representada pela relativização da imperatividade de

³⁸ Exemplifica Delgado (2015, p. 51) que “tradicionalmente tem sido reconhecido pela jurisprudência com respeito a parcelas de auxílio-alimentação e congêneres, instituídos por CCTs ou ACTs, mas com efeitos contratuais restritos (por exemplo, sem natureza salarial).

regras heterônomas elementares, o que atende, primordialmente, os interesses econômicos do capitalismo e desconsidera os fatores fundamentais do valor-trabalho

Ainda, cumpre findar esse subcapítulo percebendo o papel do judiciário, inclusive da Justiça do Trabalho, neste processo de precarização da legislação heteronômica ao tenderem a reconhecer negociações coletivas independentemente delas reduzirem ou suprimirem direitos trabalho, assim como tomarem como objeto aqueles direitos já regulados pela via normativa heterônoma, de modo a ensejar a verdadeira precarização do direito trabalhista e, por conseguinte, das relações de trabalho.

1.5. A falta da plena liberdade sindical e de representatividade

Ao tratar sobre negociação coletiva é mister reservar algumas linhas sobre a questão sindical no Brasil, vez que na transação coletiva, dois polos antagônicos – em um deles necessariamente deve estar o sindicato obreiro – se reúnem para debater as condições conflituosas que os cercam, contrapõem ideias e propõem soluções, de modo que se faz necessária uma sindicato robusto capaz de barganhar (PAIXÃO e LOURENÇO FILHO, 2014, p. 62). Contudo, não é isso que vigora graças em parte à unicidade sindical que permanece na ordem constitucional vigente.

Resumido, a muito grosso modo, o contexto da institucionalização do sindicalismo na década de 1930³⁹, viveu-se um momento de autoritarismo sob a direção de Getúlio Vargas, que tentou consolidar a passagem de país eminentemente agrícola para um Brasil industrializado. Neste período, foi instituído o decreto 19.770/1931⁴⁰, a chamada Lei da Sindicalização, que disciplinava detalhadamente a estrutura e organização sindical e já estabelecia o modelo da unicidade sindical, o que reflete exatamente o alto controle e

³⁹ Cabe, entretanto, apontar que a Constituição de 1934 previa a pluralidade sindical, mas logo no início de sua vigência, com o estado de sítio em 1935, foi suspensa e, em novembro de 1937 definitivamente revogada com o incipiente Estado Novo (DELGADO, 2012, p. 1351). Excetuando, tal momento a regra foi a unicidade sindical.

⁴⁰ Destaca o artigo 5º do Decreto 19.770/31 o qual consagrava os sindicatos devidamente reconhecidos como órgãos de colaboração do Governo para realização de suas políticas sociais e econômicas (DIAS, 2014, p. 239): “Além do direito de fundar e administrar caixas beneficentes, agências de colocação, cooperativas, serviços hospitalares, escolas e outras instituições de assistência, os sindicatos que forem reconhecidos pelo Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio serão considerados, pela colaboração dos seus representantes ou pelos representantes das suas federações e respectiva Confederação, órgãos consultivos e técnicos no estudo e solução, pelo Governo Federal, dos problemas que, econômica e socialmente, se relacionarem com os seus interesses de classe”. Ressalta-se ainda que os artigos 1º e 2º do decreto em questão elencam os requisitos necessários ao reconhecimento do sindicato perante ao Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio.

ingerência do Estado sobre os sindicatos, típico de um modelo corporativista (DIAS, 2014, p. 194). Neste sentido ressalta-se que:

É latente que o tratamento histórico que se conferiu aos sindicatos brasileiros desde essa regulamentação foi o de total dependência do Estado, do que decorria a sua completa falta de autonomia de constituição, de organização e de gestão (DIAS, 2014, p. 241)

Como herança deste período, a unicidade sindical manteve-se perene no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive a própria CF/88 conservou tal modelo no inciso II do artigo 8º⁴¹. De toda maneira, deve-se reconhecer que a ordem constitucional vigente alterou importantes aspectos da antiga estrutura, como a vedação à intervenção e interferência administrativa do Estado nos sindicatos⁴² e o fortalecimento dos sindicatos enquanto entes voltados à defesa dos interesses coletivos da classe. Assim, pode-se dizer que a Constituição vigente experimentou uma tentativa de ampliar liberdades sindicais, bem como buscou fortalecer o sindicalismo, contudo a escolha do modelo da unicidade sindical se manteve, por exemplo (DIAS, 2014, p. 218).

Não sem razão Kaufmann (2010, p. 113) comenta que “o Brasil adotou o modelo de unicidade sindical imposta⁴³, dando, com uma mão, a liberdade pela via do art. 8º, caput e inciso I, da Constituição Federal; e retirando com a outra pela via do art.8, inciso II, da Constituição Federal”. Nestes termos, pondera Delgado (2014, p. 1352):

A Constituição de 1988 iniciou, sem dúvida, a transição para a democratização do sistema sindical brasileiro, mas sem concluir o processo. Na verdade, construiu certo sincretismo de regras, com o afastamento de alguns dos traços mais marcantes do autoritarismo do velho modelo, preservando, porém, outras características significativas de sua antiga matriz⁴⁴.

⁴¹ “Art. 8º, II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município”

⁴² Sobre este aspecto, todavia, cabe ressaltar que o artigo 8º, I, da CF/88 requer o registro do sindicato junto à órgão, o que demonstra ainda resquício de controle por parte do Estado. Delgado (2012, p. 1355) aponta, não obstante, que este registro oficial atende a meros fins cadastrais necessários para efetividade da unicidade sindical mantida na CF/88.

⁴³ Problematiza-se, por ora, o termo “imposta” usado por Kaufmann neste trecho. É que, assim, como as demais decisões feitas no decorrer da constituinte, houve muito debate e disputas entre concepções defendidas por diversos grupos. Neste caso, em que pese haver opiniões contrárias, o modelo que prevaleceu democraticamente foi o da unicidade sindical, após grande debate.

⁴⁴ Ao lado da unicidade sindical, a Constituição “preservou o financiamento compulsório de suas entidades integrantes (art. 8S, IV, CF/88), deu continuidade ao poder normativo concorrencial da Justiça do Trabalho (art. 114, § 2S, CF/88), deixando, ainda por dez anos, neste ramo do Judiciário, o mecanismo de cooptação de sindicalistas, conhecido como representação classista (que somente foi extinta em dezembro de 1999, pela Emenda Constitucional 24)”

Contraopondo-se à Convenção 87 da OIT⁴⁵ que prevê a plena liberdade sindical⁴⁶ contra qualquer interferência e limitação por parte do Estado que venha incidir sobre a organização sindical, por aqui persiste a unicidade sindical que, em suma, disciplina a existência de um único sindicato monopolizador da representação sindical de cada categoria profissional. Desta maneira, no Brasil, não é permitida a estruturação de sindicatos com roupagem distinta nem sindicatos concorrentes (DELGADO, 2012, p. 1351).

Ademais, regula a CLT as duas espécies de sindicatos: o horizontais ou verticais. Denominam-se os primeiros de *sindicato de categoria profissional diferenciada*, responsáveis por abrangerem profissões ou ofícios que “se estendem no mercado de trabalho em meio a várias e distintas empresas, atingido apenas certos trabalhadores dessas entidades econômicas, exatamente aqueles que guardam e exercem a mesma profissão” (DELGADO, 2012, p. 1347). Em outros dizeres, tais sindicatos recebem o título de horizontais justamente por representarem amplas categorias abarcantes de inúmeros trabalhadores empregados em várias empresas diferentes, de modo que o número de profissionais é mais extenso que a quantidade de empregadores.

A CLT, por sua vez, define categoria diferenciada, no seu § 3º do artigo 511, “a que se forma dos empregados que exerçam profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional especial ou em consequência de condições de vida singulares”. Enquadradas nesta categoria estão as profissões de professores, motoristas, jornalistas, musicista, entre outros.

A segunda espécie – o vertical – trata de sindicatos que agregam trabalhadores por *categoria profissional*, sendo o tipo de sindicato mais significativo no Brasil. De início, o artigo 511, § 2º, da CLT esclarece, em suma, que a base elementar de uma *categoria profissional* advém da similitude de condições de vida oriunda do trabalho, em situação de emprego ou atividades econômicas similares ou conexas. Ora, o que diferencia as duas espécies de associação sindical, é que enquanto para *categoria profissional diferenciada* é imprescindível averiguar a profissão ou teor do labor dos obreiros, ao passo que para a se aferir a *categoria profissional* não é preciso se ater a exata profissão ou ao tipo de labor, mas

⁴⁵ Convenção não ratificada pelo Brasil durante o trâmite do decreto legislativo 58/1984.

⁴⁶ A plena liberdade sindical proposta na Convenção de 98 da OIT indica justamente que “não cabe à lei regular a estruturação e a organização internas aos sindicatos, cabendo a estes eleger, sozinhos, a melhor forma de se instituírem” (DELGADO, 2012, p. 1351)

apenas a vinculação do empregado a certo tipo de empregador⁴⁷. Assim, em virtude de agregar inúmeros empregados de empresas atuantes em ramos econômicos afins, nomeia-se de *sindicato vertical* aquele que abarca apenas a categoria profissional. (DELGADO, 2012, p. 1348).

Ainda, o artigo 8º, inciso II, da CF/88 prescreve o município como base territorial mínima, de modo que resta vetada a implementação de sindicatos em base territorial inferior e até mesmo sindicato por empresa.

Por fim, cabe ressaltar que o artigo 8º, I, da CF/88 requer o registro do sindicato junto à órgão, o que demonstra ainda resquício de controle por parte do Estado. Delgado (2012, p. 1355) aponta, não obstante, que este registro oficial atende a meros fins cadastrais necessário para efetividade da unicidade sindical mantida na CF/88. Em contraponto, Kaufmann (2010, p. 114) afirma que a manutenção do procedimento de registro sindical “não trata de uma questão de liberdade e, por isso mesmo, *não pode tratar de uma verdadeira representatividade sindical*”. Em verdade, o registro sindical e, por corolário, o próprio modelo de unicidade sindical tocam tão somente a uma mera representação formal.

A diferença entre a representatividade sindical e a simples representação formal do sindicato consiste no fato de a primeira versar sobre legitimidade fundada na “capacidade de determinado sindicato ser intérprete dos interesses coletivos dos empregados, sindicalizados ou não” (KAUFMANN, 2010, p. 117) ao passo que a representação formal é apenas um título eminentemente jurídico.

Salienta-se ainda que os conflitos entre sindicatos representantes de uma mesma categoria em base territorial semelhante, ou conflitos atinentes à desmembramento, dissociação sindicais, entre outros são resolvidos invocando o princípios da anterioridade, denominado também de preexistência ou de precedência⁴⁸ (KAUFMANN, 2010, p. 121). Em outras palavras, basta que o sindicato tenha o registro mais antigo para prevalecer a sua representação formal sobre outro, ainda que este tenha maior proximidade com os trabalhadores representados, isto é, valoriza-se muito mais a representação formal, a questão

⁴⁷ Assim, conforme exemplifica Delgado (2012, p. 1348): “se o *empregado* de indústria metalúrgica labora como porteiro na planta empresarial (e não em efetivas atividades metalúrgicas), é, ainda assim representado, legalmente, pelo sindicato de metalúrgicos, uma vez que seu ofício de porteiro não o classifica enquadra como categoria diferenciada”.

⁴⁸ Ao endosso, Kaufmann (2010, p. 123) aponta que há julgados do STF neste sentido (RE 199.142-9/SP) e que o TST mantém a “representatividade” do sindicato mais antigo até a resolução da controvérsia.

da legalidade, quando a legitimidade que expressa a real representatividade é deixada em segundo plano.

Não sem razão que Agamben, em breve ensaio, analisando as instituições na modernidade, aponta exatamente este movimento de confusão entre legitimidade e legalidade que influi na crise das instituições democráticas. Ora, a previsão constitucional da unicidade sindical traz prejuízos a genuína representatividade que se operaria pela própria organização e autogestão dos trabalhadores representados:

hipertrofia do direito, que pretende legislar sobre tudo, ao invés, trai, através de um excesso de legalidade formal, a perda de toda legitimidade substancial. A tentativa da modernidade de fazer coincidir legalidade e legitimidade, buscando assegurar através do direito positivo a legitimidade de um poder, é, como fica claro pelo irrefreável processo de decadência em que as nossas instituições democráticas entraram, totalmente insuficiente⁴⁹.

Logo, pode-se dizer que no caso de ausência da plena liberdade sindical, torna-se certo que a real representatividade das classes obreiras não se sustenta; ao contrário, o que ocorre é a supervalorização da formal, como se observa no procedimento de registro oficial. Neste sentido, nota-se que, para os fins da negociação coletiva, destinada a verdadeira autocomposição entre os polos opostos, faz mais sentido em se falar em representatividade sindical – que, com efeito, volta-se aos anseios e necessidades dos trabalhadores e, assim, transmite-os no momento da negociação coletiva. Citando Manssoni, Kaufmann (2010, p. 117-118) assenta que:

para quem a representatividade sindical exprime uma qualidade necessária ao exercício de funções e de poderes instituídos pela representação sindical, sendo que, como método de escolha nos países que adotam a instituição do sindicato mais representativo, pressupõe a pluralidade sindical⁵⁰, concebível em ambientes de plena liberdade sindical. Segundo o autor, com toda a razão, “apenas sendo livre em todas as dimensões é que os sindicatos poderão adquirir/alcançar a qualidade de representativos”

A frágil representatividade dos sindicatos, bem como o fato do sistema de registro sindical preocupar-se, sobretudo, com a representação formal, olvidando da real legitimidade dos entes coletivos com representantes de uma categoria de trabalhadores, constituem verdadeiro óbice às potencialidades negociação coletiva enquanto ferramenta emancipatória,

⁴⁹ Ensaio publica originalmente no jornal La Repubblica, em 16 de fevereiro de 2013, a sua tradução por Moisés Sbardelotto foi publicada no site da Boitempo em 20 de abril de 2015. Endereço eletrônico: < <https://blogdaboitempo.com.br/2015/04/20/agamben-crise-de-legitimidade/>> Acesso: 30 de maio de 2017.

⁵⁰ Em contraponto à unicidade sindical, que determina o monopólio representativo por de lei, a pluralidade sindical é o modelo no qual não existe um prefixação legal da unidade ou pluralidade sindical, ficando a cargo do movimento dos trabalhadores definirem e se autogestionarem a sua apresentação.

trazendo melhorias em diversas searas aos trabalhadores. Um sindicato distante de seus representados não logra entender as suas verdadeiras demandas e levá-las à mesa de negociação, podendo converter a negociação coletiva em um espaço de potencial precarização das garantias trabalhistas.

Outra figura que se destaca no meio sindical pela ausência de combatividade é o chamado sindicalismo pelego. Historicamente, situado na década de 1930, quando o governo varguista reprimia as lideranças sindicais mais radicais, o sindicato pelego era aquele cooptado pelo estado que tinha como interesse reduzir as tensões entre empresários e trabalhadores, por meio da evasão de conflitos, conforme Lourenço Filho (2008, p. 33) explana:

A expressão decorre do termo “pelego”, que, em sua origem, corresponde a uma peça de lã de carneiro colocada sobre a sela de montaria com o objetivo de deixá-la mais macia para o cavaleiro.⁵⁶ Percebe-se, dessa breve explanação, como o termo era apropriado para simbolizar o papel que o governo atribuía aos sindicatos, qual seja, o de “pára-choques” das tendências antagônicas de trabalhadores e empresários, como visto na Exposição de Motivos do Decreto nº 19.770. E era exatamente essa a atuação do pelego. Infenso a conflitos, ele representava os empregados de modo a alcançar a conciliação com os empregadores, além de negociar com o próprio governo. Sempre que possível, tentava evitar greves e outros tipos de manifestações mais expressivas. Era prestigiado tanto pelos empresários quanto pelos governantes, embora fosse detestado por sindicalistas mais combativos.

Pode-se dizer que, de certo modo, ainda persiste nos dias de hoje sindicatos que atuam de maneira semelhante aos antigos pelegos, sobretudo, quando se depara com entidades sindicais cujas lideranças foram cooptadas pelos interesses da classe patronal e passam a atuar em prejuízo aos dos trabalhadores, que deveriam resguardar. Mitigando a animosidade clássica entre as classes, tais sindicatos e o empresariado encontram na negociação coletiva o momento de convergência de interesses, criando diplomas coletivos que atentam contra o direito e próprio bem estar dos trabalhadores.

O intuito deste capítulo não é de esgotar todas as mazelas que circundam a negociação coletiva, mas apenas apresentar um panorama dos problemas mais aparentes que devem ser refletidos com presteza e responsabilidade, porquanto o julgamento do RE 590.415/SC aponta a tendência do Poder Judiciário de convolar a negociação coletiva em instrumento normativo imperante sobre os textos legislados.

Deste julgado, pode-se observar duas consequências. A primeira é a grande alteração do modelo legislado até então consolidado e aproximação a um modelo estranho à

tradição brasileira. Por corolário, é possível afirmar que a tônica protetiva da legislação trabalhista está posta em cheque, uma vez que instrumentos coletivos podem prevalecer sobre o direito legislado, inclusive para reduzi-los ou, até mesmo, suprimi-los. Logo, observa-se que as leis trabalhistas, tolhidas em sua imperatividade, perdem parte substancial do seu sentido quando qualquer acordo ou convenção coletiva podem simplesmente se acomodar acima delas. Tudo isso, ignorando questões problemáticas que circundam a negociação coletiva, a carência de plena e efetiva liberdade sindical e a representatividade.

Tendo em vista que a CF/88 abarcou o direito do trabalho ao longo de seu texto e que o trabalho digno é um direito fundamental em que se assenta a ordem constitucional, pode-se afirmar que a Constituição é, por consequente, golpeada. Assim, é certo que a cogência da CF/88 é afetada junto com a legislação trabalhista, de modo que também passa a vigorar sem tanto sentido. Ainda que o inciso XXVI do artigo 8º da CF/88, que reconhece os instrumentos coletivos, tenha a sua importância exaltada, a sua aplicabilidade, desprezando toda problemática que envolve a negociação coletiva e a par dos anseios do liberalismo revestido, expõe a risco todo corpo justralhista, inclusive o que concerne à CF/88.

A segunda consequência é que o modelo que permite negociar sobre o legislado engendra um novo tratamento dispensado à classe operária. Sem o abrigo imperativo e indisponível da legislação trabalhista, resta ao trabalhador ficar à mercê do conteúdo normativo resultante de negociações coletivas. O fato de estar inserida em um sistema que se valora a representação formal em detrimento à representatividade, muitas das vezes o obreiro se encontra à parte de uma organização coesa com os seus, de modo que não se sabe se as reais necessidades de sua classe serão levadas às negociações coletivas.

Isso, situado no contexto em que a categoria trabalho perde a sua centralidade e a desregulamentação de prerrogativas sociais ao sabor do neoliberalismo é patente, corrobora-se com o seu abandono, com esse “estar à mercê”. Rememorando Delgado (2015, p. 59) que aponta o trabalho em condição de dignidade como fonte de significado, por meio do qual o trabalhador constrói a sua identidade social e coletiva, poderia se questionar se, estando o obreiro à mercê do direito, a própria identidade de “*trabalhador*” não estaria abandonada para se tornar o obreiro mero corpo disponível de direitos, perante a esta forte tendência desregulamentadora e precarizante do mundo trabalho.

Por fim, o mais trágico é saber que este verdadeiro desmonte do que se entendia por direito trabalhista é orquestrado pelo próprio Judiciário que o faz usando da estrutura do próprio direito para dismantelar direito. Sob tal ângulo, a leitura da teoria de Agamben pode ser trazer uma interessante análise dos desdobramentos do negociado sobre o legislado, principalmente no contexto em que esta mudança se faz por meio do Poder Judiciário.

Resgatando Schmitt (2010, p.26), Agamben traz para sua teoria a importância de se saber quem ocupa o local de soberano, este, por sua vez, detém em suas mãos o poder de dizer o que é ou não direito e, portanto, a sua exceção. Em verdade, os limites de um ordenamento jurídico encerra-se na pessoa do soberano, vez que este tem poder de suspensão do direito e fazer instituir a exceção. Uma leitura à luz teórica de Agamben permite posicionar o Poder Judiciário justamente neste espaço de soberania, ao vislumbrar que suas decisões tem a potencialidade de limitar até onde vai o ordenamento jurídico, neste caso, até onde vai a legislação trabalhista heterônoma e protetiva e, por corolário, a CF/88.

Assim, o próximo capítulo busca apresentar o filósofo Agamben e a ontologia proposta nos livros *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua* e *Estado de Exceção. Homo Sacer, II, I*, a fim de se informar os subsídios necessários para a análise proposta.

CAPÍTULO 2 – ONTOLOGIA EM *HOMO SACER: O PODER SOBERANO E A VIDA NUA I E ESTADO DE EXCEÇÃO. HOMO SACER, II, I.*

2.1. Agamben e a biopolítica

Nascido em Roma em 1942, o filósofo italiano Giorgio Agamben formou-se no curso de direito pela Universidade de Roma em 1965, apresentando tese final (e não publicada) sobre o pensamento político de Simone Weil. Na década de 1970, Agamben trabalhou principalmente no campo da linguística, filosofia, poética e tópicos em cultura medieval, sendo muito influenciado por Foucault, Heidegger, de quem foi aluno e Benjamin, de quem organizou e também traduziu trabalhos para o italiano⁵¹.

O presente capítulo pretende, como expresso no final do capítulo passado, apresentar a teorização de Agamben nas obras *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua* (1996) e *Estado de Exceção. Homo Sacer, II, I* (2003), quando o autor debruça-se sobre a questão política na modernidade. Até então, em seus trabalhos pregressos, ainda que voltado para modernidade, Agamben tinha como temáticas a arte, a poesia, a melancolia e a relação entre a linguagem com a história e a morte, conforme assinala os livros *O homem sem conteúdo* (1970), *Estâncias* (1977), *Infância e história* (1978) e *A linguagem e a morte* (1982) (CASTRO, 2016, p. 15). Contudo, afirma Castro (*idem*) que a guinada dos estudos de Agamben para política não se trata de uma ruptura, “mas de uma troca de intensidade, de um deslocamento. De fato, para a relação entre a política e vida, que constitui o tema central de *homo sacer*, encaminhavam-se já as últimas páginas de *A linguagem e a morte*”.

O importante é notar que este deslocamento nos estudos do filósofo levou-o a se preocupar em desvelar “as “raízes ontológicas” da política e do direito, capazes de explicar o fenômeno da biopolítica, e, por consequência, a condição da biopolítica da modernidade” (THEODORO FILHO, 2011, p. 10). Conforme observado por Theodoro Filho (*idem*), a busca pela raiz ontológica dá-se por meio da arqueologia dos conceitos. Como uma técnica de pesquisa, esta propõe a “análise das estruturas políticas e jurídicas “extremas” sem tanta preocupação com o fator histórico, o que revela exatamente esta predisposição do autor em ser “a-histórico”. Em verdade, Agamben somente volta à história a fim de demonstrar os achados de sua pesquisa ontológica, “mas não utiliza a História em sua reflexão ontológica em si” (THEODORO FILHO, 2011, p. 10).

⁵¹ Informações retiradas de < https://en.wikipedia.org/wiki/Giorgio_Agamben>. Acessado em 01 de junho de 2017.

Utilizando-se da técnica da arqueologia dos conceitos, Agamben inicia *Homo Sacer* retomando a Platão e Aristóteles para tratar da relação entre política e vida na Grécia clássica, para o autor, o berço da política ocidental (THEODORO FILHO, 2011, p. 11) para demonstrar o movimento de *politização da vida*, isto é, a invasão da política na simples vida biológica ou, vice-versa, a saída da vida do espaço doméstico para a *pólis*. No grego antigo, não havia um único termo para se tratar da vida, aliás, existiam dois sentidos para a vida, em que pese ambos serem inerentes ao homem: “*zoé*, que exprimia o simples fato de viver comum a todos os seres vivos (animais, homens ou deuses) e *bíos*, que indicava a forma ou maneira de viver própria de um indivíduo ou de um grupo” (AGAMBEN, 2014, p. 9). Assim, enquanto *bíos* se remete a uma vida politicamente qualificada que encontra o seu espaço na *pólis*, em debates públicos; a *zoé*, por outro lado, é a simples vida biológica, meramente reprodutiva, que se resguardava no local doméstico e não auferia a mesma importância que a *bíos*, no mundo grego (AGAMBEN, 2012, p. 12). Sublinha Theodoro Filho (2011, p. 11):

Tal distinção, portanto, excluía da atividade política os temas essencialmente ligados à vida biológica. A vida não entrava e não devia entrar na cidade. Em outros termos, a questão da vida não era politicamente tratada e nem sequer considerada como relevante para os debates no espaço público. Era relevante, em verdade, a sua completa exclusão do debate político.

De pronto, deve-se atender que os desdobramentos da vida e do pensamento político ocidental, em sua matriz grega antiga, se constroem negando a vida puramente biológica como tema de articulação relevante. Em contrapartida, na modernidade não se enxerga distinção entre *bíos* e *zoé*, pois, em um movimento de invasão, a vida meramente biológica é apossada pela *pólis*, tornando-se objeto central da política: é a chamada politização da vida (*zoé*). Citando Foucault, Agamben (2014, p. 10-11) aponta que “a vida natural começa, por sua vez, a ser incluída nos mecanismos e nos cálculos do poder estatal, e a política se transforma em biopolítica”. Neste ponto, Agamben (2014, p. 11) também remete a Arendt que em *A condição humana* (1958) já assinalava este movimento da vida biológica ser, cada vez mais, arrastada para o centro da política: “já no fim dos anos cinquenta (ou seja, quase vinte anos antes de *La volonté de savoir*) Hannah Arendt havia analisado, em *The human condition*, o processo que leva o *homo laborans* e, com este, a vida biológica como tal, a ocupar progressivamente o centro da cena política do moderno”. Contudo, observa Agamben (2014, p. 11-12) que Arendt não levou esta discussão as suas análises a respeito do totalitarismo do século XX e Foucault, tampouco, vinculou os seus estudos aos campos de concentração, local em que a biopolítica é inquestionável (2014, p. 12), nem “interrogou o centro comum no qual se cruzam as técnicas políticas com as tecnologias do eu da

Modernidade” (CASTRO, 2016, P. 59). Assim, com a série *Homo sacer*, Agamben se propõe enfrentar essas questões.

Ainda sobre as brechas deixadas por Foucault, este propôs analisar as formas modernas de exercício de poder de maneira distinta das abordagens tradicionais voltadas para modelos jurídicos-institucionais a fim de “construir uma analítica do poder que não tome mais como modelo e como código o direito” (AGAMBEN, 2014, p. 13). Contudo, neste intento, olvidou-se de tratar de conceitos jurídicos-institucionais, como por exemplo, a questão da soberania, segundo Castro (2016, p. 59)⁵². Assim, frente a esta questão, Agamben (2014, p. 14) pretendeu realizar a sua pesquisa a respeito precisamente deste “oculto ponto de intersecção entre o modelo jurídico-institucional e o modelo biopolítico de poder” e já nas primeiras páginas do capítulo afirma:

O que ela [*a pesquisa*] teve de registrar entre os seus prováveis resultados é precisamente que as duas análises não podem ser separadas e que a implicação da vida nua na esfera política constitui o núcleo originário – ainda que encoberto – do poder soberano. *Pode-se dizer, aliás, que a produção de um corpo biopolítico seja a contribuição original do poder soberano. A biopolítica é, nesse sentido, pelo menos tão antiga quanto à exceção soberana.* Colocando a vida biológica no centro de seus cálculos, o Estado moderno não faz mais, portanto, do que reconduzir à luz o vínculo secreto que une o poder à vida nua⁵³, reatando assim (segundo uma tenaz correspondência entre o moderno e o arcaico que nos é dado verificar nos âmbitos mais diversos) com o mais imemorial dos *arcana imperii* (AGAMBEN, 2014, p. 14)

Assim, Agamben pontifica que a politização da *zoé* – a própria biopolítica – não seria novidade na modernidade e que “a política sempre foi biopolítica, e o direito sempre foi exceção” (THEODORO FILHO, 2011, p. 10). É que, na medida em que se excluía a vida biológica da *polis*, a *zoé* era implicitamente inscrita na política, justamente pela sua exclusão. Ora, o que era político não podia se relacionar com a vida puramente biológica, logo, a construção do político perpassava pela *zoé* ainda que para negá-la, de modo que, desde os primórdios da antiguidade clássica, há profundas marcas da vida desqualificada politicamente na própria política. Em outros dizeres, Theodoro Filho (2011, p. 17) afirma:

O campo do político, portanto, mesmo em seus primórdios, quando pretendia não se relacionar com o mero aspecto “vivente” do ser humano, justamente por tentar

⁵² Como ressalva a este entendimento de Castro, deve-se constatar que a soberania foi objeto dos estudos de Foucault, por certo não em seu aspecto estritamente jurídico. Não à toa há um significativo número de trabalhos acadêmicos que tem como finalidade analisar “a insuficiência das teorias jurídicas e soberanas na análise dos dispositivos e relações de poder que dão corpo o Estado moderno, a partir do pensamento de Michel Foucault”, como o fazem Adriana Campos e Ricardo Morais (2017, p. 2).

⁵³ É um termo a ser trabalhado adiante, mas antecipa-se que *vida nua* aproxima-se da *zoé* (vida simplesmente orgânica, reprodutiva apenas), uma vez que é a vida destituída de qualificação, à parte da política, só nesta incluída por meio de sua exclusão (AGAMBEN, 2014, p. 178 – 179).

excluir a vida biológica do seu rol de temas e questões, terminou por incluí-la de imediato no conjunto das reflexões políticas

Neste matiz, como transcrito acima, “*pode-se dizer que a produção de um corpo biopolítico seja a contribuição original do poder soberano*” (AGAMBEN, 2014, p. 14), logo, o poder soberano⁵⁴, entendido como aquele capaz de instituir a exceção, relaciona-se de perto com a ideia de biopolítica na modernidade.

Após, esse breve introito da teoria de Agamben, os seguintes subcapítulos trataram mais a fundo das ontologias das categorias já mencionadas, como exceção, soberania, biopolítica e vida nua, assim como tentará trazer os seus entrelaços, pois, segundo Theodoro Filho (2011, p. 15) “são as várias faces de um mesmo fenômeno, profundamente dependentes umas das outras”.

2.2. A soberania como bando

O objetivo deste subcapítulo é tratar da estrita relação entre soberania, exceção e direito. A densidade teórica do texto do Agamben faz verdadeira a observação de Theodoro Filho (2011, p. 7) no sentido de que é difícil identificar o verdadeiro ponto de partida de Agamben: este trabalho começará pela categoria da soberania.

Agamben (2014, p. 22), ao amparo da teoria de Schmitt⁵⁵, introduz o tema tratando do complexo da soberania, segundo o qual “o soberano está, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico”. Estruturalmente dentro em razão de compor a ordem jurídica, inobstante a figura do soberano encontra-se fora do ordenamento jurídico, uma vez que a ele não se submete e guarda em si o poder de suspendê-lo. Eis que o soberano assim o é em razão de poder proclamar a suspensão da validade do ordenamento jurídico e, assim, possibilitar a vigência da exceção. Logo, como resultado deste paradoxo aduz Agamben (*idem*) que “vale a pena refletir sobre a topologia implícita no paradoxo, porque somente quando tiver sido compreendida a sua estrutura, tornar-se-á claro em que medida a soberania

⁵⁴ A ser tratada com maior profundidade a seguir.

⁵⁵ Conforme informa, Theodoro Filho (2011, p.30): “o conceito de soberania proposto por Agamben está indissociavelmente ligado ao ordenamento jurídico e à possibilidade ou poder de suspendê-lo, ou seja, de declarar ou/e instituir um estado de exceção. A idéia é exatamente a mesma originalmente proposta por Carl Schmitt em sua Teologia Política, conforme apresentado na Introdução, e relaciona-se à preocupação concreta de identificar, nem tanto o que é o poder soberano absoluto, mas sim quem é o seu detentor”.

assinala o limite (no duplo sentido de fim e de princípio de ordenamento) jurídico” (destacou-se).

O direito, por sua vez, pode ser ontologicamente definido como aquilo que diz o que é normal, já que o direito se aplica tão somente à normalidade. De acordo com Schmitt (*apud* AGAMBEN, 2014, p. 23), “toda norma geral requer uma estruturação normal das relações de vida, sobre as quais ela deve encontrar de fato aplicação e que ela submete à própria regulamentação normativa. (...) Não existe nenhuma norma aplicada ao caos”. Assim, quando se depara com o caso normal, é indubitável a aplicação do direito. Contudo, deve-se ressaltar que a generalidade inscrita nas normas não consegue abarcar a imensidão de situações que fogem ao que é considerado normal. Frente ao caos, como dito acima, não há lei que se aplique, devendo o soberano, por meio de sua decisão, cuidar desta anormalidade, para que esta seja superada e, assim, retornar à normalidade e, por corolário, à aplicação do direito. Em outros dizeres, perante o caos, quando o soberano decide pela assunção da exceção, o direito é suspenso e, nesta ocasião, o soberano cria e garante a normalidade para que o direito volte ao vigor como antes. Assim, seria a exceção uma condição de validade do direito.

O fato de o soberano ser o incumbido de definir quanto ao que é normal ou não e, assim, ter a possibilidade de suspender o direito e fazer vir à tona a exceção, exprime a condição de validade da autoridade que é a exceção. Em outros termos, a partir do pensamento de Schmitt, Agamben (2010, p. 24), assim, imputa à exceção especial relevância na medida em que, por meio desta, é possível identificar o soberano. Reitera, também, a exceção como condição de validade para o direito: na vigência da exceção soberana, é criado um “limiar de indiferença” entre fato e direito, entre o que está dentro e o que está fora, deste limiar de indiferença o ordenamento jurídico retira a sua validade⁵⁶, assim, a decisão soberana sobre a exceção é “base original de qualquer ordenamento jurídico” (THEODORO FILHO, 2014, p. 36).

Adentrando-se na questão da exceção em si, Agamben (2014, p. 24) a classifica como um tipo de exclusão, contudo, “o que a caracteriza propriamente a exceção é aquilo que é excluído não está, por causa disto, absolutamente fora de relação com a norma; ao contrário,

⁵⁶ A respeito do limiar de indiferença entre fato e direito, externo e interno, encetado pela decisão soberana, Agamben (2014, p. 25), a “a situação, que vem a ser criada na exceção, possui, portanto este particular, o de não poder ser definida nem como uma situação de fato, nem como uma situação de direito, mas institui entre estas um paradoxal limiar de indiferença. Não é um fato, porque é criado apenas pela suspensão da norma; mas, pela mesma razão, não é nem ao menos um caso jurídico, ainda que abra a possibilidade de vigência da lei”.

esta se mantem em relação com aquela na forma da suspensão” (destacou-se). Não seria a exceção algo apartado daquilo que excetua, no caso a normalidade, o direito; mas segue conectada ao direito por meio da suspensão deste. A norma, ao ser suspensa pelo soberano, não deixa de existir, ao inverso, segue existindo e se aplica a exceção se desaplicando ou, em outros dizeres, retira-se da exceção ou abandona a exceção, na medida em que se suspende para que a exceção venha a vigorar. Nestes termos, Agamben (2014, p. 24) diz:

o que caracteriza propriamente a exceção é aquilo que é excluído não está, por causa disto, absolutamente fora de relação com a norma; ao contrário, esta se mantém em relação com aquela na forma da suspensão. A norma se aplica à exceção desaplicando-se, retirando-se desta. O estado de exceção não é, portanto, o caos que precede a ordem, mas a situação que resulta da sua suspensão. Neste sentido, a exceção é verdadeiramente, segundo o étimo, capturada fora (*ex-capere*) e não simplesmente excluída.

Theodoro Filho (2011, p. 35) aponta, a partir deste movimento de suspensão do direito por meio da decisão soberana, o complexo “mecanismo de funcionamento da soberania” a partir deste movimento de suspensão do direito: na medida em que o direito se suspende é nele incluído o que até então estava fora, não pertencendo: a exceção. Em outro trecho, é possível vislumbrar tal mecanismo de funcionamento da soberania, quando Agamben (2014, p.27), caminhando no terreno da linguística, se propõe a aproximar o direito e a linguagem, dado que esta “pressupõe o não linguístico” e o direito pressupõe o “não jurídico”⁵⁷. Assim, quando se diz o direito, é proclamado, simultânea e implicitamente, o que não é direito⁵⁸, de modo que se percebe um excesso de significados no interior do significante “*direito*”. Logo, no direito há uma série de elementos que não são pertencentes a ele, mas que nele estão incluídos: a exceção é um exemplo, que se encontra inclusa no direito unicamente pela sua exclusão e, quem faz emergir a exceção no direito é exatamente o soberano ao exercer o seu poder de decisão sobre a exceção.

⁵⁷ Ao comentar que a linguagem “*pressupõe o não linguístico*”, Agamben (2014, p. 27) se refere à ampla capacidade de denotação da palavra, que denota inclusive no seu próprio não denotar: “Aqui a esfera do direito mostra a sua essencial proximidade com aquela da linguagem. Como uma palavra adquire o poder de denotar, em uma instância de discurso em ato, um segmento da realidade, somente porque ela tem sentido até mesmo no próprio não-denotar (isto é, como langue distinta da parole: é o termo na sua mera consistência lexical, independentemente de seu emprego concreto no discurso) (...) E como a linguagem pressupõe o não-linguístico como aquilo com o qual deve poder manter-se em relação virtual (na forma de uma langue, ou, mais precisamente, de um jogo gramatical, ou seja, de um discurso cuja denotação atual é mantida indefinidamente em suspenso), para poder depois denotá-lo no discurso em ato”

Abra-se um parêntese para se perceber que o fato da decisão soberana sobre a exceção ser o meio pelo qual se inclui no direito o que até então lhe era estranho faz lembrar que o soberano é quem delimita as situações de aplicação do ordenamento jurídico, uma vez que o direito sempre se aplica a normalidade. Logo, frente à excepcionalidade, suspende-se o direito para emergir a exceção e o limiar de indiferença que dela deflui. Frente a isto, observa-se não ser possível pensar em exceção e direito, normalidade e excepcionalidade sem se remeter ao soberano, pois é esta figura, sob a insígnia da exceção soberana, que constrói o que é exceção e excepcionalidade e o que é direito e normalidade. Neste sentido, Theodoro Filho (2011, p. 37) observa essa convergência da exceção e direito em quem exerce a soberania e esclarece que

normalidade e excepcionalidade, sob essa ótica, não passam de constructos artificiais, que, erigidos pela decisão soberana, constituem a própria possibilidade de existência do direito. Assim sendo, é o direito que estabelece o normal e o excepcional, que não existem, de modo nenhum, fora dele, nem mesmo como situação fática pura.

Retornando ao fato de o direito se aplicar à exceção desaplicando-se e a exceção que se mantém em relação ao direito justamente ser dele excluída. Neste ponto, Agamben (2014, p. 25) denomina esta extrema relação chamada de relação de exceção⁵⁹ que demonstra exatamente a estrutura da soberania:

exceção que define a estrutura da soberania é, porém, ainda complexa. Aquilo que está fora vem aqui incluído não simplesmente através de sua interdição ou um internamento, mas suspendendo a validade do ordenamento, deixando, portanto que se retire da exceção, a abandone. Não é a exceção que se subtrai à regra, mas a regra que, suspendendo-se, dá lugar à exceção e somente deste modo se constitui como regra, mantendo-se em relação com uma exterioridade. Chamemos relação de exceção a esta forma extrema da relação que inclui alguma coisa unicamente através de sua exceção.

Consiste a relação de exceção exatamente em estar incluída na sua própria exclusão ou, vice-e-versa, estar excluída em sua própria inclusão (relação de inclusão-exclusiva ou de exclusão-inclusiva). Para melhor concatenação das ideias expostas, ou a título de exemplo, vale retomar àquilo que Agamben afirma sobre a vida puramente biológica na *pólis*, no remoto princípio da biopolítica: o pensamento político ou, pode-se falar, as manifestações políticas, davam-se sempre em negação à *zoé*, que não era encontrada nos acalorados debates da *pólis*, mas no resguardo do ambiente doméstico. Assim, como exposto

⁵⁹ Salienta-se que Agamben (2014, p. 32) visualiza a relação de exceção em vários outros contextos, é o que se retira quando menciona que “em qualquer âmbito o pensamento de nosso tempo encontra-se confrontado à estrutura da exceção

acima, o desenvolvimento do pensamento político ocidental deu-se em contraponto à vida biológica, o que não quer dizer esta não se relacionava em nada com a política; ao contrário, à medida que era negada, era implicitamente inscrita na vida política da *pólis*. Isso revela que a vida biológica sempre esteve incluída no pensamento político ocidental, mas unicamente em sua exclusão. Desta maneira, o que sempre foi estabelecida entre política e vida puramente reprodutiva foi a extrema relação de exceção, de estar a vida incluída justamente em sua exclusão.

Frete ao exposto, neste ponto cabe adentrar na relação entre exceção e vida. Como sustentado por Castro (2016, p. 60) “a exceção é o dispositivo e a forma da relação entre o direito e a vida”. Para tanto, esclarece-se que dispositivo⁶⁰ é “qualquer coisa que tenha de algum modo capacidade de capturar, orientar, determinar, interceptar, modelar, controlar e assegurar os gestos, as condutas, as opiniões e os discursos dos seres vivos” (destacou-se), assim, seria a exceção a responsável de *capturar* a vida neste mecanismo de soberania. A vida, por sua vez, entendida enquanto caso anormal, mantém com o direito uma relação de exceção: é incluída nele através de sua exclusão. Assim, Theodoro Filho (2011, p. 41) afirma:

A vida, ou seja, o caso anormal e excepcional, é incluída no direito e se relaciona com ele somente através de uma exceção. Essa vida encontra-se em um limiar entre fato e direito, entre estar dentro e estar fora do ordenamento jurídico. É nesse limiar que se localiza topologicamente a soberania, que decide sobre a indistinção no momento da exceção. Nessa perspectiva, a existência eficaz do direito depende necessariamente da exceção, na medida em que ele não possui nenhuma outra ancoragem na vida humana além daquela que logra trazer para seu interior por meio da exclusão inclusiva realizada na exceção.

Desta maneira, a vida se inclui no mecanismo de funcionamento da soberania da seguinte maneira: o soberano decide sobre a instalação da exceção soberana, por consequente, o direito se suspende e passa vigorar a exceção, encetando o limiar de indiferença entre o externo e interno, entre direito e vida. Esta, enquanto elemento anormal ao direito, emerge com a própria exceção. Desta maneira, por meio da exceção soberana, a vida é incluída no direito em sua exclusão; expressa-se aí a relação de exceção entre vida e direito. Em outros

⁶⁰ No ensaio sobre *O que é um dispositivo?*, inclusive, primeiramente, apresentado em uma das conferências que realizou no Brasil em setembro de 2005, Agamben (2009, p. 27) dispõe a fazer um estudo terminológico e genealógico do termo “dispositivo” e lança a hipótese seguinte hipótese: “a hipótese que pretendo propor-lhe é que a palavra “dispositivo” seja um termo técnico decisivo na estratégia do pensamento do Foucault”. De uma entrevista de Foucault em 1977, Agamben (2009, p. 29) resume brevemente três pontos da definição de *dispositivo*: “a. É um conjunto heterogêneo, linguístico e não-linguístico, que inclui virtualmente qualquer coisa no mesmo título: discursos, instituições, edifícios, leis, medidas de polícia, proposições filosóficas etc. O dispositivo em si mesmo é a rede que se estabelece entre esses elementos. b. O dispositivo sempre tem sempre uma função estratégica concreta e se inscreve uma relação de poder. c. Como tal, resulta do cruzamento de relações de poder e de relações de saber”.

dizeres, soberania, à luz teórica de Agamben, abarca a vida por meio do direito e este sempre o faz por meio da exceção: a vida é incluída no direito somente na sua exclusão. Ilustrativamente, o direito se suspende para incluir em si a exceção; neste movimento, a vida é nele incluída, capturada por fora, como a exceção.

A respeito deste movimento de suspensão do direito e da captura da vida por meio justamente da exceção, Theodoro Filho vislumbra o movimento de “alimentação” do direito, de tempos em tempos, por meio da decisão soberana sobre a exceção: “é a decisão soberana, a seu turno, que desenha e forma o limiar de indiferença entre direito e vida que permite ao direito se “alimentar”, e de tempos em tempos redefine esse espaço no qual a vida é originariamente excepcionada e, portanto, inclusa, no ordenamento jurídico” (THEODORO FILHO, 2014, p. 42).

Isto posto, ressalta-se que a noção agambeniana de soberania, então, vai além do poder de decidir sobre a exceção, ela busca ancoragem no direito (na sua suspensão) para, assim, se referenciar à vida, que se apresenta excluída como exceção.

Se a exceção é a estrutura da soberania, a soberania não é, então, nem um conceito exclusivamente político, nem uma categoria exclusivamente jurídica, nem uma potência externa ao direito (Schmitt), nem a norma suprema do ordenamento jurídico (Kelsen): ela é a estrutura originária na qual o direito se refere à vida e a inclui em si através da própria suspensão. Retomando uma sugestão de Jean-Luc Nancy, chamemos bando (do antigo termo germânico que designa tanto a exclusão da comunidade quanto o comando e a insígnia do soberano) a esta potência (no sentido próprio da *dýnamis* aristotélica, que é sempre também *dýnamis mē energein*, potência de não passar ao ato) da lei de manter-se na própria privação, de aplicar-se desapplicando-se. A relação de exceção é uma relação de bando. Aquele que foi banido não é, na verdade, simplesmente posto fora da lei e indiferente a esta, mas é abandonado por ela, ou seja, exposto e colocado em risco no limiar em que vida e direito, externo e interno, se confundem. Dele não é literalmente possível dizer que esteja fora ou dentro do ordenamento (por isto, em sua origem, *in bando*, *a bandono* significa em italiano tanto “à mercê de” quanto “a seu talante, livremente”, como na expressão *correre a bandono*, e *bandito* quer dizer tanto “excluído, posto de lado”, quanto “aberto a todos, livre”, como *mensa bandita* e *redina bandita*). É neste sentido que o paradoxo da soberania pode assumir a forma: “não existe um fora da lei”. A relação originária da lei com a vida não é a aplicação, mas o Abandono. A potência insuperável do *nomos*, a sua originária “força de lei”, é que ele mantém a vida em seu bando abandonando-a (AGAMBEN, 2014, p. 35) (destacou-se)

Não sem razão, Castor (2016, p. 61) afirma que “ainda que a definição schmittiana da soberania constitua o ponto de partida da reflexão de Agamben, sua tese vai além de Schmitt. Para Agamben, a soberania finalmente não é externa à ordem jurídica, mas é “a estrutura original pela qual o direito refere-se à vida e a inclui em si mesmo por meio da própria suspensão” (p. 34). Por isso, Agamben, seguindo uma indicação de Jean-Luc Nancy,

propõe a chamar *bando* à relação de soberania. O termo *bando*, de fato, serve para se referir à insígnia do soberano”.

A esta relação extrema de inclusão-exclusiva ou de exclusão-inclusiva – que abarca conexões outras para além daquela estabelecida entre direito e vida⁶¹ –, chama-se relação de exceção ou relação de bando. Este último termo denota a noção de abandono que o direito estabelece com a vida, repita-se, em sua inclusão exclusiva no cerne do direito não lhe é indiferente, mas se mantém em relação com o direito por meio do abandono, sendo a ele exposta. Nestes termos, Theodoro Filho (2011, p. 105) descreve que o direito, ao se suspender,

abandona, retira-se, para “incluir em si”, mas igualmente “inclui abandonando-se”, retirando-se de sua potência constitutiva de não ser⁶². Essa forma de relação que se ampara na ausência, e que inclui o que está excluído do direito por meio da exclusão do direito em sua suspensão, é o que se denomina relação de bando, ou bando soberano.

Assim, a soberania deve ser entendida como a engrenagem primeira deste movimento de suspensão do direito e a inclusão da vida neste, deste modo, a soberania é a estrutura que orchestra de perto o abandono da vida ao direito. Para o entendimento da soberania enquanto bando (*bando* soberano), Agamben resgata a problemática aristotélica sobre potência e ato.

Para Aristóteles, a potência é aquilo que precede o ato, condiciona-o e aparenta ser subordinado ao ato. Frisa-se que apenas parece se subordinar, em verdade, Aristóteles afirma que a potência que existe é autônoma perante o ato. Assim, a efetiva existência da potência encontra-se no fato de desta não passar a ser ato (ARISTÓTELES *apud* AGAMBEN, 2014, p. 51). Em outros termos, Agamben (2014, p. 51) explicita:

para que, digamos, a potência não esvaneça a cada vez imediatamente no ato, mas tenha uma consistência própria, é preciso que ela possa até mesmo *não* passar ao ato, que seja constitutivamente *potência de não* (fazer ou ser), ou, como Aristóteles diz, que ela seja também impotência (*adynamía*). Aristóteles enuncia com decisão este princípio – que é, num certo sentido, o eixo sobre o qual gira toda sua teoria da

⁶¹ Sendo a relação de bando equivalente à relação de exceção, é necessário repisar que a relação de bando também é encontrada em confronto com o atual pensamento, em todos os âmbitos. É o que Castro (2016, p. 61) repisa. “É necessário sublinhar, e com insistência, que, assim entendida, a relação de exceção ou o *bando* é um conceito que transcende a problemática da qual se ocupam especificamente essas páginas de *Homo sacer*: “em todos os âmbitos [sustenta], o pensamento de nosso tempo encontra-se confrontado à estrutura da exceção”.

⁶² No próximo capítulo terá como objeto as relações entre a potência e ato como demonstrativas do complexo da soberania. Desta maneira, mais adiante ser tratada a questão da *potência do não*, que conforme Castro (2015, p. 63), “essa categoria, a de *potência de não*, de importância, de potência pura ou perfeita, desempenha um papel constitutivo no pensamento de Agamben”.

dýnamis – em um fórmula lapidar: “toda potência é impotência do mesmo e em razão ao mesmo (toû autoû kai katà tò autò pàsa dýnamis adynamia). Ou, ainda mais explicitamente: “O que é potente pode tanto ser como não ser. Posto que o mesmo é potente tanto de ser quanto de não ser (tò dynatòn endèketai eînai kai mè eînais). Met. 1050b, 10).

Logo, ciente da possibilidade da potência simplesmente não se transformar em ato e manter-se enquanto não ato, manter-se em sua própria impotência, questiona-se como se daria a passagem ao ato (AGAMBEN, 2014, p. 52). Aristóteles (*apud* AGAMBEN, *idem*) responde que “é potente aquilo, para o qual, quando se realiza o ato do qual se disse ter potência nada será de potência de não ser”, segundo Agamben (*idem*), “esta deposição da potência não significa a sua destruição, mas é, ao contrário, a sua realização, o voltar-se da potência sobre si mesma para doar-se a si mesma”. Isto é, a passagem ao ato não incorreria na destruição da potência para o vigor do ato, ou a sua completa diluição em ato, mas a conservação da potência e o seu “doar-se a si mesma”⁶³.

Nesta relação entre ato e potência proposta por Aristóteles, Agamben vislumbra a estrutura da soberania como bando (em relação à vida): na medida em que a estrutura da potência faz o movimento de se suspender, doando-se a si mesma para se converter em ato, ela mantém-se em relação ao ato justamente através de poder não ser, de sua impotência; a soberania enquanto bando, “que aplica-se à exceção, desaplicando-se” (AGAMBEN, 2014, p. 53), se relaciona com o que é vida – com o que é anormal – justamente na ausência, no abandono.

2.3. Estado de exceção e força de ~~lex~~

Agamben (2014, p. 55) ilustra a estrutura do bando soberano por meio da parábola *Diante da lei* de Kafka, que faz parte do livro *O processo* (1925). Em suma, a

⁶³ Não apenas a respeito da relação entre potência e ato, mas Agamben (2014, p. 46) também vislumbra a questão da soberania no clássico debate constitucional entre poder constituinte e poder constituído, teria o poder constituinte “uma natureza irreduzível e originária, que jamais pode ser estrangida por um ordenamento jurídico concreto, de forma que o poder constituinte é sempre externo a qualquer espécie de poder constituído” (TEODORO FILHO, 2011, p. 46) ou seria “mero poder de revisão previsto em um determinado texto constitucional – o poder que permitiu o surgimento da constituição em si é considerado como meramente factual, ou pré-jurídico” (THEODORO FILHO, *idem*). Conforme Castro (2016, p. 63), “Agamben dedica, de fato várias páginas, lucidíssimas e densas, a um problema clássico da ontologia ocidental, a relação entre potência e o ato. A relação entre o poder constituinte e o poder constituído inscreve-se, de fato, no marco da relação entre potência e ato. Ou, para expressá-los em outros termos, trata-se de dois problemas equivalentes. A relação do poder constituinte com o poder constituído é como a relação da potência com o ato. E, por isso, a ideia de poder constituinte que não se dilua por completo no poder constituído é equivalente à ideia de uma potência que não esgota todo seu poder na passagem ao ato. Aristóteles chama a essa potência a potência do não e, também, impotência (adynamia)”. Em outros dizeres, Theodoro Filho (2011, p. 61) afirma que “a estrutura da potência aristotélica demonstra que o poder constituinte mantém-se sempre em relação de bando com o poder constituído, já que ele precisa abandonar-se para passar a ato e constituir o poder constituído”.

pequena lenda trata de um homem do campo que se põe diante da porta aberta da Lei, que está sob a vigília de um guarda; solicita a sua passagem ao guardião que lhe recusa afirmando não ser o momento. Passa-se a vida inteira do camponês e este se mantém diante da porta aberta da Lei e a sua entrada continua não sendo permitida. Nos últimos momentos de vida, o homem do campo questiona ao guardião: “‘Todos aspiram à lei’, diz o homem. ‘Como se explica que, em tantos anos, ninguém além de mim pediu para entrar?’” (KAFKA, 2005, p. 215). O guarda lhe responde com um berro: “Aqui ninguém mais podia ser admitido, pois esta entrada estava destinada só a você. Agora vou embora e fecho-a” (KAFKA, 2005, p. 215).

Agamben (2014, p. 55) interpreta que “nada – e certamente não a recusa do guardião – impede ao camponês de entrar pela porta da lei, senão o fato de que esta porta já está sempre aberta e de que a lei não prescreve nada”. A forma pura da lei seria justamente isso: uma lei que nada prescreve, mas segue existindo (vigorando) sem nada significar. A força de lei expressa o puro *bando*, pois “o camponês é entregue à potência da lei, porque esta não exige nada dele, não lhe impõe nada além da própria abertura” (AGAMBEN, *idem*). Ao passo que a porta aberta da Lei destina-se apenas ao camponês e este não consegue adentrá-la, a lei a ele se aplica desaplicando-se, denotando, assim, o bando soberano: encontra-se a vida exposta e abandonada à lei. Em outros termos, Agamben (2014, p. 56), vislumbrando na forma pura de lei – que vige sem significar –, a exata expressão do bando soberano, porque os viventes nascem, vivem e morrem sob a vigência de leis (estão nelas abandonados, a sua mercê), que se mantem unicamente como “ponto zero” do seu conteúdo, incluindo os viventes unicamente na sua exclusão⁶⁴.

Neste ponto, Agamben (2014, p. 59) enceta a discussão sobre estado de exceção, segundo o qual resultaria da indistinção entre a vida e a lei, pois esta lei que vige sem significar acaba por “se tornar indiscernível da vida”. Neste sentido, segue Agamben (2014, p. 58) que “a existência e o próprio corpo de Josef K. coincidem, no fim, com o Processo, *são* o Processo”. Theodoro Filho (2011, p. 62) aclara que na vigência da lei sem conteúdo, “qualquer ato, qualquer comportamento pode acarretar qualquer consequência, de modo que essa lei aproxima-se completamente da situação do estado de exceção. Em tais

⁶⁴ Em nota, Agamben (2014, p. 56) apresenta a analogia do *bando* da linguagem que muito explica a relação de bando entre homens e a lei: “a linguagem mantém o homem em seu *bando*, porque, enquanto falante, ele já entrou desde sempre nela sem que pudesse dar conta. Tudo aquilo que se pressupõe à linguagem (na forma de um não linguístico, de um inefável etc.) não é, aliás, nada mais que um pressuposto da linguagem, que, como tal, é mantido em relação com ela justamente enquanto é dela excluído.

condições, a forma da lei torna-se indiscernível das formas de vida, e não é mais possível separar direito de vida”.

Deste modo, se no estado de exceção é impossível de distinguir a norma e fato, o interno e o externo, a normalidade e a exceção (isto é, seria o estado de exceção uma verdadeira zona de indiferenciação), os atos daqueles que agiriam ao amparo da lei iguala-se aos daqueles que a transgridem, indeterminando-se. Neste aspecto, Agamben (2014, p. 58) preceitua que “a vida sob uma lei que vigora sem significar assemelha-se à vida no estado de exceção no qual o gesto mais inocente ou o menor esquecimento podem ter as consequências mais extremas”.

Por oportuno, faz-se o seguinte adendo a respeito da indeterminação entre interno e externo, entre o fato e direito, que se opera no estado de exceção. Agamben, citando Schmitt, aponta a proliferação de normas abertas e em branco⁶⁵, que refletem exatamente essa indeterminação entre direito e fato, já que sugerem ser normas quando, em verdade, trata-se de uma situação que penetra “evasivamente na norma” (AGAMBEN, 2014, p. 168), de modo que diante de “a ação destas cláusulas, que deslocam certeza e calculabilidade para fora da norma, todos os conceitos jurídicos se indeterminam” (AGAMBEN, *idem*). Assim, as tantas possibilidades de interpretação destas cláusulas abertas permitem mitigar a certeza jurídica e da adesão à lei para avançar sobre um terreno escorregadiço, onde há maior margem de discricionariedade para juízes. Toda vida, adverte Schmitt (*apud* AGAMBEN, *idem*):

“Hoje em dia existem apenas conceitos jurídicos ‘indeterminados’... Desta maneira, toda a ligação de lei está entre Cilas e Caribdes. O caminho à frente parece condenar a um mar sem limites e afastar-se sempre mais do terreno firme da certeza jurídica e da adesão à lei, que é também, ao mesmo tempo, o terreno da independência dos juízes: o caminho para trás, em direção a uma formalística superstição da lei, que foi considerada sem sentido e historicamente superada há muito tempo, também não é merecedor de consideração.” (Schmitt, 1933, p. 227-229)

Em retorno à Schmitt (*apud* AGAMBEN, 2014, p. 56), tem-se no elemento da decisão soberana a conexão entre a soberania e estado de exceção. A decisão soberana, desta maneira, revela-se um importante elemento do mecanismo de funcionamento da soberania, porquanto o soberano, que tem o poder de suspender a norma para que a exceção ascenda, assim o faz exatamente por meio da decisão. Norma e decisão soberana seriam, logo,

⁶⁵ Como tipos de “cláusulas abertas e em branco”, citam-se, “bom costume”, “iniciativa imperiosa”, “motivo importante”, “segurança e ordem pública”, “estado de perigo” e “caso de necessidade”. Questiona-se até que ponto o “reconhecimento de acordos e convenções coletivas” não seria uma cláusula em branco.

autônomas: enquanto a norma zelaria pelas situações normais, a decisão soberana cercaria o que era anormal, excepcional.

A inclusão da vida, de elementos anormais do direito, no direito, dá-se por meio da decisão soberana, na medida em que se suspende o direito e passa a vigorar o estado de exceção. Deste movimento da assunção do estado de exceção, a força de lei – que remete à violência originária da lei e de onde advém o porquê de se obedecer – desprende-se do que era lei (do que tem a forma de lei) e passa a pulular entre dispositivos outros que, “naturalmente”, não abrigariam a força de lei. Assim, no estado de exceção, impera a profunda confusão entre direito e exceção, uma vez que a lei existe sem conteúdo, sem força, e qualquer normativa pode abrigar a força de lei, de modo que qualquer arbitrariedade é legitimada e possível contra os viventes no estado de exceção, que ficam completamente à mercê do direito⁶⁶ (THEODORO FILHO, 2011, p. 98).

A demarcação do estado de exceção, do ponto de vista técnico, “não é tanto a confusão entre os poderes⁶⁷, (...), quanto o isolamento da “força de lei” em relação à lei. Ele define um “estado de lei” em que, de um lado, a norma está em vigor, mas não se aplica (não tem “força”) e em que, de outro lado, atos que não têm valor de lei adquirem a sua força” (AGAMBEN, 2004, p. 61). Deste modo, o estado de exceção abre um verdadeiro espaço vazio em que a força de lei (neste sentido lei deve ser grafada sob um \mathbb{X} , por ser somente a força da lei destituída da forma de lei) é um elemento indeterminado e objeto de disputa “tanto pela autoridade estatal (agindo como ditadura comissionaria) quanto por uma organização revolucionária (agindo como ditadura soberana)”, o que reflete uma verdadeira anomia âmbito do direito⁶⁸. Nestes termos, Agamben (2004, p. 61) sustenta:

⁶⁶ Em outros termos, a cogência que é própria da lei vaga entre vários dispositivos, podendo vir a se instalar em qualquer um, de modo que qualquer arbitrariedade é legitimada e possível no estado de exceção (THEODORO FILHO, 2011, p. 98).

⁶⁷ Ilustra Agamben (2004, p. 18) que uma marca do estado de exceção é o fortalecimento do Poder Executivo enquanto legislador, vindo os seus atos terem força de lei, ao passo que o Poder Legislativo, tecnicamente usurpado de sua função, restringe-se a simplesmente convolar os atos normativos do Poder Executivo. Logo, a força de lei que emergiria dos atos do Legislativo passa a encontrar abrigo em decretos-lei ou medidas provisórias do líder do Executivo. Demonstrando vários exemplos da forte presença do estado de exceção na política, Agamben percebe a vigência do estado de exceção como paradigma normal de governo, e acentua, ainda, que o estado de exceção, no decorrer do século XX, desde os regimes políticos totalitários da primeira metade do século, manteve-se perene na política ocidental, ainda que de maneira “*mascarada*” nos regimes democráticos contemporâneos

⁶⁸ Em outros dizeres, “o estado de exceção seria um “estado da lei”, na qual a lei está em vigor, mas não tem força para ser aplicada. Nele, por outro lado, atos que não tem valor de lei adquirem a sua “força”. Em tal caso, a “força da lei” flutua como um elemento de indeterminação jurídica: uma força de lei sem lei; um espaço de anomia no coração do direito (ARÁN e PEIXOTO JÚNIOR, 2007, p. 5)

O estado de exceção é um espaço anômico onde o que está em jogo é uma força de lei sem lei (que deveria se, portanto, ser escrita: força de lei). Tal força de lei, em que potencia e ato estão separados de modo radical, é certamente algo como um elemento místico, ou melhor, uma *fictio* por meio da qual o direito busca atribuir a sua própria anomia.

Deste modo, o estado de exceção se traduz num “espaço anômico em que se perpetua o vazio de direito⁶⁹ e uma interrupção do direito” (AGAMBEN, 2004, p. 75), por meio do qual o direito suspenso intenta incluir em si a exceção, a vida, o que lhe é ausente. Sob a ótica do mecanismo de funcionamento da soberania, no qual o direito suspenso inclui a vida unicamente em sua exceção, observa-se a importância do estado de exceção, porquanto o direito apropria-se do estado de exceção justamente para se “alimentar”, desta maneira reitera-se a soberania como bando. Em outros termos, Theodoro Filho (2011, p. 105) afirma que:

Isto quer dizer, então, que para ser possível ao direito incluir a vida em seu interior, isto é, para que mesmo os fatos que não foram “normalizados” ou “esquadrados” pelo direito possam ser eventualmente “alcançados”, é necessária a possibilidade da exceção, no sentido de que a força instituidora do poder constituinte possa ser eventualmente re-ativada – ou, em outros termos, a força mantenedora do poder constituído possa ser desativada – para que tais fatos sejam abordados pelo direito por meio da ausência e suspensão do direito, em exceção. O direito, portanto, abandona, retira-se, para “incluir em si”, mas igualmente “inclui abandonando-se”, retirando-se de sua potência constitutiva de não ser. Essa forma de relação que se ampara na ausência, e que inclui o que está excluído do direito por meio da exclusão do direito em sua suspensão, é o que se denomina relação de bando, ou bando soberano

A respeito deste conceito de *força de lei*, extraído de Derrida, deve ser entendida como fundamento místico da autoridade: obedece-se a lei não em razão da justiça que dela emana⁷⁰, mas em virtude de sua força de lei, que remete à violência que a originou (DERRIDA, 2010, p. 21). Assim, a força de lei decorre do ato violento fundador do direito. Agamben (2004, p. 60) ressalta a força de lei como a capacidade da lei de obrigar a quem a ela se sujeita.

Por fim, contribui Theodoro Filho (2011, p. 96-97) ao preencher a lacuna não observada por Agamben a respeito da Constituição – maior das leis – que o despreendimento de sua força de lei é ainda mais preocupante que o mesmo ocorrido com leis. Aliás, dada a

⁶⁹ Em razão do estado de exceção remeter a um vazio de direito, estaria Schmitt equivocado ao tentar aproximar o estado de exceção do contexto jurídico (AGAMBEN, 2004, p. 79). Repisa-se que o estado de exceção não pode ser inscrito na ordem jurídica, porquanto “é um espaço vazio de direito, uma zona de anomia em que todas as determinações jurídicas – e, antes de tudo, a própria distinção em público e privado – estão desativadas” (AGAMBEN, 2004, p. 78).

⁷⁰ Aliás, Derrida (2010) defende em “*Do direito à justiça*” que direito e justiça são conceitos que não coincidem, quando não são excludentes. Para o autor, o direito exige uma força para ser aplicado; ao passo que o direito é posto como um elemento que depende de cálculo, a justiça remete ao incalculável, ao impossível, ao indecidível.

“terrível descrição de Agamben acerca do desprendimento da força de lei, que se vem apresentando, reporta-se, em verdade, à liberação e trânsito da “força de lei constitucional”, e não da força de lei de qualquer lei” (THEODORO FILHO, 2011, p. 98). É que a Constituição é a fundadora da ordem jurídica e baliza o vigor das leis hierarquicamente inferiores: é por meio do cotejo com a força de lei da Constituição que a lei retira a sua força de lei, estando em desconformidade com o teor constitucional, é declarada inconstitucional e eliminada do ordenamento jurídico, não só a lei em si como os seus efeitos.

A força de lei que eventualmente se retira da Constituição é mais robusta que qualquer outra lei do mesmo ordenamento, caso migre para qualquer outro diploma, seja ato do executivo, seja instrumento coletivo, passa ganhar *status* constitucional, de modo que qualquer consequência ou violência previsto nele é constitucionalmente convalidada (THEODORO FILHO, 2011, p. 98).

2.4.O campo e a intensa produção de vida nua

O mecanismo de funcionamento da soberania entendida como bando, que ao suspender o direito permite a assunção da exceção, traz como resultado a produção da vida nua, seguindo a mesma sorte o estado de exceção, enquanto nada excepcional na política ocidental do século XX, produz a vida nua incessantemente. Em uma investigação biopolítica a respeito do que “foi excetuado e capturado nela [*soberania*]” (AGAMBEN, 2014, p. 71) rememora a obscura figura do *homo sacer* (homem sacro) do direito romano que em muito se relaciona com esta vida nua resultado da captura da vida pela estrutura soberana. Para tanto, debruça Agamben a respeito da questão ontológica da sacralidade da vida⁷¹, que atualmente conecta à ideia de uma “suposta proteção incondicional e respeito absoluto daquilo que é sacro” (THEODORO FILHO, 2011, p. 161).

Remoto da arcaica era em que o direito penal romano ainda não era indistinto do direito religioso, o *Homo sacer* é a figura de um romano que teve todos os seus direitos de cidadão romano destituídos em razão de ter cometido um delito. Ao invés de simplesmente

⁷¹ Observe que sacralidade nos moldes que é hoje entendida – o que é sacro é intrinsecamente merecedor de proteção – é diferente da noção romana antiga como se denota da figura do *homo sacer* (homem sacro), como se ver adiante, “o *homo sacer* é, de fato, insacrificável e pode, todavia, ser morto por qualquer um” (AGAMBEN, 2014, p. 112).

condenado à morte, o *homo sacer* era declarado sagrado, era entregue aos deuses, de modo que não poderia ser sacrificado – uma vez que já entregue aos deuses, não havia necessidade de repetir o ato –, também era excluído do direito mundano (que não lhe era aplicável⁷²), razão pela qual poderia ser morto por qualquer pessoa sem que seu assassino fosse considerado um homicida; não era punido. Assim, poderia o *homo sacer* ser morto por qualquer meio e por qualquer pessoa e não poderia ser sacrificado. Em suma, seria o *homo sacer* matável e insacrificável. Sobre a explicação acima, Agamben (2014, p. 76) adverte que ela não logra “explicar econômica e simultaneamente os dois traços característicos cuja justaposição constitui, justamente, na definição do de Festo, a especialidade do *homo sacer*: a *impunidade da sua morte e o veto de seu sacrifício*”. Agamben (*idem*), assim, sugere:

Tudo faz pensar que nos encontramos aqui diante de um conceito-limite do ordenamento social romano, que, como tal, pode dificilmente ser explicado de modo satisfatório enquanto se permanece no interior do *jus divinum* e do *jus humanum*, mas que pode, talvez, permitir-nos lançar uma luz sobre os seus limites recíprocos. Mais do que resolver a especificidade do *homo sacer*, como se tem feito muito frequentemente, em uma noção etnológica de tabu, tentaremos em vez disso interpretar a *sacratio* como uma figura autônoma e nos perguntaremos se ela não nos permitiria por acaso lançar luz sobre uma estrutura política originária, que tem seu lugar em uma zona que precede a distinção entre sacro e profano, entre religioso e jurídico (destacou-se)

Sob a alcunha de *vida matável e insacrificável*, o *homo sacer* tem como caracteres principais duas exceções, quais sejam, a matabilidade advinda de sua exclusão do direito mundano e insacrificabilidade decorrida do direito divino. Deste modo, a figura do *homo sacer* relaciona-se com a estrutura da exceção soberana, posto que nesta “a lei se aplica de fato ao caso excepcional desaplicando-se, retirando-se deste”, no cerne do *homo sacer* há a sua entrega aos deuses e a sua exclusão do direito romano, de modo é unicamente incluído na comunidade por meio de sua matabilidade, de sua exclusão (AGAMBEN, 2014, p. 84). Em suma, as duas exceções que circundam a figura do *homo sacer* perpassam pela sua entrega aos deuses – ainda que ainda estivesse no mundo dos vivos – e na sua exclusão da comunidade, que unicamente se relaciona com o *homo sacer* por meio de sua matabilidade. Assim, a vida estaria, portanto, fora do mundo divino e também do mundo jurídico, subsistindo verdadeiramente como uma exceção em ambas esferas⁷³.

⁷² Segundo Kerényi e Fowler (*apud* Agamben), o *homo sacer* foi entregue aos deuses íferos, de modo que “não podem ser objeto de sacrifício, de um *sacrificium*, por nenhuma outra razão além desta, muito simples: aquilo que é *sacer* já está sob posse dos deuses, e é originalmente e de modo particular propriedade dos deuses íferos, portanto não há necessidade de torná-lo tal com uma nova ação”.

⁷³ A parte da esfera humana e da esfera divina, a ação humana manifesta a partir do soberano e do *homo sacer* é primeiro espaço político em sentido próprio e específico. “Em outros termos, a base original da política se funda

Sem guarida em nenhuma das esferas, está a vida sagrada vulnerável a um tipo de violência que não seria a derivada de um sacrifício (pois se trata de uma vida insacrificável), nem de um homicídio (pois, sua morte não é punível), de modo que não seria uma violência divina tampouco humana. Em verdade, a violência que aflige o *homo sacer* é a que o conecta com o soberano, na medida em que o *homo sacer* é matável e insacrificável; na pessoa do soberano se concentra a possibilidade de matar sem ser punido e sem que a morte seja configurada como um sacrifício (AGAMBEN, 2014, p. 84). Logo, “na estrutura da exceção soberana as figuras do soberano e da vida sacra se completam e complementam, ocupando cada um deles os limites extremos do ordenamento jurídico” (THEODORO FILHO, 2011, p. 132). Na relação de bando em que a vida é capturada pela soberania por meio da exceção,

Aquilo que é capturado no *bando soberano* é uma vida humana matável e insacrificável: o *homo sacer*. Se chamamos vida nua ou vida sacra a esta vida que constitui o conteúdo primeiro do poder soberano, dispomos ainda de um princípio de resposta para o quesito benjaminiano acerca da “origem do dogma da sacralidade da vida”. Sacra, isto é, matável e insacrificável, é originariamente a vida no *bando soberano*, e a produção da vida nua é, neste sentido, o préstimo original da soberania. A sacralidade da vida, que se desejaria hoje fazer valer contra o poder soberano como um direito humano em todos os sentidos fundamentais, exprime, ao contrário, em sua origem, justamente a sujeição da vida a um poder de morte, a sua irreparável exposição na relação de abandono (AGAMBEN, 2014, p. 85)

O soberano, como aquele que tem o poder decidir sobre a exceção, tem, em última instância o poder de vida e morte sobre todos os homens que se situam abaixo dele, razão pela qual todos os homens são em relação ao soberano *homines sacri* em potencial, ao passo que o *homo sacer* vislumbra em qualquer homem o soberano, pois pode ser morto por qualquer um sem que haja qualquer punição, de modo que qualquer homem tem o poder de morte sobre a vida sacra.

A figura do *homo sacer* representa a vida nua em sua plenitude. Caracterizada como uma vida destituída de valoração, vulnerável à vontade soberana, a vida nua é o resultante do bando soberano, reflexo do mecanismo de funcionamento da soberania. Ao intento de repensar figuras clássicas da política ocidental, como o contrato social de Hobbes sob a ótica da biopolítica, Agamben demonstra que a vida nua é o fundamento originário do pensamento político ocidental e o bando é a forma de relacionamento jurídico-político originário (THEODORO FILHO, 2011, p. 118). Isso porque em contraponto ao estado de natureza – em que há a guerra de todos contra todos, de modo que cada homem perante aos

na exceção soberana que se delimita a partir das figuras do soberano e do *homo sacer*, e que se realiza na matabilidade e na insacrificabilidade deste último” (THEODORO FILHO, 2011, p.133).

seus seria uma vida nua, plenamente matável –; o Estado se edifica, não em virtude da renúncia dos súditos ao direito natural, mas da conservação deste nas mãos do soberano⁷⁴. Isto posto, observe-se que na figura do soberano se encontra a prerrogativa de uso da violência aceita no contexto de estado natural, ou seja, o soberano conserva o poder de vida e morte sobre aqueles hierarquicamente inferiores a ele.

Assim, o soberano – aquele que decide sobre a exceção – tem, em última instância o poder de vida e morte sobre os demais homens, sem que possa ser punido ou sem que a morte seja interpretada como sacrifício. Tal relação entre soberano e vida nua ampara-se precipuamente na estrutura do bando (abandono), na medida em que a vida somente é incluída no Estado em sua exclusão, na sua matabilidade (THEODORO, 2011, p. 16 e 84).

Nos tempos atuais, é certo que a concepção de sacralidade da vida tomou diferente conotação quanto ao sacrifício – entrega da vida aos deuses, a própria imolação –, ao contrário, a vida, por ser considerada sagrada, é objeto de proteção e respeito. Inobstante, a figura do *homo sacer* e sua matabilidade ainda existem:

Na modernidade, o princípio da sacralidade da vida se viu, assim, completamente emancipado da ideologia sacrificial, e o significado do termo sacro na nossa cultura dá continuidade à história semântica do *homo sacer* e não à do sacrifício (daí a insuficiência das desmistificações, ainda que justas, hoje propostas por várias partes, da ideologia sacrificial). O que temos hoje diante dos olhos é, de fato, uma vida exposta como tal a uma violência sem precedentes, mais precisamente nas formas profanas e banais. (...) Se é verdadeiro que a figura que o nosso tempo nos propõe é aquela de uma vida insacrificável, que, todavia, tornou-se matável em uma proporção inaudita, então a vida nua do *homo sacer* nos diz respeito de modo particular. A sacralidade é uma linha de fuga ainda presente na política contemporânea, que, como tal, desloca-se em direção a zonas cada vez mais vastas e obscuras, até coincidir com a própria vida biológica dos cidadãos. Se hoje não existe mais uma figura predeterminável do homem sacro, é, talvez, porque somos todos virtualmente *homines sacri* (AGAMBEN, 2014, p. 112 e 113) (destacou-se)

Isso porque a biopolítica, por meio do mecanismo da soberania, cujo resultado é justamente a captura da vida e a sua inscrição no Estado, persiste como a política ocidental. Hoje, como dito, por mais que não se sacrifique vidas aos deuses, a vida segue sendo capturada por outros artifícios mais sutis⁷⁵, sem, contudo, olvidar do fundamento secreto na

⁷⁴ Agamben (2014, p. 106) sustenta que Hobbes [Agamben sustenta que o que de Hobbes?] “conservação, da parte do soberano, de seu direito natural de fazer em relação a qualquer um, que se apresenta então como direito de punir”. A respeito deste *jus puniendi*,” que configura-se como uma sobrevivência do estado de natureza no próprio coração do Estado, corresponde nos súditos a faculdade não de desobedecer, mas de fugir à violência exercitada sobre sua própria pessoa”

⁷⁵ Theodoro Filho (2011, p. 164) acentua as diferenças entre Foucault e Agamben quanto aos modos modernos de captura da vida. Para o primeiro, a biopolítica foca na regulamentação e no controle da vida, ao passo que Agamben vislumbra na “regulamentação e controle da vida” foucaultianos a mera suspensão da ordem jurídica.

soberania que é precisamente o poder de vida e morte sobre os homens. Isto é, a regulamentação e o controle da vida que hoje imperam no âmbito da política ocidental perpassam pela suspensão do direito, “de forma que a pretensão de regulação absoluta da vida nua pressupõe a matabilidade ilimitada desta mesma vida” (THEODORO FILHO, 2011, p. 164). Assim, a vida biológica mantém-se como norte das decisões políticas e a reprodução da vida nua segue perene nas democracias ocidentais⁷⁶, de modo que este regime se aproxima em muito dos regimes totalitários e as matizes de cada regime se misturam:

E apenas porque a vida biológica, com as suas necessidades, tornara-se por toda parte o fato politicamente decisivo, é possível compreender a rapidez, de outra forma inexplicável, com a qual no nosso século [século XX] as democracias parlamentares puderam virar Estados totalitários, e os Estados totalitários converter-se quase sem solução de continuidade em democracias parlamentares. Em ambos os casos, estas reviravoltas produziam-se num contexto em que a política já havia se transformado, fazia tempo, em biopolítica, e no qual a aposta em jogo consistia então apenas em determinar qual forma de organização se revelaria mais eficaz para assegurar o cuidado, o controle e o usufruto da vida nua. As distinções políticas tradicionais (como aquelas entre direita e esquerda, liberalismo e totalitarismo, privado e público) perdem sua clareza e sua inteligibilidade, entrando em uma zona de indeterminação logo que o seu referente fundamental tenha se tornado a vida nua. Até mesmo o repentino deslize das classes dirigentes ex-comunistas no racismo mais extremo (como na Sérvia, com o programa de “limpeza étnica”) e o renascimento do fascismo na Europa, sob novas formas, encontram aqui a sua raiz (AGAMBEN, 2014, p. 118 – 119).

Neste mesmo sentido, na configuração da biopolítica moderna, a vida natural, como norte das decisões políticas, assume o papel de fonte e portadora do direito, uma vez o nascimento (fato biológico) no seio de Estado já implica na aquisição de direitos, origina a insígnia de “*cidadão*”. Aquela simples vida natural passa, então, a ser rotulada como cidadã e torna-se parte de daquela nação, porquanto tem garantida a aplicação do arcabouço jurídico do Estado, inclusive de direitos humanos, vez que estes são mitigados a um não cidadão, vide a questão dos refugiados⁷⁷. “Em outros termos, é a qualidade de vida pura biológica presente

⁷⁶ Em outros termos Agamben (2014, p. 118) afirma: “A contigüidade entre democracia de massa e Estados totalitários não tem, contudo (como Löwith parece aqui considerar, seguindo a trilha de Schmitt), a forma de uma improvisa reviravolta: antes de emergir impetuosamente à luz do nosso século [século XX], o rio da biopolítica, que arrasta consigo a vida do *homo sacer*, corre de modo subterrâneo, mas contínuo”

⁷⁷ Agamben critica a aplicação restritiva dos chamados direitos humanos perante a figura do refugiado (um não cidadão), pois os direitos custam a lhe aplicar em razão de serem meros corpos biológicos destituídos da insígnia política, uma vez que já não estão ou nunca estiveram inscritos em qualquer Estado. Ora, a lógica dos direitos humanos, que deveria ser abarcar todos humanos, encontra limites e restrições, porquanto direitos humanos abarcam humanos desde que cidadãos. Deste modo, a figura do refugiado corrobora com a tese de Agamben no sentido de que ainda as democracias ocidentais tem como fundamento secreto o poder de vida e morte; o refugiado ainda perambula como *homo sacer*, vida nua no seio de democracias: “(...) exibindo à luz o resíduo entre nascimento e nação, o refugiado faz surgir por um átimo na cena política aquela vida nua que constitui seu secreto pressuposto. Neste sentido, ele é verdadeiramente, como sugere Hannah Arendt, “o homem dos direitos”, a sua primeira e única aparição real fora da máscara do cidadão que constantemente o cobre” Agamben (2014, p. 128)

em qualquer cidadão que o torna cidadão, enquanto objeto da biopolítica moderna” (THEODORO FILHO, 2011, p. 172), desta maneira, a vida puramente orgânica é condição primária de todo o cidadão e o rótulo de *cidadão*, de certo modo, consegue escamotear e obscurecer a captura da vida nas democracias ocidentais (ou a condição de submissão ínsita entre a vida nua e o soberano ou a própria matabilidade – exclusão – da vida nua e, por corolário, de todo cidadão).

Observe-se que a condição primária seja de um cidadão ou de um não cidadão (apátridas, refugiados, vidas biológicas sem relevância política) é justamente a vida nua, razão pela qual toda vida é sacra, o que, a toda evidência, denuncia o estado de exceção que se faz regra na modernidade, conforme Agamben (2014, p. 144) atenta: “Quando vida e política, divididos na origem e articulados entre si através da terra de ninguém do estado de exceção, na qual habita a vida nua, tendem a identificar-se, então toda vida torna-se sacra e toda a política torna-se exceção”. Nesta incessante confusão e indiferenciação entre política e vida nua, ainda nos dias atuais, o soberano permanece detentor da decisão sobre a exceção que, em última análise, diz qual vida é politicamente relevante, isto é, revela o seu poder soberano sobre vida ou morte dos homens (cidadãos ou não).

Neste cenário, a biopolítica se faz regra: a vida nua mantém-se como fator decisivo. Não à toa, Theodoro Filho (2011, p. 166-167) acrescenta que “A biopolítica, ou tanatopolítica, é, para o autor [Agamben], a marca essencial da política da modernidade, e constitui o referencial a partir do qual os fenômenos político-jurídicos de nosso tempo podem ser verdadeiramente compreendidos. Nessa lógica, o campo de concentração, tomado como o local de realização máxima da biopolítica, revelar-se-ia como o paradigma oculto que rege o espaço político moderno” (destacou-se).

É no campo de concentração que a decisão soberana é, indubitavelmente, concretizada, sendo o direito formalmente suspenso ao passo que o estado exceção é implementado, materializado. Atuando como paradigma, a figura do campo remete ao espaço territorial em que o estado de exceção é permanente, onde o direito não adentra plenamente, não se conhece algo diferente da própria exceção que não se apresenta enquanto exceção, mas como normalidade, inclusive, o estado de exceção sob a análise do campo é tido como

desejável⁷⁸. Assim, o campo seria a zona de indistinção entre fato e norma e entre exceção e direito, seria a materialização do estado de exceção desejável.

O atributo de “desejável” a que se remete ao campo dá-se, de certo modo, em razão do campo ser o destino daqueles que são apenas vida nua, politicamente irrelevantes. É no campo que as vidas nuas (sejam aquelas que assim o são desde o seu primórdio ou relativas ao corpo meramente biológico de indivíduos que tem a sua vida nua isolada a partir de certo evento) são lançadas à vontade soberana e a tudo se submetem.

Sob o vigor do estado de exceção, os viventes submetidos ao campo encontram-se despojados de qualquer qualificação⁷⁹ – não ser a de simples vida biológica – e submetidos ao alvitre da vontade soberana, que pode ordenar qualquer arbitrariedade porquanto a tudo a vida nua se submete e se vulnera. Aliás, deve-se encarar o campo como espaço em que o mecanismo da soberania funciona em plenitude, no qual a vida nua é produzida em massa por meio da exceção: a chegada ao campo é o momento no qual, de fato, a vida nua é isolada. Após a decisão soberana sobre a exceção, em que o direito é suspenso e se vislumbra um espaço vazio e o próximo passo é justamente a administração da vida nua no campo – preencher este vazio com o que bem entender –, transformando a vida orgânica em mero brinquedo nas mãos soberanas, *sem qualquer mediação*. Citando Arendt, Agamben (2014, p. 166 – 167) sustenta:

Hannah Arendt uma vez observou que, nos campos, emerge em plena luz o princípio que rege o domínio totalitário e que o senso comum recusa-se obstinadamente a admitir, ou seja, o princípio segundo o qual “tudo é possível”. Somente porque os campos constituem, no sentido que se viu, um espaço de exceção, no qual não apenas a lei é integralmente suspensa, mas, além disso, fato e direito se confundem sem resíduos, neles tudo é verdadeiramente possível. Se não se compreende esta particular estrutura jurídico-política dos campos, cuja vocação é justamente a de realizar estavelmente a exceção, o incrível que aconteceu dentro deles permanece totalmente ininteligível. Quem entrava no campo movia-se em uma zona de indistinção entre externo e interno, exceção e regra, lícito e ilícito, na qual os próprios conceitos de direito subjetivo e de proteção jurídica não faziam mais sentido; além disso, se era um hebreu, ele já tinha sido privado, pelas leis de Nuremberg, dos seus direitos de cidadão e, posteriormente, no momento da “solução final”, completamente desnacionalizado. Na medida em que os seus habitantes

⁷⁸ É o que Agamben (2014, p. 165 - 166) aduz “É preciso refletir sobre o estatuto paradoxal do campo enquanto espaço de exceção: ele é um pedaço de território que é colocado fora do ordenamento jurídico normal, mas não é, por causa disso, simplesmente um espaço externo. Aquilo que nele é excluído é, segundo o significado etimológico do termo exceção, capturado fora, incluído através da sua própria exclusão. Mas aquilo que, deste modo, é antes de tudo capturado no ordenamento é o próprio estado de exceção. Na medida em que o estado de exceção é, de fato, “desejado”, ele inaugura um novo paradigma jurídico-político, no qual a norma torna-se indiscernível da exceção”.

⁷⁹ Assim como Agamben, Arendt percebe no espaço do campo, em que a ordem jurídica não mais vigora, há a produção da vida aparte de sua espontaneidade, expressiva apenas quanto à suas funções biológicas.

foram despojados de todo estatuto político e reduzidos integralmente a vida nua, o campo é também o mais absoluto espaço biopolítico que jamais tenha sido realizado, no qual o poder não tem diante de si senão a pura vida sem qualquer mediação. Por isso o campo é o próprio paradigma do espaço político no ponto em que a política torna-se biopolítica e o *homo sacer* se confunde virtualmente com o cidadão (AGAMBEN, 2014, p. 166 - 167) (destacou-se)

Como vivência extrema da biopolítica, a inevitável indeterminação entre fato e norma permeia o campo, de modo que sobre o corpo vivente meramente orgânico qualquer comando do soberano determina o seu destino, a sua vida ou a sua morte. Ainda que o comando soberano se revista uma crueldade sem limites, é prontamente obedecido como se lei fosse e nada ampara a vida nua, razão pela qual resta a ela apenas o abandono às decisões soberanas.

A estrutura do campo, que remonta a absoluta vivência da biopolítica, revela a relação que submete qualquer vida ao poder soberano, uma vez antes de mais nada todo cidadão é vida nua e pode ter a sua vida nua isolada ao sabor da decisão soberana, que decide, em última instância, sobre a relevância ou não da vida. A situação máxima do campo denota apenas que, sob a insígnia de cidadão, ainda persiste a vida nua e que, de certo modo as liberdades e conquistas que tanto se vangloriam nas democracias ocidentais encontram-se assentadas no abandono da vida ao alvitre do soberano, isto é, todos os habitantes estão potencialmente expostos à decisão soberana a respeito de seu valor ou desvalor.

CONCLUSÃO

Tratadas as questões centrais dos livros *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua* (1996) e *Estado de Exceção. Homo Sacer, II, I* (2003), cumpre questionar em que medida este arcabouço teórico conecta com os resultados precarizadores engendrados pelo julgamento do RE 590.415/SC no cerne protetivo do direito do trabalho. Numa primeira análise, é importante já identificar os elementos relevantes do julgado e como estes se relacionam com os conceitos elaborados por Agamben.

No entanto, antes de iniciar a análise em si, é importante assentar limites ao uso da teoria agambeniana no direito e, por corolário, nesta pesquisa. De início, cumpre observar o quanto Agamben é enfático ao apontar que a continuidade da estrutura biopolítica nas atuais democracias ocidentais, em que pese os governos totalitários do século passado sejam interpretados por ele como modelos evidentes da produção em massa da vida nua, isto é, os regimes totalitários são lidos com a expressão máxima da vivência biopolítica, que hoje ainda persiste, segundo Agamben. Contudo, passados alguns anos e perante ao notável o esforço de sempre superar o totalitarismo, buscaram as democracias ocidentais fazer diferente. Até que ponto análise de Agamben é factível com a realidade atual das democracias ocidentais?

A toda evidência, é claro que nos dias de hoje, é possível ver espaços físicos ou situações que em muito remontam o campo, onde tudo, qualquer arbitrariedade, se faz como possível e plenamente realizável⁸⁰. Contudo, é certo também que a experiência máxima do nazismo, quando se observa globalmente, em muito se diferencia com a vivência atual, bem como é repudiada pelas democracias ocidentais (THEODORO FILHO, 2011, p. 273-274).

⁸⁰ Na tese de Paixão (2004), traça-se um estudo do impacto da luta antiterrorismo no constitucionalismo contemporâneo após o episódio do 11 de setembro de 2001. Como parte do estudo, foi observada a condição dos prisioneiros de Guantánamo, área em que vige a soberania cubana, mas a jurisdição e controle pertence aos Estados Unidos (PAIXÃO, 2004, p. 292). “Trata-se, então, de uma situação *sui generis*: os detidos foram levados à base por militares norte-americanos, estão confinados em instalações construídas e mantidas por norte-americanos, cumprem ordens e rotinas diárias estabelecidas pelo comando militar norte-americano. De fato, a única razão para estarem encarcerados é o seu suposto envolvimento num conflito militar com forças norte-americanas. Mas, para o Governo Federal norte-americano, eles não estão em território soberano norte-americano. O resultado é decisivo para seu status legal: o Departamento de Defesa considera que os prisioneiros não têm direitos previstos no ordenamento jurídico norte-americano e tampouco têm acesso às cortes de justiça norte-americanas” (PAIXÃO, 2004, p. 292). Logo, aos prisioneiros de Guantánamo não se aplica as garantias do ordenamento jurídico norte-americano, como visto, e o Departamento de Defesa também “não considera os detentos de Guantánamo como prisioneiros de guerra, mas como “combatentes ilegais”. O resultado é uma negação dupla: os detentos não têm nenhum direito previsto na Constituição ou nas leis norte-americanas e tampouco encontram-se sujeitos às previsões estipuladas nas Convenções de Genebra sobre prisioneiros de guerra”. Deste modo, a prisão de Guantánamo em muito se assemelha ao campo, porquanto o direito não é aplicado nem garantido a quem nela se encontra, ao passo que seus detentos se aproximam da imagem e *homo sacer*, vida nua, na medida em que estão submetidos a qualquer arbitrariedade.

Em uma análise da teoria de Agamben, Theodoro Filho (2011, p. 370) pondera que a radicalidade e o fatalismo com que o autor projeta em sua teoria nem sempre condiz com o real e que, em última instância, Agamben demonstra que o exato problema nos dias de hoje é a sempre presente possibilidade da exceção se concretizar, ao passo que esta compõe ontologicamente o direito:

Tais conclusões, entretanto, não são tão radicais e inescapáveis quanto o texto de Agamben originalmente faz parecer. Não existe um campo de concentração a cada esquina dos grandes centros urbanos ocidentais, ao menos não na maioria deles. O grande problema colocado, ao final, é o da possibilidade sempre presente da exceção e da biopolítica se tornarem reais, enquanto elementos ontológicos constitutivos do direito e da política. A exceção potencial, mais do que uma suposta exceção concreta que já seria a regra e a realidade no mundo contemporâneo, é que traz enormes dificuldades à reflexão institucional sobre o direito e a política a partir de Agamben.

Sustenta Agamben que o fato de as raízes ontológicas do direito serem calcadas na exceção e no abandono, bem como a atuação da soberania, enquanto bando capturando vidas por meio da exceção ou suspensão do direito, talvez são suficientes para sustentar a biopolítica como modelo paradigma político da modernidade dos séculos XX e XXI. Agamben, entretanto, “não explica em nenhum momento como isso acontece, ou melhor, como isso pôde acontecer e continua acontecendo” (THEODORO FILHO, 2011, p. 273).

Em investigação a respeito das possíveis lacunas nas obras de Agamben, Theodoro Filho (2011) conclui que o autor deixou de se atentar para a questão da Constituição e do Poder Judiciário nas democracias atuais e, por via de consequência, o filósofo não se atentou para a possibilidade destas figuras assumirem o papel de soberano. Em retorno às fontes utilizadas por Agamben, sobretudo Schmitt, nota-se que este autor acredita na vontade una e indivisível de um povo como fonte de soberania e autoridade, razão pela qual quem conseguir melhor traduzir esta vontade do povo deveria de pronto assumir o poder enquanto autoridade soberana.

Antagonizando as influências de Agamben, tem-se que o Poder Judiciário nem sequer é um órgão eletivo, logo não seria nunca hábil a sua atuação como soberano, de acordo com a teoria de Schmitt. Ainda para este, a Constituição seria um texto como outro qualquer, devendo ser protegida à medida que coincidente com a vontade do povo, caso contrário, a vontade do povo deveria a ela elevar-se. Deste modo, em razão do presidente do Reich ser aquele que consegue apreender a vontade una e indivisível de seu povo, ele é o agente soberano encarregado de decidir sobre o sentido de Constituição (THEODORO FILHO, 2011, p. 294). Ademais, Agamben percebe na imagem do presidente do Reich o detentor da

autoritas e da *potestas*, devendo ser assim chamado de líder carismático⁸¹. Esta estrutura fundamenta o nazismo como a mais extrema experiência biopolítica:

A figura do chefe de Estado como “apresentante” democrático da vontade una e indivisível de um povo é, essencialmente, uma figura biopolítica – ela é o gérmen do líder carismático que eventualmente ascenderá no fascismo e no nazismo. A idéia de vontade política una e indivisível de uma totalidade corresponde a possibilidade de definição do valor e do desvalor da vida, bem como a incessante produção e reprodução bio e tanatopolítica de um povo. Neste momento teórico, Schmitt ainda sustenta que o poder neutro do chefe de Estado deve se limitar a uma espécie de autoridade – autoridade esta que, todavia, tem a possibilidade de suspender a ordem jurídica; circunstância que, pela própria definição de Schmitt, já a torna soberana. Logo, o presidente do Reich, mesmo antes do *Führer*, era já, de um ponto de vista teórico lógico, o soberano biopolítico (THEODORO FILHO, 2011, p. 296).

Nesta leitura política da Constituição, o papel reservado ao Poder Judiciário seria o de simplesmente fazer a interpretação de leis e do texto constitucional conforme a subsunção do fato à norma. Caso houvesse uma situação em que uma aplicação de lei ordinária concorresse com a do texto constitucional, deveria o órgão de cúpula do poder judiciário definir qual dos dispositivos seria o aplicável ao caso concreto, podendo ser que a lei ordinária levasse vantagem sobre o texto da Constituição⁸². Deste modo, soberano mesmo seria apenas vontade una e indivisível do povo, traduzido pelo presidente do Reich, ao passo que o texto constitucional não logra tal sentido na teoria de Schmitt (THEODORO FILHO, 2011, p. 290).

Em contramão do modelo schmittiano, o que impera nos dias de hoje nas democracias ocidentais é o constitucionalismo tendente aos moldes norte-americano, segundo o qual “o povo era a fonte do poder, a Constituição era fonte de autoridade – ou, em outros termos, o exercício do poder é legítimo na medida em que convalidado pelo texto

⁸¹ Segundo Agamben (2003, p. 127-128), na figura do líder carismático, a qual se destacou nos regimes totalitários do século passado, converge tanto a *potestas* (a iniciativa de se proclamar a exceção) como a *auctoritas* (a capacidade de convalidar a exceção), de modo que o líder carismático não carece que seus atos sejam aferidos por um órgão externo, como o poder judiciário, por exemplo. Ele por si só tem o poder de suspender o direito e fazer viger a exceção. O líder carismático assimila ao chamado *auctoritas principis* que é “a autoridade reivindicada pelos príncipes e imperadores romanos como próprio fundamento do status de príncipe” (THEODORO FILHO, 2011, p. 121).

⁸² Neste ponto, cabe diferenciar Constituição de norma constitucional e de texto constitucional. Segundo Schmitt, Constituição é justamente a decisão política fundamental acerca da unidade de um povo; enquanto as leis constitucionais, ou o texto constitucional, que tem validade a partir da Constituição, mas com esta não se emaranham, uma vez que o texto constitucional pode ser objeto de alterações, por meio do poder constituinte derivado, e a Constituição, como decisão política de fundação, não se modifica (THEODORO FILHO, 2011, p. 67). Frente a estas constatações de Schmitt, Theodoro Filho (2011, p. 342) aponta que “este autor distingue claramente a norma constitucional da Constituição como decisão política fundamental – e defende que a norma constitucional sempre deve ceder frente à Constituição; ou, em outros termos, que a norma constitucional sempre pode ser suspensa em face da Constituição”.

constitucional”⁸³ (THEODORO FILHO, 2011, p. 278). Assim, toda lei ou ato dos poderes deve estar em concordância com o texto constitucional, uma vez que a Constituição é suprema. O órgão legitimado para fazer tal análise é justamente o poder judiciário⁸⁴, de modo que quando instado a se manifestar, este pode rever decisões tanto do poder executivo como do poder legislativo. Inclusive, as decisões do próprio judiciário são revista pelo próprio judiciário, mais especificamente nas Cortes Constitucionais. Ao contrário do exposto, na teoria de Schmitt os atos do presidente do Reich não poderiam ser revisados em face do texto constitucional, pois era a autoridade suprema tradutora da vontade do povo.

Atenta-se para o fato de que o constitucionalismo norte-americano e o modelo continental desenhado por Schmitt não se operam como práticas completamente apartadas entre si ou como arquétipos:

Pelo contrário, tanto no campo prático quanto teórico os dois modelos foram paulatinamente se interpenetrando e contra-influenciando. Conquanto tal processo tenha se dado pelas duas vias possíveis, durante o entre guerras posterior ao fiasco europeu da Primeira Guerra Mundial, a idéia americana de controle de constitucionalidade exerceu grande influência no constitucionalismo continental: resultando tanto no grande expoente teórico a favor do controle de constitucionalidade judicial de Hans Kelsen, dentre vários outros, quanto na adoção institucional de tribunais constitucionais em diversos Estados continentais” (THEODORO FILHO, 284-285).

Entre os dois tipos de constitucionalismo, há o híbrido no sentido de que a Constituição tanto é a lei suprema como também é resultante da vontade de um povo. Identifica-se neste sistema a seguinte aporia: segue o Judiciário sendo responsável pela interpretação última da Constituição em que pese os magistrados não tenham qualquer relação representativa com a vontade popular, mesmo que a Constituição nela se ampare (THEODORO FILHO, 2011, p. 346).

⁸³ Em outros termos, Theodoro Filho (2011, p. 305) sustenta que “no modelo americano puro a Constituição é fonte de autoridade – ela é a lei suprema que simboliza o ato de fundação e a tradição que permite a preservação e o aperfeiçoamento da comunidade político-jurídica. O poder que emana do povo precisa ser validado e autorizado frente à Constituição, mesmo que naquele momento a Constituição não corresponda à vontade ‘instantânea’ da nação”.

⁸⁴ Enquanto o modelo constitucional continental funda-se na vontade una e indivisível do povo, o modelo constitucional norte americano apreende a Constituição como símbolo fundante da comunidade política. “Nessa última perspectiva, a Constituição adquire, como visto, um caráter quase sagrado, e a história constitucional converte-se em verdadeira tradição, fonte inesgotável de autoridade para atuação e interpretação político-jurídicas. Não à toa, existe o grande respeito que a teoria e jurisprudência americanas ainda têm para com os chamados “Pais Fundadores” (autores), representado na procura interminável pelo sentido efetivo que eles desejaram dar a cada passagem do texto constitucional americano. Desse modo, cada ato político ou jurídico é um ato de “aumento” da fundação dos Estados Unidos, caso esteja conforme à tradição constitucional que derivou deste mesmo ato de fundação” (THEODORO FILHO, 2011, p. 236). Cumpre o judiciário o papel de “aumentar” e, ao mesmo tempo, “preservar” da Constituição. Ademais, quaisquer atos derivados do poder legislativo e executivo podem ter a sua conformidade questionada perante a Constituição, que é precisamente a lei suprema neste modelo.

Destarte, é na realização do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, que se percebe que a última palavra sobre a interpretação e sentido do texto constitucional se concentra, sobretudo, nas chamadas Cortes Constitucionais⁸⁵. “Em geral, a Corte Constitucional apresenta-se como instância final, definitiva e vinculante apta a estabelecer o sentido constitucional, de modo que pode ser justamente reconhecida como autoridade suprema nesta questão” (THEODORO FILHO, 2011, p. 301). A soberania de tal autoridade, de todo modo, funda-se na Constituição entendida como lei suprema e, como dito acima, como aquele diploma que espraia a força de lei aos demais dispositivos normativos, bem como na sua atuação no controle de constitucionalidade.

Em contramão à importância do Poder Judiciário e da Constituição nas democracias atuais, Agamben somente vislumbra o poder de se suspender o direito e assim proclamar a exceção pelo poder executivo sozinho, quando *potesta* e *autoritas* se aglutinam na figura do chefe do executivo (nesta situação a experiência biopolítica é máxima), ou quando iniciada pelo poder executivo e convolada pelo poder legislativo, quando *potesta* e *autoritas* estão separadas; a primeira presente no poder executivo e a segunda no poder legislativo. Não avista, contudo, tal possibilidade por meio do Poder Judiciário, que como órgão último que decide sobre os sentidos da Constituição, elemento supremo nas democracias do ocidente, também decide sobre a exceção e suspende o direito por meio da própria Constituição⁸⁶. Não à toa, Theodoro Filho (2011, p. 308-309) assenta que:

De toda a apresentação teórica que vem se traçando, é possível concluir que, na modernidade, soberano é quem decide sobre a exceção, mas somente pode decidir sobre a exceção quem detém a interpretação final do signo constitucional. Isto porque, com a emergência da Constituição (que, no modelo institucional híbrido, é ao mesmo tempo norma maior e carta de valores políticos, fundadora do direito e fundadora da política da comunidade), a suspensão do direito se opera sempre, remota ou diretamente, a partir da própria Constituição (concebida como fruto da vontade da nação); o ordenamento jurídico encontra a operacionalização de sua suspensão em cotejo com a Constituição; e a própria Constituição encontra a operacionalização de sua suspensão em cotejo consigo mesma.

⁸⁵ Por ora, aponta-se, sumariamente, as diferenças dos modelos de constitucionalidade difuso e concentrado. No primeiro, independente do local hierárquico, qualquer magistrado pode exercer o controle de constitucionalidade, não obstante tal decisão do juiz não vincular os demais juízes. No controle de constitucionalidade concentrado, ao contrário, uma Corte Suprema pode decidir de modo vinculante e definitivo sobre a constitucionalidade de atos e fatos, independentemente do controle de constitucionalidade anterior que ocorre paralelamente nas instâncias inferiores (THEODORO, 2011, p. 301).

⁸⁶ Da estrutura proposta por Agamben, Theodoro Filho (2011, p. 319) trabalha que o poder judiciário pode atuar como detentor da *auctoritas* e não da *potestas*, isto é, atuaria o judiciário como órgão que convalida a exceção proposta pelo poder executivo ou legislativo e não poderia o judiciário encetar a exceção em razão de sua atuação depender sempre de ser instado. Em face deste cenário, atenta-se Theodoro Filho sobre a gravidade da situação em que o poder judiciário é cooptado pelo detentor da *auctoritas*, atuando como mero órgão que sempre convalida todos os atos do poder executivo ou legislativo, por exemplo.

O direito, conforme arquitetado por Agamben, ontologicamente, relaciona-se intimamente com a exceção, na medida em que esta se encontra no seu cerne precisamente em razão de sua exclusão. Ora, da suspensão do direito, a força de lei é dele liberta, instalando-se a situação de concreta exceção, em que qualquer ato apócrifo encarna tal força de lei, aplicando-se como se lei fosse. A estrutura ontológica do direito como abandono, em outros termos, a potência de não ser do direito que se abandona à exceção, que se aplica desaplicando-se, permite notar que a exceção é sempre uma potencialidade viva em detrimento à aplicação da lei. O Poder Judiciário como instância responsável por interpretar e decidir sobre o direito e os sentidos da Constituição, pode tanto aplicá-lo, como também dar concretude à exceção, isto é, suspender o direito.

Assim, não é porque Agamben ignora a Constituição e o papel do Judiciário que o estado de exceção e a face biopolítica deixam de ser visíveis. Ao contrário, o próprio Poder Judiciário pode atuar como soberano e encetar a exceção⁸⁷, isto em razão da raiz teleológica do direito que é justamente a exceção e o abandono. Theodoro Filho (2011, p. 375), inclusive, conclui que a exceção se instaura através da própria Constituição e constata que:

É irônico que justamente a Constituição, e o respectivo controle de constitucionalidade, concebidos como mecanismos de controle de poder e de proteção de minorias contra majorias, possam se converter na instância de legitimidade e de legitimação da soberania absoluta e da suspensão sistemática e generalizada da ordem jurídica que fundam, legitimam, e deveriam garantir. Isto ocorre, na perspectiva teórica de Agamben, justamente em face da lógica ontológica do abandono, que marca necessariamente toda a política e todo o direito – de modo que nem Constituição, nem controle de constitucionalidade, na medida em que se tratam de mecanismos político-jurídicos, poderiam disto escapar⁸⁸.

⁸⁷ Theodoro Filho (2011, p. 315) trabalha com duas hipóteses de efetuação da exceção e da biopolítica no contexto das democracias ocidentais nas quais a Constituição é tida como lei suprema. A primeira é por meio da cooptação do poder judiciário pelo poder executivo, isto é, ao invés de se realizar o controle de constitucionalidade dos atos do executivo de modo real e firme, o poder judiciário o faz corruptamente, sempre convalidando todos os atos analisados, mesmo aqueles em explícita discordância com a Constituição. A outra possibilidade tem como cenário as democracias que se assentam no modelo híbrido de aferição de constitucionalidade, nas quais a constituição tanto é a lei suprema como deriva da vontade soberana popular. Neste caso, a Constituição incorpora os valores da comunidade enquanto a Corte Constitucional é a autoridade última de aferição de constitucionalidade (seja através de um controle em abstrato ou no controle incidental pela via recursal), no qual todos os indivíduos podem instá-la sobre qualquer tema que circunde o texto constitucional, inclusive sobre valores éticos daquela comunidade política, de modo que qualquer exceção encetada pelo executivo pode ser convalidada pela Corte Constitucional, vez que esta tem um poder amplíssimo. Assim, neste caso, “o poder judiciário, ou melhor, a Corte Constitucional, diante de uma infinidade de casos concretos possíveis a partir dos quais ela possa definir o sentido constitucional, converta-se em efetiva soberana absoluta, e, como instituição, seja a realizadora de biopolítica e de suspensão da ordem jurídica” (THEODORO FILHO, 2011, p. 374-375).

⁸⁸ Reitera-se que o estado de exceção que se vislumbra hoje é justamente esta tensão entre a aplicabilidade do direito e a emergência da exceção oriunda da suspensão do direito. Não se pode dizer que este modo de “estado de exceção” seja tão violento quanto o que ocorreu na vigência do nazismo. Contudo, não tem como se negar que sua patente possibilidade de instauração da exceção e, assim, realizar a biopolítica. Em outros dizeres, “(...)

Ao passo que nos governos totalitários do século passado, o poder de decisão sobre exceção encontrava-se no poder executivo apenas, eventualmente no poder legislativo como autorizador; nos tempos hodiernos, o Poder Judiciário detém tal poder, em face da inevitável raiz ontológica do direito que o conecta à exceção, sempre sendo possível suspender a ordem jurídica para se dar corpo à exceção. Em outros termos, “se o direito é desde sempre exceção, então a aplicação da lei é desde sempre exceção. E se o poder judiciário aplica a lei, então sua atividade está já originalmente condenada a se fundar na potência de suspensão do direito” (THEODORO, 2011, p. 328-329). Com esta constatação, certo é pensar o mesmo com a aplicação do direito do trabalho, é que nas mãos dos juízes do trabalho, desembargadores dos regionais, ministros do TST e do STF, há tanto a possibilidade de aplicá-lo, como a de suspendê-lo, encetando, pois, a exceção⁸⁹.

Esta possibilidade de emergir e persistir a exceção em detrimento à aplicação do direito é em que consiste a vivência do estado de exceção nas democracias ocidentais. Não mais se pode dizer que experiência do campo de concentração é tão vívida como nos governos totalitários dos noventa, o que não quer dizer que não possam a exceção e biopolítica se concretizarem em fortes matizes. Em suma, é a possível exceção, enquanto elemento constitutivo do direito, que ameaça as democracias e não o fatalismo da teoria de Agamben que aposta na exceção concreta, na suspensão real de todo ordenamento jurídico como *modus operandi* dos tempos atuais.

A constante “corda bamba” entre a aplicação do direito e a assunção possível da exceção que se encontra o Poder Judiciário, mais especialmente o STF, pendeu para a exceção na decisão do RE 590.450/SC, em contraponto à aplicação do direito do trabalho e ao seu perquirir de fins protetivos. Como instância última do Poder Judiciário e sendo o detentor último da interpretação da Constituição, o STF permitiu a hipervaloração do art. 5º, XXVI, da

o problema aqui é a potência de isto acontecer, o risco de isto acontecer. Se por um lado é impossível comparar a vida em uma democracia contemporânea com a vida em um regime totalitário, dada a própria diferença de grau de proteção jurídica ao indivíduo, as democracias estão ainda assim sob o risco constante e sempre presente de se igualarem, em um instante decisório, aos regimes totalitários” (THEODORO FILHO, 2011, p. 376).

⁸⁹ Adverte-se ainda que tal leitura extraída de Agamben quando levada até as suas últimas consequências desagua no descrédito do direito do trabalho e do seu fim protetivo, pois ainda que sua teleológica protetiva do justtrabalhismo busque o amparo da parte hipossuficiente, tal ramo também carrega em si a ontologia da exceção e do abandono. Sendo encarado como integrante dos direitos humanos, o ramo trabalhista nada mais seria do que parte do mascaramento da incessante produção de vida nua, como tratado por Agamben. Tangenciando, de certo modo, este ponto, Godinho (2015, p. 77) aponta a função conservadora do direito do trabalho, como aquela que desvitaliza o conflito entre capital e trabalho e também coaduna com a manutenção do sistema do capitalismo. Em síntese, por mais que o justtrabalhismo se ancore nas premissas protetivas e a doutrina vislumbre neste o patamar mínimo civilizatório, esse também está a favor da captura da vida, da manutenção da produção incessante da vida nua..

CF (reconhecimento de acordos e convenções coletivas) em detrimento a todo arcabouço legal trabalhista cuja tônica protetiva intenta mitigar o desequilíbrio entre as partes contratantes.

Antagonizando o viés protetivo do ramo trabalhista, bem como se olvidando dos problemas estruturais que cercam o sindicalismo brasileiro e a negociação coletiva, o julgado do RE 590.415/SC permitiu o negociado se elevar aos textos legislados, de modo que no âmbito da negociação coletiva, as transições podem dar-se acima de lei, sendo possível, inclusive, a supressão de direitos trabalhistas plenamente já regulados. Coadunando com a instauração de um cenário precário no contexto das relações de trabalho, tal julgado fragiliza princípios norteadores da seara trabalhista que em muito contribuía para o aspecto protetivo do ramo, quais sejam, o princípio da indisponibilidade, o da imperatividade e o da norma mais favorável.

Assim, o STF e, por assim dizer, autoridade soberana, sem se utilizar de outros subterfúgios, mas da própria técnica jurídica e de seu poder enquanto intérprete último da Constituição, vulnerou direitos trabalhistas. Tal decisão possibilitou, em certa medida, a suspensão da legislação trabalhista e de sua rede protetiva para que entrasse em vigor a exceção, o que até então era estranho ao ramo trabalhista: a renúncia aos direitos do trabalho, a perda da imperatividade da seara justralhista e a preterição da norma mais favorável, tudo isso sem se deslocar do local jurídico, sem perder a cadência e elegância de discurso jurídico. Como conclui Theodoro Filho (2011, p. 367):

A interpretação final que se pode tirar da teoria de Agamben, em relação às democracias contemporâneas, portanto, é a de que o paradigma do campo de concentração, a definição e re-definição incessante dos modernos homines sacri, conquanto possa ser realizada pelo poder executivo e convalidada pelo poder judiciário, pode muito bem ser concebida, articulada e imposta diretamente de dentro de uma sala de tribunal, em belos termos jurídicos gravados em papel timbrado e publicados à vista de toda a sociedade.

Conforme visto, o vigor da exceção espelha a condição de validade da autoridade soberana e condição de validade do próprio direito. No caso da assunção da exceção em comento, pode-se verificar o mesmo. Primeiramente, enquanto condição de validade da autoridade última do STF, o simples referenciar à decisão instituidora da exceção já se remete a quem a proferiu, o STF. Não à toa, conforme demonstrado, a exceção resultante do acordo resultante do julgado do RE 590.415/SC é citada e reavivada em outros julgados da corte que seguem a mesma sorte – a de mitigar e suprimir direitos trabalhistas em sede de negociação

coletiva. A cada citação e referência ao julgado em tela, a autoridade do STF é, oportunamente, repisada.

Quanto à condição de validade do próprio direito, o julgado permite que, a cada negociação coletiva, haja a mitigação e supressão de direitos regulados pelo arcabouço justralhista e, conseqüentemente, a renúncia destes. Em outros termos, o julgado já ratifica as possíveis exceções resultantes de negociações coletivas. Logo, neste cenário, é possível visualizar tanto acordos e convenções coletivas que sejam bastante danosos à parte hipossuficiente quando bem alinhados com os interesses empresariais e tendências desregulamentadoras do neoliberalismo, de modo que obstam a fruição de direitos trabalhistas por mitigá-los ou até retirá-los; bem como também é possível haver negociações coletivas, sobretudo envolvendo categorias profissionais com forte representatividade junto aos seus, que buscam a realização de melhorias aos trabalhadores para além dos interesses econômicos e que conservam os direitos já plenamente regulados em lei.

Frente a estas duas possibilidades, observa-se que no contraponto entre a aplicação do direito em uma negociação coletiva e a implementação da exceção em outra negociação a validade do direito. Em outros dizeres, é no confronto entre a experiência vívida do aplicar do direito, em suas premissas protetivas, em um caso e do aplicar-se desaplicando do direito (a vigência da exceção) no outro que se revela a dureza da exceção; é na ausência encetada pela exceção que se percebe o que até então seria considerado normalidade e que o seria normal vigora só que em outro dispositivo coletivo firmado por um sindicato mais representativo. Por outro lado, o entendimento do julgado igualmente permite que o vazio jurídico criado pela norma coletiva torne-se o novo normal, frente a todos os problemas expostos concernente ao sindicalismo brasileiro e a negociação coletiva.

Em que pese a exceção se expressar enquanto condição de validade do direito, a perspectiva precarizante inaugurada pela decisão do RE 590.415/SC gera a indeterminabilidade entre o que era considerado direito e o que é exceção. Conforme se verá, tal decisão engendra o verdadeiro desmonte das certezas do justralhismo.

Sugere-se a suspensão da legislação trabalhista, porquanto a decisão soberana não a encerrou, ao contrário, segue ela existindo e se aplica à exceção, desaplicando-se. Aliás, resulta-se deste julgado a incerteza sobre o que pode ser considerado direito e exceção, uma vez que em certo diploma coletivo pode recuar com vários direitos legislados enquanto um outro diploma coletivo abarca e garante estes mesmos direitos. Renuncia-se, assim, não só ao

teor protetivo do ramo trabalhista, mas às próprias certezas de uma legislação geral e aplicável de maneira ampla, razão pela qual a estabilidade do direito do trabalho, de seus fins e premissas, resta patentemente ameaçada. O que a decisão enceta, de certo, é exatamente um desmonte daquilo que se entendia por direito, que passa a se entrelaçar com aquilo que se entendia enquanto exceção, gerando uma verdadeira confusão entre direito e exceção.

Neste mesmo sentido, cumpre rememorar o mecanismo de funcionamento da soberania como aquele permite a “alimentação” do direito. É que na medida em que o direito está suspenso é nele inscrito aquilo o que até então lhe era estranho: o anormal, a exceção. No caso em análise, observa-se que assunção da exceção – a renunciabilidade do direito do trabalho, a carência de sua imperatividade e a pretensão da norma mais benéfica – e a sua inscrição no direito vulnera de tal modo a tônica protetiva do ramo trabalhista que, basicamente, implica em sua implosão, uma vez que conforme Delgado (2012, p. 193), a razão de ser do direito do trabalho é precisamente o seu teor protetivo, a sua preocupação em sanar a assincronia clássica entre trabalhador e empregador.

Em retorno à confusão que se instaura, desta maneira, entre o que é direito e o que é exceção, em que a aplicação da norma é potencialmente possível frente à sua suspensão (e a emergência da exceção), denota-se o estado de exceção, na radicalidade do sentido agambeniano, quando se observa que não há traços bem definidos entre o que se é direito e exceção. Aliás, as fronteiras entre norma e exceção se diluem e se indeterminam, o que revela o verdadeiro “esvaziamento” das normas protetivas ao trabalhador.

Este “esvaziamento” da legislação trabalhista não significa, contudo, o seu fim. As normas do direito do trabalho, ao serem suspensas pela decisão soberana, não deixam de existir, passam, em verdade, a vigorar sem contudo significar (a sua teleologia protetiva). Visualiza-se a queda de *enforcement* da legislação trabalhista, em virtude do julgado do RE 590.415/SC ter, basicamente, atribuído às partes coletivas a prerrogativa de aplicá-la ou não. Como desfecho, a legislação trabalhista passa mais a se adequar ao conceito de forma pura de lei, a qual apenas sustenta a sua forma, mas nada prescreve, nada significa. Ou melhor, passa a norma trabalhista a apenas aplicar-se por meio de sua própria desaplicação.

Cumpre resgatar a noção derridiana sobre a força da lei, entendida como fundamento místico da autoridade: obedece-se a lei não em razão da justiça que dela emana⁹⁰,

⁹⁰ Aliás, Derrida (2010) defende em “*Do direito à justiça*” que direito e justiça são conceitos que não coincidem, quando não são excludentes. Para o autor, o direito exige uma força para ser aplicado; ao passo que o direito é posto como um elemento que depende de cálculo, a justiça remete ao incalculável, ao impossível, ao indecidível.

mas em virtude de sua força de lei, que remete à violência que a originou (DERRIDA, 2010, p. 21). No caso em questão, em que o negociado se sobrepõe ao legislado, observa-se que a força de lei, uma vez encontrada na legislação trabalhista, retirou-se desta e passou a se instalar em qualquer acordo ou convenção coletiva. Ainda mais flagrante é observar que a negociação coletiva, que se limitava aos contornos dos diplomas constitucional e legal do direito do trabalho, passa a atuar alheia a esta normatividade, apta a mitigar ou suprimir as garantias trabalhistas. Logo, pode o diploma coletivo trazer ou não proteção à parte hipossuficiente, e terá maior força de lei que a forma pura de lei manifestada pela legislação trabalhista.

Sem olvidar que a CF/88 trouxe em seu cerne a questão trabalhista e elegeu o trabalho digno como um dos pilares da democracia, assim como o arcabouço infraconstitucional do direito do trabalho tem ancoragem no texto constitucional, é possível (e inquietante) concluir que a perda força de lei da legislação trabalhista perpassa, de certa maneira, pela perda de força do texto constitucional, que passa a existir destituído de sentido.

Em uma situação concreta na qual as leis tenham sentido sem vigência, ou vigência sem sentido, isto é, vigência sem força ou força sem vigência, mas a Constituição ainda vigora e tenha sentido, não há que se falar em exceção generalizada – porque potencialmente até mesmo a mais brutal exceção legal pode ser submetida ao crivo do controle de constitucionalidade. No entanto, em uma situação na qual a Constituição vigore sem ter sentido, ou tenha sentido sem vigorar, é nessa circunstância, de fato, que tudo se torna possível, pois qualquer arbitrariedade pode, eventualmente, receber a força de lei constitucional, em toda sua mística autoridade, e ter força judicialmente convalidada como efetivamente constitucional (THEODORO FILHO, 2011, p. 98)

Desta análise, pode-se concluir que a existência da legislação trabalhista sem sentido e, por corolário, de um texto constitucional sem força de lei convolam-se em um espaço aberto à precarização do trabalho, onde qualquer arbitrariedade e assalto às garantias são plenamente aceitos e não repudiados em prol da autonomia da vontade coletiva.

A recepção da força de lei por qualquer acordo e convenção coletiva, mesmo que em seu cerne haja o desaplicar de garantias trabalhistas já reguladas, denuncia a similitude entre a estrutura da negociação coletiva com aquela do campo. Agamben propõe o campo justamente como o espaço físico em que o estado de exceção é desejável⁹¹ e materializado, isto é, o direito é formalmente suspenso para a perpetuação da exceção ganhe corpo, de modo

⁹¹ O título de “desejável” no caso concreto remete ao desejo emanado do pensamento neoliberal de desregulamentar áreas do direito, trazendo como consequência o desabrigo. Os problemas que cercam o sindicalismo brasileiro e própria negociação coletiva, como visto, permitem que este desejo de exceção, de estado de exceção, no âmbito da negociação coletiva ganhe cada vez mais espaço, de modo a orquestrar a (des)aplicabilidade do direito do trabalho e, se possível, o seu desmonte.

que não se conhece nada além da própria exceção, que não se distingue da normalidade. Outra marca do campo é justamente o fato de quem a ele se submete tem a sua vida orgânica isolada, sendo lido como uma vida irrelevante politicamente e, por isso, passível de sofrer quaisquer arbitrariedades. Em suma, qualquer abuso pode tomar forma e aflige, sem reserva alguma, aqueles que se localizam no campo. Sintetiza Theodoro Filho (2011, p. 190):

(...) o campo de concentração pode ser considerado como o espaço que surge quando o estado de exceção torna-se a regra e passa a confundir-se com a norma – ou seja, como o espaço no qual a exceção é o normal, e não exceção. A indiscernibilidade entre norma e exceção cria o campo como espaço permanente para a tematização da vida nua, mantendo-o, a despeito de sua permanência, sempre fora do ordenamento jurídico-político normal.

De fato, não seria a negociação coletiva um espaço físico, mas sim uma ocasião formal em que os entes coletivos se encontram para se alcançar um acordo. Inobstante, é plenamente possível vislumbrar que os interesses de desregulamentação do direito emanados pelo pensamento neoliberal, tendo ainda em vista as debilidades estruturais e representativas do sindicalismo brasileiro, balizem os percursos e resultados das negociações coletivas. Em suma, aos interesses empresariais é desejável que se instale a exceção no âmbito da negociação coletiva, em prejuízo da face protetiva dos direitos do trabalho, tonificando ainda mais o ímpeto neoliberal.

Corroborando com tal tese (a respeito da similitude entre campo e negociação coletiva), quando a decisão em comento possibilitou que a transação coletiva acima da lei e que acordos e convenções coletivas pudessem reduzir e suprimir direitos trabalhistas, instaurou-se a exceção e, dado o contexto problemático acerca do sindicalismo brasileiro, como foi retratado, foi dada anuência para que tal exceção se efetive no corpo de várias negociações coletivas. Houve uma real abertura no sentido de que não se aplique o direito heterônomo do trabalho e para que a criatividade coletiva flua livremente, ainda que em prejuízo à parte hipossuficiente. Ora, pode-se dizer que a exceção proferida pelo STF – consubstanciada na renunciabilidade de direitos trabalhista, na perda da imperatividade do ramo em questão e na preterição à norma mais benéfica – tem grande potencial de tornar-se regra, isto é, o cenário exposto neste trabalho sinaliza ser possível que inúmeras negociações coletivas venham a mutilar as garantias do direito do trabalho com base no julgado analisado. É absolutamente possível que a exceção torne-se regra a partir da decisão do Supremo, o que é o meio caminho andado para a materialização do campo do ponto de vista lógico-estrutural, ressalvadas as proporções da comparação.

Logo, a negociação coletiva, aos moldes delineados pela decisão do RE 590.415/SC, torna-se um “espaço” em que é manifestamente desejável que o direito não se aplique em detrimento ao vigor da exceção, que esta seja confundida com a norma. Seguindo com tal análise, cabe também observar se, assim como no campo, a vida nua é incessantemente produzida e, por corolário, se qualquer arbitrariedade é possível de ser realizada no âmbito da negociação.

Ao intento de solucionar tal questão, repisa-se que seria nesta estruturação de campo que a soberania enquanto bando produz incessantemente a vida nua, aquela despida de qualquer qualificação e irrelevante politicamente, que a todo e qualquer abuso se submete, de sorte que não se encontra entreves à matabilidade. Dadas semelhanças entre o campo e a negociação coletiva até agora ressaltadas, pode-se dizer que estaria a vida nua para o campo assim como o trabalhador para a negociação coletiva, ao passo que ambos se submetem a qualquer arbitrariedade, ressalvadas as devidas proporções, já que os diplomas coletivos resultantes não mais tem como limite os contornos da legislação heterônima, e podem, conforme oportunizado no julgado, mitigá-la e até suprimi-la.

Todavia, certo é que o que resta à vida nua é apenas o seu corpo biológico, a sua matabilidade já é explícita, de modo que caso tirem-lhe a vida, nenhuma punição se incidirá sobre o agente; enquanto ao trabalhador, por sua vez, não se trata de uma vida destituída de qualificação ou irrelevante politicamente, ao contrário, encontra o trabalhador resguardo sob o manto de direitos fundamentais. Contudo, sob perspectiva do Agamben que vislumbra no direito sempre a possibilidade de exceção, o trabalhador de algum modo sempre esteve e está perante a iminência da implementação desta. Deste modo, constata-se que o obreiro, como se observa com a figura do cidadão nas democracias ocidentais, sempre esteve exposto ao risco da realização da biopolítica em certa medida, mas isso não implica, ou se compara, na violência bruta que se estendeu nos governos totalitários dos noventa. O que pode vir a ocorrer na negociação coletiva é a expressão da exceção decidida pelo Judiciário em que o trabalhador será despido de suas garantias trabalhistas, estes se tornam meros corpos disponíveis à precarização.

Em outros dizeres, é claro que vulnerabilidade e exposição do trabalhador em uma negociação coletiva não chega aos patamares de violência que se infligiu aos viventes em campo de concentração, todavia, observa-se um verdadeiro desnudar do trabalhador frente aos seus direitos trabalhistas o que poderia, de certo modo, se esperar em razão da própria raiz ontológica do direito que se funda no abandono e na exceção.

Esta conclusão se contrapõe ao entendimento doutrinário (DELGADO, 2015, p. 59) no sentido de que a partir do direito do trabalho e sua rede proteção que se edificam as identidades individual e coletiva do trabalhador. Ora, ainda que assim fosse, que realmente no trabalho dignificado o obreiro construa a sua identidade social e coletiva, partindo-se dos estudos ontológicos de Agamben, tal identidade pode se desmoronar como castelo de cartas a partir da decisão soberana. É o que acontece no presente caso em que a exceção foi instituída: não só o arcabouço protetivo legal do direito do trabalho teve a sua aplicabilidade posta em xeque, mas esta suposta identidade social e coletiva do trabalhador também é apenas e enfraquecida, já que a cada negociação coletiva é sempre possível a retirada de suas garantias.

Ainda que o estado de exceção não se consolide com a dureza e a violência dos regimes totalitários, a sempre iminente possibilidade de ser implementada a exceção é o que aterroriza as democracias nos dias atuais. O julgado do RE 590.415/SC demonstra que em um dia comum é plenamente possível que se suspenda o direito (no caso, o do trabalho) para que a exceção venha a assumir sua forma: num dia comum, o STF permitiu a vulneração do arcabouço heterônimo do direito do trabalho perante a supervalorização da vontade coletiva, em razão da negociação coletiva passar a valer sobre o legislado, ainda que para mitigar ou retirar direitos já regulados.

Sem deslocar do local jurídico, do uso do direito e de seu *modus operandi*, foi possível suspender o direito do trabalho e a sua tônica protetiva levando, inclusive, a periclitarem a própria existência do direito do trabalho enquanto tal, de modo a aproximar o modelo brasileiro de normatividade autônomo não obstante subordinado à mera regulamentação trabalhista que se opera nos Estados Unidos, por exemplo, onde as partes coletivas têm ampla criatividade no âmbito da negociação coletiva. Logo, conclui-se que tal exceção leva ao próprio desmonte do ramo justralhista. Ressalta-se que tudo isso foi realizado no âmbito de um Tribunal, por meio do próprio direito (pois, aplicou-se o direito desaplicando-o), o que revela a face ontológica do direito conectada intimamente com a exceção, tanto anunciada por Agamben.

Como consequência, o vigor da exceção permitiu que a cada negociação coletiva seja possível reduzir ou suprimir direitos trabalhistas. Contextualizado tal questão com todos os problemas concernentes ao sindicalismo e à negociação, bem como o espaço que a agenda neoliberal tem tomado, leva-se a crer que com o vigor da exceção, várias negociações coletivas caminharam e caminharão neste sentido precarizador, em total desprestígio à face protetiva do direito do trabalho. Aliás, é “desejável” este desprestígio, esta exceção. Assim, o

que era exceção pode se tornar regra, ou melhor, as fronteiras e contornos entre normalidade e exceção se entrelaçam, de sorte que pode se comparar o “espaço” da negociação coletiva com o campo, onde impera um vazio em que tudo pode ser possível, qualquer assalto aos direitos trabalhistas é realizável e já ratificado pela decisão no RE 590.415/SC.

Ao trabalhador, nenhuma certeza lhe sobra. Desamparado junto aos seus, em virtude da representatividade sindical raquítica e pouco importante frente à valorização da legalidade, também se mostra abandonado perante a decisão soberana: qualquer arbitrariedade pode lhe ser impingida. Em que pese não poder se lido como vida nua, é certo que perante o campo que se torna a negociação coletiva, a retirada das garantias do trabalhador tornam-no meramente um corpo disponível de direito, a ser atacado, desmembrado a cada negociação coletiva.

Em um olhar panorâmico do proposto, conclui-se que a realização da biopolítica e da exceção está sempre à espreita da aplicação da lei, esperando que o soberano assim decida por ela. Assim, a importância de se debruçar sobre a filosofia do direito e, em especial ao estudo da biopolítica por meio do Agamben, é justamente poder perceber que o desmonte do direito e a arbitrariedade resultante dão-se em razão do próprio direito, por meio da decisão soberana que, no caso das democracias atuais, é justamente o Poder Judiciário. No mesmo sentido, expor a estrutura ontológica do direito nos moldes de Agamben também põe em cheque a confiança depositada no Poder Judiciário como fazem as doutrinas constitucionalistas ao apontar a instituição do Judiciário como responsável por zelar pela legalidade e segurança jurídica (CARVALHO NETTO, 2004, p. 38-39), é que ao contrário, é plenamente possível que o Judiciário atentar contra legalidade e encetar a insegurança jurídica, como no caso em comento. Como recomendação, esta leitura de Agamben sugere a crença descrente no direito e nas instituições democráticas.

Isto posto, é preciso se atentar que as liberdades e direitos contemplados no texto constitucional e logrados com muito esforço no decorrer de vários anos não são certezas neste cenário que denuncia que o perigo “mora ao lado”. Ou melhor, o perigo se encontra em tribunais, que seguindo os ritos e procedimentos adequados, utilizando-se da linguagem formal do direito – do próprio direito – para suspendê-lo. Aliás, a própria ontologia do direito calcada na exceção e no abandono permite essa constante tensão entre aplicação e suspensão do direito que tanto amedronta as comunidades democráticas atuais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção. Homo Sacer, II, I*. Trad.: Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad.: Henrique Burigo. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2010.

_____. *O que é contemporâneo? E outros ensaios*. Trad.: Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó, SC: Argos, 2009.

_____. Agamben: crise de legitimidade. Trad: Moisés Sbardelotto. Disponível em: <<https://blogdaboitempo.com.br/2015/04/20/agamben-crise-de-legitimidade/>>. Acesso: 30 de maio de 2017.

ANTUNES, Ricardo Luis Coltro. *De Vargas à Lula: caminhos e descaminhos da legislação trabalhista no Brasil* In Revista Pegada, v. 7, nº 2, Novembro de 2007, pág. 83-88.

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

ARÁN, Márcia e PEIXOTO JUNIOR, Carlos Augusto. *Vulnerabilidade e vida nua: bioética e biopolítica na atualidade*. Rio de Janeiro. *Rev. Saúde Pública* [online]. 2007, vol.41, n.5, pp.849-857. Epub June 04, 2007. ISSN 1518-8787. <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-89102006005000038>

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

_____. Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. publicado no DOU de 9.8.1943, retificado pelo Decreto-Lei nº 6.353, de 1944) e retificado pelo Decreto-Lei nº 9.797, de 1946).

_____. Lei Complementar nº 123 de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis no 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. (Republicação em atendimento ao disposto no art. 5º da Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011.)

_____. Supremo Tribunal Federal. Procedência do Recurso Extraordinário n º 590.415. Banco do Brasil S/A (sucessor do Banco do Estado de Santa Catarina S/A – BESC) e Cláudia Maria Leite Eberhardt. Relator: Ministros Luis Roberto Barroso. Data de publicação: 29/05/2015 DJE nº 101, divulgado em 28/05/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática em Recurso Extraordinário nº 895.759. Usina Central Olho D'água S/A e Moisés Lourenço da Silva. Relator: Teori Zavascki. Data de Publicação: 13/09/2016 DJE nº 195, divulgado em 12/09/2016.

_____. Superior Tribunal do Trabalho. Procedência de Recurso de Revista nos autos do processo 573500-40.2004.5.12.0035. Cláudia Maria Leite Eberhardt e Banco do Estado de Santa Catarina S/A – BESC. Relator: Carlos Alberto Reis de Paula. Publicação: 16/02/2007 DJTJ.

CARVALHO NETO, Menelick de. *A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. In *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Coordenação.: Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*. Trad.: Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso do Direito do Trabalho*. 11ª Ed. São Paulo: LTr, 2012.

_____. *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. 3ª Ed. São Paulo: LTr, 2015.

_____. *O poder empregatício*. São Paulo: LTr, 1996.

DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. *Entre os cordeiros e os lobos: reflexões sobre os limites da negociação coletiva nas relações de trabalho. A autonomia coletiva privada e a conformação das relações de trabalho no Brasil*. 2008. 259 folhas. Dissertação. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP. São Paulo, 2008.

_____. *A efetivação jurisdicional da liberdade sindical: critérios de legitimação sindical e a sua concretização pela jurisdição trabalhista*. 2014. 441 folhas. Tese. Universidade de São Paulo USP. São Paulo, 2014.

_____. Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume I*. Trad: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume II*. Trad: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KAFKA, Franz. *O processo*. Tradução: Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

KAUFMANN, Marcus de Oliveira. *Da formal representação à efetiva representatividade sindical: problemas e sugestões em modelo de unicidade*. Brasília – DF. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, V. 76, nº 2, p. 109 – 157.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 7ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo Lopes. *Empresa e Propriedade: função social e abuso de poder econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LOPES, Otávio Brito. *Limites constitucionais à negociação coletiva*. Brasília – DF. Revista jurídica da Presidência. Fevereiro de 2000, vol 1, n 1.

LOURENÇO FILHO, Ricardo. *Liberdade sindical, autonomia e democracia na Assembleia Constituinte de 1987/1988 – Uma reconstrução do dilema entre unicidade e pluralidade*. 157 folhas. Dissertação. Universidade de Brasília – UnB. Brasília, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10ª ed. Ver. E atual. São Paulo Saraiva, 2015.

PAIXÃO, Cristiano. *A reação norte-americana aos atentados de 11 de setembro de 2001 e seu impacto no constitucionalismo contemporânea: um estudo a partir da teoria da diferenciação do direito*. 2004. 424 folhas. Tese. Universidade de Minas Gerais - UFMG. Belo Horizonte, 2004.

_____.; LOURENÇO FILHO, Ricardo. *Impactos da terceirização no mundo do trabalho: tempo, espaço e subjetividade*. Brasília – DF. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 80, p. 58-74, 2014.

SANTA CATARINA. Tribunal Regional do Trabalho 12ª Região. Improcedência de Recurso Ordinário nos autos do processo 573500-40.2004.5.12.0035. Cláudia Maria Leite Ebrehardt e Banco do Estado de Santa Catarina S/A – BESC. Relatora: Desembargadora Maria Regina Olivé Malhadas. Publicado: 07/12/2005 Diário da Justiça do Estado de Santa Catarina.

SILVA, Adriana Campos; MORAIS, Ricardo Manoel de Oliveira. *As teorias da soberania: Uma análise a partir de Foucault*. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.1, 1º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

VIALÔGO, Tales Manuel Lima e NEGREIROS, Guilherme Enei Vidal de. *A demissão coletiva no Direito Brasileiro*. Bauru – SP. *Revista JurisFIB*. 2012, vol. III, ano III, p. 285 – 292. ISSN 2236-4498 <<http://www.revistajurisfib.com.br/artigos/1359118566.pdf>>

VIEGA, Mauricio de Figueiredo Corrêa e PINHEIRO, Luciano Andrade. A prevalência do negociado sobre o legislado e o Supremo Tribunal Federal. Disponível em < <https://jota.info/artigos/prevalencia-negociado-sobre-legislado-e-o-supremo-tribunal-federal-16092016> > Acesso em 24/05/2017.