

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

GLAUCO BRESCIANI SILVA

**NEOCONSTITUCIONALISMO NA JUSTIÇA DO TRABALHO: SOLUÇÃO OU
DISSOLUÇÃO**

SÃO PAULO
2022

GLAUCO BRESCIANI SILVA

NEOCONSTITUCIONALISMO NA JUSTIÇA DO TRABALHO: SOLUÇÃO OU
DISSOLUÇÃO

Dissertação de Mestrado apresentada ao
programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em
Direito Político e Econômico da Universidade
Presbiteriana Mackenzie, como requisito
parcial à obtenção do título de Mestre em
Direito Político e Econômico.

ORIENTADOR: Prof. Dr. José Carlos Francisco

SÃO PAULO
2022

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da Mackenzie com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

S586n

Silva, Glauco Bresciani.

Neoconstitucionalismo na Justiça do Trabalho. Solução ou dissolução? : [recurso eletrônico] / Glauco Bresciani Silva.
1670 KB ;

Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2023.

Orientador(a): Prof(a). Dr(a). José Carlos Francisco.
Referências Bibliográficas: f. 213-228.

1. Legitimidade. 2. Justiça Do Trabalho. 3. Interpretação Constitucional. 4. Neoconstitucionalismo. 5. Hermenêutica Trabalhista.. I. Francisco, José Carlos, *orientador(a)*. II. Título.

Bibliotecário(a) Responsável: Aline Amarante Pereira - CRB 8/9549

Autor: Glauco Bresciani Silva

Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Político e Econômico

Título do Trabalho: Neoconstitucionalismo na Justiça do Trabalho. Solução ou Dissolução.

O presente trabalho foi realizado com o apoio de ¹:

- CAPES - Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior
CNPq - Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico
FAPESP - Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo
Instituto Presbiteriano Mackenzie/Isenção integral de Mensalidades e Taxas
 MACKPESQUISA - Fundo Mackenzie de Pesquisa

Empresa/Indústria:

Outro:

¹ **Observação:** caso tenha usufruído mais de um apoio ou benefício, selecione-os.

GLAUCO BRESCIANI SILVA

NEOCONSTITUCIONALISMO NA JUSTIÇA DO TRABALHO: SOLUÇÃO OU
DISSOLUÇÃO

Dissertação de Mestrado apresentada ao programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico.

Aprovado em: ____ / ____ /2023.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. José Carlos Francisco (Orientador)
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr. Orlando Villas Bôas Filho
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr. Homero Batista Mateus da Silva
Universidade de São Paulo

RESUMO

Considerando a existência de projetos de Emenda Constitucional destinados à extinção da Justiça do Trabalho, decisões do Supremo Tribunal Federal que declararam sua incompetência em matérias inerentes às relações de trabalho, bem como o texto aprovado na Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) para os artigos 8º e 702 da CLT, que restringiram a liberdade interpretativa de seus órgãos, foi identificada crise de legitimidade da Justiça do Trabalho. O presente trabalho tem por objetivo analisar se a interpretação aplicada pela Justiça do Trabalho pode ser a causa de referida crise. O critério de exame da legitimidade utilizado foi o estabelecido por Max Weber em sua “sociologia da dominação”, especificamente quanto ao Poder Judiciário o autor considera que a previsibilidade das decisões judiciais é fundamento para a existência da economia de mercado. Para o desenvolvimento do presente trabalho foi analisada a relação da Justiça do Trabalho com os demais poderes através de corte epistemológico na hermenêutica constitucional adotada. Mediante estudos empíricos verificou-se relevância quantitativa na aplicação da teoria neoconstitucionalista de Luís Roberto Barroso pelo TST. A hipótese levantada foi a de que a adoção desta teoria poderia ser a causa da crise de legitimidade identificada. Segundo Barroso, o cerne de seu “neoconstitucionalismo” está na “força normativa da Constituição” de Konrad Hesse, na força normativa dos princípios de Ronald Dworkin e Robert Alexy e na teoria crítica do direito. Referidas teorias foram examinadas de forma contextualizada bem como foi investigada a adoção prática destas por meio de pesquisa empírica jurisprudencial no âmbito do TST. Identificou-se que Barroso defende a adoção de postura política e ativa dos tribunais o que afasta sua teoria das concepções de Hesse, Dworkin e Alexy, porém aproxima da teoria crítica do direito (movimento do direito alternativo). De todo modo aprofundou-se o estudo da hermenêutica adotada na Justiça do Trabalho desde sua instituição, bem como aspectos expressamente mencionados em manifestações de órgãos do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal, e neste âmbito foi verificada relação entre as concepções hermenêuticas de Barroso (papel iluminista da Suprema Corte) e de Oliveira Vianna (oligarquia da toga), autor do Projeto de Lei Orgânica da Justiça do Trabalho de 1938. As duas concepções atribuem alto grau de discricionariedade aos magistrados incentivando que ultrapassem os limites definidos pelo legislador em determinadas ocasiões. Tal postura prejudica a previsibilidade das decisões judiciais, fator que, segundo Max Weber, é essencial à existência da economia de mercado. Esta postura ativa adotada pela Justiça do Trabalho atingiu sua legitimidade de forma mais contundente que dos outros ramos do Poder Judiciário, pois sua competência é inerente às relações econômicas, bem como suas decisões

atingem predominantemente entes privados que possuem representação política, o que não ocorre com o ativismo judicial praticado nos demais ramos do Judiciário que têm o Estado como principal sujeito passivo.

Palavras-chave: Legitimidade. Justiça do Trabalho. Interpretação Constitucional. Neoconstitucionalismo. Hermenêutica Trabalhista.

ABSTRACT

Considering the existence of Constitutional Amendment projects aimed at the extinction of the “Labor and Employment Courts”, decisions of the Supreme Court that declared their incompetence in matters inherent to labor relations, as well as the text approved in the “Reform Labor and Employment Law” (Law nº 13,467/2017) for articles 8 and 702 of the CLT, which restricted the freedom of interpretation of its organs, a crisis of legitimacy of the “Labor and Employment Courts” was identified. The present work aims to analyze whether the interpretation applied by the “Labor and Employment Courts” can be the cause of this crisis. The criterion of examination of legitimacy used was that established by Max Weber in his "sociology of domination"; specifically as to the Judiciary the author considers that the predictability of judicial decisions is a foundation for the existence of the market economy. For the development of this work was analyzed the relationship of “Labor and Employment Courts with other powers through epistemological court in the constitutional hermeneutics adopted. Through empirical studies it was verified quantitative relevance in the application of the “neoconstitutionalist theory” of Luís Roberto Barroso by the TST. The hypothesis raised was that the adoption of this theory could be the cause of the identified legitimacy crisis. According to Barroso, the core of his "neoconstitutionalism" lies in the "normative force of the Constitution" of Konrad Hesse, in the “normative force of the principles” of Ronald Dworkin and Robert Alexy and in the “critical legal studies”. These theories were examined in a contextualized way as well as investigated the practical adoption of these through empirical jurisprudential research within the TST. It was identified that Barroso defends the adoption of a political and active position of the courts which removes his theory from the conceptions of Hesse, Dworkin and Alexy, but brings him closer to the “critical legal studies” (alternative law movement). In any case, the study of the hermeneutics adopted in the “Labor and Employment Courts” since its institution was deepened, as well as aspects expressly mentioned in manifestations of organs of the National Congress and the Supreme Court and in this context was verified relationship between the hermeneutic conceptions of Barroso (Enlightenment role of the Supreme Court) and Oliveira Vianna (oligarchy of the toga) author of the “Organic Labor Justice Bill of 1938”. The two conceptions attribute a high degree of discretion to magistrates encouraging them to exceed the limits defined by the legislator on certain occasions. This position undermines the predictability of judicial decisions, a factor that, according to Max Weber, is essential to the existence of the market economy. This active stance adopted by the Labor Justice has reached its legitimacy more forcefully than the other branches of the

Judiciary, because its competence is inherent in economic relations, as well as their decisions affect predominantly private entities that have political representation, which does not occur with judicial activism practiced in other branches of the Judiciary which have the State as defendant.

Key words: Legitimacy. Work Justice. Constitutional Interpretation. Neoconstitutionalism. Labor Hermeneutics.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACT – Acordo Coletivo de Trabalho

ADCT – Atos das Disposições Constitucionais Transitórias

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

C. TST – Colendo Tribunal Superior do Trabalho

ENAMAT – Escola Nacional de Magistrados do Trabalho

OJ – Orientação Jurisprudencial

PDI – Plano de Dispensa Incentivada

PSC-PR – Partido Social Cristão – Paraná

RE – Recurso Extraordinário

SBDI-I - Subseção I Especializada em Dissídios Individuais

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 LEGITIMIDADE DA JUSTIÇA DO TRABALHO E NEOCONSTITUCIONALISMO	17
1.1 MAX WEBER, LEGITIMIDADE E JUSTIÇA DO TRABALHO	17
1.2 CRISE NA JUSTIÇA DO TRABALHO	23
1.2.1 A Justiça do Trabalho e sua relação com os poderes constituídos por meio processo democrático (Executivo e Legislativo).....	26
1.2.2 A relação da Justiça do Trabalho com o Supremo Tribunal Federal.....	34
1.3 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL ADOTADA PELA JUSTIÇA DO TRABALHO	38
1.3.1 Identificação da teoria de interpretação constitucional adotada na Justiça do Trabalho	38
1.3.2 As ideias têm consequências e o impacto das escolas judiciais na interpretação e aplicação da lei pelos magistrados.....	41
1.4 NEOCONSTITUCIONALISMO E A TEORIA DE LUÍS ROBERTO BARROSO	47
1.5 A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL SEGUNDO LUÍS ROBERTO BARROSO	56
2 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO NA JUSTIÇA DO TRABALHO (KONRAD HESSE).....	60
2.1 CONTEXTO HISTÓRICO E JURÍDICO DA TEORIA DE KONRAD HESSE	60
2.2 ANÁLISE CONCRETISTA DO DIREITO DE KONRAD HESSE	63
2.2.1. Definição de Constituição	66
2.2.2. Delimitação e Função do Direito Constitucional	69
2.2.3. Direitos Fundamentais	69
2.2.4. Interpretação do Direito Constitucional	70
2.3 A FORÇA NORMATIVA DA COSNTITUIÇÃO E SUA APLICAÇÃO NO ÂMBITO TRABALHISTA	75
2.3.1 A força normativa da Constituição na concepção de Konrad Hesse	75
2.3.2. A força normativa da Constituição aplicada pela Justiça do Trabalho.....	80

3 A TEORIA DE RONALD DWORKEIN NA JUSTIÇA DO TRABALHO	92
3.1 ANÁLISE CONTEXTUALIZADA DA TEORIA JURÍDICA DE RONALD DWORKEIN	92
3.2 NORMAS COMO REGRAS E PRINCÍPIOS NA TEORIA DE RONALD DWORKEIN	96
3.3 O DIREITO COMO LITERATURA, O ROMANCE EM CADEIA E O DIREITO COMO INTEGRIDADE	99
3.4 A TEORIA DE DWORKEIN SERIA APLICÁVEL AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO?.....	101
3.5 PARÂMETROS PARA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL COM FUNDAMENTO NA CONCEPÇÃO DA FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS DE ACORDO COM RONALD DWORKEIN	103
3.6 APLICAÇÃO DA TEORIA DE RONALD DWORKEIN	110
4 A TEORIA DE ROBERT ALEXY NA JUSTIÇA DO TRABALHO	116
4.1 A TEORIA JURÍDICA DE ROBERT ALEXY COMO UM SISTEMA	116
4.2 DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS NA TEORIA DE ROBERT ALEXY	120
4.3 APLICAÇÃO DA TEORIA DE ALEXY PELO C. TST	128
4.4 ANÁLISE CASUÍSTICA DA TEORIA DE ALEXY NO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO	132
4.4.1 Revista em empregados.....	134
4.4.2 Limites à negociação coletiva	141
4.5 ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DE ROBERT ALEXY	147
5 TEORIA CRÍTICA DO DIREITO.....	149
5.1 TEORIA CRÍTICA DO DIREITO E SUAS DIVISÕES	149
5.1.1 Teoria crítica do direito alemã ou teoria crítica frankfurtiana.....	151
5.1.2 Teoria crítica norte-americana – Critical Legal Studies	153
5.1.3 Teoria crítica do Direito francesa	154
5.1.4 Movimento do direito alternativo	156
5.2 APLICAÇÃO DA TEORIA CRÍTICA DO DIREITO PELO COLENDÔ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO	159
6 JUSTIÇA DO TRABALHO, HERMENÊUTICA E LEGITIMIDADE	161

6.1 TEORIAS DE KONRAD HESSE, RONALD DWORKIN, ROBERT ALEXY E A TEORIA CRÍTICA DO DIREITO	161
6.2 HERMENÊUTICA TRABALHISTA E NEOCONSTITUCIONALISMO	164
6.2.1 As Semanas do TST de 2011 e 2012	172
6.2.2 Ampliação de direitos por meio de Súmulas (437, 277 e 244)	176
6.3 AS SEMELHANÇAS ENTRE AS TEORIAS DE LUÍS ROBERTO BARROSO E FRANCISCO JOSÉ DE OLIVEIRA VIANNA.....	188
6.4 HERMENÊUTICA E A LEGITIMIDADE DA JUSTIÇA DO TRABALHO ..	202
CONCLUSÃO.....	209
REFERÊNCIAS	212

INTRODUÇÃO

A Justiça do Trabalho tem relevante função constitucional, pois trata do conflito entre dois fundamentos da República Federativa do Brasil previstos no art. 1º, inciso III da Constituição Federal (valores sociais do trabalho e da livre iniciativa). O presente trabalho tem como tema a legitimidade da Justiça do Trabalho e como problema central a investigação se a interpretação aplicada pelos seus órgãos pode ter impacto neste aspecto.

Mediante análise sistemática e científica, em primeiro lugar, foi identificada crise de aceitação por parte da sociedade quanto ao poder exercido pela Justiça do Trabalho no que se refere à sua legitimidade, conceito abordado principalmente no âmbito da sociologia.

Assim, a presente pesquisa será iniciada com o estudo da legitimidade daqueles que exercem o poder, com o estabelecimento de Max Weber como marco teórico diante da atualidade de sua teoria que leva em consideração o ponto de vista dos sujeitos passivos da relação de poder, bem como em face de seu vasto conhecimento jurídico e do Direito do Trabalho, pois atuou como advogado na defesa de sindicatos.

Os estudos de Max Weber sobre o tema foram denominados de “sociologia da dominação” nos quais examina as formas legítimas de exercício do poder. A dominação possui dois aspectos fundamentais: o exercício da coação e a noção de obediência, ou seja, a probabilidade de obediência a determinado comando e, neste segundo aspecto, reside a legitimação.

Neste contexto identificam-se três formas legítimas de exercício do poder que se fundamentam no caráter próprio da motivação que comanda a obediência. As três formas de dominação seriam a dominação tradicional, a dominação carismática e a dominação racional, sendo que esta última forma é considerada a característica essencial da modernidade e do próprio sistema capitalista.

Max Weber atribui grande relevância à aceitação e à obediência por parte daqueles sobre os quais o poder exercido é estabelecido, bem como tem como traço metodológico a definição de tipos ideais. Além disso, os estudos do autor se utilizam da metodologia do tipo ideal, sendo necessário investigar o tipo ideal de magistrado definido para o desenvolvimento da economia de mercado.

Com intuito de identificar a percepção da sociedade quanto ao modo pelo qual a Justiça do Trabalho exerce sua função jurisdicional ainda no primeiro capítulo, optou-se por estudar as manifestações dos representantes eleitos democraticamente dos Poderes Legislativo

e Executivo, visto que em uma sociedade democrática são estes os membros que teoricamente representam a vontade popular.

Neste sentido serão analisados projetos de lei aprovados como a reforma trabalhista, inclusive restrição ao orçamento definido pela Justiça do Trabalho, nos quais constaram expressas manifestações de desaprovação quanto à postura hermenêutica adotada pela Justiça do Trabalho.

Será identificada quantidade expressiva da jurisprudência consolidada pelo C.TST por meio de súmulas e orientações jurisprudenciais que foram afastadas pela Lei nº 13.467/2017¹ (reforma trabalhista).

Serão examinadas as modificações realizadas pela Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) no tocante à atividade interpretativa realizada pelos órgãos da Justiça do Trabalho com a fixação de parâmetros hermenêuticos rígidos previstos no art. 8º, § 2º da CLT e determinação de complexo procedimento para a edição de súmulas e orientações jurisprudenciais nos termos do art. 702, inciso I, alínea “f”. Até o presente momento, cinco anos após a entrada em vigor do preceito legislativo, nenhuma súmula ou orientação jurisprudencial foi criada ou alterada pelo Tribunal Superior do Trabalho.

As súmulas e orientações jurisprudenciais têm grande relevância na uniformização jurisprudencial trabalhista tendo em vista que em 2001 foi estabelecido o requisito da transcendência para admissão do recurso de revista incluído pela Medida Provisória nº 2.226, de 4 de setembro de 2001. Por meio da reforma trabalhista ocorreu um detalhamento de tal requisito acarretando o esvaziamento do recurso de revista.

Deste modo, a adoção da sistemática dos recursos repetitivos prevista no art. 896-C da CLT com a finalidade de uniformização jurisprudencial se mostrou mais complexa que em outros ramos do Poder Judiciário. A título de ilustração, no presente momento apenas 18 (dezoito) temas estão sendo apreciados a título de recursos repetitivos no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho com julgamento realizado em apenas dois destes temas, ao passo que o

¹ Vide Súmulas do TST cujo teor recebeu alguma alteração com a reforma, a saber: 6, 85, 90,122, 277, 320, 366, 372, 377, 429, entre outras. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Secretaria-Geral Judiciária. Coordenadoria de Jurisprudência. **Súmulas, Orientações Jurisprudenciais (Tribunal Pleno / Órgão Especial, SBDI-I, SBDI-I Transitória, SBDI-II e SDC), Precedentes Normativos.** Brasília-DF: Coordenação de Serviços Gráficos - CSG/SEG/TJDFT, p. 1-567, 2022. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/documents/10157/63003/LivroInternet+%282%29.pdf/8d181062-503a-54c5-97fa-b66208a7e39b?t=1667941194801>. Acesso em: 03 nov. 2022.

Superior Tribunal de Justiça já apreciou aproximadamente 1.145 (mil cento e quarenta e cinco temas de recursos repetitivos).²

Cabe ressaltar que as comissões da Câmara dos Deputados e do Senado Federal em pareceres referentes ao projeto de lei que deu origem à “reforma trabalhista” se manifestaram expressamente quanto à necessidade de conter o “ativismo judicial” na Justiça do Trabalho, utilizando inclusive a terminologia “populismo judicial”.

Ainda neste aspecto referente ao modo pelo qual o exercício da função jurisdicional desempenhado pela Justiça do Trabalho vem sendo apreendido pela sociedade serão apreciadas decisões do Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro que, em decorrência do modo de indicação de seus membros, está mais sujeito aos anseios da sociedade e também aos aspectos políticos. Neste âmbito também foram identificadas manifestações expressas com críticas à atuação da Justiça do Trabalho como a do Ministro Gilmar Mendes nos autos da ADPF nº 323, que realizou comparação da interpretação aplicada pela Justiça do Trabalho com a jurisprudencial sentimental adotada pelo conhecido “Juiz Magnaud”.

Deste modo, foi estabelecido o parâmetro da interpretação constitucional como eixo norteador do exame da crise de legitimidade da Justiça do Trabalho, pois neste aspecto é possível identificar a relação da Justiça do Trabalho tanto com os órgãos do Poder Legislativo quanto com o Supremo Tribunal Federal.

Para tanto será apresentada pesquisa empírica com o fim de identificar a adoção de alguma teoria hermenêutica ou os ensinamentos de algum autor que pudessem representar a concepção de interpretação constitucional aplicada pela Justiça do Trabalho.

Em referida pesquisa foi identificada expressiva adoção da “nova interpretação constitucional” desenvolvida pelo Ministro Luís Roberto Barroso em julgados proferidos pelo Tribunal Superior do Trabalho.

No período definido entre janeiro de 2011 e outubro de 2017, mediante a utilização do argumento de pesquisa “interpretação constitucional”, houve menção expressa à teoria de Luís Roberto Barroso em 15,79% das decisões proferidas pelos órgãos do Tribunal Superior do Trabalho. O número se mostra ainda mais expressivo quando comparado com a citação de outros autores constitucionalistas de relevância nacional e internacional.

Diante da constatação aprofundou-se no exame da relação entre este autor e a Justiça do Trabalho sendo identificado que participou intensivamente, seja como professor de

² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. NUGEPNAC da Presidência. **Temas de Recursos Repetitivos com Mérito Julgado (Temas aplicáveis no TJSP)**, p. 1-148. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=140938>. Acesso em: 02 set. 2022.

hermenêutica constitucional, seja como marco teórico da formação inicial de centenas de magistrados trabalhistas.

Com o objetivo de sedimentar a importância de tal argumento será aprofundada a análise do estudo desenvolvido por meio de pesquisa empírica de Elliot Ash, Daniel L. Chen e Suresh Naidu publicada no ano de 2020, consubstanciada no trabalho “Ideas Have Consequences: The Impact of Law and Economics on American Justice”³, que demonstra a clara relação entre o que é ministrado aos magistrados em cursos de formação e como eles passam a julgar.

A partir desta evidência o presente estudo será direcionado de maneira mais intensa ao universo jurídico por meio de pesquisa bibliográfica e documental da teoria do “novo direito constitucional” elaborada por Luís Roberto Barroso, denominada no presente estudo de “neoconstitucionalismo segundo Luís Roberto Barroso”.

Para tanto serão identificados os fundamentos do modelo hermenêutico constitucional de Luís Roberto Barroso, quais sejam: a força normativa da Constituição (Konrad Hesse), a normatividade dos princípios (Ronald Dworkin e Robert Alexy) e a teoria crítica do direito com destaque ao movimento do direito alternativo.

Os fundamentos acima citados serão apreciados de forma contextualizada em capítulos específicos (do Capítulo 3 ao Capítulo 6) através de pesquisa bibliográfica da obra dos autores mencionados e seus comentadores. Também será apresentada pesquisa empírica quantitativa quanto à adoção expressa das teorias mencionadas em julgados proferidos pelos órgãos do Tribunal Superior do Trabalho.

A partir das análises acima será possível verificar que das teorias mencionadas, a que mais influenciou o “neoconstitucionalismo” de Luís Roberto Barroso é o denominado “movimento do direito alternativo” que pode ser considerado como uma aplicação de caráter mais pragmático da “teoria crítica do direito”. Tal aspecto se mostra evidente no denominado “papel iluminista” que Barroso atribui à “Suprema Corte” que acaba por atribuir grande discricionariedade ao julgador, fato que afasta o “neoconstitucionalismo de Barroso” das concepções de Konrad Hesse, Ronald Dworkin e Robert Alexy que desenvolveram teorias com finalidade exatamente inversa, ou seja, restringir a discricionariedade do julgador.

Com fundamento neste aspecto do neoconstitucionalismo ao final do presente trabalho, no sétimo capítulo, mediante pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, será realizado

³ ASH, Elliott; CHEN, Daniel L.; NAIDU, Suresh. **Ideas Have Consequences: The Impact of Law and Economics on American Justice – Volume 4**. ETH Zurich: Center for Law & Economics, mar. 2019. Disponível em: <https://www.research-collection.ethz.ch/handle/20.500.11850/376884>. Acesso em: 28 mar. 2022.

aprofundamento nos estudos da hermenêutica aplicada pela Justiça do Trabalho desde sua instituição com destaque à obra de Francisco José de Oliveira Vianna, principal autor do Projeto de Lei Orgânica da Justiça do Trabalho que, na década de 1930, desenvolveu estudos sobre hermenêutica constitucional bem como recomendou uma interpretação mais atenta aos anseios sociais dos juízes do trabalho em comparação com os juízes da justiça comum.

Neste âmbito será exposta uma paradoxal semelhança entre as concepções consideradas “conservadoras” de Francisco José de Oliveira Vianna, membro do governo de Getúlio Vargas e do autoproclamado “progressista” Luís Roberto Barroso, principalmente no tocante à “oligarquia da toga” defendida por Vianna e no caráter “iluminista” da Suprema Corte identificado por Barroso.

Com a finalidade de aprofundamento do estudo da hermenêutica trabalhista e as influências do “neoconstitucionalismo” serão analisadas súmulas do Tribunal Superior do Trabalho expressamente citadas pelos órgãos legislativos como exemplo de ativismo judicial mediante estudo de seus precedentes e também eventos considerados determinantes para a nova redação do art. 702 da CLT, as denominadas “Semanas do TST” ocorridas nos anos de 2011 e 2012.

Por fim, serão retomados os estudos da teoria da dominação de Max Weber com aprofundamento em seus estudos jurídicos bem como será abordado o “tipo ideal” de magistrado elaborado em seus estudos.

A partir destes aspectos o presente trabalho, por meio do método hipotético-dedutivo aliado às pesquisas bibliográfica, documental e empírica, buscará identificar se o neoconstitucionalismo de Luís Roberto Barroso condiz com seus marcos teóricos, se referida teoria foi aplicada pela Justiça do Trabalho e se tal aplicação pode ser considerada determinante para a crise de legitimidade pela qual vem passando.

1 LEGITIMIDADE DA JUSTIÇA DO TRABALHO E NEOCONSTITUCIONALISMO

O conceito de legitimidade tem caráter sociológico de modo que serão analisadas as concepções de Max Weber quanto à sua “sociologia da dominação”, na qual desenvolve o conceito de legitimidade legal que tem como fundamento a aceitação e a obediência por parte daqueles sobre os quais o poder é exercido. Além disso, será realizada contextualização da teoria weberiana com o capitalismo e com o Direito do Trabalho.

Ainda no âmbito sociológico e político serão analisados os fatos que demonstram a existência da crise de legitimidade na relação entre Justiça do Trabalho e Poder Legislativo, bem como entre a Justiça do Trabalho e Supremo Tribunal Federal com o objetivo de identificar o fundamento desta crise.

Com fundamento nos aspectos sociológicos e políticos acima será realizado estudo empírico por meio da adoção do neoconstitucionalismo de Luís Roberto Barroso como marco teórico para o presente trabalho.

Por fim, já iniciando os estudos de caráter predominantemente jurídico serão examinados os fundamentos teóricos e filosóficos do neoconstitucionalismo de Luís Roberto Barroso com a identificação da força normativa da constituição, da força normativa dos princípios e da teoria crítica do direito, temas que serão aprofundados nos próximos capítulos.

1.1 MAX WEBER, LEGITIMIDADE E JUSTIÇA DO TRABALHO

Max Weber nasceu em 21 de abril de 1864, filho de um jurista e político geralmente descrito como homem pragmático e acomodado de quem herdou o nome e de Helene Weber, a quem se atribui a responsabilidade de imprimir no filho uma concepção severamente protestante do mundo. Durante toda a vida teve a atenção dividida entre a atividade intelectual e a participação prática na vida política alemã.⁴

A obra de Max Weber foi desenvolvida em momento de intensa alteração cultural e científica, sendo que refletiu a respeito das modificações na sociedade ocidental causadas pelo capitalismo bem como sua própria estrutura.

Vivenciou as tensões Pré-Primeira Guerra Mundial bem como participou das negociações que deram origem ao Tratado de Versalhes, que colocou fim ao referido conflito e por sua vez teve em seu bojo a criação da Organização Internacional do Trabalho.

⁴ COHN, Gabriel. **Weber: Sociologia**. 7.ª ed. 5.ª reimpr. São Paulo: Ática, 2003, p. 9. (Coleção Grandes Cientistas Sociais).

Considerado como um universalista, tinha formação jurídica, ministrava aulas de economia, além de teologia e ciência política. Nas palavras Raymond Aron sua obra é “considerável e variada”.⁵

Analisou o exercício do poder pelo Estado e buscou soluções para o desenvolvimento da Alemanha e sua recuperação como potência mundial e, em decorrência de tais propostas, é considerado por alguns estudiosos como o Maquiavel alemão.⁶

Dialogou com conservadores, militares, comunistas e socialdemocratas. Pertencia ao meio acadêmico e conservador, porém tinha preocupações sociais, chegando a advogar para sindicatos alemães. Para Gabriel Cohn, a resposta de Max Weber para um colega chocado com sua veemência num debate no qual disse “Exagerar é a minha profissão”, diz muito a respeito de sua figura humana que sintetiza da seguinte maneira:

O contato apaixonado com os grandes problemas políticos do dia, a busca incansável do conhecimento através de uma erudição sem paralelo nas ciências sociais deste século, a intensidade da dedicação à pesquisa e à reflexão metodológica, o desgaste pessoal até ao pleno colapso psíquico e a recuperação fulgurante da capacidade criadora, o ímpeto exacerbado das investidas contra o que lhe parecia errado, contidas no momento mesmo em que tudo parecia dar-lhe razão; tudo isso está presente no mais alto, no mais exagerado grau na sua vida e na sua obra.⁷

Sua obra é vasta e peculiar sendo possível identificar em sua teoria a seguinte sequência conceitual: ação social, sentido, compreensão, agente individual, tipo ideal, relação social, legitimação e dominação.

Segundo Max Weber, a sociologia é a ciência da ação social que ela quer compreender interpretando e cujo desenvolvimento quer explicar socialmente.⁸ Sua teoria tem como obra prima o tratado de sociologia geral denominado “Economia e Sociedade”, a principal fonte de estudo do presente trabalho.

Utiliza-se do método da compreensão, motivo pelo qual seus estudos constituem a sociologia comprensiva. O objetivo peculiar à compreensão é sempre captar o sentido de uma atividade ou de uma relação.

⁵ ARON, Raymond. **As Etapas do Pensamento Sociológico**. Tradução: Sérgio Bath. 5.^a ed., 2.^a tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 447.

⁶ *Ibidem*, p. 505

⁷ COHN, Gabriel. **Weber: Sociologia**. 7.^a ed., 5.^a reimpr. São Paulo: Ática, 2003, p. 7. (Coleção Grandes Cientistas Sociais).

⁸ ARON, *op. cit.*, p. 491.

Danilo Martuccelli⁹ assevera que as três grandes matrizes sociológicas de descrição da modernidade seriam: a) matriz da diferenciação social; b) matriz da racionalização; e c) matriz da condição moderna. Max Weber estaria no âmbito da “matriz da racionalização” que identifica no “processo de racionalização” o elemento definidor do perfil da modernidade, a racionalização do mundo moderno encontra seu diagnóstico sociológico como o destino de nosso tempo. O presente estudo terá como foco a teoria da racionalização do poder.

A racionalização seria para Max Weber a principal razão para a peculiaridade da sociedade ocidental, em especial da cultura única europeia, fato que justificaria o surgimento do capitalismo nesta sociedade e não em outra. Para o autor o capitalismo seria o paradigma da racionalidade.¹⁰

Ao contrário de Karl Marx, que considerava todas as relações sociais derivadas das relações econômicas, Max Weber atribui relevância a várias relações sociais, ao papel da religião e do Direito, e tais condições propiciaram meios para o desenvolvimento do capitalismo na sociedade ocidental, ou seja, o capitalismo surgiu das relações sociais pré-existentes e não o contrário. Além disso, para Max Weber nenhuma ciência poderia indicar para a humanidade qual o seu futuro, o que o distancia novamente da teoria marxista, bem como não considerava que apenas um fator social fosse determinante para ser considerado como a causa de alguma situação social específica, pois considerava a sociedade em toda sua complexidade, sem a redução do aspecto econômico.

Segundo Gabriel Cohn o nome de Weber está intimamente associado na literatura sociológica à formulação de um conceito básico para a análise histórico-social: o “tipo ideal”.¹¹

A fixação de parâmetro dos “tipos ideais” se situa no ponto de convergência de várias tendências do complexo pensamento weberiano.¹² Na realidade não são “ideais” no sentido de metas a serem alcançadas no mundo dos fatos, mas sim um recurso teórico em determinados momentos inatingíveis, porém possuem didática e auxiliam na explanação da sociedade e das relações humanas e na definição das categorias que propõe.

Raymond Aron sintetiza a relevância dos “tipos ideias” para o desenvolvimento da teoria weberiana:

⁹ MARTUCELLI, Danilo. **Sociologías de la modernidad (Itinerario del siglo XX)**. Tradução: Carlos Iturra. Santiago: LOM Ediciones, 2013, p. 171.

¹⁰ *Ibidem*, p. 172.

¹¹ COHN, Gabriel. **Weber: Sociología**. 7.ª ed., 5.ª reimpr. São Paulo: Ática, 2003, p. 8. (Coleção Grandes Cientistas Sociais).

¹² ARON, Raymond. **As Etapas do Pensamento Sociológico**. Tradução: Sérgio Bath. 5.ª ed., 2.ª tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 465.

O tipo ideal está ligado à noção de compreensão, pois todo tipo ideal é uma organização de relações inteligíveis próprias a um conjunto histórico ou a uma sequência de acontecimentos. Por outro lado, o tipo ideal está associado ao que é característico da sociedade moderna, a saber o processo de racionalização. A construção dos tipos ideais é uma expressão do esforço de todas as disciplinas científicas para tornar inteligível a matéria, identificando a racionalidade interna, e até mesmo construindo esta racionalidade a partir de uma matéria ainda meio informe. [...] o tipo ideal permite, de fato, perceber indivíduos históricos ou conjuntos históricos. Mas o tipo ideal é uma percepção parcial de um conjunto global.¹³

O recurso aos “tipos ideais” se coaduna com os elementos de racionalidade e inteligibilidade inerentes às ciências que marcam o desenvolvimento da sociedade capitalista. Todavia, reflete apenas parcialmente a realidade e tem como objetivo explicar esta realidade e não coincidir com esta. Como a realidade é confusa, é necessário que seja abordada com ideias claras.¹⁴

A utilização de tipos ideais consiste em enfatizar determinados traços da realidade — como aqueles que permitem caracterizar a conduta do burocrata profissional — até concebê-los na sua expressão mais pura e consequente, que jamais se apresenta assim nas situações efetivamente observáveis¹⁵, de modo que existam no plano das ideias sobre os fenômenos e não nos próprios fenômenos correspondendo à sua mencionada “vocação ao exagero”.

Conforme Raymond Aron, a indagação sobre o tipo ideal do político e do cientista apaixonava Max Weber¹⁶ de modo que a racionalização da sociedade decorre do desenvolvimento da ciência, e a política seria o conjunto de condutas humanas que comportam a dominação do homem pelo homem.¹⁷ Neste âmbito reside a análise da legitimidade dos detentores de poder.

Max Weber analisa os modos como o poder é exercido de forma legítima, ou seja, aceito por aqueles sobre os quais o poder é exercido.

Gabriel Cohn relaciona a legitimação com o conceito de dominação:

Convém, finalmente, enfatizar a importância da referência feita à legitimação pelos agentes como fundamento da persistência (sempre apenas provável) de determinadas linhas de ação. É que é possível sustentar que a persistência de linhas de ação é fundamentalmente concebida no esquema weberiano em termos da operação efetiva de processos de dominação (ou seja, de processos

¹³ ARON, Raymond. **As Etapas do Pensamento Sociológico**. Tradução: Sérgio Bath. 5.ª ed, 2.ª tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 465.

¹⁴ *Ibidem*, p. 467.

¹⁵ COHN, Gabriel. **Weber: Sociologia**. 7.ª ed. 5.ª reimpr. São Paulo: Ática, 2003, p. 8. (Coleção Grandes Cientistas Sociais).

¹⁶ ARON, *op. cit.*, p. 449.

¹⁷ ARON, *op. cit.*, p. 496.

que envolvem a capacidade de certos agentes obterem obediência para seus mandatos), dos quais a legitimação é contrapartida.¹⁸

Os estudos de Max Weber sobre o tema foram denominados de “sociologia da dominação” nos quais examina as formas legítimas de exercício do poder. A dominação possui dois aspectos fundamentais: o exercício da coação e a noção de obediência, ou seja, a probabilidade de obediência a determinado comando e, neste segundo aspecto, reside a legitimação.

Para Max Weber poder é “a probabilidade de uma pessoa ou várias impor, numa ação social, a vontade própria, mesmo contra a oposição de outros participantes desta”.¹⁹

Neste sentido identifica três formas legítimas de exercício do poder que se fundamentam no caráter próprio da motivação que comanda a obediência. As três formas de dominação seriam a dominação tradicional, a dominação carismática e a dominação racional.

Quanto à dominação tradicional considera esta existente “antes de tudo, a autoridade do passado eterno, isto é, dos costumes santificados pela validez imemorial e pelo hábito, enraizado nos homens, de respeitá-los.”²⁰ Deste modo, o exemplo típico de dominação tradicional seria a própria família.

Quanto à dominação carismática traz a seguinte explanação:

Existe em segundo lugar, a autoridade que se funda em dons pessoais e extraordinários de um indivíduo (carisma) – devoção e confiança estritamente pessoais depositadas em alguém que se singulariza por qualidades prodigiosas, por heroísmo ou por quaisquer outras qualidades exemplares que dele fazem o chefe. Tal é o poder carismático, exercido pelo profeta ou – no domínio político – pelo dirigente guerreiro eleito, pelo soberano escolhido através de plebiscito, pelo grande demagogo ou pelo dirigente de partido político.²¹

Por fim a terceira modalidade de dominação seria a legal, na verdade imposta em razão da legalidade. Em suas palavras:

Existe por fim uma autoridade que se impõe em razão da legalidade, em razão da crença na validez do estatuto legal e de uma competência positiva, fundada em regras rationalmente estabelecidas ou, em outros termos, a autoridade

¹⁸ COHN, Gabriel. **Weber: Sociologia**. 7.^a ed. 5.^a reimpr. São Paulo: Ática, 2003, p. 31. (Coleção Grandes Cientistas Sociais).

¹⁹ WEBER, Max. **Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva – Volume 2**. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Revisão técnica: Gabriel Cohn. Brasília-DF: Editora Universidade de Brasília, 2004, p. 175.

²⁰ WEBER, Max. **Ciência e política: duas vocações**. 18.^a ed. São Paulo: Cultrix, 2011, p. 57.

²¹ *Ibidem*, p. 57.

fundada na obediência, que reconhece obrigações conformes ao estatuto estabelecido. Tal é o poder como exerce o servidor do estado em nossos dias e como exercem todos os detentores do poder que dele se aproximam sob este aspecto.²²

Raymond Aron descreve sumariamente as formas de dominação da seguinte maneira:

Racional é a dominação baseada na crença da legalidade da ordem e dos títulos dos que exercem a dominação. Tradicional é a dominação fundamentada na crença do caráter sagrado das tradições antigas, e na legitimidade dos que são chamados pela tradição para exercer a autoridade. Carismática é a dominação que se baseia no devotamento fora do cotidiano, justificado pelo caráter sagrado ou pela força heroica de uma pessoa e da ordem revelada ou criada por ela.²³

Conforme esclarecido, a teoria sociológica de Weber se fundamenta em “tipos-ideais”, ou seja, não se encontrará modelos puros no mundo dos fatos, servindo apenas de parâmetro para análise das comunidades existentes. Assim, não se encontrará no mundo real uma dominação totalmente tradicional, carismática ou legal.

Na sociedade atual é predominante a concepção de legalidade marcada pela impessoalidade, sendo um dos fundamentos do Estado de Direito e direito fundamental do indivíduo no ordenamento constitucional brasileiro nos termos do art. 5º, inciso II da Constituição Federal, restando evidente que a legitimidade do Poder Judiciário de acordo com nossa Constituição é predominantemente legal e não carismática ou tradicional em termos weberianos.

Esta sociedade caracterizada predominantemente pela dominação racional é denominada de sociedade burocrática.

Seus estudos possuem grande relevância para os fatos regulados pelo Direito do Trabalho, pois analisou o mundo do trabalho com destaque à obra “A ética protestante e o espírito do capitalismo”, considerando o trabalho como um agir econômico²⁴ na medida em que é o exercício pacífico da capacidade de um ou vários indivíduos de dispor de materiais ou de instrumentos no sentido de satisfação de necessidades, bem como buscou os fundamentos do regime capitalista e sua relação com o Estado, eixo central do problema a ser solucionado pelo Direito do Trabalho. Além disso, sua vivência prática como advogado de sindicatos contribuiu para sua relevância.

²² WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. 18.ª ed. São Paulo: Cultrix, 2011, p. 57-58.

²³ ARON, Raymond. *As Etapas do Pensamento Sociológico*. Tradução: Sérgio Bath. 5.ª ed., 2.ª tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 496.

²⁴ *Ibidem*, p. 495.

Em que pese tratar-se de um autor nascido no século XIX, seus estudos transcendem sua época de modo que, conforme Raymond Aron²⁵, Max Weber é nosso contemporâneo e sua teoria da dominação tem plena aplicação ao debate atual.

A teoria de Max Weber é aplicada de forma específica ao Poder Judiciário mediante análise do “tipo ideal” de magistrado inerente ao sistema econômico capitalista, fundamentada na racionalidade do exercício do poder, será aprofundada no item 7.4 mediante cotejo com a atuação da Justiça do Trabalho.

No próximo item será justificado o pressuposto lógico do presente trabalho de que, em termos weberianos, a Justiça do Trabalho passa por crise de legitimidade.

Considerando a vigência de Estado Democrático de Direito o parâmetro para tal análise será o estudo da relação da Justiça do Trabalho com os demais Poderes da República cujos membros são eleitos pelo povo (Legislativo e Executivo), bem como com o Supremo Tribunal Federal expresso em seus julgados atinentes à matéria trabalhista.

Justifica-se o critério acima pelo fato de que os membros dos Poderes Legislativo e Executivo estariam mais sujeitos a influência da sociedade por serem eleitos democraticamente.

No caso do Supremo Tribunal Federal, seus membros são escolhidos por meio de processo político mais influenciado pela participação da sociedade e dos representantes dos Poderes Legislativo e Executivo.

Em contrapartida, os membros da Justiça do Trabalho em sua grande maioria são selecionados por meio de concurso público ou dentre membros de categorias mais específicas (membros da advocacia ou do Ministério Público do Trabalho) com menor influência do sistema político e da sociedade como um todo.

Deste modo, mediante manifestação dos órgãos acima será possível identificar o modo pelo qual a sociedade percebe a atuação da Justiça do Trabalho.

1.2 CRISE NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Considerados os parâmetros da teoria weberiana a respeito do poder e da legitimidade dos exercentes deste poder, a premissa fundamental do presente trabalho é a ocorrência de crise de legitimidade na Justiça do Trabalho, sendo necessário estabelecer em que âmbito de sua atuação está inserida a crise, ou seja, se seria decorrente de ausência de eficiência quanto à prestação jurisdicional, dos custos da prestação jurisdicional ou do modo como aplica o direito.

²⁵ ARON, Raymond. *As Etapas do Pensamento Sociológico*. Tradução: Sérgio Bath. 5.^a ed, 2.^a tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 503.

De todo modo os debates quanto à legitimidade dos órgãos estatais se mostram mais amplos, sendo necessário contextualizar o tema ao momento atual da sociedade.

Inicialmente é preciso considerar que o ser humano traz a sociabilidade como qualidade própria e peculiar, sendo a vida em sociedade indispensável para seu desenvolvimento. Entretanto, a vida em comunidade exige a tomada decisões. Neste aspecto, a questão a ser resolvida é que, diante do exercício do poder, deve restar preservada a liberdade do ser humano.²⁶ Emerge neste aspecto a democracia como modelo de exercício do poder no qual se busca resguardar as liberdades em face daqueles que exercem o poder.

Entretanto, referido regime traz acentuada incerteza quanto aos governantes e seu projeto de governo, de modo que a garantia de liberdade se respalda no respeito às instituições, com relevância ao papel do constitucionalismo na dinâmica desta relação entre ordem, governo e liberdade, conforme apontado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho para quem o “constitucionalismo direciona-se a estabelecer em toda parte regimes constitucionais, quer dizer governos moderados, limitados em seus poderes, submetidos a Constituições escritas”²⁷. Deste modo, o constitucionalismo define parâmetros para estabelecimentos de instituições que assegurem a manutenção do regime democrático com destaque para a divisão do poder entre os órgãos Legislativo, Executivo e Judiciário.

Diante do desenvolvimento da tecnologia da informação e da alteração das relações sociais existe debate quanto à legitimidade do próprio Estado e o papel da democracia. Segundo Manuel Castells²⁸, por conta das vicissitudes do processo eleitoral e do aumento da velocidade nas comunicações, haveria uma ruptura entre governantes e governados que, em última análise, deslegitimaria a representação política. Além da ruptura entre governantes e governados existiria uma desconfiança da sociedade em relação às instituições com destaque ao sistema financeiro e ao Poder Judiciário.

Em face da complexidade da sociedade é evidente a necessidade de atualização das instituições de modo que José Carlos Francisco pontua que “a realidade de transformações do século XXI é diferente da realidade de transformações de séculos passados, pois atualmente há importante dinamismo e complexidade proporcionados por diversos fatores, notadamente o avanço tecnológico em uma sociedade mundializada”²⁹ que identifica a superação do Estado

²⁶ CAGGIANO, Monica Herman Salem. Democracia X constitucionalismo: um navio à deriva? **Cadernos de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, n. 1, p. 7, 2011.

²⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 34.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 42.

²⁸ CASTELLS, Manuel. **Ruptura: a crise da democracia liberal**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. E-book, p. 48.

²⁹ FRANCISCO, José Carlos. Conceitos jurídicos indeterminados científicos e empíricos e limite à interpretação judicial. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 9, n. 31, p. 894, jan./abr. 2015.

Legislativo de Direito e do constitucionalismo formal em favor do Estado Constitucional de Direito e do constitucionalismo material, o que acarreta o fortalecimento do papel jurídico e institucional das constituições, ampliação de sistemas e de mecanismos de proteção dos direitos humanos e o crescimento do Poder Judiciário e das Cortes no controle de constitucionalidade e na garantia de prerrogativas relevantes e inerentes ao ser humano e à vida em sociedade.³⁰ Em outras palavras, foi modificada a concepção de atuação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Neste aspecto de modificação da atuação dos poderes é possível identificar o fenômeno da juridicização, característica marcante na sociedade moderna conforme explanado por Orlando Villas Bôas Filho com fundamento em Thierry Delpeuch, Laurence Dumoulin e Claire de Galember:

Remetendo às expressivas análises de Max Weber, Jürgen Habermas e Niklas Luhmann –, salientam que a juridicização de um número crescente de domínios da vida social constituiria um aspecto central da dinâmica de modernização das sociedades ocidentais, relacionando-se à emergência e à expansão do Estado moderno. Considera-se, assim, que a diferenciação e a complexificação, características das sociedades modernas, ensejariam uma crescente demanda de regulamentação jurídica relacionada, de um lado, à necessidade de organizar e regular as relações de interdependência entre domínios de atividade cada vez mais numerosos e, de outro, à necessidade de limitar as externalidades negativas que eles se impõem mutuamente.³¹

O autor ressalta que, no âmbito da juridicização, estaria abarcado o fenômeno da judiciarização que seria o progressivo aumento de poder dos juízes e dos tribunais.

No presente trabalho serão apreciados estes dois aspectos, quais sejam, a intensidade da intervenção estatal nas relações de trabalho (juridicização), porém a concentração da presente análise se dará no exercício do poder pela Justiça do Trabalho (judicialização), com foco na aceitação de suas decisões pela sociedade.

A função precípua do Poder Judiciário é interpretar e aplicar os atos normativos propiciando segurança jurídica nas relações e aplicando o ideal de justiça. Entretanto, para fazer frente a dinâmica e complexa realidade, há várias medidas adotadas por agentes normativos dentre elas o emprego de expressões que elevam o grau de abstração dos preceitos normativos

³⁰ FRANCISCO, José Carlos. (Neo) Constitucionalismo na pós-modernidade: princípios fundamentais e justiça no caso concreto. In: FRANCISO, José Carlos (Coord.). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional. Do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 50.

³¹ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A Juridicização e Judiciarização enfocadas a partir da “Sociologia Política do Direito” de Jacques Commaille. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, Porto Alegre, ABraSD, v. 2, n. 2, p. 68, jul./dez. 2015.

visando dar mais elasticidade ou plasticidade ao diploma jurídico.³² Todos estes aspectos geram debates quanto ao exercício do poder pelos órgãos do Poder Judiciário que tem como missão inclusive restringir o grau de abstração das normas para sua aplicação ao caso concreto.

José Carlos Francisco realiza relevante apontamento quanto à atuação do Poder Judiciário diante deste novo modelo de redação normativa:

Contudo, se de um lado níveis mais elevados de abstração potencialmente proporcionam maior plasticidade ou elasticidade, de outro lado esses níveis de abstração “podem” gerar maior insegurança jurídica pela transferência de maior âmbito de espaço a intérpretes regulamentares e a intérpretes judiciários (incluindo advogados, promotores e juízes). Nesse ambiente emergem situações potencialmente positivas como a “deslegalização” ou “delegificação”, mas também geralmente negativas como ativismo judicial, situações nas quais os mecanismos interpretativos ganham relevância como instrumentos jurídicos de contenção e controle.³³

Deste modo, em que pese os debates quanto à crise de legitimidade atingirem todos os poderes, sendo possível até abordar a crise da democracia, neste cenário atual destaca-se o novo papel do Judiciário e a crise quanto à sua legitimidade e a prática do denominado “ativismo”, que considera a possibilidade de sua atuação invadir competências que seriam dos Poderes Legislativo e Executivo.

A análise quanto à crise de legitimidade da Justiça do Trabalho está inserida neste amplo debate, porém diante de condições que serão especificadas, esta crise seria ainda mais acentuada que nos demais ramos do Poder Judiciário brasileiro.

Para o presente estudo, será considerado conceito de legitimidade de Max Weber que atribui relevância à aceitação do exercício de poder por parte daqueles que estão sob seu domínio, motivo pelo qual serão consideradas as relações da Justiça do Trabalho com os Poderes Legislativo, Executivo e com o Supremo Tribunal Federal.

1.2.1 A Justiça do Trabalho e sua relação com os poderes constituídos por meio processo democrático (Executivo e Legislativo)

Em decorrência de sua competência para julgar matéria inerente aos aspectos econômicos e sociais, as decisões da Justiça do Trabalho tratam de questões políticas e econômicas permeadas de ideologias de modo que no Brasil tornou-se instituição controvertida e “rotulada” com fundamento no senso comum, caracterizada equivocadamente como

³² FRANCISCO, José Carlos. Conceitos jurídicos indeterminados científicos e empíricos e limite à interpretação judicial. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 9, n. 31, p. 896, jan./abr. 2015.

³³ *Ibidem*, p. 897.

exclusividade da estrutura judiciária brasileira, considerada como de caráter marxista³⁴ e paradoxalmente também é vista como um instrumento do capital que perpetua sua dominação da classe operária.

A partir da década de 1990 iniciaram debates quanto à necessidade de manutenção deste ramo do Poder Judiciário, conforme observa Ivan Alemão: “É bom lembrar que a própria Justiça do Trabalho sofreu ameaça de extinção nessa década, por conta do projeto de Aloysio Nunes que tramitou no Congresso, mas não foi aprovado”.³⁵

Neste aspecto, em 2019 o Deputado Federal Paulo Eduardo Martins (PSC-PR) apresentou Proposta de Emenda à Constituição com o objetivo de extinguir a Justiça do Trabalho, com declarações de apoio do próprio Presidente da República Jair Messias Bolsonaro, porém não prosseguiu coleta de assinaturas para a continuidade da tramitação do projeto.

Uma medida mais clara foi efetivamente adotada em 2016 quando houve corte no orçamento da Justiça do Trabalho por parte do Poder Legislativo no montante de aproximadamente 30% com relação às despesas de custeio e de 90% no tocante aos investimentos. No relatório da Comissão Mista de Planos Orçamentos Públicos e Fiscalização houve expressa crítica à atuação deste ramo do Poder Judiciário no seguinte sentido:

As regras atuais estimulam a judicialização dos conflitos trabalhistas, na medida em que são extremamente condescendentes com o trabalhador. Atualmente, mesmo um profissional graduado e pós-graduado, com elevada remuneração, é considerado hipossuficiente na Justiça do Trabalho. Pode alegar que desconhecia seus direitos e era explorado e a Justiça tende a aceitar sua argumentação.³⁶

A Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (ANAMATRA) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade sob o nº 5.468³⁷ contra referido corte orçamentário com fundamento na autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário (art. 99 da Constituição Federal).

³⁴ PACHECO, Alexandre Sansone. Bolsonaro errou: a Justiça do Trabalho existe, sim, em muitos países. **Gazeta do Povo**, 20 jan. 2019. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/justica/bolsonaro-errou-a-justica-do-trabalho-existe-sim-em-muitos-paises-38eiwhrswvfmwwev4536dbqy/>. Acesso em: 08 abr. 2022.

³⁵ ALEMÃO, Ivan. **A Esquerda e o Direito do Trabalho: discursos, fatos e desencontros**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2019, p. 52.

³⁶ BRASIL. Congresso Nacional. **Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização Relatório Geral ao PL n.º 7 de 2015 – CN (PLOA 2016)**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/relatorio-comissao-congresso.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2022.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 5468/DF**. Relator: Ministro LUIZ FUX. Data de julgamento: 30 jun. 2016. Data da publicação: DJe, 02 ago. 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13269137>. Acesso em: 02 set. 2022.

O Ministro Celso de Mello, decano do STF à época, em seu voto considerou que o Congresso Nacional atuou “de forma arbitrária, imoderada, irrazoável e abusiva”. Segundo o Ministro, restrições financeiro-orçamentárias, “quando evitadas pelo vício de seu caráter discriminatório”, podem inibir a proteção de direitos fundamentais (como o acesso à Justiça) e sociais.

Para o Ministro Enrique Ricardo Lewandowski os cortes orçamentários afrontaram a autonomia do Poder Judiciário, destacando que “sobretudo a partir de uma motivação que, a meu ver, se mostra absolutamente inidônea”. A Ministra Rosa Weber seguiu o mesmo entendimento.

Entretanto, os posicionamentos dos ministros acima citados restaram vencidos de modo que o corte no orçamento da Justiça do Trabalho realizado pelo Poder Legislativo foi considerado constitucional.

A transcrição acima revela clara reprovação por parte de órgão do Poder Legislativo quanto à atuação da Justiça do Trabalho especificamente quanto ao tratamento concedido à parte autora da reclamação trabalhista.

Entretanto, o ato legislativo mais revelador desta reprovação quanto à interpretação e à aplicação do ordenamento jurídico por parte da Justiça do Trabalho foi a Lei nº 13.467/2017 (reforma trabalhista).

Inicialmente cabe observar que por meio desta lei houve a superação de 38³⁸ (trinta e oito) entendimentos consolidados pelo Tribunal Superior do Trabalho através de Súmulas ou Orientações Jurisprudenciais e seus itens.

Além disso, houve restrição à liberdade hermenêutica dos órgãos da Justiça do Trabalho por meio da redação dos parágrafos do art. 8º da CLT.³⁹

³⁸ Foram alteradas as Súmulas 6 (I, II, VI), 85 (I, III, IV, V e VI), 86, 90, 101, 122, 152, 203, 219, 226, 253, 277, 318, 330, 331 (I e II), 354, 366, 372 (I), 377, 423, 426, 429, 437, 444, 449, 451, 457; as Orientações Jurisprudenciais da SDI-I: 270, 383, 413 e Orientações Jurisprudenciais da SDC n.º 17. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Secretaria-Geral Judiciária. Coordenadoria de Jurisprudência. **Súmulas, Orientações Jurisprudenciais (Tribunal Pleno / Órgão Especial, SBDI-I, SBDI-I Transitória, SBDI-II e SDC), Precedentes Normativos.** Brasília-DF: Coordenação de Serviços Gráficos - CSG/SEG/TJDFT, p. 1-567, 2022. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/documents/10157/63003/LivroInternet+%282%29.pdf/8d181062-503a-54c5-97fa-b66208a7e39b?t=1667941194801>. Acesso em: 03 nov. 2022.

³⁹ BRASIL. **Decreto-lei n.º 5.452, de 1º maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. “Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. [...] § 2º Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei. § 3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da

A redação tem clara intenção de conter a atividade interpretativa limitando a abrangência das súmulas mediante expressa proibição de restringir ou ampliar direito ou obrigações e a determinação de respeito aos limites da lei. Tal determinação contraria os elementos iniciais apreciados no presente trabalho quanto à majoração da atividade jurisdicional no âmbito das atuais democracias e remete à concepção de respeito à lei por parte do Poder Judiciário em semelhança à Escola da Exegese Francesa do juiz como “mera boca da lei”.

Com relação ao exame de normas coletivas restou permitido apenas a análise de questões formais, mas a impossibilidade de aprofundamento quanto ao conteúdo.

Na justificativa da nova redação do art. 8º, no parecer elaborado pela Comissão da Câmara dos Deputados, houve mais uma expressa crítica à atuação dos órgãos da Justiça do Trabalho por parte do órgão legislativo:

Com a nova redação proposta para o art. 8º, queremos deixar evidente a supremacia da lei na aplicação do Direito do Trabalho, por mais paradoxo que possa parecer tal dispositivo, impedindo-se, dessa forma, a inversão da ordem de aplicação das normas. Essa prática tem dado margem à um aumento no número de ações ajuizadas perante a Justiça do Trabalho, pois é comum que o empregador, mesmo cumprindo toda a legislação e pagando todas as verbas trabalhistas devidas, se veja demandado em juízo com pedidos fundados apenas em jurisprudências e súmulas dos tribunais.⁴⁰

O órgão do Poder Legislativo considerou que o grande número de processos ajuizados na Justiça do Trabalho decorre da interpretação realizada pelos seus órgãos que amplia os direitos dos trabalhadores e, mesmo com o empregador cumprindo toda a legislação ainda poderia ser condenado, concluindo que a Justiça do Trabalho “cria” direitos não previstos em atos normativos aprovados pelo Poder Legislativo, o que justificaria a limitação constante no art. 8º.

De maneira semelhante se manifestou a Comissão do Senado Federal que utilizou o combate ao ativismo judicial como fundamento da nova redação do art. 8º da CLT no seguinte

⁴⁰ intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.” Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452compilado.htm. Acesso em: 03 nov. 2022.

⁴⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei n.º 6.787, de 2016, do Poder Executivo.** Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências. Presidente: Deputado DANIEL VILELA. Relator: Deputado ROGÉRIO MARINHO. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra?codteor=1544961. Acesso em: 31 ago. 2022.

sentido: “um primeiro grupo de medidas da reforma trabalhista em relação ao ativismo judicial está na redação dada ao art. 8º da CLT, que deveria ser senso comum”.⁴¹

O Ministro do Tribunal Superior do Trabalho Aloysio Corrêa da Veiga manifestou sua preocupação com referida alteração e seu “aceno” a um processo de extinção da Justiça do Trabalho:

Impedir a interpretação é calar a boca. É retroceder ao jusnaturalismo, porque Direito Natural não se interpreta. É ignorar Miguel Reale na sua Teoria Tridimensional do Direito – fato, valor e norma. É romper com o valor moral. Seria reprimir o célebre pronunciamento judicial, contado pelo Eminentíssimo Ministro Edgard Costa, na obra intitulada “Os Grandes Julgamentos do Supremo Tribunal Federal”, em especial quando trata do julgamento do suposto crime de hermenêutica [...]. Não há lugar para acenar com a extinção de um ramo do Poder, notável na atuação, por crime de hermenêutica. Ameaçar extinguir a Justiça do Trabalho é consagrar a falta de conhecimento de um ramo do direito de sublime importância.⁴²

De todo modo, o debate quanto aos limites interpretativos dos órgãos do Poder Judiciário não se limita à Justiça do Trabalho podendo ser invocada a alteração realizada pela Lei n. 13.655/2018 na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, com destaque ao art. 20, que vedou a decisão com fundamento apenas em valores abstratos além da necessidade de exame das consequências da decisão previstos no art. 21.

Entretanto, a alteração na CLT se mostrou mais drástica e reveladora quanto à própria concepção que o Congresso Nacional tem quanto à hermenêutica aplicada pela Justiça do Trabalho, tendo em vista a aprovação do novo texto.

Neste aspecto, também merece destaque a nova redação atribuída ao art. 702 da CLT que traz requisitos para elaboração de súmulas e orientações jurisprudenciais.⁴³

⁴¹ BRASIL. Senado Federal. **Parecer da Comissão de Assuntos Econômicos sobre o Projeto de Lei da Câmara n. 38/2017**, fl. 55. Relator: Senador RICARDO FERRAÇO. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5302372&ts=1635963640864&disposition=inline>, fl. 55. Acesso em: 05 out. 2022.

⁴² VEIGA, Aloysio Corrêa da. Uma retórica maçante e desagradável. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 83, n. 4, p. 30, out./dez. 2017.

⁴³ BRASIL. **Decreto-lei n.º 5.452, de 1.º maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. “Art. 702 - Ao Tribunal Pleno compete: I - em única instância: [...] f) estabelecer ou alterar súmulas e outros enunciados de jurisprudência uniforme, pelo voto de pelo menos dois terços de seus membros, caso a mesma matéria já tenha sido decidida de forma idêntica por unanimidade em, no mínimo, dois terços das turmas em pelo menos dez sessões diferentes em cada uma delas, podendo, ainda, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de sua publicação no Diário Oficial; [...] § 3º As sessões de julgamento sobre estabelecimento ou alteração de súmulas e outros enunciados de jurisprudência deverão ser públicas, divulgadas com, no mínimo, trinta dias de antecedência, e deverão possibilitar a sustentação oral pelo Procurador-Geral do Trabalho, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, pelo Advogado-Geral da União e por confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional. § 4º O estabelecimento ou a alteração de súmulas e outros enunciados de jurisprudência pelos Tribunais Regionais do Trabalho deverão observar o disposto na alínea f do inciso I e no § 3º deste artigo, com rol equivalente de

Em primeiro lugar, os inúmeros requisitos se mostram praticamente intransponíveis de modo que desde a entrada em vigor dos dispositivos nenhuma outra súmula ou orientação jurisprudencial foi aprovada no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho até o presente momento.

Em segundo lugar, nos demais tribunais superiores (Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior Eleitoral e Superior Tribunal Militar) a disciplina quanto às súmulas está regulada no regimento interno, elaborado pelos próprios tribunais conforme previsão do art. 926, § 1º do Código de Processo Civil.⁴⁴

Este tratamento diferenciado foi objeto de indagação realizado pelo Ministro do STF Enrique Ricardo Lewandowski Relator da ADI 6188-DF (ainda não julgada definitivamente) na qual se discute a constitucionalidade do art. 702 da CLT:

Uma questão que salta à vista na análise da questão posta nesta ação direta, causando a maior estranheza, é a seguinte: por que somente aos Tribunais Regionais do Trabalho e ao Tribunal Superior do Trabalho é que foram impostas balizas milimétricas para respectiva atividade de uniformização jurisprudencial?⁴⁵

O Ministro do Tribunal Superior do Trabalho José Roberto Freire Pimenta identificou a intenção de restrição da atividade de uniformização de jurisprudência realizada pela Justiça do Trabalho e realizou comparação com o sistema de precedentes obrigatórios previsto no Código de Processo Civil:

É exatamente dentro desse contexto que deve ser entendido e analisado o novo art. 702, I, f, e seus §§ 3º e 4º, da CLT, também editado pela reforma trabalhista, que teve a mesma finalidade de restringir a atividade de uniformização de jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho. Isto, porém, entrou em contradição frontal com o Código de Processo Civil de 2015, que veio justamente reforçar esta importantíssima faceta da sua função jurisdicional, ao adotar o sistema de precedentes obrigatórios e, simultaneamente, o denominado microssistema de litigiosidade repetitiva, destinado ao julgamento dos incidentes de resolução

⁴⁴ legitimados para sustentação oral, observada a abrangência de sua circunscrição judiciária.” Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452compilado.htm. Acesso em: 03 nov. 2022.

⁴⁴ BRASIL. **Decreto-lei n.º 5.452, de 1.º maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. [...]” Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452compilado.htm. Acesso em: 03 nov. 2022.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 6188/DF.** Relator: Ministro RICARDO LEWANDOWSKI. Julgamento virtual: 18 jun. 2021 a 25 jun. 2021. Data de publicação: DJe n.º 55, 22 mar. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/julgamento-adi-quorum-aprovacao-sumula.pdf>. Acesso em: 02 set. 2022.

de demandas repetitivas, de julgamento de recursos repetitivos e de assunção de competência. Assim, infelizmente, refletiu a mesma concepção ultrapassada quanto ao papel e aos limites no exercício da função jurisdicional nos dias atuais, causando graves dúvidas quanto à sua constitucionalidade e à sua conveniência, como será examinado a seguir.⁴⁶

A Comissão Permanente de Jurisprudência e Precedentes Normativos do Tribunal Superior do Trabalho em parecer elaborado pelo Ministro Walmir da Costa Leite considerou que, essencialmente, por três razões, há excesso do legislador, em contraposição aos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade. São elas: 1) revela-se excessivamente elevado o quórum de dois terços dos membros do Tribunal Pleno o qual somente é exigido para a edição de Súmula Vinculante, 2) desconsideram-se os demais órgãos judicantes do Tribunal Superior do Trabalho, 3) estabeleceram-se prazo mínimo de trinta dias entre a divulgação e a realização de sessões e a obrigação de que o Tribunal franqueie a palavra a um rol extenso de entidades.⁴⁷

Homero Batista Mateus da Silva observa ainda que o texto aprovado contrariou a estrutura interna do Tribunal Superior do Trabalho no qual existem as seções especializadas (Subseções Especializadas em Dissídios Individuais 1 e 2 e Subseção Especializada em Dissídios Coletivos), ocorrendo contrassenso neste particular porque as decisões das turmas, utilizadas com suporte para as súmulas pelo art. 702, podem ter sido revistas pelo órgão de hierarquia superior, que é a Subseção Especializada em Dissídios Individuais 1 do TST em julgamento de recurso de embargos.⁴⁸

Colaciona-se exposição de motivos do relatório da Comissão da Câmara dos Deputados que deixa evidente a intenção de restringir a atuação da Justiça do Trabalho:

As mudanças sugeridas em relação ao art. 702 baseiam-se no já mencionado ativismo judicial frequentemente praticado pelos tribunais trabalhistas. São inúmeras as decisões contidas em enunciados de jurisprudência do TST que interpretam além do que prevê a lei, ou até mesmo contra a lei, em muitos casos, das quais podemos suscitar como exemplos o pagamento integral do intervalo intrajornada gozado apenas parcialmente (Súmula nº 437), a já citada ultratividade das normas coletivas (Súmula nº 277), a estabilidade provisória de empregada gestante em contrato de trabalho por tempo determinado (Súmula nº 244), pagamento em dobro das férias fracionadas irregularmente

⁴⁶ PIMENTA, José Roberto Freire. A reforma trabalhista da Lei 13.467/2017 e as limitações, pelo novo art. 702, I, f e seus parágrafos 3º e 4º, da CLT, à uniformização de jurisprudência e à edição ou revisão de precedentes pelos Tribunais Trabalhistas. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo. v. 84, n. 03, p. 38-39, jul./set. 2018.

⁴⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Tribunal Pleno. **Arguição de Inconstitucionalidade: ArgInc 696-25.2012.5.05.0463**. Relator: Ministro AMAURY RODRIGUES PINTO JÚNIOR. Data de julgamento: 16 maio 2022. Data de publicação: 17 jun. 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tst/1547020775>. Acesso em: 03 nov. 2022.

⁴⁸ SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à Reforma Trabalhista. Análise da Lei 13.467/2017. Artigo por artigo**. 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 151.

e cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade (Precedentes do TST), entre tantos outros. Assim, com a redação dada ao art. 702 da CLT, pretendemos limitar as interpretações ampliativas, e em alguns casos criativas, por parte do TST. As sugestões pretendem implementar requisitos mínimos para a edição de súmulas e outros enunciados de jurisprudência, tomando por base procedimentos já previstos no Código de Processo Civil e para o STF. [...] Essa é mais uma medida que visa a garantir maior segurança jurídica nas relações de trabalho, pois reduzirão as incertezas dos empregadores quanto a possíveis interpretações indevidas das normas trabalhistas.⁴⁹

Novamente o órgão legislativo invoca como fundamento o ativismo judicial que seria praticado pelos órgãos da Justiça do Trabalho, bem como cita súmulas nas quais foram estabelecidos direitos e obrigações sem a devida previsão normativa no caso do ato normativo elaborado pelo Poder Legislativo.

Homero Batista Mateus da Silva realiza análise contextualizada dos impactos e finalidades da alteração do art. 702 da CLT:

Uma das tóricas da reforma trabalhista foi enquadrar o TST, cujas súmulas devem ter causado muito desconforto para alguns setores da sociedade. Ao longo desse livro, citamos numerosos entendimentos da instância máxima da Justiça do Trabalho que foram contrariados ou suavizados pelo legislador, em inequívoco esforço de esvaziar o acervo conceitual elaborado ao longo de décadas. [...] Ao mesmo tempo em que as súmulas recebem o dardo envenenado disparado pelo legislador, o art. 702 é reescrito para tentar fechar o cerco e inibir a formação de novos entendimentos sumulados. Por extensão, também foram enquadrados os TRTs. Se nós lembarmos que os recursos de revista praticamente desaparecem no oceano da transcendência (nova redação ao art. 896-A), não está errada a afirmação de que a edição de súmulas no TST está com os dias contados. Será isso realmente desejável?⁵⁰

Relevante a transcrição acima, pois aborda também o esvaziamento do Recurso de Revista no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho diante do critério da transcendência incluído pela Medida Provisória nº 2.226, de 4 de setembro de 2001.

A reforma trabalhista regulou a transcendência para admissibilidade do Recurso de Revista (art. 896-A, §§ 1º ao 6º), recurso equivalente ao Recurso Especial na esfera da Justiça Comum.

⁴⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei n.º 6.787, de 2016, do Poder Executivo.** Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências. Presidente: Deputado DANIEL VILELA. Relator: Deputado ROGÉRIO MARINHO. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra?codteor=1544961. Acesso em: 31 ago. 2022.

⁵⁰ SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à Reforma Trabalhista. Análise da Lei 13.467/2017. Artigo por artigo.** 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 151.

Tal situação acaba também por restringir a atuação da Justiça do Trabalho no tocante à uniformização de jurisprudência no âmbito dos recursos repetitivos (art. 896-C da CLT), pois para serem aceitos dependem da configuração da transcendência do Recurso de Revista. A título de ilustração, no presente momento apenas 18 (dezoito) temas estão sendo apreciados a título de recursos repetitivos no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho com julgamento realizado em apenas dois destes temas, ao passo que o Superior Tribunal de Justiça já apreciou aproximadamente 1.145 (mil cento e quarenta e cinco temas de recursos repetitivos).⁵¹

Estas expressas manifestações demonstram a concepção que o Poder Legislativo tem a respeito da Justiça do Trabalho e seu alegado ativismo judicial, bem como considera que não estaria atendendo uma de suas principais finalidades que seria a de proporcionar segurança jurídica à sociedade. Em certa medida refletem ainda a concepção do Poder Executivo, porquanto o Projeto de Lei da reforma trabalhista teve iniciativa do chefe do Poder Executivo na época e grande parte das proposições tiveram origem em estudos desenvolvidos no âmbito deste Poder da República.

1.2.2 A relação da Justiça do Trabalho com o Supremo Tribunal Federal

A dissonância entre os julgados do Tribunal Superior do Trabalho e do Supremo Tribunal Federal vem se intensificando nas últimas décadas a ponto de Felipe Bernardes afirmar que não seria despropositada a afirmação de que a reforma trabalhista teria sido iniciada no Supremo Tribunal Federal, ocorrendo inclusive uma remodelação do Direito do Trabalho pelo Supremo Tribunal Federal.⁵²

São inúmeros os posicionamentos sedimentados no âmbito da Justiça do Trabalho que foram modificados pelo Supremo Tribunal Federal de modo que serão destacadas manifestações expressas nas quais a hermenêutica aplicada foi criticada, bem como hipóteses nas quais o Supremo Tribunal Federal restringiu a competência desta justiça especializada.

Já houve expressa manifestação do Supremo Tribunal Federal quanto ao fato de órgãos da Justiça do Trabalho deixarem de aplicar determinado dispositivo legal sem ao menos declarar sua constitucionalidade. Foi essa a fundamentação do Supremo Tribunal Federal no julgado em que considerou o art. 71, § 1º da Lei nº 8.666/93 constitucional:

⁵¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. NUGEPNAC da Presidência. **Temas de Recursos Repetitivos com Mérito Julgado (Temas aplicáveis no TJSP)**, p. 1-148. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=140938>. Acesso em: 02 set. 2022.

⁵² BERNARDES, Filipe. **O Direito do Trabalho no Supremo Tribunal Federal**. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 79.

O acórdão impugnado, ao aplicar ao presente caso a interpretação consagrada pelo Tribunal Superior do Trabalho no item IV do Enunciado 331, esvaziou a força normativa do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993. 7. Ocorrência de negativa implícita de vigência ao art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, sem que o Plenário do Tribunal Superior do Trabalho tivesse declarado formalmente a sua constitucionalidade".⁵³ (grifo nosso).

Em 30 de agosto de 2018, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324/DF para, nos termos do voto do Ministro Relator Luís Roberto Barroso, afirmar a licitude da terceirização da atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. Tem-se no julgado expressa manifestação quanto à insegurança jurídica ocasionada pelo posicionamento adotado pela Justiça do Trabalho:

1. A Constituição não impõe a adoção de um modelo de produção específico, não impede o desenvolvimento de estratégias empresariais flexíveis, tampouco veda a terceirização. Todavia, a jurisprudência trabalhista sobre o tema tem sido oscilante e não estabelece critérios e condições claras e objetivas, que permitam sua adoção com segurança. O direito do trabalho e o sistema sindical precisam se adequar às transformações no mercado de trabalho e na sociedade. 2. A terceirização das atividades-meio ou das atividades-fim de uma empresa tem amparo nos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, que asseguram aos agentes econômicos a liberdade de formular estratégias negociais indutoras de maior eficiência econômica e competitividade [...].⁵⁴ (grifo nosso).

Em outro julgado a respeito da licitude de terceirização de serviços houve manifesta ponderação a respeito da interpretação realizada pela Justiça do Trabalho com base em recursos retóricos e cláusulas constitucionais genéricas:

O escrutínio rigoroso das premissas empíricas assumidas pela Corte de origem revela insubstinentes as afirmações de fraude e precarização, não sendo suficiente para embasar a medida restritiva o recurso meramente retórico a interpretações de cláusulas constitucionais genéricas, motivo pelo qual deve ser afastada a proibição, em homenagem às liberdades fundamentais consagradas na Carta Magna (art. 1º, IV, art. 5º, II, e art. 170). [...] 23. As

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Agravio Regimental em Reclamação – Ag. Reg. na Reclamação 8.150 São Paulo.** Relator originário: Ministro Eros Grau. Redatora para o acórdão: Ministra Ellen Gracie. Data de julgamento: 24 nov. 2010. Data de publicação: DJe, 3 mar. 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=619962>. Acesso em: 03 nov. 2022.

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 324/DF– Terceirização de atividade-fim e de atividade-meio. Constitucionalidade.** Relator: Ministro ROBERTO BARROSO. Data de julgamento: 30 ago. 2018. Data de publicação: DJe, 06 set. 2019. Disponível em: <https://www.trt6.jus.br/portal/jurisprudencia/temas-e-precedentes/20039>. Acesso em: 03 nov. 2022.

contratações de serviços por interposta pessoa são hígidas, na forma determinada pelo negócio jurídico entre as partes [...] inclusive quanto às obrigações e formalidades exigidas das empresas tomadoras e prestadoras de serviço.⁵⁵ (grifo nosso).

Nos debates constantes nos autos do RE 828040, no qual foi apreciada a possibilidade de fixação de responsabilidade objetiva do empregador em caso de acidente do trabalho, o Ministro Luís Roberto Barroso afirmou: “Só que não queremos dar um cheque em branco para uma interpretação para a Justiça do Trabalho, que, muitas vezes, é exacerbada”.⁵⁶

A transcrição acima se mostra paradoxal no presente trabalho que demonstrará a relevância dos estudos hermenêuticos desenvolvida por Luís Roberto Barroso no âmbito da Justiça do Trabalho tendo em vista sua atuação como professor nos cursos de formação inicial dos magistrados do trabalho.

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes em diversas oportunidades manifestou seu descontentamento quanto aos posicionamentos adotados pela Justiça do Trabalho a ponto de afirmar no 3º Encontro Nacional sobre Precedentes Qualificados, organizado pelo STF que:

No Supremo Tribunal Federal, vivemos às vezes uma disputa quase que psicodélica, diria eu, com a Justiça do Trabalho. Tomamos determinadas decisões e, no momento seguinte, vem decisão do TST ou de TRT dizendo que não foi essa a decisão que o Supremo tomou.⁵⁷

Em voto liminar proferido pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes nos autos da ADPF 323⁵⁸ houve comparação da interpretação aplicada pela Justiça do Trabalho com a jurisprudencial sentimental adotada pelo Juiz Magnaud mencionado por Carlos Maximiliano em sua clássica obra “Hermenêutica e Aplicação do direito”:

Deduzir-se o pretendido pela Justiça Trabalhista poderia configurar verdadeira fraude hermenêutica, destinada apenas a extrair-se – de onde não há – interpretação que a auxilie a fundamentar o que deseja. Trata-se de autêntica jurisprudência sentimental, seguida em moldes semelhantes à

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Recurso Extraordinário: RE 958252/MG**. Relator: Ministro LUIZ FUX. Data de julgamento: 30 ago. 2018. Data de julgamento: DJe, 13 set. 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/768163352>. Acesso em: 03 nov. 2022.

⁵⁶ BERNARDES, Filipe. **O Direito do Trabalho no Supremo Tribunal Federal**. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 81.

⁵⁷ VITAL, Danilo. STF vive disputa psicodélica de decisões com a Justiça do Trabalho, diz Gilmar. **Revista Consultor Jurídico**, 22 set. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-22/stf-vive-disputa-psicodelica-justica-trabalho-gilmar>. Acesso em: 02 set. 2022.

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 323 MC/DF**. Relator: Ministro GILMAR FERREIRA MENDES. Data da publicação: DJe, 14 out. 2016. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310538275&ext=.pdf>. Acesso em: 13 maio 2022.

adotada pelo bom juiz Magnaud. Magistrado do Tribunal de primeira instância de Château-Thierry, na França, no qual atuou de 1889 a 1904, passou a ser conhecido como o bom juiz por amparar mulheres e menores, por atacar privilégios, por proteger plebeus, ao interpretar a lei de acordo com classe, mentalidade religiosa ou política das partes. Em suas decisões, o bom juiz Magnaud “não jogava com a Hermenêutica, em que nem falava sequer. Tomava atitudes de tribuno; usava de linguagem de orador ou panfletário; empregava apenas argumentos humanos sociais, e concluía do alto, dando razão a este ou àquele sem se preocupar com os textos.”⁵⁹

É possível identificar consequências práticas dos posicionamentos acima mostrando-se relevante as restrições à competência material da Justiça do Trabalho mediante decisões do Supremo Tribunal Federal nos autos dos processos em que se discutiram temas como: regularidade da atividade de representante comercial autônomo (RE 606003); complementação de aposentadoria (RE 1265549); discussões pré-contratuais atinentes a empregados públicos (RE 960429); dissídios de greves de empregados da administração direta, autárquica e fundacional (RE 846854); contratação temporária pela administração pública (Reclamação Constitucional nº 4872); execução no caso de falência ou recuperação judicial (RE 583955) e no caso do trabalho artístico infanto-juvenil (ADI 5326). Em todos estes julgados foi afastada a competência da Justiça do Trabalho.

Estima-se de acordo com levantamento realizado pela Data Lawyer Insights que em decorrência de tais decisões os processos retirados da competência da Justiça do Trabalho têm impacto de R\$ 5.000.000,00 (cinco bilhões de reais).⁶⁰

Merece destaque o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 48 na qual a Lei nº 11.442/2007, que dispõe sobre o transporte rodoviário de cargas por conta de terceiros, foi considerada constitucional.

O maior impacto ocorreu no âmbito de reclamação constitucional referente ao julgado acima, na qual o Supremo Tribunal Federal decidiu que a Justiça do Trabalho seria incompetente para julgar as ações nas quais se pleiteia a declaração de fraude na contratação do trabalhador autônomo e consequente reconhecimento de vínculo empregatício,⁶¹ ou seja, não

⁵⁹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 68.

⁶⁰ SALIBA, Ana Luisa. Decisões do STF tiram da seara trabalhista processos de R\$ 5 bilhões, aponta estudo. **Revista Consultor Jurídico**, 19 jun. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-19/decisoes-stf-tiram-seara-trabalhista-processos-bilhoes>. Acesso em: 02 set. 2022.

⁶¹ “As relações envolvendo a incidência da Lei 11.442/2007 possuem natureza jurídica comercial, motivo pelo qual devem ser analisadas pela justiça comum, e não pela justiça do trabalho, ainda que em discussão alegação de fraude à legislação trabalhista, consubstanciada no teor dos arts. 2º e 3º da CLT. 3. Agravo Interno provido.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Agravo Regimental na Reclamação: RCL 43544 AGR/MG**. Relatora: Ministra ROSA WEBER. Data de julgamento: 17 fev. 2021. Data de publicação: DJe, 3 mar. 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1174919506/inteiro-teor-1174919515>. Acesso em: 03 nov. 2022.

será a Justiça do Trabalho que decidirá se o trabalhador presta serviços na condição de empregado, pois o Supremo Tribunal Federal considerou que a Justiça Comum seria competente para identificar eventual fraude.

Tal posicionamento poderá levar inúmeras outras discussões sobre vínculo empregatício para a Justiça Comum como, por exemplo, no caso de trabalhadores que prestam serviços por intermédio de aplicativos.

Diante dos apontamentos acima restam definidos os pressupostos quanto à crise pela qual passa a Justiça do Trabalho, sendo que no presente trabalho considera-se que tal crise reside na própria concepção de aceitação das decisões da Justiça do Trabalho, ou seja, seria uma crise de legitimidade perante a sociedade considerando que o Congresso Nacional e até o Supremo Tribunal Federal são órgãos de poder mais suscetíveis aos anseios da sociedade brasileira.

De todo modo restou evidente que a crítica realizada pelo Congresso Nacional e pelo Supremo Tribunal Federal reside na interpretação aplicada pela Justiça do Trabalho e não na eficiência de sua prestação jurisdicional e nem nos custos de sua manutenção.

Mediante os apontamentos acima, o presente estudo será direcionado na interpretação realizada pela Justiça do Trabalho. Considerando a relevância dos julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal, será realizado corte epistemológico na interpretação constitucional por ela adotada. Ademais, grande parte dos direitos trabalhistas estão previstos expressamente no texto constitucional de modo que, em elevado percentual das causas submetidas à jurisdição trabalhista, é realizada a interpretação constitucional por seus órgãos.

1.3 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL ADOTADA PELA JUSTIÇA DO TRABALHO

1.3.1 Identificação da teoria de interpretação constitucional adotada na Justiça do Trabalho

Com o intuito de identificar a adoção de teoria de interpretação constitucional no âmbito Tribunal Superior do Trabalho, foi realizada pesquisa empírica nos acórdãos proferidos pelas Turmas, pelas Subseções de Dissídio Individual 1 e 2, pela Subseção de Dissídios Coletivos, pelo Tribunal Pleno e pelo Órgão Especial.

De acordo com a metodologia de pesquisa proposta por Lee Epstein e Gary King⁶² a pergunta de pesquisa empírica elaborada foi: “é possível identificar algum método hermenêutico aplicado predominantemente no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho?”

A partir deste questionamento desenvolveu-se pesquisa quantitativa de decisões no banco de dados de jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.⁶³ Optou-se por este corte de pesquisa tendo em vista que suas decisões foram questionadas no âmbito do Poder Legislativo e reformadas pelo Supremo Tribunal Federal, conforme a premissa de crise de legitimidade definida nos itens anteriores.

O argumento de pesquisa utilizado foi “interpretação constitucional” utilizado com as aspas, de forma restritiva, buscando apenas o termo de forma completa.

Restringiu-se a pesquisa somente aos acórdãos por se tratarem de decisões com maior desenvolvimento argumentativo.

O critério temporal adotado levou em consideração três parâmetros. Inicialmente a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45/2004 que ampliou a competência da Justiça do Trabalho com a possibilidade de julgar direitos da personalidade do trabalhador abrangidos pelo art. 5º da Constituição Federal, bem como ocorreu aumento do número de ministros do tribunal de 17 (dezessete) para 27 (vinte e sete).

Em segundo lugar foi levada em consideração a composição dos ministros da corte. Neste aspecto tem relevância o período de realização das denominadas “Semanas do TST” ocorridas nos anos de 2011 e 2012 que consolidam entendimento de uma geração de ministros do C.TST, conforme declarado pelo Ministro José Roberto Freire Pimenta:

Como se sabe, estes dois eventos, frutos da histórica e louvável iniciativa do então Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, Ministro João Oreste Dalazen, nasceram da constatação de que parte importante dos verbetes de sua jurisprudência uniforme (súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos) já não refletiam, naquelas datas, o pensamento majoritário dessa Corte Superior.⁶⁴

Esta foi a mesma percepção demonstrada pelo Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho:

⁶² EPSTEIN, Lee; KING, Gary. **Pesquisa empírica em direito [livro eletrônico]: as regras de inferência**. São Paulo: Direito GV, 2013, p. 71.

⁶³ Acessível no site: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>.

⁶⁴ PIMENTA, José Roberto Freire. A reforma trabalhista da Lei 13.467/2017 e as limitações, pelo novo art. 702, I, f e seus parágrafos 3º e 4º, da CLT, à uniformização de jurisprudência e à edição ou revisão de precedentes pelos Tribunais Trabalhistas. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo. v. 84, n. 03, p. 19-58, jul./set. 2018.

O que se verificou, no caso das Semanas do TST, foi que, em face da nova composição do TST, decidiu-se promover uma revisão da jurisprudência. Ou seja, os novos ministros que ingressaram na Corte buscaram não apenas influir na formação da jurisprudência a partir de seu ingresso, mas também rediscutir jurisprudência já pacificada, para conformá-la à nova maioria formada no Tribunal.⁶⁵

Conclui-se deste modo que em certa medida as “Semanas do TST” ocorridas em 2011 e 2012 marcaram uma geração de ministros, com determinado posicionamento no tocante à interpretação constitucional, nomeados principalmente a partir do aumento do número de Ministros do Tribunal Superior do Trabalho por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004.

Por fim, foi utilizado como critério a entrada em vigor da “reforma trabalhista”, ou seja, a medida legislativa que pode ser considerada como uma reação às interpretações realizadas pelo Tribunal Superior do Trabalho, pois tivera claro objetivo de restringir tal atividade interpretativa.

A partir de tais argumentos buscou-se identificar se haveria alguma expressa menção à técnica hermenêutica adotada nos julgamentos ou a algum autor específico e a resposta foi positiva, com ampla citação da doutrina de Luís Roberto Barroso principalmente no período existente entre o ano da realização das “Semanas do TST” em 01/01/2011 e a entrada em vigor da Reforma Trabalhista.

Em busca realizada no site de jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, mediante a inserção do argumento de busca “interpretação constitucional” obteve-se o retorno de 2975 (dois mil novecentos e setenta e cinco) julgados. Dentre estes obteve-se o retorno de 470 (quatrocentos e setenta) julgados com referência expressa ao artigo de Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos denominado “A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro”, ou à sua obra “A nova interpretação constitucional”, ou seja, em 15,79% das decisões nas quais foi utilizado expressamente o termo “interpretação constitucional” ocorreu menção à obra de Luís Roberto Barroso. Acrescente-se ainda aqueles julgados nos quais constam referências aos julgados realizados pelo Ministro Barroso que não foram considerados.

No tocante ao período compreendido entre 01 de janeiro de 2005, (início da vigência da Emenda Constitucional nº 45/2004 que ampliou a competência da Justiça do Trabalho) e 31 de dezembro de 2010, ou seja, antes da ocorrência das denominadas “Semanas do TST”, foi

⁶⁵ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Confronto entre TST e STF: uma análise psicológica do direito (Disputes between the TST and STF: a psychological analysis of law). **Revista de direito do trabalho e segurança social**, São Paulo, v. 47, n. 215, p. 29, jan./fev. 2021.

utilizado o mesmo argumento de busca, qual seja “interpretação constitucional” com o retorno de 715 julgados. Quanto às obras de Luís Roberto Barroso houve menção expressa em apenas dois acórdãos.

Relevante mencionar que em pesquisa no mesmo site e com os mesmos argumentos, com modificação da data inicial para 11 de novembro de 2017 (início da vigência da reforma trabalhista) até a data de 20 de dezembro de 2021 foram encontrados 3306 (três mil trezentos e seis) acórdãos, porém em apenas 19 (dezenove) acórdãos tiveram referências ao texto de Barroso.

Na tabela abaixo são resumidos os números referentes ao argumento “interpretação constitucional” com a demonstração clara da ampla adoção da teoria de Luís Roberto Barroso no âmbito do C.TST:

Data de Início	Data de Término	Total de Acórdãos	Referências a Barroso
01/01/2005	31/12/2010	715	2
01/12/2011	10/11/2017	2.975	470
11/11/2017	20/12/2021	3.306	19

É possível verificar que após a publicação da “Reforma Trabalhista” a citação à obra de Barroso diminuiu drasticamente.

Demonstrando ainda a relevância da obra de Barroso neste período (início de 2011 até a entrada em vigor da Reforma Trabalho em 10 de outubro de 2017), foi aplicado o argumento “interpretação constitucional” em conjunto com o nome de autores amplamente citados no âmbito da hermenêutica constitucional.

Quanto a Lênio Luiz Streck obteve-se o retorno de 5 (cinco) julgados, quanto a Ingo Wolfgang Sarlet o retorno foi de 14 (quatorze) julgados e de Virgílio Afonso da Silva ocorreu o retorno de 8 (oito) julgados.

Deste modo, mostra-se relevante a análise da teoria de interpretação constitucional desenvolvida por Luís Roberto Barroso, todavia foi identificado outro aspecto relevante na relação deste autor com a Justiça do Trabalho que será aprofundado no item seguinte.

1.3.2 As ideias têm consequências e o impacto das escolas judiciais na interpretação e aplicação da lei pelos magistrados

O Ministro Luís Roberto Barroso, além de ser amplamente citado em julgados proferidos pelos órgãos do Tribunal Superior do Trabalho quando se invoca a “interpretação

constitucional”, também tem importante papel na formação intelectual e profissional dos juízes do trabalho. Neste item será examinada a relevância desta formação inicial e a relação desta com o modo de decidir dos magistrados.

Para demonstrar tal relevância existe importante pesquisa empírica desenvolvida por Elliot Ash, Daniel L. Chen e Suresh Naidu publicada no ano de 2019, consubstanciada no trabalho “Ideas Have Consequences: The Impact of Law and Economics on American Justice”⁶⁶, que demonstra a clara relação entre o que ensinado aos magistrados e como eles passam a julgar.

O estudo teve por objetivo oferecer uma análise quantitativa dos efeitos do movimento “Law and Economics” (algumas vezes traduzido para o português como “Análise Econômica do Direito”, mas nem sempre há coincidência conforme se verifica em esclarecimento realizado pelo Ministro Luís Roberto Barroso⁶⁷, motivo pelo qual será excepcionalmente utilizada a terminologia em inglês) sobre o modo de decidir dos juízes norte-americanos, ou seja, os efeitos da influência ideológica sobre as decisões judiciais proferidas.

Incialmente foi afirmado que existe ampla literatura econômica a respeito dos efeitos da exposição dos indivíduos à informação e às ideologias voltadas à política eleitoral e opinião pública, porém ressaltam o pouco material referente a este tipo de influência sobre os formuladores de políticas públicas ou agentes de poder como no caso dos magistrados.

Quanto ao método de pesquisa houve foco na formação de magistrados federais no âmbito da instituição “Manne Economics Institute for Federal Judges”, que realizou treinamento de 40% (quarenta por cento) dos juízes federais norte-americanos entre 1976 e 1999. Em referido treinamento foi identificada intensiva carga de disciplinas de caráter econômico e os impactos das decisões judiciais nestes aspectos em consonância com a teoria do “law and economics” com ênfase no critério do custo-benefício e da prevenção.

Os autores destacaram ainda o caráter conservador do curso com referência expressa ao fundador da instituição Henry Manne, que nas palavras dos pesquisadores seria um “influente conservador no início do movimento *law and economics*”⁶⁸.

⁶⁶ ASH, Elliott; CHEN, Daniel L.; NAIDU, Suresh. **Ideas Have Consequences: The Impact of Law and Economics on American Justice – Volume 4**, p. 9. ETH Zurich: Center for Law & Economics, mar. 2019. Disponível em: <https://www.research-collection.ethz.ch/handle/20.500.11850/376884>. Acesso em: 28 mar. 2022.

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 5766/DF**. Relator: Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO. Data de julgamento: 20 out. 2021. Data da publicação: DJe, 03 maio 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15350971179&ext=.pdf>. Acesso em: 13 maio 2022.

⁶⁸ ASH; CHEN; NAIDU, *op. cit.*, p. 9.

A pesquisa identificou quais juízes participaram do treinamento acima citado e foi realizada análise de suas decisões ao longo dos anos, e também analisaram decisões de juízes que não participaram do curso para se ter um outro grupo como base de comparação.

Nos estudos realizados foram levados em consideração diversos outros dados como o partido político do Presidente dos Estados Unidos da América que indicou o juiz (considerando que estes juízes federais são todos indicados pelo Presidente), o nível de escolaridade e as experiências profissionais anteriores, de modo que ainda assim foi possível identificar a grande influência do curso ministrado no exercício da função jurisdicional pelos juízes.

Inicialmente foi examinada a linguagem aplicada pelos magistrados sendo identificado léxico com terminologias típicas da teoria da “análise econômica do direito”. Posteriormente foram analisadas demandas judiciais nas quais é possível verificar inclinações de índole mais liberal ou conservadora o que inclui demandas contra agências reguladoras, legislação trabalhista e antitruste bem como processos criminais.

Importante salientar que o governo dos Estados Unidos da América mantém base de dados de decisões judiciais desde 1891 por meio da qual a pesquisa em análise foi realizada.

Mediante pesquisa empírica de trezentos e oitenta mil sentenças proferidas, os autores concluíram que juízes federais após receberem treinamento sobre matérias econômicas, com ênfase na visão da “Law and Economics” do direito entre 1976 e 1999, passaram a utilizar mais termos econômicos em seus julgamentos bem como proferiram sentenças de caráter mais conservador em questões econômicas, porém julgaram predominantemente de forma contrária às agências do governo e adotaram posições mais flexíveis diante de infração à legislação antitruste e, por fim, aplicaram sentenças condenatórias mais severas nas hipóteses criminais.

De acordo com os dados coletados, os autores entendem que está confirmado o argumento de que as ideias têm consequências e afirmam:

Juízes treinados no âmbito do *law and economics* mudam significativamente os resultados legais nos tribunais dos EUA. Eles usam a análise econômica em suas opiniões escritas, dão votos e veredictos conservadores, governam contra a regulamentação, são mais permissivos em antitruste e aplicam sentenças criminais mais duras. Quando as ideias passam da economia para o direito, há importantes consequências políticas.⁶⁹

⁶⁹ ASH, Elliott; CHEN, Daniel L.; NAIDU, Suresh. **Ideas Have Consequences: The Impact of Law and Economics on American Justice – Volume 4**, p. 43. ETH Zurich: Center for Law & Economics, mar. 2019. Disponível em: <https://www.research-collection.ethz.ch/handle/20.500.11850/376884>. Acesso em: 28 mar. 2022.

Sob essa perspectiva, a conclusão seria convergente com a obtida em várias outras frentes de pesquisas, como é o caso da economia comportamental e experimental que inclusive são destacadas em estudos desenvolvidos pelo Ministro Luiz Fux.⁷⁰

Aliás a disciplina “Economia Comportamental” foi inserida nos concursos para a magistratura por meio da Resolução nº 423 de 05 de outubro de 2021, que alterou a Resolução nº 75/2009 do CNJ por iniciativa do Ministro Luiz Fux, presidente do STF e do CNJ à época.

Os dados da pesquisa demonstram a relevância da formação dos magistrados e como esta causa impacto no exercício da função jurisdicional.

No Brasil o tema da formação dos juízes foi trazido ao texto constitucional pela Emenda nº 7, de 13 de abril de 1977, que previu, no art. 144, inciso I, que o ingresso na magistratura de carreira dar-se-ia mediante concurso público de provas e títulos, realizado pelos Tribunais de Segundo Grau, com a participação do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, podendo a lei exigir dos candidatos prova de habilitação em curso de preparação para a magistratura.

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça Sálvio de Figueiredo Teixeira em 2001 afirmava a necessidade de um novo tipo de formação para os magistrados em decorrência do desenvolvimento da sociedade como já apreciado em itens acima. Em suas palavras: “Se se deseja um novo Judiciário, impõe-se plasmar o modelo de juiz de que a sociedade contemporânea necessita, com maiores poderes, mais responsabilidades e maior preparo”.⁷¹

As escolas nacionais de formação e aperfeiçoamento de magistrados passaram a ser constitucionalmente previstas a partir de 2004 com a Emenda Constitucional nº 45.

No âmbito da Justiça do Trabalho a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT) foi instituída pelo Tribunal Superior do Trabalho como órgão autônomo, por meio da Resolução Administrativa nº 1.140 do Tribunal Pleno, de 1º de junho de 2006.

A ENAMAT foi a primeira escola do país destinada a regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira de juízes no Brasil, instituída em um Tribunal Superior e dentre estes cursos tem por atribuição instituir o curso de formação inicial de âmbito nacional a ser ministrado em Brasília, seguindo o modelo consagrado pelas Escolas Nacionais de Magistratura no mundo, como a francesa, a espanhola e a portuguesa.

⁷⁰ FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo civil e análise econômica**. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 41.

⁷¹ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. As escolas judiciais no mundo contemporâneo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 38, n. 149, p. 9, jan./mar. 2001.

Diante da relevância quantitativa da menção ao Ministro Luís Roberto Barroso em acórdãos do C.TST, aprofundou-se nas pesquisas sua relação com a Justiça do Trabalho sendo identificado que foi professor do curso de “Hermenêutica Constitucional dos Direitos Sociais” no Curso de Formação Inicial dos magistrados trabalhistas. Referido curso é ministrado aos magistrados ingressantes na carreira, via de regra em período anterior ao pleno exercício da atividade jurisdicional destes.

O primeiro Curso de Formação inicial foi aplicado pela ENAMAT em 2006 e até o ano de 2021 ocorreram 27 (vinte e sete) edições. O Ministro Luís Roberto atuou como professor na 4^a, 5^a, 6^a, 7^a e 8^a edições.⁷² Ministrou a aula magna inaugural na 13^a, 22^a e 26^a edições, ou seja, atuou pessoalmente em 8 (oito) edições.

Outro elemento que fortalece a relevância do papel do Ministro Luís Roberto Barroso no método hermenêutico aplicado no âmbito da Justiça do Trabalho é o fato de que na 9^a (2010), 10^a (2011), 11^a (2012); 12^a (2012); 14^a, (2013), 15^a (2013); 16^a (2014); 17^a (2014); 18^a (2015); 19^a (2015) sua obra “A nova interpretação constitucional” foi expressamente adotada como marco teórico na bibliografia recomendada, o que inclusive foi afirmado pelo Ministro José Roberto Freire Pimenta que o sucedeu no Curso de Hermenêutica Constitucional fazendo expressa menção ao pós-positivismo na 15^a edição do Curso de Formação Inicial.⁷³

Deste modo, é possível identificar o método hermenêutico constitucional ensinado e recomendado aos magistrados iniciantes na carreira de juiz do trabalho, consistente no denominado “neoconstitucionalismo” que seria a aplicação da corrente filosófica do pós positivismo.

Jorge Otávio de Lavocat Galvão também identifica relação entre a difusão de ideias e adoção da teoria hermenêutica do neoconstitucionalismo pelos órgãos do Poder Judiciário em seus julgamentos:

Essas menções explícitas ao Neoconstitucionalismo por parte de integrantes da Suprema Corte podem ser consideradas uma consequência da ampla divulgação e da adesão desse movimento acadêmico no Brasil. De fato, juristas de destaque como Luís Roberto Barroso (2007), Ingo Wolfgang Sarlet (2009), Antônio Cavalcanti Maia (2009), Daniel Sarmento (2009), Diogo de

⁷² BRASIL. Escola Nacional de Formação de Magistrados. **Calendário. Eventos Realizados. CFI.** Disponível em: http://www.enamat.jus.br/?page_id=903. Acesso em: 06 out 2022.

⁷³ PIMENTA, José Roberto Freire. **Hermenêutica Constitucional e Jurisdição em Direitos Fundamentais Sociais – 15º Curso de Formação Inicial da Escola Nacional e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT), de 28 outubro a 29 de novembro de 2013** (Parte 1/3 – 29:22) – por volta de 11 minutos o Exmo. Ministro José Roberto Freire Pimenta comenta o desenvolvimento do curso com a participação de Barroso e em 20 minutos e 40 segundos faz nova referência à sua teoria ligada ao pós-positivismo. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=0HQ3KZge5Ps&t=334s>. Acesso em: 13 maio 2022.

Figueiredo Moreira Neto (2009) e Lênio Luiz Streck (2009) aderiram explicitamente a essa corrente, o que tem contribuído para a difusão do tema.⁷⁴

Assim, com fundamento nas conclusões de Elliot Ash, Daniel L. Chen e Suresh Naidu é possível inferir que a teoria de hermenêutica constitucional tem grande influência no exercício da função jurisdicional pelos órgãos da Justiça do Trabalho.

Pode-se levantar a objeção no sentido de que os juízes que passaram pelo Curso de Formação Inicial fornecido pela ENAMAT desde 2006 não são os Ministros do C.TST que proferiram as decisões utilizadas como referência da expressiva amostragem quantitativa da adoção de referida teoria no item anterior. Todavia, são os Ministros do TST que ocupam os cargos de direção na ENAMAT e em última análise definem quem serão os professores.

Aliás, o Ministro Barroso ministrava o curso em conjunto com o Ministro do C. TST José Roberto Freire Pimenta que, conforme já mencionado, continuou a adotar suas teses como marco teórico. Pode-se concluir desta maneira sobre a existência de uma comunhão acadêmica entre a teoria de Barroso e aquela adotada no âmbito do C.TST. Em resumo é possível identificar alinhamento intelectual entre o Ministro Barroso e os membros do C.TST, o que reflete em sua escolha como professor dos cursos bem como na expressa menção de sua teoria nos julgados.

Deste modo, diante da relevância quantitativa da citação de Luís Roberto Barroso no âmbito de decisões dos órgãos do C.TST, sua atuação como professor em várias edições do Curso de Formação Inicial de Magistrados fornecido pela ENAMAT, e a utilização de sua obra como principal marco teórico da disciplina de hermenêutica ministrada aos juízes do trabalho iniciantes na carreira, é possível identificar a teoria de interpretação adotada no âmbito da Justiça do Trabalho qual seja o neoconstitucionalismo nos moldes propostos por Luís Roberto Barroso.

Acrescente-se ainda o fato de que o autor elaborou clara teoria a respeito do neoconstitucionalismo e a nova interpretação constitucional sendo utilizado como principal objeto de contestação por constitucionalistas da importância de Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁷⁵ e Elival da Silva Ramos.⁷⁶

⁷⁴ GALVÃO, Jorge Otávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito**. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book, p. 32.

⁷⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 250, p. 151–167, 1º jan. 2009.

⁷⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 489.

No item seguinte será analisada as bases teóricas e filosóficas de referida teoria com destaque às concepções de Barroso.

1.4 NEOCONSTITUCIONALISMO E A TEORIA DE LUÍS ROBERTO BARROSO

Considera-se que o termo neoconstitucionalismo foi utilizado pela primeira vez em 1998 por Susanna Pozollo, no artigo “Neoconstitucionalismo y Especificidad de la Interpretación Constitucional”⁷⁷, com o objetivo de designar uma corrente de pensamento no âmbito da filosofia do direito que adota um modelo axiológico de Constituição, compreendida por princípios que precisam ser moralmente interpretados para ganhar vida. A jurista italiana cita Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky e Carlos Santigado Nino como os precursores deste modo de pensar o direito.

No Brasil, o primeiro uso da expressão deu-se em 2004 no volume n. 2 da Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, cujo tema era “(Neo) constitucionalismo: ontem, os códigos, hoje, as constituições”⁷⁸, com artigos de diversos autores como Lênio Luiz Streck, Ingo Wolfgang Sarlet, Flávia Piovesan, dentre outros.

A relevância do neoconstitucionalismo no debate sobre a hermenêutica jurídica atual é justificada por José Carlos Francisco em face do fortalecimento do papel jurídico e institucional das Constituições, da afirmação da força normativa de princípios fundamentais na ampliação de sistemas de mecanismos de proteção direitos humanos e o crescimento do papel do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade e na garantia de prerrogativas inerentes ao ser humano e à vida sociedade.⁷⁹

Segundo Susanna Pozzolo, os neoconstitucionalistas defendem a concepção de que a presença de princípios enseja uma interpretação moral da Constituição por parte dos juízes, permitindo a estes modelar as relações sociais entre os cidadãos de modo a adequá-las aos requisitos substanciais da justiça.⁸⁰

⁷⁷ POZOLLO, Suzana. Neoconstitucionalismo y Especificidad de la Interpretación Constitutional. **UA Revistes Científiques**, v. 2, n. 21, p. 339-352, 1998. Disponível em: <https://doxa.ua.es/article/view/1998-v2-n21-neoconstitucionalismo-y-especificidad-de-la-interpretacion-constitucional>. Acesso em: 11 jun. 2022.

⁷⁸ GALVÃO, Jorge Otávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito**. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book, p. 35.

⁷⁹ FRANCISCO, José Carlos. (Neo) Constitucionalismo na pós-modernidade: princípios fundamentais e justiça no caso concreto. In: FRANCISO, José Carlos (coord.). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional. Do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 48.

⁸⁰ POZOLLO, op. cit., p. 347.

A partir desta constatação é possível afirmar que a singularidade do neoconstitucionalismo reside na especial ênfase dada à possibilidade de modificar a sociedade por meio do Poder Judiciário.⁸¹

O termo “neonacionalismo” vem sendo expressamente adotado no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Nas palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux:

O Supremo Tribunal Federal impôs-me inaugurar uma nova forma de pensar o direito, porquanto a Carta Constitucional, mercê de abranger regras, contém inúmeros princípios, exigindo, na mais das vezes, a denominada técnica de ponderação de valores, notadamente nas causas em que a ausência de regras explícitas alarga o campo interpretativo e criativo da função judicial. Esse é um fenômeno mais recente, coincidente, temporalmente com o surgimento de um Neoconstitucionalismo cuja denominação também não é unívoca.⁸²

Em voto proferido pelo Ministro Celso de Mello na análise da constitucionalidade das uniões homoafetivas houve expressa menção ao termo:

A força normativa de que se acham impregnados os princípios constitucionais e a intervenção decisiva representada pelo fortalecimento da jurisdição constitucional exprimem aspectos de alto relevo que delineiam alguns dos elementos que compõem o marco doutrinário que confere suporte teórico ao Neoconstitucionalismo, em ordem a permitir, numa perspectiva de implementação concretizadora, a plena realização, em sua dimensão global, do próprio texto normativo da Constituição.⁸³

Com fundamento em pesquisas empíricas realizadas por Luiz Werneck Vianna, José Carlos Francisco afirma ser possível identificar a adoção de referidos preceitos neoconstitucionalistas por magistrados brasileiros, tendo em vista que os dados colhidos em meados da década de 1990 revelaram que 83% dos magistrados brasileiros acreditam que o Poder Judiciário não é neutro e que em suas decisões o juiz deve interpretar a lei no sentido de aproxima-las dos processos sociais substantivos e assim influir na mudança social. Além disso, constata que 73,7% dos magistrados entrevistados “concordam inteiramente” ou “concordam

⁸¹ GALVÃO, Jorge Otávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito.** São Paulo: Saraiva, 2017. E-book, p. 35.

⁸² FUX, Luiz. **Jurisdição Constitucional: Democracia e Direitos Fundamentais.** Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 34.

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário: Ag. Reg. RE 477544/MG.** Relator: Ministro CELSO DE MELLO. Data de julgamento: 16 ago 2011. Data da publicação: DJe, 26 ago. 2011, p. 307.

muito” com a opinião de que o juiz não pode ser um mero aplicador da lei, pois tem de ser sensível aos problemas sociais.⁸⁴

Apesar do grande número de acadêmicos assumidamente neoconstitucionalistas, conforme já esclarecido para os fins propostos de investigação da hermenêutica constitucional no âmbito trabalhista, será realizado um corte epistemológico nos estudos desenvolvidos por Luís Roberto Barroso que se graduou em Direito em 1980 na Universidade Estadual do Rio de Janeiro.

Barroso afirma que inicialmente se apaixonou pelo Direito Constitucional, mas não foi correspondido tendo em vista que logo no início de sua graduação, o então Presidente da República General Ernesto Geisel fechou o Congresso Nacional por intermédio do Ato Institucional nº 05/1968.

A questão política sempre esteve presente na trajetória de Luís Roberto Barroso afirmindo que desenvolveu ativa militância estudantil participando do Centro Acadêmico Luiz Carpenter – Livre.

Iniciou sua carreira acadêmica em 1982, porém, em decorrência de questões administrativas, foi direcionado à área do Direito Internacional retornando ao Direito Constitucional em 1987. Afirma que antes de se tornar professor já era um militante do Direito Constitucional⁸⁵ e considera relevante o trunfo deste ramo do Direito no debate atual que passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração.

Considera que sua obra “Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo” é a celebração do trunfo do Direito Constitucional.

Referida obra trata de uma consolidação de estudos de Barroso, e o próprio título já demonstra a busca de um novo modelo de Direito Constitucional reunindo principalmente artigos e livros desenvolvidos durante sua carreira, como aquele utilizado para parâmetro das pesquisas empíricas no Tribunal Superior do Trabalho, trazendo as conclusões de seu trabalho desenvolvido para a obtenção do título de livre docência na Universidade Estadual do Rio de Janeiro e lançando o livro “O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas”.

⁸⁴ FRANCISCO, José Carlos. (Neo) Constitucionalismo na pós-modernidade: princípios fundamentais e justiça no caso concreto. In: FRANCISO, José Carlos (coord.). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional. Do passivismo ao ativismo judicial.** Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 49.

⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 10.^a ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022, p. 25.

Conforme Sepúlveda Pertence, referida obra em conjunto com o livro “Interpretação e Aplicação da Constituição – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora” demonstram uma “obsessão fértil” de Barroso com a efetividade da norma constitucional.⁸⁶

Os escritos de Barroso revelam erudição e clareza de raciocínio que justificam sua utilização como marco teórico com a expressa afirmação dos posicionamentos filosóficos e ideológicos que fundamentam sua teoria.

Quanto à filosofia constitucional adotada realiza a distinção entre proceduralistas e substancialistas. De acordo com Barroso, os proceduralistas não concebem o papel do intérprete constitucional como o de um aplicador de princípios de justiça, mas como um fiscal do funcionamento adequado do processo político deliberativo, preconizam que estejam fora da Constituição os temas mais controvertidos do ponto de vista moral, econômico ou político. A decisão acerca de cada um deles deve ser tomada pelas maiorias políticas que se formam a cada tempo.

Em contrapartida os substancialistas consideram que no ambiente da democracia deliberativa a Constituição deve conter – e juízes e tribunais devem implementar – direitos fundamentais, princípios e fins públicos que realizem os grandes valores de uma sociedade democrática: justiça, liberdade e igualdade admitindo o controle de resultado das deliberações das políticas que supostamente os contraventam estes valores.

Luís Roberto Barroso afirma que adota o posicionamento substancialista⁸⁷ que também seria a concepção adotada na Constituição Federal de 1988. Em decorrência de tal posicionamento, no plano da interpretação e da jurisdição constitucional, considera que cabe ao intérprete promover os avanços sociais que, por motivos diversos, ficaram represados no processo político majoritário.

Desta forma, Barroso expressamente valoriza a postura da Suprema Corte americana no caso *Brown vs. Board of Education* de 1954, no qual foi encerrada a segregação racial nas escolas públicas bem como do Supremo Tribunal Federal ao acolher pedidos como nos casos de equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis e também ao autorizar a interrupção da gestação de fetos inviáveis, ao proibir o nepotismo nos três Poderes, ao assegurar a alteração do prenome e do gênero no registro civil de pessoas transgêneras e ao conferir tratamento penal

⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. XIII.

⁸⁷ BARROSO Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10.ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022, p. 187-189.

à homofobia e à transfobia. Em todos esses casos, na opinião de Barroso, o Supremo Tribunal Federal agiu diante da inércia do legislador ordinário.

Ainda no tocante à filosofia constitucional adotada, com inspiração em John Rawls e Ronald Dworkin, Barroso considera-se um liberal igualitário, sendo este um dos principais marcos teóricos de sua obra.

Em decorrência desta adoção, no plano político considera o papel central da liberdade com a valorização da autonomia individual, a autodeterminação das pessoas e sua capacidade de fazer escolhas existenciais e morais, todavia, em contraste com o liberalismo clássico, atribui maior ênfase à ideia de igualdade.

No plano econômico-social, o modelo liberal igualitário de Luís Roberto Barroso endossa a livre-iniciativa e a economia de mercado, mas não considera toda e qualquer liberdade econômica fundamental e protegida. A intervenção do Estado se justifica quando necessária para propiciar uma distribuição igualitária de recursos e de oportunidades, porém reconhece o direito básico a um mínimo social ou mínimo existencial reconhecendo a necessidade do Estado em manter algumas prestações essenciais.

Por fim, no plano institucional, o liberalismo igualitário reconhece o que se denomina “pluralismo” considerando que não existe um único ideal de vida boa. Deste modo, o Estado deve ser neutro em relação às variadas opções razoáveis em matéria econômica, religiosa ou ética, entre outras. O papel do Estado não é o de fazer escolhas pelos indivíduos, mas o de assegurar um ambiente de segurança e de respeito mútuo no qual cada um possa viver as suas crenças e as suas opções. Nesse sentido, o liberalismo igualitário opõe-se ao paternalismo, ao utilitarismo e ao comunitarismo.

E ainda no tocante ao exercício da jurisdição constitucional, defende uma ativa e vigorosa atuação do Judiciário e das supremas cortes na defesa dos direitos fundamentais, não apenas como forma de protegê-los contra as minorias, mas também para o avanço do processo social.⁸⁸

Em sua obra busca construir um novo modelo que considera como o novo direito constitucional, que é considerado no presente trabalho como o “neoconstitucionalismo segundo Luís Roberto Barroso”. Em suas palavras:

O novo direito constitucional brasileiro, cujo desenvolvimento coincide com o processo de redemocratização e reconstitucionalização do país, foi fruto de duas mudanças de paradigma: a) a busca da efetividade das normas

⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 10.^a ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022, p. 189.

constitucionais, fundada na premissa da força normativa da Constituição; b) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional, baseada em novos métodos hermenêuticos e na sistematização de princípios específicos de interpretação constitucional.⁸⁹

Conforme transcrição acima, na concepção de Barroso existem duas características fundamentais no “neoconstitucionalismo” ou “novo direito constitucional brasileiro”: a força normativa da Constituição e uma interpretação constitucional fundamentada na sistematização de princípios constitucionais específicos.

Percebe-se uma relação de dependência entre os dois aspectos, sendo a hermenêutica constitucional devidamente sistematizada um instrumento de efetividade das normas constitucionais, gerando influências recíprocas entre si na medida que o intérprete em sua pré-compreensão deverá levar em consideração que a norma constitucional tem plena eficácia e, posteriormente na interpretação, deverá aplicar materialmente referida concepção.

Aprofundando ainda mais na teoria neoconstitucional de Barroso é possível verificar que, além da força normativa da Constituição e da interpretação principiológica, a “teoria crítica do direito” é uma das bases teóricas do “Novo Direito Constitucional Brasileiro” que, em suas palavras, “enfatiza o caráter ideológico do Direito, equiparando-o à política, um discurso de legitimação do poder”.⁹⁰

Para fundamentar sua teoria do “novo Direito Constitucional” Barroso⁹¹ sistematiza três marcos fundamentais que levaram à mudança de paradigma do Direito Constitucional, o marco histórico, o marco filosófico e o marco teórico:

a) Marco histórico

O autor realiza uma distinção entre o continente europeu e o Brasil destacando inicialmente o constitucionalismo europeu do período pós Segunda Guerra Mundial com menção à Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã) e a instalação do Tribunal Constitucional Federal em 1951.

Faz menção ainda à Itália, Portugal e Espanha, considerando a ocorrência de uma ascensão científica do Direito Constitucional em países de tradição romano-germânica.

No Brasil destaca a redemocratização da década de 80 e todo o processo de discussão, elaboração e promulgação da Constituição Federal de 1988, bem como o fato de que: “Sob a

⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 15, p. 47, 2001.

⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10.^a ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022, p. 417.

⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 4, 2005.

Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração”.⁹²

É possível sintetizar as conclusões de Barroso no sentido de que, tanto no continente europeu quanto no Brasil, as principais características desta nova dogmática constitucional são a adoção de textos constitucionais axiológicos, em geral com normas de baixa densidade normativa e a criação de tribunais constitucionais com inspiração principal no modelo austríaco.

b) Marco filosófico

Barroso considera o pós-positivismo como marco filosófico do “neoconstitucionalismo” consubstanciado na confluência das duas grandes correntes do pensamento jurídico ocidental, o jusnaturalismo e o juspositivismo. Nas palavras de Barroso:

O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição entre valores, princípios e regras, aspectos da nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais.⁹³

Além disso, de maneira complementar a concepção de ideário difuso do pós-positivismo acrescenta a relevância da teoria crítica do direito:

O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem algumas ideias de justiça além da lei e de igualdade material mínima, advindas da teoria crítica, ao lado da teoria dos direitos fundamentais e da redefinição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica.⁹⁴

Abaixo estão identificadas as consequências enunciadas por Barroso diante da adoção do pós-positivismo:

- i) O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto;
- ii) procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas;
- iii) A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais;

⁹² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 4, 2005.

⁹³ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 15, p. 31, 2001.

⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10.^a ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022, p. 435.

iv) a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras;

v) a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica;

vi) a formação de uma nova hermenêutica constitucional;

vii) e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana;

viii) Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.

Os itens “iv”, “v” e “viii” podem ser considerados como consequência do enunciado no item “vi”, ou seja, a formação de uma nova hermenêutica constitucional.

Especificamente quanto ao “item iv”, que trata da normatização dos princípios, é possível mencionar que doutrina e jurisprudência da área trabalhista também atribuem grande relevância a estes e tal fato se relaciona ao aparecimento ainda recente do Direito do Trabalho em comparação com o Direito Civil, que já tem um sistema sedimentado há séculos consolidado principalmente pelo Código Civil de Napoleão.

Américo Plá Rodriguez identifica que: “o Direito do Trabalho necessita apoiar-se em princípios que supram a estrutura conceitual, assentada em séculos de vigência e experiência de outros ramos do direito”.⁹⁵

Neste ponto resta evidente que, na realidade, o marco filosófico do pós-positivismo teve como consequência o desenvolvimento de uma nova hermenêutica constitucional de modo que seu principal fundamento acaba sendo as concepções da teoria crítica do direito que seria a resposta para os extremos do positivismo e do jusnaturalismo.

Luís Roberto Barroso atribui relevância à teoria crítica do direito dedicando diversos itens de sua obra ao tema e também à teoria do direito alternativo que serão apreciadas oportunamente, o que também foi identificado por Sepúlveda Pertence conforme abaixo transscrito:

É verdade também que não receou em enfrentar preconceitos e resgatar, da superficialidade da réplica que sói opor-lhe a crítica reacionária, os aspectos positivos da “teoria crítica do direito” e do movimento do “direito alternativo”.⁹⁶

Barroso, entretanto, alerta que busca uma teoria menos radical que a teoria crítica do direito, comparando esta em conjunto com o movimento do realismo jurídico e do formalismo

⁹⁵ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3.^a ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 26.

⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. XV.

jurídico e a relação destes com a política, fator que tem grande relevância no “novo direito constitucional” proposto por Barroso, o que traz impactos na atuação do Poder Judiciário, conforme pode ser verificado abaixo:

Entre o ceticismo do realismo jurídico e da teoria crítica, que equiparam o Direito ao voluntarismo e à política, e a visão idealizada do formalismo jurídico, com sua crença na existência de um muro divisório entre ambos, o presente estudo demonstrará o que já se afigurava intuitivo: no mundo real, não vigora nem a equiparação nem a separação plena. Na concretização das normas jurídicas, sobretudo as normas constitucionais, Direito e política convivem e se influenciam reciprocamente, numa interação que tem complexidades, sutilezas e variações. Em múltiplas hipóteses, não poderá o intérprete se fundar em elementos de pura razão e objetividade, como é a ambição do Direito. Nem por isso, recairá na discricionariedade e na subjetividade, presentes nas decisões políticas. Entre os dois extremos, existe um espaço em que a vontade é exercida dentro de parâmetros de razoabilidade e de legitimidade, que podem ser controlados pela comunidade jurídica e pela sociedade. Vale dizer: o que se quer é balizado pelo que se pode e pelo que se deve fazer.⁹⁷

Em suma de acordo com Barroso, o papel político do magistrado enunciado pela teoria crítica do direito deverá ser limitado para razoabilidade, o que implicará na valorização da argumentação jurídica por sua teoria da nova interpretação constitucional. Conclui-se que o marco filosófico do neoconstitucionalismo seria a própria teoria crítica do direito acompanhada de argumentos relacionados à constituição.

c) Marco teórico

Barroso elenca três grandes transformações que em sua opinião subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional:

- i) reconhecimento de força normativa à Constituição;
- ii) expansão da jurisdição constitucional;
- iii) o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional.

Novamente merece destaque o fato de que o principal aspecto do “neoconstitucionalismo” é aquele identificado na interpretação constitucional, fragmento da teoria do autor que aplica os aspectos anteriores e objeto principal deste estudo.

⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 10.^a ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022, p. 839-841.

1.5 A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL SEGUNDO LUÍS ROBERTO BARROSO

De acordo com Barroso os elementos do “neoconstitucionalismo” levam à valorização e à ampliação do papel dos juízes tendo como consequência o denominado ativismo judicial. Em suas palavras:

O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, bypassar o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso.⁹⁸

Este aspecto é inerente à influência da teoria crítica do direito em suas concepções.

De todo o modo, considera que a teoria crítica já passou da fase da desconstrução do Direito e já se associou à boa doutrina para dar ao Direito uma dimensão transformadora e emancipatória, mas sem desprezo às potencialidades da legalidade democrática.⁹⁹

Sua visão transformadora almeja alterar aspectos da realidade que considera como vicissitudes crônicas da vida nacional que seriam a ideologia da desigualdade e a corrupção institucional.¹⁰⁰ Revela que considera o juiz como um dos principais agentes desta mudança:

O juiz não pode ignorar o ordenamento jurídico. Mas, com base em princípios constitucionais superiores, poderá paralisar a incidência da norma no caso concreto, ou buscar-lhe novo sentido, sempre que possa motivadamente demonstrar sua incompatibilidade com as exigências da razoabilidade e justiça que estão sempre subjacentes ao ordenamento.¹⁰¹

Esta postura do intérprete na potencialização do sentido e alcance das normas será obtida pelo que Barroso denominou de “nova interpretação constitucional” que tem o seguinte aspecto fundamental:

As cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem

⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista [Syn]Thesis**, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 31, 2012.

⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 344.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 345.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 295

realizados é que é determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido.¹⁰²

É neste aspecto que residem os pontos considerados centrais na influência de Barroso e de suas concepções do “neoconstitucionalismo” na hermenêutica aplicada pela Justiça do Trabalho: a força normativa da constituição, bem como a eficácia normativa atribuída aos princípios como acima salientado, são fundamentados nas concepções da teoria crítica do direito.

No tocante à força normativa da Constituição assevera Barroso que trabalho seminal nessa matéria é o de Konrad Hesse em “La fuerza normativa de la Constitución” ou “Força normativa da Constituição”. Barroso considera que anteriormente (antes do neoconstitucionalismo que despontou no Brasil a partir da década de 80) a norma constitucional não era concebida como norma jurídica ressaltando o autoritarismo e a “insinceridade constitucional”.¹⁰³

Neste aspecto vale transcrição da obra de Celso Antônio Bandeira de Mello que trata da necessidade de eficácia concreta do art. 7º, IV da Constituição Federal de 1988 que trata do salário mínimo:

A conduta devida, quanto implícita e decorrência imediata da textualidade da norma: pagar salário que atenda aos requisitos mencionados [...]. Segue-se que para a operatividade do preceito nada mais é indispensável senão que o empregador efetue tal paga [...]. Nada obstante, se houvesse omissão legal, caberia a qualquer trabalhador a quem fosse pago salário abaixo do indispensável para atendimento das necessidades aludidas ação no Estado para que se cumprisse o dever constitucional. E o quantum devido seria fixado pelo juiz da causa.¹⁰⁴

Na transcrição acima, em que pese a omissão quanto ao termo “neoconstitucionalismo”, identifica-se claramente seus objetivos, ou seja, a aplicação direta da norma constitucional por intermédio do Poder Judiciário, atribuindo ao magistrado o “poder de mudança social”, novamente sendo identificado o cerne do movimento neconstitucionalista e da teoria crítica do direito.

¹⁰² BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, p. 144, 1.º abr. 2003.

¹⁰³ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 5, 2005.

¹⁰⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais**. 1.ª ed., 3.ª tir. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 49-50.

Ainda neste aspecto, quanto à concepção do caráter ideológico do direito defendido pela teoria crítica do direito, Celso Antônio Bandeira de Mello assevera que: “É puramente ideológica – e não científica – a tese de que faz depender de lei a fruição dos poderes ou direitos configurados em termos algo fluídos.”¹⁰⁵

De todo modo, para fundamentar a concepção de força normativa da Constituição, Barroso invoca principalmente a teoria do professor e magistrado alemão Konrad Hesse.

No tocante ao segundo aspecto relacionado à força normativa dos princípios, Barroso o eleva a um dos símbolos do pós-positivismo e consequentemente do neoconstitucionalismo, para o autor: “O reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo.”¹⁰⁶ Ademais, acrescenta que:

A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.¹⁰⁷

Como conclusão da atribuição de normatividade aos princípios teríamos duas espécies de normas jurídicas: as regras e os princípios. Barroso discorre sobre a matéria da seguinte maneira:

Nos últimos anos, todavia, ganhou curso generalizado uma distinção qualitativa ou estrutural entre regra e princípio, que veio a se tornar um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para superação do positivismo legalista, onde as normas se cingiam a regras jurídicas [...]. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo às concepções de Ronald Dworkin e aos desenvolvimentos a ela dados por Robert Alexy. A conjugação das ideias desses dois autores dominou a teoria jurídica e passou a constituir o conhecimento convencional da matéria.¹⁰⁸

Assim é possível identificar que as concepções de Ronald Dworkin e de Robert Alexy estão no cerne do denominado neoconstitucionalismo, principalmente no tocante à distinção entre princípios e regras.

¹⁰⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais**. 1.^a ed., 3.^a tir. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 28.

¹⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 13, 2005.

¹⁰⁷ BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, p. 147, 1.^º abr. 2003.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 148.

Por fim, tratando-se de hermenêutica constitucional, mostra-se relevante a identificação do critério eleito por Barroso para a solução de colisões entre direitos fundamentais, o critério da ponderação e o da razoabilidade, conforme transcrição abaixo:

A jurisprudência produzida a partir da Constituição de 1988 tem progressivamente se servido da teoria dos princípios, da ponderação de valores e da argumentação. A dignidade da pessoa humana começa a ganhar densidade jurídica e a servir de fundamento para decisões judiciais. Ao lado dela, o princípio instrumental da razoabilidade funciona como a justa medida de aplicação de qualquer norma, tanto na ponderação feita entre princípios quanto na dosagem dos efeitos das regras.¹⁰⁹

Ainda quanto à ponderação ligada ao procedimento de argumentação assevera que: “todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade”.¹¹⁰

Deste modo está delineado o caminho a ser percorrido no exame da aplicação da teoria “neoconstitucionalista” de Luís Roberto Barroso na esfera trabalhista, o que abrange a teoria da força normativa da Constituição de acordo com a concepção de Konrad Hesse, a teoria da força normativa dos princípios e a distinção entre regras e princípios de Ronald Dworkin e de Robert Alexy que, por sua vez, está intimamente ligada à teoria da ponderação de interesses e o princípio da proporcionalidade e, por fim, serão examinados aspectos da teoria crítica do direito presentes nas concepções de Barroso.

Assim nos próximos capítulos serão examinadas as teorias de Konrad Hesse, Ronald Dworkin, Robert Alexy e a teoria crítica do direito de modo a identificar suas reais influências na teoria de Luís Roberto Barroso e na interpretação constitucional aplicada pela Justiça do Trabalho.

¹⁰⁹ BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, p. 175, 1º abr. 2003.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 155.

2 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO NA JUSTIÇA DO TRABALHO (KONRAD HESSE)

Considerando a relevância que Luís Roberto Barroso atribui à efetividade das normas constitucionais e sua expressa referência à Konrad Hesse, no presente capítulo sua teoria será analisada de modo contextualizado.

Será possível identificar que a “força normativa da constituição” preconizada por Konrad Hesse está inserida no contexto histórico vivenciado pelo autor, principalmente diante de sua inspiração de professores como Rudolph Smend que criticaram a inefetividade das normas da Constituição de Weimar.

Sua atuação como professor e magistrado propiciou o desenvolvimento de uma teoria da interpretação constitucional concretista definindo princípios de interpretação, dentre os quais está o Princípio da Força Normativa da Constituição.

Em consonância com o objeto do presente estudo será exposta pesquisa empírica quanto à adoção expressa desta teoria em julgados proferidos no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho possibilitando uma análise quantitativa e qualitativa. Além deste aspecto, será apreciada a aplicação da força normativa da constituição no exame da responsabilidade da administração pública na terceirização de serviços com a finalidade de comparar os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal.

2.1 CONTEXTO HISTÓRICO E JURÍDICO DA TEORIA DE KONRAD HESSE

Konrad Hesse nasceu em 1919, na cidade de Kalingrado, região da Alemanha Oriental. Iniciou os estudos de Direito na Universidade de Gottigen, mas em 1939 foi convocado para o exército, tendo participado da Segunda Guerra Mundial.

Encerrou o curso de Direito completando sua habilitação em 1955 em Direito Constitucional, Administrativo e Eclesiástico, tendo como orientador Rudolph Smend. Tornou-se professor catedrático de Direito Público na Universidade de Freiburgo em 1956, onde permaneceu até 1987.

Entre 1961 e 1975 foi magistrado em tempo parcial do Tribunal Administrativo de Baden-Württemberg. A partir de 7 de novembro 1975 assumiu o cargo de juiz do Tribunal Constitucional Federal Alemão, no qual permaneceu até 16 de julho de 1987.

Conforme descrição do Tribunal Federal Constitucional Alemão:

Durante sua atuação como juiz constitucional, o Prof. Hesse participou de um grande número de decisões como relator. Seu departamento incluía, entre outras coisas, liberdade de expressão, liberdade de imprensa e radiodifusão, direito comercial, direito da igreja estadual, direito de reparação. As decisões mais conhecidas incluem a decisão de co-determinação (BVerfGE 50, 297 ff.), Aqueles sobre liberdade de expressão e liberdade de imprensa (incluindo BVerfGE 54, 208, "Böll / -Walden") e a chamada radiodifusão decisões (BVerfGE 57, 295 = "Terceiro." Sentença de transmissão"; BVerfGE 73, 118 = "Quarto julgamento de transmissão").¹¹¹

Para fins de contextualização também se mostra relevante a influência que recebeu dos denominados “gigantes de Weimar”¹¹², influência que Peter Habeler, um de seus mais proeminentes alunos, ressaltou em seu relato biográfico:

Dos "gigantes" de Weimar, ele adorava seu Professor R. Smend, ele respeitava H. Kelsen, ele valorizava particularmente H. Heller (muito antes de seu "renascimento"). A atual glorificação e restauração de um C. Schmitt sempre permaneceu incompreensível para ele; Ele compartilhou sua posição com colegas suíços, que foram francamente pelo Falando de fascinação ou "brilho" do mal.¹¹³

Relevante o contexto histórico e social no qual Hesse desenvolveu suas concepções, pois nascido na Alemanha em 1919, passou sua infância e iniciou seus estudos jurídicos ainda sob a vigência da Constituição de Weimar e teve influência dos “Gigantes de Weimar” (em especial Rudolph Smend e Herman Heller), autores alemães que tiveram intensa participação nas discussões quanto à aplicação da Constituição de Weimar, que previa expressamente os Direitos Sociais em reconhecido período de crise constitucional. Entretanto, com a eclosão da Segunda Guerra Mundial, foi convocado para o exército em 1939, motivo pelo qual somente concluiu seus estudos em 1955 já sob a vigência da Lei Fundamental de Bonn.

¹¹¹ ALEMANHA. Tribunal Federal Constitucional Alemão. **Konrad Hesse wird 80 Jahre**, 27 jan. 1999. Disponível em: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/1999/bvg99-011.html>. Acesso em: 24 abr. 2022.

¹¹² BELAÚNDE, Domingo García. Los gigantes de Weimar. **Revista Ius Et Veritas**, n. 17, p. 310-313, 1998. Disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15814/16246>. Acesso em: 29 abr. 2022.

¹¹³ HÄBERLE, Peter. **Nachrufe Konrad Hesse**. Bayerische Akademie der Wissenschaften (Academia de Ciências da Baviera). Disponível em: <https://badw.de/fileadmin/nachrufe/Hesse%20Konrad.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2022. Em alemão: *Von den Weimarer „Riesen“ verehrte er seinen Lehrer R. Smend, respektierte er H. Kelsen, schätzte er besonders H. Heller (lange vor dessen „Renaissance“). Die derzeitige glorifiziierende Restaurierung eines C. Schmitt war ihm stets unverständlich geblieben; er teilte seine Haltung mit Schweizer Kollegen, die unverblümmt von der Faszination bzw. „Brillanz“ des Bösen sprechen.*

Resta evidente que sua vivência acadêmica e prática receberam inflexões do que ficou pejorativamente denominado de “weimarização do direito”¹¹⁴ diante da ausência de efetividade das normas constitucionais de cunho social constantes na Constituição alemã de 1919.

Importante ainda as reflexões no tocante ao desenvolvimento da doutrina jurídica alemã, considerada na visão de Raoul Charles van Caenegem¹¹⁵ como a principal fonte do Direito Alemão, sobrepondo-se à própria lei em sentido formal como na França e à jurisprudência como na Inglaterra. Segundo o autor, os professores alemães definiram o que é o Direito neste país.

Neste contexto histórico, cabe citar inicialmente a “Escola Histórica do Direito” que tem em Friedrich Carl von Savigny um de seus maiores expoentes e como decorrência destes estudos, ocorreu o desenvolvimento da denominada “Escola Pandectista” de base analítica com grande valorização do aspecto lógico e linguístico do Direito, originando a denominada “jurisprudência dos conceitos” movimento jurídico filosófico do qual fez parte Rudolph von Ihering.

O mesmo Rudolph von Ihering se distanciou de referida concepção e buscou a realidade fática da atuação jurídica, afastando-se de uma concepção puramente analítica. Seus estudos influenciaram uma nova geração com a busca de uma aplicação do direito de caráter teleológico, finalístico, dando origem à “Jurisprudência dos Interesses”, sendo possível identificar inclusive como consequência deste desenvolvimento o surgimento de teorias jurídicas mais próximas da sociologia com destaque à escola do direito livre, com foco empírico atribuindo liberdade quase total ao magistrado na realização dos julgamentos.

Na sequência histórica, é possível identificar a influência kantiana nos estudos jurídicos alemães e do positivismo científico. Neste âmbito encontra-se a doutrina de Hans Kelsen que também se contrapôs à escola histórica do direito, pois refutou a possibilidade de a ciência descobrir direito novo a partir da análise conceitual.¹¹⁶

Concebeu o Direito como ciência na condição de um objeto puro e universal de pesquisa. Entretanto, quanto à prática da decisão judicial, é possível identificar influência da própria “escola do direito livre”¹¹⁷, pois o magistrado realizaria um ato de vontade na interpretação, em que pese a existência da moldura da norma em alguns momentos poderia

¹¹⁴ BOTELHO, Catarina Santos. **Os direitos sociais em tempos de crise – ou revisitando as normas programáticas**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 136.

¹¹⁵ CAENEDEM, Rudolph Carl van. **Judges, Legislators and Professors Chapters in European Legal History**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 86.

¹¹⁶ MIOZZO, Pablo Castro. **Interpretação jurídica e criação judicial do direito: de Savigny a Friedrich Muller**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 204.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 205.

inclusive criar o direito novo por meio da interpretação fora da moldura.¹¹⁸ Este é o aspecto fundamental para o entendimento da teoria de Kelsen, pois realiza a distinção entre ciência e aplicação do direito.

Em uma sequência histórica verifica-se o surgimento da denominada jurisprudência dos valores que se contrapõe à concepção normativa de Hans Kelsen sem deixar de atribuir valor à norma, porém entende que a prática judiciária também deve ser contemplada pelo direito. Neste aspecto se inserem os estudos de Rudolph Smend orientador de Konrad Hesse, bem como a aplicação desta teoria pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão a partir do “Caso Luth”.

São relevantes os debates entre estes dois “gigantes de Weimar” (Hans Kelsen e Rudolph Smend) e a influência que Smend teve nas concepções de Konrad Hesse em especial quanto à concepção valorativa das normas constitucionais e a noção de integração.

Rudolph Smend desde seus estudos iniciais não limitava sua interpretação constitucional à interpretação de textos e à construção de conceitos, mas a trazia o pano de fundo histórico e político do Direito Constitucional para explicar os diferentes significados de disposições constitucionais idênticas.¹¹⁹

É nesta visão concretista com influência valorativa do Direito que se inserem os estudos de Konrad Hesse.

2.2 ANÁLISE CONCRETISTA DO DIREITO DE KONRAD HESSE

No Brasil os ensinamentos de Konrad Hesse foram difundidos por meio da obra do professor português José Joaquim Gomes Canotilho. Demonstrando a relevância da obra do autor afirma Gilmar Mendes que:

Konrad Hesse é um dos maiores teóricos do Direito Constitucional contemporâneo. Sua influência pode ser percebida não só pela importância de suas obras, constantemente citadas pela doutrina e pela jurisprudência, como também pelos inúmeros juristas formados sob sua orientação, dentre os quais se destacam Peter Habeler e Friedrich Muller, dois dos mais importantes constitucionalistas da atualidade.¹²⁰

¹¹⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8.^a ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020, p. 394.

¹¹⁹ KORIOTH, Stefan. Rudolph Smend. Introduction. In: JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard. **Weimar - A Jurisprudence of Crisis**. London: Berkeley Los Angeles, University of California Press, 2000. Disponível em: <http://ark.cdlib.org/ark:/13030/kt209nc4v2/>. Acesso em: 30 abr. 2022.

¹²⁰ HESSE, Konrad. A interpretação constitucional. In: HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. 1.^a ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2009, p. 6.

Paulo Bonavides considera Konrad Hesse como um dos principais constitucionalistas do Estado Social ao lado de Peter Häberle e Friedrich Müller, ambos alunos de Konrad Hesse, ressaltando a relevância de sua metodologia para restaurar o prestígio da hermenêutica jurídica do Direito Constitucional emancipando-a da servidão à metodologia clássica de Savigny.¹²¹

Os estudos de Hesse estão inseridos nestas teses e críticas, aliadas ao contexto histórico e político no qual viveu, sendo nítida a relevância que o autor atribuiu à questão histórica na aplicação do Direito conforme descrito por Gilmar Mendes:

Em “Constituição e Direito Constitucional”, Hesse apresenta a Constituição como ordem jurídica fundamental da comunidade, cuja adequada compreensão exige a adoção de uma perspectiva histórica. Afinal “a constituição somente pode cumprir suas tarefas onde consiga garantir sua continuidade sem prejuízo de transformações históricas.”¹²²

Em que pese o valor que atribui aos fatores históricos Konrad Hesse demonstra também sua oposição em relação aos aspectos da “escola histórica” e da “escola pandectista”, principalmente no tocante à adoção dos critérios hermenêuticos elucidados por Savigny:

O objetivo da interpretação só em termos relativos pode consistir na descoberta de uma vontade, objetiva ou subjetiva preexistente na Constituição. Deixando de lado o que é discutível nos fundamentos desta tese (que afinal, se apoia no dogma da vontade elaborado pela pandectística do século XIX e adotado pela sua contemporânea ciência do Direito Político que, por si só, não é suficiente para uma compreensão da Constituição moderna), desde logo tem-se encoberta a verdadeira situação [...] Tampouco os distintos métodos de interpretação, tomados separadamente, oferecem orientação suficiente [...] Fica por decidir-se qual deva ser aplicado em cada caso ou mereça preferência, sobretudo quando conduzem a resultados diferentes.¹²³

Percebe-se na transcrição acima a oposição de Hesse ao denominado “dogma da vontade” desenvolvido pela “escola pandectista”, segundo o qual existiria “uma vontade oculta” do legislador que deveria ser descoberta, o que afastaria a norma jurídica do contexto no qual seria aplicada. Estes aspectos caracterizarão o método hermenêutico concretista do autor, ou seja, analisar a norma de acordo com o contexto atual e real no qual será aplicada.

¹²¹ BONAVIDES, Paulo. O método concretista da Constituição Aberta. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará**, Fortaleza, v. 25, n. 1, p. 40, jan./jun. 1984.

¹²² HESSE, Konrad. A interpretação constitucional. In: HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. 1.^a ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2009, p. 6.

¹²³ *Ibidem*, p. 189.

Em sua vida acadêmica atribuiu relevância ao estudo da Constituição, seu conceito, sua interpretação e sua aplicação com preocupações respeitando as considerações locais e temporais, realizando ponderações entre o positivismo e a aplicação indiscriminada de valores:

Tanto na jurisprudência como em amplos setores da doutrina, o mesmo positivismo, que permanece acrítico e tão inconscientemente praticado quanto os esforços para superá-lo pelo recurso acrítico a valores, provocou crescente insegurança.¹²⁴

Ainda com relação à adoção das teses de Hesse nos estudos e na prática jurídica brasileira se mostra relevante a observação da Virgílio Afonso da Silva no que tange à sistematização realizada quanto aos princípios de interpretação constitucional:

Os princípios de interpretação constitucional a que a doutrina brasileira, de forma praticamente uniforme, faz referência, são aqueles referidos por Konrad Hesse em seu manual de direito constitucional.¹²⁵

É neste ponto dos estudos de Hesse, ou seja, nos princípios da interpretação constitucional que será a analisada a jurisprudência do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, mais especificamente no tocante ao Princípio da Força Normativa da Constituição. Estes princípios estão designados por Konrad Hesse como instrumentos para o desenvolvimento do método hermenêutico concretizador.

É possível identificar na obra do autor uma sequência lógica argumentativa, em primeiro lugar com a definição da Constituição, sua relevância para o Estado e para o Direito, em segundo lugar, com a delimitação e função do Direito Constitucional e também a concepção dos Direitos Fundamentais e, por fim, buscando aplicar os preceitos anteriores. Hesse elabora uma sistematização buscando uma interpretação e aplicação mais racional do texto constitucional por meio do denominado método hermenêutico concretizador, identificando os mencionados princípios de interpretação constitucional. Sua obra tem condão de aliar a teoria e a prática judicial considerando sua condição de magistrado e acadêmico.

Deste modo se mostra relevante o estudo sistematizado destes temas iniciando pela definição de Constituição; na sequência a análise da função do Direito Constitucional; em seguida a concepção de Direitos Fundamentais; e ao final a técnica de hermenêutica

¹²⁴ HESSE, Konrad. A interpretação constitucional. In: HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. 1.^a ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2009, p. 184.

¹²⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 117.

desenvolvida por Konrad Hesse na qual se insere o Princípio da Força Normativa da Constituição que posteriormente será apreciado no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho.

2.2.1. Definição de Constituição

Em “Constituição e Direito Constitucional”, Hesse enfatiza a necessidade da adoção de uma perspectiva histórica no exame da Constituição, porém ressalta a necessidade de sua adequação à realidade social sobre a qual deve ser aplicada, preocupando-se com sua continuidade. Em suas palavras: “a constituição somente pode cumprir suas tarefas onde consiga garantir sua continuidade sem prejuízo de transformações históricas”.¹²⁶

Hesse defende que a Constituição tem como tarefas fundamentais a formação da unidade política e da ordem jurídica, cumprindo-as por meio dos preceitos da integração, da organização e da direção jurídica.

É necessário a investigação de cada um destes três preceitos. Com relação à integração assevera que:

Onde, partindo de uma pluralidade de vontades, já não é possível formar uma vontade conjunta vinculante, e onde já não se consiga estabelecer e realizar, pela via do entendimento ou das decisões majoritárias, os objetivos políticos, sucumbe o Estado como unidade política de ação. Seu nascimento e existência ficam condicionados ao êxito do processo de integração estatal ... (...) Depende de que esse êxito seja sustentável, de que os cidadãos se façam responsáveis por ele e, se for o caso, o defendam: (...) Essas condições dependem de numerosos fatores extrajurídicos, como a tradição, o nível de consciência política ou os líderes; e, em medida não determinável exatamente, e crescente, porém necessária, também do Direito (...) Nessa medida a Constituição pode considerar-se como ordenamento jurídico do processo de integração estatal.¹²⁷

O trecho acima revela a sofisticação do pensamento jurídico do autor que busca a efetividade constitucional sem deixar de lado a realidade que a cerca, o consenso no âmbito da sociedade e a tradição que acabam propiciando a integração estatal e sem este liame sucumbe o Estado e se torna desnecessária qualquer Constituição.

Ressalte-se a relevância que Konrad Hesse atribui aos fatores extrajurídicos como tradição, nível de consciência política da sociedade e até a responsabilidade dos cidadãos, devendo ser levada em consideração a existência de uma “pluralidade de vontades”, porém

¹²⁶ HESSE, Konrad. Constituição e Direito Constitucional. In: HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. 1.^a ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2009, p. 34.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 18.

sendo vital para a manutenção do Estado como “unidade política de ação” a necessidade de formação de uma “vontade conjunta vinculante”.

Hesse identifica como condicionante da manutenção da existência do Estado como unidade política o *processo de integração* do qual a Constituição é o ordenamento jurídico, ou seja, regulamentará o modo pelo qual a sociedade será integrada e manifestará a “vontade conjunta vinculante”.

No tocante à tarefa de *organização*, Hesse assevera que este tema é intimamente ligado ao anterior (integração) e que o Estado necessita de uma organização clara e delimitada para a execução de suas tarefas com definição de atuações e competências.

Por fim, com relação à tarefa de *direção jurídica*, atribui novamente relevância aos aspectos históricos no tocante ao reconhecimento de valores fundamentais que definiriam o que denomina como “moralmente reto”:

Em sentido amplo, necessita-se do ordenamento jurídico para que toda convivência em comunidade dentro do território do Estado, convivência essa que, sem o ordenamento jurídico, não seria possível. Este não constitui fim em si mesmo, não se trata de ordenar por ordenar; o **importante é o conteúdo dessa ordenação: deve ser moralmente reto** e, portanto, o legítimo. O cânon dessa retidão em tempos atuais, que têm cobrado consciência da historicidade do Direito, não é dedutível de um Direito Natural existente à margem do pensamento e da ação humanos. Igualmente injustificável resulta remeter-se a um positivismo cético, para o qual, sem referência e conteúdo nenhum, Direito é qualquer regulação que tenha sido definida por instâncias competentes. Frente a isso (ao direito natural e direito positivo), a tradição jurídica depurada oferece parâmetros deduzidos da história do Direito. Também no sentido inverso, pode-se chegar ao mesmo resultado.¹²⁸ (grifo nosso).

Conforme acima transrito, Hesse diferenciou seu entendimento de uma visão positivista exclusivista do Direito que tem na formalidade e nas competências o critério principal de validade, tendo em vista que ressaltou a importância do conteúdo da norma para que seja considerada legítima.

Entretanto também evidenciou que pretende ainda se distanciar de uma teoria do Direito Natural existente à margem do pensamento e ação humanos, buscando na “tradição jurídica depurada” os parâmetros para se definir o que seria ou não “moralmente reto” para assim fazer o ordenamento jurídico. Estes pontos demonstram que a teoria de Hesse também se afasta de rupturas drásticas com relação aos valores morais da sociedade.

¹²⁸ HESSE, Konrad. Constituição e Direito Constitucional. In: HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. 1.^a ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2009, p. 21.

Nas considerações acima resta evidente o momento histórico e político no qual Hesse desenvolveu sua teoria, que são mencionadas pelos denominados neo-positivistas, ou seja, uma superação do Direito Positivo sem valores. Todavia, não se identifica exatamente um recurso ao Direito Natural, mas sim a historicidade dos direitos e, a partir deste elemento, será possível identificar os denominados princípios:

Demais disso, e relacionado com o anterior, deduzem-se outros cânones dos princípios jurídicos nascidos da luta e da experiência de muitas gerações e que se confirmaram por elas, principalmente dos direitos humanos e civis, bem como de outros princípios, como o de independência judicial ou do direito de ser ouvido. Cânones são, finalmente, os modelos para configurar o presente e o futuro da geração atual.¹²⁹

Verifica-se que em sua concepção os princípios decorrem da luta e da experiência de muitas gerações, não sendo meras construções genéricas e momentâneas, mas são preceitos experimentados e colocados à prova durante o tempo, o que pode ser relacionado ao raciocínio tópico.

Hesse traz como conclusão das premissas acima que a Constituição seria a ordem jurídica fundamental da comunidade ao regular o Estado e as relações entre os particulares:

Ao cumprir estas tarefas fundamentais de formação de unidade política e de ordem jurídica, a Constituição se converte não só na ordem fundamental do Estado, mas também na da vida estatal dentro do território de um Estado, isto é na ordem jurídica fundamental da comunidade [...] Neste sentido também são ordenados na Constituição os fundamentos de esfera vitais que nada têm a ver, de forma direta, com a formação de uma unidade política e ação estatal, como é o caso dos fundamentos do ordenamento jurídico civil: matrimônio, família, propriedade, herança, fundamento do Direito Penal, princípios de ensino, da liberdade religiosa ou das relações laborais ou sociais.¹³⁰

Na concepção de Hesse, a Constituição “é o plano estrutural básico, orientado por determinados princípios que dão sentido à forma jurídica de uma comunidade”.¹³¹

É possível verificar que em sua visão a Constituição interfere nos principais aspectos da vida em comunidade desde o Direito Penal, mas também aspectos privados como matrimônio, propriedade e a liberdade religiosa. Daí a relevância das concepções tradicionais

¹²⁹ HESSE, Konrad. Constituição e Direito Constitucional. In: HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. 1.^a ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2009, p. 22.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 25.

¹³¹ *Ibidem*, p. 25.

da sociedade, de onde são retirados os princípios jurídicos que propiciaram a integração necessária para manutenção do próprio Estado.

2.2.2. Delimitação e Função do Direito Constitucional

A Constituição é o objeto de estudo do Direito Constitucional, motivo pelo qual este possui peculiaridades essenciais em face dos demais ramos do Direito.

Primeiro com relação ao nível hierárquico de suas normas, segundo com relação à natureza de suas regras (ressaltando que o autor não realiza distinção entre regra e princípio), bem como as condições de sua validade e sua capacidade de impor-se a realidade social. De acordo com Hesse: “a tomada de consciência dessas diferenças é uma condição *sine qua non* para compreender os problemas constitucionais e sua adequada solução”.¹³²

Analizando especificamente a Lei Fundamental de Bonn, Hesse assevera que referida “Constituição não é um sistema fechado e onicompreensivo; não contém codificação, apenas um conjunto de princípios concretos e elementos básicos do ordenamento jurídico da comunidade, para o que oferece uma norma marco. Nesse sentido é um ordenamento aberto”.¹³³

Relevante observar que se trata de uma concepção referente ao texto da “Lei Fundamental de Bonn”, um documento no qual não existe um detalhamento de “Direitos Sociais” como ocorre no Brasil, que possui uma série de normas constitucionais caracterizadas como regras, com ampla densidade normativa, como é o caso do artigo 7º que prevê os direitos dos trabalhadores.

Esta diferenciação se mostra relevante, pois justifica a criação da doutrina alemã de princípios como a “vedação do retrocesso”, que são de complexa adequação às realidades como a brasileira e a portuguesa que possuem direitos sociais expressamente previstos no texto constitucional. O mesmo pode ser identificado com relação ao Princípio da Força Normativa da Constituição desenvolvido por Hesse neste mesmo contexto jurídico e político.

2.2.3. Direitos Fundamentais

Hesse demonstra preocupação com a efetividade e a proteção dos direitos fundamentais bem como quanto à realização da Constituição e atribuiu relevância ao procedimento para tomada de decisões:

¹³² HESSE, Konrad. Constituição e Direito Constitucional. In: HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. 1.^a ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2009, p. 25.

¹³³ *Ibidem*, p. 26.

Amiúde, tende-se a subestimar as normas de procedimento; no entanto, quando são adequadas à sua função contribuem na adoção da decisão correta sobre questões em litígio. Além disso, estabelecem uma determinada fórmula para as tomadas de decisões, excluindo com isso lutas desordenadas pelo poder.¹³⁴

3.2.4. Interpretação do Direito Constitucional

A partir das considerações acima a interpretação constitucional passa a ter relevância no pensamento de Hesse para quem a “interpretação constitucional, no sentido estrito que aqui nos interessa, faz-se necessária e se põe como problema toda vez que temos que resolver uma questão constitucional que a Constituição não nos permite responder de modo conclusivo.”¹³⁵

Hesse também considera que, para o Direito Constitucional, a importância da interpretação é fundamental porque, pelo caráter amplo e aberto da Constituição, os problemas de interpretação surgem com maior frequência do que nos outros setores do ordenamento em que as normas são detalhadas.

Alerta que embora na Alemanha exista uma Corte Constitucional que seja competente para fixar esse conteúdo com eficácia vinculante, nem por isso ela está acima da Constituição, a qual deve sua existência. Por isso, é fundamental para o cumprimento do objetivo do Tribunal, assim como para o processo constitucional como um todo, o modo como se resolva o problema de interpretação constitucional.

No tocante à interpretação Hesse novamente enfatiza a importância dos procedimentos:

O objetivo da interpretação é chegar ao resultado constitucionalmente “correto” através de um procedimento racional e controlável, fundamentando esse resultado de modo igualmente racional e controlável, e criando, dessa forma, certeza e previsibilidade jurídicas, ao invés de acaso, de simples decisão por decisão.¹³⁶

Ou seja, é necessário um procedimento “racional e controlável” possibilitando a previsibilidade, evitando subjetivismos e obscuridades na interpretação.

E diante de sua vivência prática e acadêmica chega à seguinte conclusão crítica a respeito do tema:

¹³⁴ HESSE, Konrad. Constituição e Direito Constitucional. In: HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. 1.^a ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2009, p. 29.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 184.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 186.

Pois bem, hoje em dia, esse objetivo acha-se menos alcançado do que nunca. Tanto na jurisprudência como em amplos setores da doutrina, o mesmo positivismo, que permanece acrítico e tão in-consequenteamente praticado quanto os esforços para superá-lo pelo recurso acrítico a valores, provocou crescente insegurança.¹³⁷

Como já observado, Hesse desenvolveu crítica quanto à insuficiência dos métodos hermenêuticos desenvolvidos por Savigny, principalmente pela concepção de busca da vontade do legislador, decorrente da relevância atribuída ao valor histórico de referido método. Hesse entende não ser possível a identificação de tal vontade principalmente diante do texto da Constituição e considera que:

[...] no pressuposto de que Constituição não possui qualquer critério inequívoco – o que equivale a dizer o mesmo em relação a todos os pressupostos de interpretação constitucional -, nem ela nem o constituinte decidiram nada, limitando-se a proporcionar uma série mais ou menos numerosa, porém incompleta, de pontos de apoio para sua compreensão.¹³⁸

E conclui que:

Onde não se quis nada de modo inequívoco, torna-se impossível descobrir uma vontade autêntica, conseguindo-se no máximo, revelar uma vontade suposta ou fictícia, de nada servindo, para nos tirar deste aperto, quaisquer recursos semânticos, do tipo “obediência reflexiva” do intérprete, por exemplo.¹³⁹

Diante desta constatação quanto à impossibilidade de identificação da vontade do constituinte, entende que a interpretação constitucional possui em certa medida caráter criativo, pois o “conteúdo da norma interpretada só se completa com sua interpretação, mas, veja-se bem, só em tese possui caráter criativo, pois a atividade interpretativa fica vinculada à norma”.¹⁴⁰

Para Hesse “interpretação constitucional é concretização. Precisamente naquilo que não aparece de forma clara, como conteúdo da Constituição é o que deve ser determinado mediante a incorporação da realidade de cuja ordenação se trata”.¹⁴¹

¹³⁷ HESSE, Konrad. Constituição e Direito Constitucional. In: HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. 1.^a ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2009, p. 190.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 190.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 191.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 196.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 196.

Ou seja, a concretização necessária ocorre na medida em que a norma não possui densidade suficiente.

Assim desenvolve o que ficou conhecido como “método hermenêutico concretizador” definindo como premissa que “a concretização pressupõe a compreensão do conteúdo da norma concretizar, não podendo desvincular-se nem da pré-compreensão do intérprete nem do problema concreto a resolver.”¹⁴²

Entretanto, antes de definir seu procedimento hermenêutico, conforme verificado acima, Hesse reconhece a existência da *pré-compreensão*, porém realiza alerta com relação à *arbitrariedade do instantâneo*:

[...] não deve o intérprete limitar-se executar as “antecipações” da pré-compreensão, mas, ao contrário, consciente delas e explicando-as, atender ao primeiro comando de toda interpretação: evitar a arbitrariedade do instantâneo, prestando atenção “às coisas mesmas”.¹⁴³

Hesse leva em consideração que o intérprete deve pré-compreender, compreender e por fim concretizar, o que somente será possível diante de um caso concreto em confronto com a norma. Nas palavras do autor:

O intérprete deve relacionar a esse problema a norma que pretende entender, se quiser determinar seu conteúdo correto aqui e agora. Esta determinação, assim como a aplicação da norma ao caso concreto, constituem um processo único, e não aplicação subsequente, a uma determinada hipótese, de algo preexistente, geral, comprensível em si mesmo.¹⁴⁴

Mesmo na captação do problema o intérprete será afetado pela pré-compreensão e deverá buscar a adequada condição de compreensão por meio de uma fundamentação teórico-constitucional.

Com isso, de acordo com as considerações de Hesse, a “Teoria da Constituição” seria uma condição da compreensão do problema e da norma. De todo o modo, o intérprete não define ou escolhe o problema.

Diante destas considerações o autor conclui que “o processo de concretização deve ser dirigido pelo objeto da interpretação – a Constituição – e pelo problema em questão”.¹⁴⁵

¹⁴² HESSE, Konrad. Constituição e Direito Constitucional. In: HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. 1.ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2009, p. 196-198.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 197.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 198.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 199.

Hesse desenvolve um procedimento de concretização que responde ao fato de que a Constituição não é um sistema fechado e unitário e que a interpretação de suas normas não pode ser uma simples execução de algo pré-existente.

Nesta fase de pré-compreensão faz referência ao método tópico de Viewig e assevera que:

Através de uma atuação tópica orientada e limitada pela norma (o que significa dizer vinculada pela norma), haverão de encontrar-se e provar-se pontos de vista que, buscados pela via da inventio, sejam submetidos ao jogo das opiniões favoráveis e contrárias e fundamentem a decisão da maneira mais esclarecedora e convincente possível (topoi).¹⁴⁶

Verifica-se ainda que, no aspecto “tópico”, Hesse atribui grande relevância ao texto normativo estando a atuação tópica vinculada pela norma. É possível identificar ainda o recurso aos “topoi”. Estes podem ser relacionados aos princípios jurídicos tratados pelo autor originados da “tradição jurídica depurada”, conforme já apreciado.

É possível apreender a seguinte sequência procedural de atos a serem praticados pelo intérprete, levando em conta sua pré-compreensão tópica com o objetivo de concretizar a norma constitucional quais sejam:

a) apreensão do texto pelos métodos tradicionais: Hesse assevera que, pelo fato do “programa normativo” da norma estar contido em seu texto, aqui deverão ser aplicados os métodos tradicionais de interpretação (literal, histórico, original e sistemático) que podem ajudar a se fazerem precisas possíveis variações de sentido no espaço definido pelo texto.

b) é necessário ter em conta os dados trazidos pelo “âmbito normativo” em relação ao problema em questão: a realidade sobre a qual incidirá a norma deverá ser apreendida nos termos demarcados no programa normativo, pois o que pretendem as normas da Constituição é ordenar a realidade das concretas situações existenciais.

Em outras palavras, com fundamento inicial no texto constitucional e em sua finalidade de ordenação, o intérprete deverá compreender o problema concreto, o que nas palavras do autor “seria o contrário desse “normativismo” unilateral e cego, frequentemente reprovado nos juristas”.¹⁴⁷

Hesse identifica ainda a ocorrência frequente de casos em que se trata da relação entre várias normas (como na delimitação dos direitos fundamentais) para as quais é possível uma

¹⁴⁶ HESSE, Konrad. Constituição e Direito Constitucional. In: HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. 1.^a ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2009, p. 199.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 203.

solução com base em uma *coordenação objetiva* das respectivas relações ou âmbitos vitais e uma exposição dos pontos de vista objetivos que fundamentam tal coordenação.

É neste ponto que surgem os citados princípios de interpretação constitucional quais sejam: Princípio da Unidade da Constituição, Princípio da Concordância Prática, Princípio do Critério de Correção Funcional, Princípio do Critério da Eficácia Integradora e, por fim, o Critério da Força Normativa da Constituição.

É possível sintetizar o método hermenêutico concretizador de Hesse da seguinte maneira: com objetivo de realizar uma atuação tópica orientada, o intérprete mediante sua experiência histórica e social está condicionado a uma pré-compreensão, todavia, inicialmente deverá recorrer ao texto da norma constitucional, buscando sua adequada e correta compreensão por meio da aplicação dos métodos hermenêuticos tradicionais; posteriormente deverá se voltar ao problema tendo também a inerente pré-compreensão, todavia com fundamento na norma constitucional e sua finalidade organizacional da realidade deverá compreender o problema e ao final aplicar a norma corretamente. De todo modo, nas situações em que ocorrem a relação entre várias normas deverá solucionar o problema com base em uma *coordenação objetiva* e para dirigir o processo de relacionamento e coordenação de valores teremos os princípios de interpretação constitucional.

Conforme Konrad Hesse, a utilização do método hermenêutico concretizador aplicado por meio de seus princípios ou critérios de interpretação tem um objetivo específico:

Este procedimento tópico vinculado, em coerência com o caráter da Constituição, ao problema concreto, mas sempre guiado e orientado pela norma, terá o máximo de possibilidades para chegar a resultados sólidos, racionalmente explicáveis e controláveis.¹⁴⁸

Entretanto, reconhece que a decisão jurídica, principalmente no âmbito constitucional, nunca pode ser racionalizada de todo, porém busca uma racionalidade possível.

No capítulo seguinte, diante de sua grande relevância para o “neconstitucionalismo”, será estudado um destes princípios, “a força normativa da Constituição” e sua aplicação pela Justiça do Trabalho.

¹⁴⁸ HESSE, Konrad. A Interpretação Constitucional. In: HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. 1.^a ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2009, p. 206.

2.3 A FORÇA NORMATIVA DA COSNTITUIÇÃO E SUA APLICAÇÃO NO ÂMBITO TRABALHISTA

Luís Roberto Barroso traz a força normativa da constituição como um dos principais fundamentos da “nova interpretação constitucional” citando expressamente o autor alemão Konrad Hesse.

No presente item será abordada a definição da força normativa da constituição desenvolvida por Konrad Hesse de maneira contextualizada, bem como será analisada sua aplicação pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho.

2.3.1 A força normativa da Constituição na concepção de Konrad Hesse

É importante ressaltar que o Princípio da Força Normativa da Constituição está dentro do que Konrad Hesse denominou princípios de interpretação constitucional aos quais “cabe a tarefa de orientar e dirigir o processo de relacionamento, coordenação e valoração dos pontos de vista ou considerações necessários à solução do problema”¹⁴⁹, ou seja, possui caráter instrumental ao lado dos princípios da unidade da Constituição, da concordância prática, da correção funcional e da eficácia integradora.

Entretanto, conforme delimitado anteriormente, o foco se dará no Princípio da Força Normativa da Constituição diante da intensa referência no âmbito do “neonstitucionalismo”.

Conforme Manoel Gonçalves Ferreira Filho existe uma referência quase obrigatória no âmbito do neonstitucionalismo a Konrad Hesse quando se trata da força normativa da constituição:

Outra “descoberta” do pós-positivismo é a força normativa da Constituição – veja-se que isso aparece como “marco teórico do neonstitucionalismo” – com a obrigatória referência a Konrad Hesse.¹⁵⁰

De todo modo, em geral a referência aplica apenas uma interpretação literal e em conjunto com o princípio da máxima efetividade. Basicamente é utilizada como argumento tópico no sentido de que determinados valores constitucionais devem ser aplicados quase

¹⁴⁹ HESSE, Konrad. A Interpretação Constitucional. In: HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. 1.^a ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2009, p. 203.

¹⁵⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neonstitucionalismo à brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 250, p. 151–167, 1º jan. 2009.

irrestritamente, não levando em consideração os cuidadosos alertas de Hesse quanto à relação entre texto e realidade.

No âmbito dos princípios de interpretação constitucional, Konrad Hesse define a força normativa da constituição como critério segundo o qual:

Dado que a Constituição pretende ver-se “atualizada” e tendo em conta que as possibilidades e condicionamentos históricos dessa “atualização” vão se alterando, será preciso dar preferência à solução dos problemas jurídico-constitucionais, sobretudo aos “pontos de vista que ajudem as normas da Constituição a alcançar a máxima eficácia nas circunstâncias de cada caso.¹⁵¹

Konrad Hesse desenvolve melhor a sua concepção quanto à força normativa da Constituição em obra com o mesmo título na qual afirma que seu principal objetivo é contestar a concepção sociológica de Ferdinand Lassale, segundo a qual uma Constituição que não condiz com a realidade e não reflete os reais fatores de poder deve sucumbir.

Relevante ainda mencionar que Lassale ao desenvolver a concepção de Constituição Sociológica se contrapõe principalmente ao liberalismo político, sendo a Constituição escrita um símbolo do Estado Liberal. Ferdinand Lassale era um reconhecido socialista, contemporâneo de Karl Marx e sua concepção sociológica de Constituição tem cunho ideológico contrapondo-se ao capitalismo liberal.

Hesse diante de posição tão radical propõe uma tese moderada e não irrestrita como sugere a interpretação que se tem, devendo novamente ser levado em consideração o contexto no qual desenvolveu sua teoria, pois a Constituição de Weimar previu uma série de direitos, principalmente de cunho social que jamais se efetivaram, ressaltando que sua teoria foi desenvolvida no âmbito da Lei Fundamental de Bonn.

Diante de tal experiência, a Constituição alemã seguinte acabou por ser menos detalhista, sem a previsão de direitos sociais e com a utilização de dispositivos de baixa densidade normativa.

Neste ambiente jurídico e social busca se afastar da concepção de Lassale que parecia ter vencido diante do fracasso da Constituição de Weimar e Hesse propõe a concepção de que a Constituição também deveria influir na realidade.

Pode-se dizer que sua teoria seria um meio-termo entre o normativismo exacerbado segundo o qual o Estado seria decorrente da própria Constituição e a concepção sociológica de

¹⁵¹ HESSE, Konrad. A Interpretação Constitucional. In: HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. 1.^a ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2009, p. 203.

Lassale, que também se mostra radical e desenvolve os seguintes questionamentos a respeito da força normativa da constituição:

A questão que se apresenta diz respeito à força normativa da Constituição. Existiria, ao lado do poder determinante das relações fáticas, expressas pelas forças políticas e sociais, também uma força determinante do Direito Constitucional? Qual o fundamento e o alcance dessa força do Direito Constitucional? Não seria essa força uma ficção necessária para o constitucionalista, que tenta criar a suposição de que o direito domina a vida do Estado, quando, na realidade, outras forças mostram-se determinantes? Essas questões surgem particularmente no âmbito da Constituição, uma vez que aqui inexiste, ao contrário do que ocorre em outras esferas da ordem jurídica, uma garantia externa para a execução de seus preceitos.¹⁵²

Hesse desenvolve três proposições para a análise da questão. Em suas palavras:

Uma tentativa de resposta deve ter como ponto de partida o condicionamento recíproco existente entre a Constituição jurídica e a realidade político social (1). Devem ser identificados os limites e as possibilidades de atuação da Constituição jurídica (2). Finalmente, hão de ser investigados os pressupostos para a eficácia da Constituição (3).¹⁵³

Quanto ao condicionamento recíproco enfatiza a existência de relação de dependência entre norma e realidade, talvez este seja um dos principais fatores de desconexão entre aplicação prática da “força normativa da constituição” em nosso país da real teoria de Hesse e de seu efetivo conteúdo:

O significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco. Uma análise isolada, unilateral, que leve em conta apenas um ou outro aspecto, não se afigura em condições de fornecer resposta adequada à questão [...] Eventual ênfase numa ou noutra direção leva quase inevitavelmente aos extremos de uma norma despida de qualquer elemento de realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo.¹⁵⁴

Neste aspecto, se mostram relevantes as considerações que Catarina dos Santos Botelho tece a respeito da teoria de Peter Harbele, aluno de Konrad Hesse:

¹⁵² HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Tradução: Gilmar Ferreira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 11-12.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 13.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 13/14.

Deste debate contínuo, são de reter, com particular ponderação, as palavras de Peter Harbele – Autor que, na Alemanha, foi um dos percursores da defesa do Estado social e que tanto tem inspirado a doutrina constitucional de outros países – quando alerta que “as constituições não devem estar «sobrecarregadas» ao jeito das prateleiras dos supermercados, não devem prometer o impossível (como em Portugal ou no Brasil)”, pois perderão o seu caráter essencial de “ordenamento jurídico fundamental” de uma determinada comunidade política.¹⁵⁵

Como já mencionado, Konrad Hesse atribui grande relevância aos fatores históricos e tradicionais e estes são condicionantes de sua atuação. Segundo ele:

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. [...] Mas, - esse aspecto é decisivo – a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. [...] Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. [...] A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia.¹⁵⁶

Ao analisar os limites e possibilidades de realização da Constituição jurídica reconhece-se que sozinha ela não tem aptidão para realizar nada, mas pode impor tarefas, sendo necessária a concepção da “vontade da constituição para ser efetivada”. Em suas palavras:

Essa vontade de Constituição origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se, também, na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade. [...] A força que constitui a essência e a eficácia da Constituição reside na natureza das coisas, impulsionando-a, conduzindo-a e transformando-se, assim, em força ativa. Como demonstrado, daí decorrem os seus limites. Daí resultam também os pressupostos que permitem a Constituição desenvolver de forma ótima a sua força normativa.¹⁵⁷

¹⁵⁵ BOTELHO, Catarina Santos. **Os direitos sociais em tempos de crise – ou revisitar as normas programáticas.** Coimbra: Almedina, 2015, p. 374.

¹⁵⁶ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Tradução: Gilmar Ferreira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 14-15.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 19/20.

Por fim, quanto aos mencionados pressupostos para desenvolver de forma ótima a sua força normativa, Hesse os divide em pressupostos quanto ao conteúdo e quanto à práxis constitucional.

No tocante ao conteúdo, quanto mais a Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, mais seguro será o desenvolvimento da força normativa, devendo levar em conta os elementos políticos, sociais, econômicos e espirituais dominantes.

Ainda para Hesse deve-se evitar o recurso reiterado à revisão constitucional ou reforma constitucional.

De todo modo, em que pese as necessárias reservas quanto à aplicação irrestrita de uma doutrina estrangeira, as concepções de Hesse se mostram relevantes quanto aos cuidados de interpretação e aplicação da Constituição, pois apesar da busca de sua concretude também tem de levar em consideração a realidade sobre a qual atua e em suas palavras “quando tenta apegar-se a formas historicamente superadas ou quando, pelo contrário, se proponha a uma utopia, fracassará inevitavelmente ante a realidade”.¹⁵⁸

Este é um tema relevante para Hesse, qual seja a realização da Constituição, no qual se insere a “força normativa da Constituição” e sua relação com o mundo fático decorrente da ação humana, fundamento principal de existência do Direito Constitucional. Nas palavras do autor:

O Direito Constitucional nesse sentido, não pode ser desvinculado da atuação humana; só na medida em que através dessa atuação e nessa atuação ele se “realiza”, vem a ser uma ordem realmente viva, formadora e conformadora da realidade histórica, podendo cumprir sua missão na vida da Comunidade [...]. Até que ponto a Constituição consegue essa vigência é mais uma questão de força normativa, de sua capacidade de operar na realidade da vida histórica de forma determinante e reguladora.¹⁵⁹

Neste aspecto o autor demonstra preocupação com a interpretação e aplicação do Direito Constitucional e faz referência ao método hermenêutico concretizador estruturante de seu orientando Friedrich Muller:

Destarte a concretização do conteúdo de uma norma constitucional, assim como a sua realização, só se tornam possíveis incorporando as circunstâncias da “realidade” que essa norma é chamada a regular. As singularidades dessas circunstâncias, não raro já conformadas juridicamente, integram o “âmbito normativo”, o qual – a partir do conjunto dos dados no mundo social afetados

¹⁵⁸ HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. 1.ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2009, p. 32.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 176.

por um preceito jurídico e através do mandato contido, sobretudo, no texto da norma “programa normativo” – é alcançado à condição de parte integrante do conteúdo normativo.¹⁶⁰

Este é o ponto salutar da teoria da “força normativa da constituição” no sentido de que é uma via de mão dupla, ou seja, a Constituição incide e tem potencial de transformação da realidade, porém também é dependente desta e conforme item anterior depende inclusive do elemento integrador da sociedade.

2.3.2. A força normativa da Constituição aplicada pela Justiça do Trabalho

Já foi identificado que houve maior intensidade e relevância da aplicação de referidas técnicas no período compreendido entre 2011 e 2017 (composição do Tribunal Superior do Trabalho na qual foi identificada maior influência da doutrina de Luís Roberto Barroso até a entrada em vigor da Reforma Trabalhista).

Deste modo, a presente pesquisa será dividida em dois períodos temporais. O primeiro compreendido entre 01/01/2011 até 10/11/2017 e posteriormente entre 11/11/2017 a 31/12/2021.

A pesquisa foi realizada na base de jurisprudência disponibilizada no sítio do Tribunal Superior do Trabalho (<https://jurisprudencia.tst.jus.br/>).

Conforme recomendação de Lee Epstein¹⁶¹ e Gary King foi elaborada tabela com a lista de todos os processos analisados¹⁶², bem como tabelas com o resumo dos dados coletados.

Nos dois períodos foi inserido o argumento de pesquisa “força normativa da Constituição” e na sequência foram inseridas as variáveis equivalentes.

Também foram eliminados os julgados nos quais o argumento “força normativa da Constituição” foi apenas citado como tese de alguma das partes ou em transcrição de outro julgado, ou seja, somente foram considerados os julgados nos quais o princípio “força normativa da Constituição” foi utilizado como fundamento efetivo da decisão.

¹⁶⁰ HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. 1.^a ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2009, p. 181.

¹⁶¹ EPSTEIN, Lee; KING, Gary. **Pesquisa empírica em direito [livro eletrônico]: as regras de inferência**. São Paulo: Direito GV, 2013, p. 26.

¹⁶² SILVA, Glauco Bresciani. **Processos Examinados na Pesquisa Empírica quanto à Hermenêutica Constitucional aplicada na Justiça do Trabalho. Parte da Dissertação “Neoconstitucionalismo na Justiça do Trabalho: Solução ou Dissolução?” destinada à obtenção do título de Mestrado no Programa de Pós-Graduação “Strictu Sensu” da Universidade Presbiteriana Mackenzie sob autoria de Glauco Bresciani Silva.** Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/12ZasnwBdUqXDaM7fHG011InpH6XwzJ2e/view?usp=sharing>. Acesso em: 12 dez. 2022.

a) Período compreendido entre 01/01/2011 até 10/11/2017 - foram encontrados um total de 1.143 (um mil, cento e quarenta e três) acórdãos com referência expressa à “força normativa da Constituição”, porém em 860 (oitocentos e sessenta) a citação se referia apenas a transcrição de outras decisões ou teses das partes. Deste modo restaram para exame o número de 283 (duzentos e oito e três) acórdãos. Segue abaixo resumo com os indicadores encontrados, cujos mais relevantes serão explanados na sequência.

INDICADOR	QUANTIDADE DE ACÓRDÃOS
** Método hermenêutico concretizador	6 (isoladamente)
Quantificação dos danos morais	140
Konrad Hesse	73
Alexandre de Moraes e Canotilho	50
Respeito à Súmula Vinculante	9
Intangibilidade de coisa julgada	4
Máxima efetividade	2
Luís Roberto Barroso	1
Aplicação de valores constitucionais	1
Fundamento de conclusão	1
Função do órgão jurisdicional	1
Execução provisória	1

A partir da aplicação do método indutivo, inseriu-se o argumento de busca “força normativa da Constituição” e a partir dos resultados foram identificados os indicadores acima.

O indicador com maior incidência foi aquele que demonstrou a aplicação da força normativa da constituição para justificar a possibilidade de o C.TST modificar o valor da indenização por danos morais identificado em 140 (cento e quatro) acórdãos, todos de relatoria da Ministra Katia Magalhaes Arruda, o “princípio da força normativa da Constituição” foi utilizado para fundamentar a quantificação de indenização decorrente de reparação de danos morais. A título de amostragem segue trecho de um dos acórdãos apreciados:

Assim, o montante da indenização varia de acordo com o caso examinado e a sensibilidade do julgador, ocorrendo de maneira necessariamente subjetiva. Nesse contexto é que, nas Cortes Superiores, especialmente no TST e no STJ, o montante fixado nas instâncias ordinárias somente tem sido alterado, em princípio, quando seja irrisório (evitando-se a ineficácia pedagógica da condenação ou a frustração na reparação do dano) ou, pelo contrário, quando seja exorbitante (evitando-se o enriquecimento sem causa do demandante ou

o comprometimento temerário das finanças da demandada). A aferição do que seja valor irrisório ou excessivo não leva em conta a expressão monetária considerada em si mesma, mas, sim, o critério de proporcionalidade entre o montante fixado e a gravidade dos fatos ocorridos em cada caso concreto. Daí que, ante a força normativa da Constituição Federal, quando haja a fixação de montante que não se mostre razoável diante das peculiaridades do caso examinado, deve esta Corte Superior, aplicando o princípio da proporcionalidade (art. 5º, V, da CF/88), aumentar ou reduzir o seu valor, com a finalidade de garantir a eficácia pedagógica da condenação e a reparação do dano (RR-1055/2004-041-02-00, DEJT-26/6/2009, Ministra Rosa Maria Weber; AIRR-675/2006-072-03-40, DEJT-19/6/2009, Ministro Horácio de Senna Pires; RR-171/2005-003-20-00, DEJT-14/8/2009, Ministro Brito Pereira).¹⁶³ (grifo nosso).

Percebe-se que no acórdão o Princípio da Força Normativa da Constituição foi aplicado como sinônimo de eficácia da norma constituição prevista no art. 5º, inciso V da Constituição Federal.

Em 73 (setenta e três) acórdãos foi realizada expressa menção ao autor Konrad Hesse, ressaltando que 72 (setenta e duas) destas menções foram encontrados em julgados sob a relatoria da Ministra Rosa Maria Weber, no período em que ainda atuava junto ao Colendo Tribunal Superior do Trabalho. Pela expressividade numérica se mostra relevante a transcrição do trecho repetido em inúmeros acórdãos:

Tal decisão consubstancia interpretação constitucionalista das normas do Direito do Trabalho e da Lei de Licitações, ou seja, a submissão do ordenamento infraconstitucional aos princípios e regras da Carta Maior, em franco prestígio à força normativa da Constituição, como formulado por Konrad Hesse (A força normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991).¹⁶⁴

A “tal decisão” mencionada se refere ao Incidente de Uniformização de Jurisprudência 297751-31.1996.5.04.5555, da Relatoria do Ministro Milton de Moura França, no qual foi reafirmada a responsabilidade subsidiária da Administração Pública nas terceirizações com fundamento também na força normativa da Constituição. Tal decisão será apreciada em item próprio tendo em vista sua reforma pelo Supremo Tribunal Federal.

¹⁶³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 5.^a Turma. **Recurso de Revista: RR 36400-92.2008.5.04.0261.** Relatora: Ministra KÁTIA MAGALHÃES ARRUDA. Data de julgamento: 01 jun. 2011. Data de publicação: DEJT, 10 jun. 2011. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tst/19569691/inteiro-teor-104393678>. Acesso em: 08 dez. 2022.

¹⁶⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 3.^a Turma. **Recurso de Revista: RR 5700-48.2009.5.13.0003.** Relatora: Ministra ROSA MARIA WEBER CANDIOTA DA ROSA. Data de julgamento: 26 out. 2011. Data de publicação: DEJT, 04 nov. 2011. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/c216202573e954f6a5fd34a45b21635b>. Acesso em: 08 dez. 2022.

Em 50 (cinquenta) acórdãos, todos sob a relatoria do Ministro Douglas Alencar Rodrigues, houve a citação do Princípio da Força Normativa da Constituição de acordo com a obra de Alexandre de Moraes que, por sua vez, cita Joaquim José Gomes Canotilho. O Princípio da Força Normativa da Constituição” é aplicado em conjunto com o Princípio da Máxima Efetividade e fundamenta a existência de legitimidade ativa da entidade sindical nos termos do art. 8, inciso III da Constituição Federal.

Também em outros dois acórdãos ocorreu aplicação conjunta com o Princípio da Máxima Efetividade.

Importante salientar que Konrad Hesse não enuncia os Princípios da Máxima Efetividade e da Máxima Eficácia como princípios ou critérios de interpretação constitucional. Apenas no âmbito da “força normativa da constituição”, menciona que dentro deste critério será preciso dar preferência à solução dos problemas jurídico-constitucionais, sobretudo aos "pontos de vista que ajudem as normas da Constituição a alcançar a máxima eficácia nas circunstâncias de cada caso".

Em 9 (nove) acórdãos sob a relatoria do Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho o princípio da “força normativa da Constituição” foi aplicado para justificar a “força vinculante” das súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista a previsão constitucional destas.

Quanto aos demais indicadores merece destaque a menção expressa a Luís Roberto Barros e sua versão do Princípio da Força Normativa da Constituição.

Após a análise dos indicadores buscou-se a identificação da utilização ou ao menos menção ao método hermenêutico concretizador, tendo em vista que o desenvolvimento do Princípio da Força Normativa da Constituição por Konrad Hesse se deu neste contexto, buscando racionalizar o discurso de julgamento, inclusive o autor demonstrou a importância da adoção de procedimentos para a tomada de decisão pelos órgãos jurisdicionais, evitando o recurso indiscriminado a valores, bem como a intensa literalidade do mandamento normativo.

Em nenhum dos acórdãos no qual houve a menção à força normativa da constituição ocorreu aplicação conjunta com o “método hermenêutico concretizador”. Isso demonstra ausência de contextualização do princípio.

Foram encontrados seis acórdãos com referência ao método hermenêutico concretizador, porém sem a invocação da força normativa da constituição, ou seja, os preceitos são aplicados isoladamente.

b) Período compreendido entre 11/11/2017 até 31/12/2021 – neste período posterior à vigência da Lei n.º 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) foram encontrados 468 (quatrocentos

e sessenta e oito) acórdãos com referência expressa à “força normativa da Constituição”, porém em 453 (quatrocentos e cinquenta e três) a citação se referia apenas à transcrição de outras decisões ou teses das partes. Deste modo restaram para exame o número de 15 acórdãos.

INDICADOR	QUANTIDADE DE ACÓRDÃOS
Método hermenêutico concretizador	** 5
Alexandre de Moraes e Canotilho	8
Ação rescisória	4
Intangibilidade da coisa julgada	2
Inocêncio Mártires Coelho	1

Em comparação com o período anterior, em primeiro lugar há de se levar em consideração que aquele compreendia um período de 6 anos e 11 meses aproximadamente e este mais recente de apenas 4 anos e 1 mês, fato que deve ser levado em conta nas proporções a serem apreciadas.

Assim, no número total de citações, é perceptível significativa redução da invocação do argumento da “força normativa da constituição”.

Ainda que o número seja proporcionalmente inferior chama a atenção que a invocação do método hermenêutico concretizador foi quase idêntica, pois tivemos neste segundo período o número de cinco referências e no período anterior tivemos seis referências ao método em seu conjunto, porém novamente sem a menção conjunta com o Princípio da Força Normativa da Constituição.

Novamente foram encontrados acórdãos sob a relatoria do Ministro Douglas Alencar Rodrigues, houve a citação do Princípio da Força Normativa da Constituição de acordo com obra de Alexandre de Moraes que, por sua vez, cita Joaquim José Gomes Canotilho.

Ainda sob a relatoria do Ministro Douglas Alencar Medeiros existem dois acórdãos com a invocação da força normativa da constituição para preservar os efeitos da coisa julgada.

Em quatro acórdãos sob a relatoria do Ministro Breno Medeiros, o Princípio da Força Normativa da Constituição fundamentou a não aplicação da Súmula 343 do STF e ampliou a possibilidade de aplicação da ação rescisória.

Por fim, em acórdão referente a Mandado de Segurança sob a relatoria do Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho foi invocada a teoria constitucional do autor Inocêncio

Mártires Coelho que, por sua vez, cita o autor alemão Friedrich Muller. Ressalte-se que referido autor foi aluno de Konrad Hesse.

c) Análise crítica da aplicação da força normativa da Constituição pelo Tribunal Superior do Trabalho – conforme verificado, a “força normativa da Constituição” na concepção de Konrad Hesse tem fundamento em um procedimento argumentativo racional, ou seja, está dentro de um procedimento no qual ocorre a colisão entre direitos fundamentais no âmbito do método hermenêutico concretizador.

Em nenhum acórdão foi realizada a relação entre o método hermenêutico concretizador e a força normativa da Constituição, ou seja, o princípio é invocado em contexto diverso do qual foi formulado por Konrad Hesse.

De todo modo foi identificado que em poucos acórdãos houve menção expressa a referido método (sem ligação alguma com a “foça normativa da constituição”), devendo ser levado em consideração que no segundo período (posterior à reforma trabalhista) houve aumento significativo na proporção aplicada, quase 5%, ao passo que no primeiro período não alcançou nem ao menos 1%. Entretanto em nenhum dos dois períodos houve aplicação conjunta do “princípio da força normativa da Constituição” e do “método hermenêutico concretizador”.

Em nenhum momento foram mencionados os pressupostos de integração, organização ou direção jurídica e nem mesmo a concepção da necessária depurada tradição jurídica em sua aplicação.

Sua utilização como “topoi” foi realizada como se fosse um critério de nosso ordenamento jurídico pátrio sem a necessária contextualização.

Em suma, pode ser identificado que o Princípio da Força Normativa da Constituição é utilizado como sinônimo de “eficácia” da norma constitucional. E o critério de eficácia tem natureza predominantemente sociológica dependente da realidade sobre a norma constitucional incide, fatores que devem ser levados em consideração pelo intérprete e praticamente não foram mencionados nas decisões do Tribunal Superior do Trabalho.

Deste modo, em certa medida, sua adoção se mostrou contraditória, pois o princípio foi desenvolvido em uma realidade social e política distinta da brasileira, e traz em sua concepção exatamente a necessidade de se levar em consideração a realidade social e econômica sobre a qual é aplicado. A teoria de Konrad Hesse enfatiza a necessidade de respeito às tradições, identificando uma posição moderada contra uma inatividade extrema e uma realização desmedida e irreal.

É fato que de forma semelhante ao Brasil, a concepção do Estado Alemão já existia antes da Lei Fundamental de Bonn, daí a relevância dos aspectos históricos e tradicionais na utilização do “princípio da força normativa da constituição”.

Quanto à adoção de teorias estrangeiras com um contexto constitucional diferenciado se mostra válida a constatação de Jorge Reis Novais que apreciou a aplicação do Princípio da Proibição do Retrocesso, também de origem alemã, tendo em Konrad Hesse um dos principais teóricos:

Nesse contexto, a fórmula e o eventual princípio da proibição do retrocesso surgiram então, como invenção engenhosa destinada justificar uma proteção jurídica reforçada a direitos a que se recusara natureza constitucional, jusfundamental. Tratava-se de uma invenção alemã para resolver uma dificuldade ou uma eventual lacuna constitucional alemã. [...] O que surpreende é o sucesso quase universal que a fórmula obtém, incluindo países e ordens constitucionais onde não apresenta qualquer justificação ou utilidade, mais precisamente, nas ordens constitucionais em que os direitos sociais são juridicamente considerados direitos fundamentais, direitos constitucionais [...].¹⁶⁵

Deste modo, a aplicação da força normativa da Constituição pelos órgãos jurisdicionais se mostra desnecessária dentro do contexto atual do ordenamento jurídico pátrio, pois o que determina a concretude do preceito constitucional é seu próprio conteúdo e sua densidade decorrente do debate no âmbito da Assembleia Constituinte ou no âmbito do Poder Legislativo.

Neste aspecto Jorge Reis Novais destaca que, em um Estado Democrático, o Poder Judiciário não é a instância mais adequada para se tomar decisões políticas.¹⁶⁶

Tal conclusão se dá no âmbito da realidade brasileira com a Constituição de 1988 elaborada em ambiente democrático de ampla discussão parlamentar e popular. Nos aspectos não suficientemente densificados, cabe ao legislador sua densificação e posteriormente ao Poder Judiciário, existindo inclusive instrumentos constitucionais destinados a suprir tais omissões como o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Ocorrendo a densidade suficiente o preceito constitucional é aplicável, não ocorrendo dependerá de medidas que fogem da atuação jurisdicional.

Mostra-se evidente que a concepção acima se mostra distante daquela defendida por Luís Roberto Barroso para quem:

¹⁶⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais.** 1.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 241.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 277.

O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, bypassar o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso.¹⁶⁷

Entretanto, é possível considerar que na análise acima não foram levados em conta os aspectos de nosso processo legislativo de 1988 e se pauta principalmente em inspiração no ordenamento jurídico norte-americano e na atuação específica da Corte de Warren, porém não considerou a existência dos instrumentos constitucionais existentes em nossa realidade brasileira e nem a dificuldade de realização de emendas constitucionais nos Estados Unidos da América.

Em suma, a aplicação da “força normativa da constituição” pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho em sua maioria se revela distante de sua origem teórica definida por Konrad Hesse. O mesmo é possível afirmar com a relação à teoria constitucional de Luís Roberto Barroso, em que pese as menções expressas que realiza à obra de Hesse traz concepções bem distintas.

d) A força normativa da Constituição na análise da responsabilidade subsidiária da Administração pública por créditos trabalhistas – diante da relevância do tema, bem como da reforma realizada pelo Supremo Tribunal Federal será analisada a invocação do Princípio da Força Normativa da Constituição no âmbito de discussão quanto à responsabilidade da Administração Pública por créditos trabalhistas decorrentes de terceirização na prestação de serviços.

Colaciona-se abaixo julgado da 3^a Turma do Tribunal Superior do Trabalho com referência a incidente de uniformização de jurisprudência e também ao Princípio da Força Normativa da Constituição:

Em 2000, no julgamento do IJU-RR297751-31.1996.5.04.5555, da Relatoria do Ministro Milton de Moura França, foi reafirmada a responsabilidade subsidiária dos entes públicos nas terceirizações, nos moldes do item sumular comentado, numa perspectiva de interpretação concretizadora, tendo por lume, notadamente, o princípio da moralidade administrativa (art. 37, caput, da Carta Maior), fazendo frente ao comando do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93.

¹⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista [Syn]Thesis**, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 31, 2012.

Tal decisão consubstancia interpretação constitucionalista das normas do Direito do Trabalho e da Lei de Licitações, ou seja, a submissão do ordenamento infraconstitucional aos princípios e regras da Carta Maior, em franco prestígio à **força normativa da Constituição, como formulado por Konrad Hesse** (A força normativa da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991).¹⁶⁸ (grifo nosso).

O caso acima traz posicionamento sedimentado no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho (que posteriormente foi reformado) por meio da Súmula 331, IV, segundo o qual a Administração Pública teria responsabilidade subsidiária pelos créditos trabalhistas devidos por empresas terceirizadas contratadas em procedimento licitatório.

Os órgãos do Tribunal Superior do Trabalho deixavam de aplicar o art. 71, § 1º da Lei 8.666/93 com o fundamento principal na “força normativa da constituição”.

Na argumentação acima¹⁶⁹ não houve fundamentação robusta a respeito do que seria “a força normativa da constituição”, servindo apenas como argumento tópico no sentido de “topoi”, ou seja, uma máxima plenamente conhecida e fundamentada nos valores tradicionais, morais e históricos da comunidade. Houve apenas a menção ao Princípio da Moralidade Administrativa, não existindo ponderações a respeito da concepção de “moralidade administrativa” a ser adotada e em que medida a responsabilização subsidiária da administração pública atenderia o princípio e nem se o fato de seguir um procedimento licitatório regularmente instruído não seria suficiente para atendê-lo.

Seria relevante uma análise da situação concreta na qual incidiria a norma e em que contexto estariam sendo atendidos tais princípios.

Segue abaixo ementa completa do Incidente de Uniformização de Jurisprudência que nos termos do julgado atendeu ao princípio da “força normativa da Constituição”:

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA -
ENUNCIADO Nº 331, IV, DO TST - RESPONSABILIDADE
SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - ARTIGO 71 DA LEI Nº
8.666/93. Embora o artigo 71 da Lei nº 8.666/93 contemple a ausência de
responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos
trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do
contrato, é de se consignar que a aplicação do referido dispositivo somente se
verifica na hipótese em que o contratado agiu dentro de regras e
procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades, assim como
de que o próprio órgão da administração que o contratou pautou-se nos estritos

¹⁶⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 3.^a Turma. **Recurso de Revista: RR 59400-87.2009.5.03.0076.** Relatora: Ministra ROSA MARIA WEBER CANDIOTA DA ROSA. Data de julgamento: 03 out. 2011. Data de publicação: DEJT, 07 out. 2011. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/ed2304e92afee1f847dbf6c6d39817a1>. Acesso em: 17 nov. 2022.

¹⁶⁹ O trecho do julgado acima foi encontrado em 75 julgados em busca de jurisprudência do site do C.TST. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em: 16 jul. 2021.

limites e padrões da normatividade pertinente. Com efeito, evidenciado, posteriormente, o descumprimento de obrigações, por parte do contratado, entre elas as relativas aos encargos trabalhistas, deve ser imposta à contratante a responsabilidade subsidiária. Realmente, nessa hipótese, não se pode deixar de lhe imputar, em decorrência desse seu comportamento omissivo ou irregular, ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado, em típica culpa in vigilando, a responsabilidade subsidiária e, consequentemente, seu dever de responder, igualmente, pelas consequências do inadimplemento do contrato. Admitir-se o contrário, seria menosprezar todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado e, mais do que isso, olvidar que a Administração Pública deve pautar seus atos não apenas atenta aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas sobretudo, pelo da moralidade pública, que não aceita e não pode aceitar, num contexto de evidente ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos a terceiro, que possa estar ao largo de qualquer co-responsabilidade do ato administrativo que pratica. Registre-se, por outro lado, que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que cause danos a terceiros. Pouco importa que esse dano se origine diretamente da Administração, ou, indiretamente, de terceiro que com ela contratou e executou a obra ou serviço, por força ou decorrência de ato administrativo.¹⁷⁰

Conforme fundamentação acima, novamente existe referência aos Princípios da Legalidade, da Impessoalidade e da Moralidade sem a devida contextualização e densificação dos princípios para que pudessem fundamentar adequadamente a decisão.

Conforme identificado na teoria de Konrad Hesse, seria importante a adoção de procedimento claro na tomada de decisão do julgamento, uma análise da realidade concreta e depois um retorno para o aspecto normativo.

Nada impediria de tomar a decisão em sentido contrário sob os mesmos fundamentos como da seguinte forma: “Em decorrência dos princípios da moralidade, impessoalidade e legalidade deve ser obedecido o art. 71, § 1º da Lei 8.666/93.”

Aliás foi essa a fundamentação do Supremo Tribunal Federal no qual considerou o dispositivo constitucional:

O acórdão impugnado, ao aplicar ao presente caso a interpretação consagrada pelo Tribunal Superior do Trabalho no item IV do Enunciado 331, esvaziou a força normativa do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993. 7. Ocorrência de negativa implícita de vigência ao art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, sem que o Plenário

¹⁷⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Tribunal Pleno. **Incidente de Uniformização de Jurisprudência – IUJ-RR: 2977513119965045555 297751-31.1996.5.04.5555**. Relator: MILTON DE MOURA FRANÇA. Data de julgamento: 11 set. 2000. Data de publicação: DJ, 20 out. 2000. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tst/1511663>. Acesso em: 03 nov. 2022.

do Tribunal Superior do Trabalho tivesse declarado formalmente a sua inconstitucionalidade.¹⁷¹

Perceba-se que a única diferença é que houve menção à força normativa do dispositivo legal, ao passo que a fundamentação do Tribunal Pleno do Tribunal Superior do Trabalho se refere à força normativa da Constituição. Sendo que força normativa apenas é considerada no sentido de eficácia da norma jurídica, algo muito aquém da teoria de Konrad Hesse.

Conforme trecho acima colacionado a fundamentação do Tribunal Pleno do Tribunal Superior do Trabalho também merece críticas pelo fato de apenas “deixar” de aplicar um texto legal sem expressa declaração de sua inconstitucionalidade. Referido entendimento consolidado foi reformado pelo Supremo Tribunal Federal por meio do julgado da ADC n.º 16, o acórdão abaixo analisado fez referência a alteração de sua jurisprudência pelo Supremo Tribunal Federal:

Inicialmente, destaque-se que o Supremo Tribunal Federal, ao decidir a ADC nº 16-DF, reverteu a interpretação sedimentada há duas décadas na jurisprudência trabalhista no sentido de que as entidades estatais – a exemplo das demais pessoas físicas e jurídicas – eram firmemente responsáveis por verbas contratuais e legais trabalhistas dos trabalhadores terceirizados na área estatal, caso houvesse inadimplemento por parte do empregador terceirizante (Súmula 331, antigo item IV, TST).¹⁷²

Quanto ao art. 37, § 6º da Constituição Federal a responsabilidade administrativa decorrente do risco administrativo é aplicada com relação aos usuários de serviços públicos. Em que pese a condição de administrado, o trabalhador empregado que presta serviços à administração pública não se encontra na condição de usuário, não sendo aplicável tal dispositivo.

Neste sentido também é a fundamentação do Supremo Tribunal Federal:

A Ministra Carmen Lúcia consignou que o art. 37, § 6º da CF trataria de responsabilidade objetiva extracontratual, não se aplicando o dispositivo à espécie. Explicou que uma coisa seria a responsabilidade contratual da Administração Pública e outra, a extracontratual ou patrimonial. Aduziu que

¹⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Agravo Regimental em Reclamação – Ag. Reg. na Reclamação 8.150 São Paulo.** Relator originário: Ministro EROS GRAU. Redatora para o acórdão: Ministra ELLEN GRACIE. Data de julgamento: 24 nov. 2010. Data de publicação: DJe, 3 mar. 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=619962>. Acesso em: 03 nov. 2022.

¹⁷² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 3.ª Turma. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista - Ag-AIRR-20759-45.2017.5.04.0812.** Relator: Ministro MAURÍCIO GODINHO DELGADO. Data de julgamento: 17 ago. 2022. Data de publicação: 19 ago. 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tst/1619314464/inteiro-teor-1619314467>. Acesso em: 03 nov. 2022.

o Estado responderia por atos lícitos, aqueles do contrato, ou por ilícitos, os danos praticados.¹⁷³

Após análise dos aspectos históricos e fáticos da teoria de Konrad Hesse, bem como sua análise procedural, sua ponderação entre o positivismo cego e a excessiva valoração e a busca de uma teoria concretizadora intermediária é possível afirmar que esta mera enunciação da “força normativa da Constituição” não condiz com a teoria de Konrad Hesse.

Cabe esclarecer que não se está demonstrando concordância com a fundamentação do Supremo Tribunal Federal, mas apenas realizando crítica em face de argumentos que muitas vezes trazem a condição de “trunfos” na concepção de Ronald Dworkin sem a devida justificativa, mediante enunciados que poderiam ser utilizados por qualquer das partes, existindo desta forma apenas a força da autoridade julgadora sem a construção de um iter argumentativo ou um procedimento.

De acordo com Konrad Hesse, este procedimento no julgamento auxiliaria no controle da atividade jurisdicional inerente ao Estado de Direito, bem como para efetividade dos direitos fundamentais.

O resultado da decisão do C.TST em responsabilizar a administração pública poderia até ser o mais correto, porém não teve a devida fundamentação, o que acarretou em sua reforma diante da clara previsão legal, cabendo novamente a citação de Hesse para encerrar o presente capítulo: “quando tenta apegar-se a formas historicamente superadas ou quando, pelo contrário, se proponha a uma utopia, fracassará inevitavelmente ante a realidade”.¹⁷⁴

¹⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo n.º 610**. Brasília-DF, 22 a 26 de novembro de 2010. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo610.htm>. Acesso em: 03 nov. 2022.

¹⁷⁴ HESSE, Konrad. Constituição e Direito Constitucional. HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. 1.^a ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2009, p. 32.

3 A TEORIA DE RONALD DWORKIN NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Ronald Dworkin é considerado como um dos principais autores do neoconstitucionalismo e desenvolveu relevante teoria jurídica crítica ao positivismo sendo lembrado no Brasil em âmbito acadêmico e jurisprudencial, principalmente em decorrência da distinção que realizou entre regras e princípios.

Todavia, as considerações de Dworkin são bem mais amplas e complexas, aliás referida distinção foi demasiadamente criticada e praticamente abandonada pelo autor, sendo que desenvolveu teorias mais sofisticadas que situam o Direito dentro da moral e da teoria política.

No presente capítulo será analisada esta teoria de Ronald Dworkin, mas diante da intensa remissão à distinção que realiza entre regras e princípios, este será o foco do presente estudo, sem deixar de lado a integralidade de sua obra com o desenvolvimento cronológico da teoria dos princípios, da teoria do direito como literatura, a metáfora do romance em cadeia, e também da raposa e do ouriço, sempre com a presença do conhecido juiz Hércules.

Posteriormente será analisada a teoria de Ronald Dworkin e sua invocação em julgados proferidos pelo Tribunal Superior do Trabalho.

3.1 ANÁLISE CONTEXTUALIZADA DA TEORIA JURÍDICA DE RONALD DWORKIN

Ronald Myles Dworkin nasceu em Worcester, Massachusetts, nos Estados Unidos no ano de 1931. É considerado um dos principais teóricos do Direito do mundo anglófono no século XX, com robusta obra que trata tanto do Direito quanto da Política. Formou-se primeiro em Filosofia no Harvard College em 1953, também adquirido posteriormente na Oxford University em 1955, depois partiu para a graduação em Jurisprudence na própria Universidade de Oxford em 1955 e graduou-se também na Escola de Direito de Harvard em 1957.

No período de 1957 a 1958, atuou como assistente do juiz norte-americano Learned Hand junto ao Tribunal Federal de Apelações do Segundo Circuito, em Manhattan, Nova York. No artigo publicado originalmente com o título “Mr. Liberty” no *The New York Review of Books* (em 11 de agosto de 1994), e posteriormente incluído com o título “Learned Hand” na obra “Freedom’s Law” (Harvard University Press, 1996), Dworkin relatou experiências deste magistrado com grande respeito pela sua busca pela satisfação do ideal de justiça. Cogita-se que a inspiração para o juiz Hércules tenha sido Learned Hand.

Ronald Dworkin chegou a exercer a advocacia junto ao escritório Sullivan e Cromwell, onde permaneceu até 1962, ano em que se tornou professor de Direito da Universidade de Yale, onde permaneceu até ser nomeado no ano de 1969 para a Cátedra de Teoria do Direito em Oxford, substituindo Herbert Hart de quem já havia sido assistente.

Em 1975, Dworkin também assumiu a titularidade do cargo de professor de Direito da Universidade de Nova York onde passou a lecionar anualmente durante os períodos de outono, deste modo permanecia um semestre em Londres e outro semestre em Nova York.

A partir de 1984 tornou-se professor visitante no University College de Londres. Além disso, ocupou diversos cargos acadêmicos nas Universidades de Harvard, Cornell e Princeton. Após sua aposentadoria na universidade de Oxford em 1998, tornou-se professor da cadeira Quain de Teoria do Direito na Universidade de Londres e, em sequência, da cadeira Bentham de Teoria do Direito. Nos últimos tempos, Dworkin ocupava a cadeira de professor emérito de Teoria do Direito da Universidade de Londres e também a cátedra Frank Henry Sommer de Teoria do Direito da Universidade de Nova York. Além disso, era membro da Academia Britânica e da Academia Americana de Artes e Ciências.

Desenvolveu sofisticada teoria do direito. Inicialmente seus escritos buscavam contestar o positivismo jurídico e o utilitarismo, elegendo o professor de Direito britânico Herbert Hart como seu interlocutor. Posteriormente, a partir da década de 1980 e de 1990 passa a desenvolver a teoria política do liberalismo igualitário na qual tem Isaiah Belin como interlocutor.

A obra de Dworkin se revela de grande complexidade e muitas vezes acaba recebendo uma interpretação simplificada o que pode gerar alguns inconvenientes como demonstra Ronaldo Porto Macedo Junior:

O resultado é um autor que, mesmo escrevendo “da forma mais fácil possível”, parecerá a seus leitores um leitor difícil. Esse resultado é ainda mais frequente entre os leitores que buscam nas ideias de outros antes as confirmações de suas próprias convicções, em vez de desafios a ela. Outro resultado possível, é frequentemente identificável nas leituras nacionais, é a interpretação inadequadamente simplificadora de um sistema de ideias complexo. Em boa medida, tal fato decorre de que muitos de seus leitores, muito ao estilo bacharelístico, resumem seu estudo de um autor à leitura de um ou dois artigos, de forma descontextualizada e sem visão do conjunto. Acima de tudo, esse tipo de leitura retira o autor de suas premissas e pressupostos metodológicos, prejudicando uma leitura correta de seu pensamento.¹⁷⁵

¹⁷⁵ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Como levar Dworkin a sério ou fotografar um porco-espinho em movimento. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Ensaios de Teoria do Direito**. 1.^a ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2013, p. 398.

De todo modo, mostra-se relevante acompanhar o desenvolvimento e maturidade intelectual de Dworkin e onde se insere a relevância da hermenêutica jurídica em sua teoria, identificando a teoria dos princípios.

É recurso didático entre professores de Filosofia do Direito iniciar a explanação da obra de Dworkin a partir de seu trabalho final “A raposa e o porco-espínho: Justiça e Valor”¹⁷⁶, no qual busca consolidar toda sua teoria moral da qual o Direito faz parte.

Em primeiro lugar a obra se mostra uma resposta à crítica realizada por Isaiah Berlin no livro “O ouriço e a raposa”, no qual o autor com fundamento na fábula grega, em que existe uma disputa entre a raposa e um ouriço, compara diversos teóricos com a raposa que busca vários artifícios para realizar críticas a outras teorias, porém não desenvolvem uma teoria própria. O ouriço seria um estudioso que se utiliza de apenas uma arma, como o ouriço, para defender uma teoria própria.

Em sua carreira Dworkin, ao desenvolver suas concepções sobre o Direito, moral e política, tinha realizado basicamente críticas ao positivismo de Hebert Hart, ao utilitarismo de Jeremy Bentham, à concepção de igualdade de Aristóteles e ao pragmatismo de Richard Posner. Na obra “A raposa e o porco-espínho: Justiça e Valor”, Dworkin intenta consolidar toda sua teoria moral da qual o Direito faz parte, bem como criar uma teoria própria e unificada tornando-se um ouriço e não uma raposa.

Da década de 1960 até meados da década de 1980, Ronald Dworkin concentra seus estudos na elaboração de uma teoria do Direito consolidada com a publicação em 1985 de “O império do Direito”.

Posteriormente concentrou-se em outros temas como a igualdade e na obra “Virtude soberana” desenvolveu críticas às concepções de igualdade desenvolvidas por Aristóteles.

Na sequência, em período posterior, criticou as definições sobre a dignidade humana e desenvolveu a concepção de que este atributo deve ser alcançado mediante a atribuição dos critérios de igual respeito a cada vida e ao projeto de vida de cada indivíduo, onde é possível identificar o respeito ao individualismo em sua teoria.

Deste modo é considerado como um liberal igualitário, defende a individualidade e a igualdade entre os indivíduos.

¹⁷⁶ Como exemplo é possível citar o Professor Flávio Quinaud Pedron na **Aula - A Teoria do Direito de Ronald Dworkin – Parte 01** (1:48:05), disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=7XL8PWIj9AQ>, e o Professor José Emílio Medauar Ommati na **Palestra – As Metáforas de Dworkin e a Teoria da Decisão** (1:54:30), disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=5OuX8UtOrvc>.

Assim, depois de passar grande parte de sua carreira realizando críticas a outras teorias, buscou consolidar suas concepções como um “ouriço” na obra: “A raposa e o porco-espinho: Justiça e Valor”.

As concepções de Dworkin evocam a teoria do círculo hermenêutico de Gadamer de modo que predomina a utilização de metáforas. Neste aspecto utiliza a metáfora de uma árvore na qual o Direito são os galhos que por sua vez se pautam na concepção de política que somente se legitima se atender aos ideais morais da sociedade, e estes por sua vez também se fundamentam na dignidade humana, ou seja, no respeito e consideração a cada indivíduo e ao seu projeto de vida que se liga a sua ética individual de propósito de vida.

Deste modo, para Dworkin, o Direito se traduz em prática discursiva no sentido de buscar seu significado na história dos valores da comunidade na qual está inserido, sendo distinto da moral, pois imposto de maneira coercitiva, porém sua legitimidade decorre de sua interpretação conjunta com a própria moral.

Somente se justificaria a restrição do direito de um indivíduo mediante a análise de todos os aspectos acima, ou seja, o processo político, a moral, a dignidade humana e a ética. Assim cria uma teoria unitária de valores.

Entretanto, a obra de Ronald Dworkin mais difundida no Brasil é aquela na qual realiza a distinção entre regras e princípios “Levando os Direitos a Sério”, publicada inicialmente na década de 1970, trata-se de uma compilação de artigos escritos por Dworkin durante a década de 1960, ou seja, no início do desenvolvimento de sua teoria do Direito.

Especificamente quanto a este aspecto jurídico, após inúmeras críticas que recebeu quanto à distinção entre regras e princípios, Dworkin desenvolve os conceitos abordados e passa a evidenciar a importância do ato interpretativo para a definição do próprio Direito. Merece destaque o artigo “Como o direito se assemelha a literatura” constante na obra “Uma questão de princípio” e depois já na década de 1980 é publicada a obra “Império do Direito” que diferentemente das obras anteriores, não se trata de uma compilação de artigos, mas um livro estruturado como tal.

Esta obra tem grande relevância, pois demonstra o amadurecimento da teoria do Direito como “prática social interpretativa” e traça parâmetros para que isso ocorra até se chegar ao ideal de “Direito como Integridade” o que depois é finalizado na obra “A raposa e o porco-espinho: Justiça e Valor”.

Deste modo, é possível traçar uma linha evolutiva na teoria jurídica de Dworkin da seguinte maneira. Inicialmente busca contestar o positivismo jurídico e a ampla discricionariedade do magistrado, cria o magistrado fictício Hércules, que não decide apenas

com base na lei ou nos precedentes judiciais, mas identifica os princípios não escritos existentes na sociedade por meio dos quais encontrará a resposta correta para todos os casos, inclusive para os denominados casos difíceis.

Posteriormente desenvolve esta concepção de busca da resposta certa de forma analítica e global, mediante a comparação do Direito com a literatura, e na obra “Império do Direito” desenvolve a teoria da análise judicial como um romance em cadeia, possibilitando a busca do ideal do direito como integridade.

Serão analisados estes pontos da teoria de Dworkin, quais sejam, a distinção entre regras e princípios, a identificação do direito com a literatura, a concepção do romance em cadeia e o direito como integridade.

3.2 NORMAS COMO REGRAS E PRINCÍPIOS NA TEORIA DE RONALD DWORKIN

Ronald Dworkin realiza a distinção entre regras e princípios no artigo “Modelo de Regras I” constante da obra “Levando os direitos a sério”. Novamente cabe o alerta de Ronaldo Porto Macedo Júnior:

Algumas leituras apressadas de Dworkin, por vezes, creditam uma suposta originalidade de seu pensamento “à incorporação da discussão dos princípios” ou à dimensão moral do Direito em seus trabalhos. Certamente, se fosse essa sua contribuição, sua fama seria indevida, visto que, muito antes dele, outros autores já chamavam a atenção para isso. [...] Se há novidade no tratamento dos princípios na obra de Dworkin, esta se relaciona antes ao papel que os princípios morais desempenham em sua teoria do direito e da política, bem como a sua forma de abordá-los.¹⁷⁷

Entretanto, diante da relevância atribuída pelo “pós-positivismo” descrito por Barroso a respeito da distinção entre regras e princípios, cabe aqui a análise de tal distinção que tem como fundamento criticar o alto grau de discricionariedade atribuído pelo positivismo ao magistrado diante de casos difíceis. Nas palavras de Dworkin:

O positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma teoria judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria o poder discricionário para decidir de uma forma ou de outra. [...] Nos dois últimos capítulos argumentei que essa teoria da decisão judicial é totalmente

¹⁷⁷ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Como levar Dworkin a sério ou fotografar um porco-espinho em movimento. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Ensaios de Teoria do Direito**. 1.^a ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2013, p. 398.

inadequada; no presente capítulo, vou descrever e defender uma teoria melhor.¹⁷⁸

Para Dworkin, o direito é composto por um conjunto de regras jurídicas e princípios morais, princípios estes que não são remissíveis a nenhum critério de validade como o da regra de reconhecimento elaborado por Herbert Hart.¹⁷⁹

Estabelece, em primeiro lugar, uma distinção de cunho lógico entre regras e princípios, ou seja, quanto à lógica de aplicação destes. Segue abaixo transcrição do trecho provavelmente mais conhecido de sua obra no Brasil:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica [...] regras são aplicáveis à maneira de tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ele fornece deve ser aceita, ou não é válida.¹⁸⁰

Complementa da seguinte forma:

Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero [...].¹⁸¹

Em segundo lugar traz uma distinção no tocante à dimensão de peso a que os princípios estão sujeitos, mas as regras não:

[...] Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se intercruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que a outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem e o quanto importante ele é.¹⁸²

¹⁷⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 127.

¹⁷⁹ SGARBI, Adrian. **Clássicos da Teoria do Direito**. 4.ª ed. São Paulo: Lumen Juris, 2020, p. 161.

¹⁸⁰ DWORKIN, *op. cit.*, p. 43.

¹⁸¹ DWORKIN, *op. cit.*, p. 43.

¹⁸² DWORKIN, *op. cit.*, p. 42-43.

Embora pouco abordada, mostra-se relevante na teoria de Dworkin a definição de uma terceira espécie de norma: as “diretrizes políticas” que seriam argumentos destinados a estabelecer um objetivo político para a comunidade. Em sua obra Dworkin atribui mais relevância à distinção entre princípios e “diretrizes políticas” do que à distinção entre princípios e regras, o que se evidencia no fato de que trata das regras apenas no artigo “Modelo de Regras I”, ao passo que chega a tratar das “diretrizes políticas” neste artigo, porém aprofunda ainda a distinção e desenvolve a explicação referente às diretrizes políticas no artigo “Casos difíceis” também constante na obra “Levando os direitos a sério”.

A finalidade de tal distinção é possibilitar ao magistrado sempre encontrar a melhor decisão possível para cada caso, afastando-se da multiplicidade de decisões subjetivas possíveis que seria o resultado prático da aplicação do positivismo de Herbert Hart.

Para Dworkin, um princípio é identificado mediante análise de todo o ordenamento jurídico, sua história e da comunidade na qual está inserido e busca proteger direitos individuais em face da coletividade, neste aspecto reside sua crítica ao utilitarismo de Jeremy Bentham, que de acordo com as concepções de Dworkin, almeja basicamente proteger o interesse da maioria da coletividade.

Para possibilitar a identificação do princípio apto a solucionar o caso concreto Dworkin se utiliza da metáfora do juiz Hércules, que analisa toda a história institucional da comunidade, elaborando uma teoria geral constitucional abrangendo o sistema judicial, e a partir daí identifica princípios não exatamente escritos, mas de cunho moral, que vinculam o julgador.

Hércules seria um juiz filósofo que poderia desenvolver, nos casos apropriados e difíceis, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem, e para tal mister teria capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas.¹⁸³

Ele desempenharia o trabalho de um semideus apreciando todos os casos semelhantes. Hércules identificaria inclusive eventual inadequação da argumentação adotada nas decisões pretéritas e de acordo com a condição moral atual, decidiria da melhor forma possível. Desta forma, Dworkin defende a concepção da existência de uma única resposta correta.

Quanto à origem dos princípios Dworkin afirma que:

A origem desses princípios enquanto princípios jurídicos não se encontra na decisão particular de um poder legislativo ou tribunal, mas na compreensão

¹⁸³ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 165.

do que é apropriado, desenvolvido pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo.¹⁸⁴

E o trabalho de Hércules nas palavras de Dworkin seria:

[...] construir um sistema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas.¹⁸⁵

3.3 O DIREITO COMO LITERATURA, O ROMANCE EM CADEIA E O DIREITO COMO INTEGRIDADE

Para Ronald Dworkin, a prática jurídico-interpretativa é uma interpretação construtiva e seria semelhante à interpretação literária considerada como um meio-termo entre a interpretação conversacional e a interpretação científica.

Na interpretação conversacional a opinião do autor da obra tem maior relevância, ou seja, predomina o argumento de autoridade, e a interpretação científica seria aquela realizada pelos cientistas com base em dados empíricos.

Neste ponto resta demonstrada a influência que recebeu da teoria hermenêutica de Gadamer e o círculo hermenêutico. De acordo com esta teoria o significado de determinada obra artística se desprenderia da concepção de seu autor e teria significado a partir da concepção do próprio intérprete.

Flávio Pedron realiza a seguinte síntese:

Assim, a conversacional é intencional. Atribui significado a partir dos supostos motivos, intenções e preocupações do orador, e apresenta suas conclusões como afirmações sobre a interpretação deste ao dizer o que disse. A interpretação científica apresenta-se como uma interpretação causal, o cientista começa por coletar dados, para depois interpretá-los. A interpretação artística, por sua vez, tem por finalidade justificar um ponto de vista acerca do significado, tema ou propósito de determinada obra artística: um poema, uma peça ou uma pintura, etc., apresentando-se como uma interpretação construtiva, preocupada essencialmente com o propósito, não com a causa. Assim, do ponto de vista construtivo, a interpretação criativa é um caso de interação entre propósito e objeto.¹⁸⁶

¹⁸⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 40.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 182.

¹⁸⁶ PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. **Teorias Contemporâneas do Direito - análise crítica das principais teorias jurídicas da atualidade**. 2.ª ed. Belo Horizonte: Conhecimento Livraria e Distribuidora, 2022, p. 115.

Para se evitar subjetivismos reconhece que existe no intérprete pré-concepções a respeito dos temas e a partir daí define parâmetros para interpretar determinada obra de arte e, por isso, existiria uma interpretação correta da obra.

Como exemplo Ronald Dworkin utiliza a obra cinematográfica “Laranja mecânica”. O intérprete, para realizar a melhor interpretação, deverá ser munido dos melhores parâmetros de análise. Por exemplo, se entender que se trata de um filme de ação, considerará o filme muito ruim, mas se utilizar o parâmetro correto, ou seja, de que “Laranja mecânica” não seria apenas um filme de entretenimento, mas sim uma crítica à sociedade da época, conseguirá realizar a melhor interpretação.

Deste modo será o exame do direito. O intérprete deverá se basear nos critérios e parâmetros desenvolvidos no âmbito da própria comunidade, ou seja, não inventa os critérios. A partir daí o caso concreto será examinado da melhor maneira possível.

Desenvolve deste modo uma maneira pela qual o juiz deve interpretar o ordenamento jurídico, o que seria como um “*romance em cadeia*” no qual o magistrado é identificado como o escritor de um romance, tendo o dever de analisar todos os capítulos anteriores e posteriormente deverá dar sequência ao romance de forma coerente:

[...] cada romancista da cadeia (obra que está sendo escrita) interpreta os capítulos recebidos para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim sucessivamente. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração.¹⁸⁷

Como o último romancista da cadeia, o juiz não deve simplesmente reproduzir decisões, muito menos criar decisões jamais imaginadas; ele deve ser consciente da unidade e coerência a qual sua tarefa está inserida. Para Dworkin esta metáfora corresponde ao ideal de integridade¹⁸⁸, ou seja, íntegro, honesto, moral e coerente.

Este ideal de integridade seria uma construção teórica que explica o uso da força estatal por meio do direito. Esta teoria seria uma alternativa ao convencionalismo (positivismo jurídico) e ao pragmatismo (realismo jurídico).

Adrian Sgarbi realiza comparação entre a teoria dos princípios presente em “Levando os Direitos a sério” e o direito como integridade presente posteriormente em “Império do Direito” da seguinte maneira:

¹⁸⁷ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 276.

¹⁸⁸ SGARBI, Adrian. **Clássicos da Teoria do Direito**. 4.^a ed. São Paulo: Lumen Juris, 2020, p. 194.

[...] importa observar que o tema da resposta certa aparece em “Império do Direito” com roupagem um pouco diferente da inicial apresentada em “Levando os Direitos a sério”. Se em “Levando os Direitos a sério” a resposta certa surge como argumento substancial sustentado pela compreensão dos princípios, em “Império do Direito” sua abordagem é claramente argumentativa e procedimental. [...] se antes Hércules aparece como um juiz atento aos princípios, agora ele representa a aplicação do direito na busca da melhor interpretação para o caso, ou seja, aferrado à ideia de que é possível no particular dos casos difíceis dizer-se qual resposta está melhor fundada à luz da integridade.¹⁸⁹

Em que pese o amadurecimento da teoria do direito de Dworkin, diante do foco do presente estudo no neoconstitucionalismo segundo Luís Roberto Barroso, será realizado nos itens seguintes um aprofundamento na análise quanto à possibilidade de aplicação prática de sua teoria no ordenamento jurídico prático, bem como no estudo da força normativa dos princípios.

3.4 A TEORIA DE DWORKIN SERIA APLICÁVEL AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO?

Mostra-se relevante identificar que o autor desenvolveu toda sua teoria do direito em um contexto do sistema jurídico da *common law*, no qual a jurisprudência tem grande importância.

Deste modo é importante verificar se existe relevância em sua teoria e em que medida seria necessário contextualizar sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

Dworkin deixa claro que analisa o direito inglês e norte-americano. Em “Levando os Direitos a sério” traça claramente este panorama, trazendo inicialmente sua intenção de contestar o positivismo de Bentham, segundo ele o último autor anglófono que desenvolveu uma teoria completa do direito em seu aspecto conceitual e normativo.

A distinção que realiza entre *regras*, *princípios* e *diretrizes políticas* está inserida principalmente no aspecto conceitual da teoria do direito, e é neste ponto que se insere o positivismo de Herbert Hart, considerado por Dworkin como elegante e um grande convededor da filosofia da moral.

Dworkin ainda traz argumentações contrárias a outros positivistas como John Austin, bem como rebate críticas mais atuais de Joseph Raz.

¹⁸⁹ SGARBI, Adrian. **Clássicos da Teoria do Direito**. 4.^a ed. São Paulo: Lumen Juris, 2020, p. 201.

Dworkin não nega a relevância da teoria de Hart, bem como não contesta a existência de regras primárias e secundárias. Concentra suas críticas na discricionariedade atribuída ao magistrado.

A definição desenvolvida por Hart de regras primárias e regras secundárias amoldam-se tanto a um sistema de *common law*, quanto ao sistema de *civil law*, porquanto estabelece procedimentos para elaboração de normas jurídicas consideradas obrigatórias pela sociedade.

Além disso, em várias análises, Dworkin faz remissão expressa à existência de leis formalmente aprovadas, podendo acrescentar ainda a distinção que realiza entre o ordenamento norte-americano (no qual diversas questões políticas foram transformadas em jurídicas, decorrente da existência de uma Constituição Federal formal e única) e o ordenamento inglês, fato que aproxima ainda mais o sistema jurídico norte-americano ao ordenamento jurídico brasileiro.

Todavia, deverão ser levados em consideração aspectos inerentes à origem do autor sendo importante a reflexão de Eduardo Fernando Appio:

Nos Estados Unidos, a natureza gradativa da ordem vertical é evidente. A estrutura constitucional ocupa o mais alto nível; as decisões da Suprema Corte e, talvez, de outros tribunais que interpretam essa estrutura, vêm a seguir. As leis promulgadas pelos diferentes órgãos legislativos ocupam o nível seguinte e, abaixo deste, em níveis diversos, vêm as decisões dos diferentes tribunais que desenvolvem o direito costumeiro.¹⁹⁰

Além disso, o federalismo norte-americano atribui mais relevância aos sistemas estaduais e a legislação trabalhista é predominantemente de cunho estadual, o que restringe o debate constitucional de aspectos trabalhistas.

Oportuna ainda, outra observação de Eduardo Fernando Appio:

Note-se que, nos Estados Unidos, ao contrário do Brasil, o processo de emenda à Constituição é imensamente dificultado, na medida em que por lá se exige a ratificação de boa parte dos estados-membros. Por este nobre motivo a Suprema Corte dos Estados Unidos por vezes é chamada a realizar uma leitura “ampliada” das cláusulas abertas da Constituição a partir da interpretação que se dá à cláusula do devido processo (com especial ênfase na décima quarta emenda, que trata da prerrogativa legislativa dos estados-

¹⁹⁰ APPIO, Eduardo Fernando. O ativismo judicial na visão de Ronald Dworkin. **Revista Publicum**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 53, 2018. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>. Acesso em: 06 maio 2022.

membros e o limite no devido processo) e da cláusula que demanda igualdade de tratamento.¹⁹¹

Levando-se em consideração as advertências acima, ainda assim é possível considerar que a teoria de Dworkin, em que pese ter sido desenvolvida no sistema da *common law*, pode ser analisada de acordo com nosso sistema jurídico, com a devida contextualização, levando-se em conta que não estabelece um procedimento argumentativo racionalizado nos moldes propostos por Robert Alexy, porém exige uma postura do magistrado no sentido de “levar os direitos a sério”, ou seja, busca por meio da pesquisa e da dedicação a melhor decisão possível para o caso concreto.

3.5 PARÂMETROS PARA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL COM FUNDAMENTO NA CONCEPÇÃO DA FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS DE ACORDO COM RONALD DWORKIN

Conforme já apreciado, o aspecto da teoria de Dworkin predominantemente invocado por Barroso se refere à força normativa dos princípios e a distinção destes em face das regras.

Cabe aqui uma crítica a esta menção, tendo em vista que se trata de parte inicial da teoria do autor que posteriormente foi aperfeiçoada no sentido de defender a concepção de “postura argumentativa” por parte daquele que atua com o direito denominada “teoria do direito como integridade” que vai muito além da mera “força normativa dos princípios”.

De todo modo, serão identificados parâmetros para uma análise jurisprudencial e critérios para o desenvolvimento do trabalho do juiz Hércules em sua obra “Levando os direitos a sério”, deixando claro que sua teoria do direito amadurecida se encontra na obra “Império do Direito”.

Vale mencionar o alerta de Dworkin que afirma não ter como objetivo desenvolver nenhum “procedimento mecânico” para o trabalho ideal de um juiz, porém serão identificados parâmetros que podem ser aplicados para a análise das decisões proferidas pela Justiça do Trabalho.

Logo na introdução de “Levando os Direitos a sério” Dworkin afirma que tem como objetivo desenvolver uma teoria liberal do direito. Para tanto explica que uma teoria do direito deve conter um segmento que trate dos aspectos conceituais e outros segmentos que trate de aspectos normativos.

¹⁹¹ APPIO, Eduardo Fernando. O ativismo judicial na visão de Ronald Dworkin. **Revista Publicum**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 53, 2018. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>. Acesso em: 06 maio 2022.

Para o autor o aspecto conceitual da teoria do direito necessita responder “o que é direito”, em suas palavras “uma teoria sobre as condições necessárias e suficientes para a verdade de uma proposição jurídica”.¹⁹²

Considera que o aspecto normativo se refere ao modo como as instituições jurídicas devem se comportar e devem abranger: a) a teoria da legislação; b) teoria da decisão judicial (abrangendo procedimento e verificação de resultado); e c) teoria da observância da lei. Neste aspecto afirma que a teoria dominante é o “utilitarismo” de Bentahm aplicado pela denominada “análise econômica do direito”.

Dworkin realiza uma análise crítica destes aspectos, mas também traz uma proposição construtiva e afirma que o foco principal de sua teoria, que não foi levada em consideração pelos positivistas e pelos utilitaristas são os “direitos humanos”, considerando os direitos individuais como “trunfos políticos” em face do Estado e da maioria.

Ao desenvolver a metáfora do juiz Hércules, Dworkin se concentra em criticar alguns aspectos do positivismo jurídico, mais precisamente o critério de identificação da validade de uma norma jurídica que seria uma espécie de regra de “pedigree”. O autor descreve o modo que entende que o positivismo jurídico analisa a validade de uma norma da seguinte forma:

O direito é uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direito ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual o comportamento será punido ou coagido pelo poder público. Essas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com auxílio de critérios específicos, de testes que não tem a ver com seu conteúdo mas com o seu pedigree ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas.¹⁹³

Neste aspecto critica o critério formal de identificação de uma norma. É neste ponto que existe a justificativa de considerar os princípios não escritos como normas, que seriam identificados na história moral da sociedade, na elaboração da constituição e da legislação, bem como subjacentes aos precedentes judiciais, que também seriam normas jurídicas, apesar de não serem passíveis de avaliação pelo “teste de pedigree”.

Um segundo aspecto que considera equivocado no positivismo jurídico é o alto grau de discricionariedade atribuído ao magistrado. Nas palavras do autor:

O conjunto dessas regras é coextensivo com o “o direito”, de modo que se o caso de alguma pessoa não estiver claramente coberto por uma regra dessas (porque não existe nenhuma que pareça apropriada ou porque as razões que parecem apropriadas são vagas ou por alguma outra razão), então esse caso

¹⁹² DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. VII.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 28.

não pode ser decidido mediante “a aplicação do direito”. Ele deve ser resolvido por uma autoridade pública como um juiz, “exercendo seu discernimento pessoal”, o que significa ir além do direito na busca por algum outro tipo de padrão que oriente na confecção de nova regra ou complementação de uma regra já existente.¹⁹⁴

Para o autor, o positivismo jurídico permite ao juiz criar novos direitos e obrigações às partes, aplicando isso de forma retroativa ao caso concreto, risco grave na visão de Dworkin, pois quando se fala em direito, tratamos de coerção e ingresso na propriedade alheia, restrição de seus direitos, motivo pelo qual não seria admissível alguém ver seus direitos restrinidos por uma regra criada posteriormente de acordo com o “discernimento pessoal de alguém”.

Novamente recorre aos princípios que teriam cunho moral e já existiriam na comunidade, devendo o magistrado identificá-los e não criar os princípios.

Cabe aqui uma observação quanto à adoção da teoria de Dworkin no aspecto jurisprudencial, pois mediante as argumentações desenvolvidas, existe a impressão de que sua teoria atribuiria maior liberdade aos magistrados, o que não ocorreria no positivismo de Hart e Kelsen.

É possível identificar traços desta concepção no acórdão proferido pelo TRT da 15^a Região, caso paradigmático no qual foi decidido a respeito da validade da dispensa coletiva conforme abaixo, o denominado “Caso Embraer”:

A normatização dos princípios jurídicos resgatou a trilogia - ética, moral e direito - em divórcio do positivismo jurídico de Kelsen e Hart. Assim, o controle judicial dos atos jurídicos públicos ou privados, individuais ou coletivos, requerem uma nova postura da atividade jurisdicional que, neste raciocínio, nos permite concluir que é possível ao Tribunal reconhecer que é mais amplo o espectro constitucional de proteção ao trabalhador em caso de dispensa coletiva. Esta conclusão é sustentável com base nos fundamentos do Estado Democrático de Direito preconizados na Constituição da República do Brasil, definidos entre os Princípios Fundamentais, o da dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (no art. 1º, III e IV); a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento econômico; a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; a promover do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, idade e qualquer outras formas de discriminação (no art. 3º, I, 11, III e IV); a independência nacional e a prevalência dos direitos humanos (art. 4a, I e 11).¹⁹⁵ (grifos nossos).

¹⁹⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 28.

¹⁹⁵ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15^a Região. Seção de Dissídios Coletivos. **Dissídio Coletivo: DC 00309-2009-000-15-00-4**. Relator: Desembargador Federal do Trabalho: JOSÉ ANTONIO PANCOTTI. Data de julgamento: 27 mar. 2009. Data de publicação: DEJT, 30 mar. 2009. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trt-15/18968099/inteiro-teor-104217585>. Acesso em: 23 nov. 2022.

A consideração acima levaria a conclusão que Hart e Kelsen promoveriam o “divórcio” entre direito e moral, restringindo a atuação do juiz somente à aplicação da lei e a normatização dos princípios “ampliaria o espectro constitucional” de proteção do trabalhador, pois também poderiam ser invocados os princípios.

Entretanto ocorre exatamente o oposto. A crítica de Dworkin reside no fato de que a teoria do positivismo teria uma postura arquimédiana, expressão utilizada na obra “Império do Direito” preocupando-se apenas em observar o fenômeno jurídico, sendo que não daria atenção ao aspecto de sua interpretação e aplicação. A teoria da decisão judicial estaria fora do aspecto jurídico segundo a ciência jurídica desenvolvida por Hart e Kelsen, sendo ato de natureza política com ampla discricionariedade.

Conforme já mencionado, o magistrado, nos casos difíceis, que são aqueles sem norma escrita, (leis ou precedentes judiciais), deverá identificar os princípios existentes para solucionar o caso. É aí que surge a figura de Hércules, um juiz capaz de identificar aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem¹⁹⁶, o que faz por meio da denominada “teoria dos direitos”.

De acordo com Dworkin¹⁹⁷ esta tese exige o desenvolvimento em três direções: a) distinção entre direitos individuais e objetivos sociais; b) distinção entre direitos institucionais e direitos jurídicos, o que realiza por meio da teoria do papel do precedente e da história institucional; c) consequentemente o juiz deverá emitir juízos de moralidade política.

Abaixo serão identificados tais parâmetros para a busca da melhor decisão em consonância com as três direções acima:

a) Distinção entre direitos e objetivos – cumpre observar que este aspecto é pouco mencionado na teoria neconstitucionalista de Luís Roberto Barroso. É muito disseminada a distinção entre regras e princípios, porém pouco se trata da presente distinção. Inicialmente cabe a seguinte transcrição:

Os argumentos de princípios são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo. Os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos.¹⁹⁸

¹⁹⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 165.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 139.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 141.

Este ponto se relaciona à relevância que o autor atribui ao aspecto jurídico, bem como busca afastar o caráter político da argumentação nos tribunais, pois considera que os juízes não deveriam ser e não são legisladores delegados.¹⁹⁹

Deste modo, os juízes em sua argumentação deveriam se ater somente aos argumentos de princípio e deixar de aplicar argumentos de política. Dworkin exemplifica da seguinte maneira o argumento de política:

Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. O argumento em favor de um subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional, é um argumento de política.²⁰⁰

Em contrapartida tece as seguintes considerações quanto aos argumentos de princípios:

Os argumentos de princípios justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou grupo. O argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito é um argumento de princípio.²⁰¹

Dworkin aplica a distinção ao analisar o caso *Spartan Steel* no qual se pleiteou indenização por perdas econômicas decorrentes de danos à propriedade alheia cometido por terceiros. Os empregados do réu romperam cabos elétricos pertencentes a uma companhia de energia elétrica que fornecia energia ao autor da ação, que suportou prejuízos pela interrupção do serviço. Dworkin esclarece da seguinte maneira a distinção entre as possíveis fundamentações com base em princípios ou em política:

O tribunal poderia ter chegado à sua decisão perguntando se uma empresa na posição do demandante tinha direito a uma indenização – o que é uma questão de princípio – ou se seria economicamente sensato repartir a responsabilidade pelos acidentes na forma sugerida pelo demandante – o que é uma questão de política.²⁰²

O tribunal adotou o segundo posicionamento e decidiu por princípios de política, fato do qual Dworkin discordou expressamente:

¹⁹⁹ DWORKEIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 161.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 129.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 129-130.

²⁰² *Ibidem*, p. 131.

Não obstante, defendo a tese de que as decisões judiciais, mesmo nos casos difíceis como o da Spartan Steel, são e devem ser, de maneira característica, gerados por princípios e não por políticas.²⁰³

O autor relaciona tal prática de decisões por políticas com a teoria econômica do direito²⁰⁴, a qual na obra “Império do Direito” identifica-se com o pragmatismo jurídico, tecendo várias críticas contra tal modo de interpretação, que em sua concepção poderá levar a uma tirania por parte do Poder Judiciário.

Ainda neste aspecto o autor diferencia os direitos abstratos dos direitos concretos, ou princípios abstratos e princípios concretos. Em suas palavras:

Um direito abstrato é um objetivo político geral, cujo enunciado não indica como este objetivo geral deve ser pesado ou harmonizado, em circunstâncias particulares, com outros objetivos políticos. Neste sentido, os grandes direitos da retórica política são abstratos. Os políticos falam de um direito à liberdade de expressão, à dignidade ou à igualdade, sem sugerir que estes direitos são absolutos.²⁰⁵

Nesta definição de direito abstrato é possível identificar uma distinção entre a concepção de princípio aplicada predominante em nossa jurisprudência como, por exemplo, “os valores sociais do trabalho” que são considerados por Dworkin como um direito abstrato sem força argumentativa.²⁰⁶

Quanto aos direitos concretos traz a seguinte concepção:

[...] os direitos concretos são objetivos políticos definidos com maior precisão, de modo que expressam com mais clareza o peso que possuem, quando comparados a outros objetivos políticos em condições específicas. Suponhamos que eu não diga simplesmente que os cidadãos têm um direito à liberdade de expressão, mas que um jornal tem o direito de publicar projetos de defesa classificados como secretos, desde que tal publicação não coloque tropas diante de um perigo físico.²⁰⁷

Deste modo, em primeiro lugar, Hércules deverá identificar argumentos por princípios, eliminando argumentos de cunho político, que abarcariam também aqueles de cunho econômico, além daqueles com alto grau de abstração.

²⁰³ DWORAKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 131.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 151.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 146.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 139.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 146.

b) Distinção entre direitos institucionais e direitos jurídicos – é exatamente neste aspecto que Dworkin desenvolve a concepção do juiz Hércules que tem a missão de identificar aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem. Nestes pontos residem o trabalho sobre humano e hercúleo.

Na solução de um caso difícil com fundamento na Constituição, Dworkin traz como exemplo um texto constitucional que proíbe a institucionalização de uma religião, e uma lei desenvolvida pelo Poder Legislativo que prevê a gratuidade de transporte para crianças das escolas paroquiais.

Para solucionar o conflito, Hércules deverá desenvolver uma teoria constitucional completa justificando inclusive o poder da Constituição em criar direitos, bem como um esquema que se ajuste às regras particulares desta Constituição, identificando qual sistema de princípios foi estabelecido.

Em sequência Hércules desenvolverá a concepção mais aceitável de liberdade religiosa e, com base nestas definições e em sua teoria geral do direito, chegará à solução do caso. Solução essa que Dworkin não traz em sua obra.

O autor desenvolve raciocínio semelhantes também quanto à aplicação de leis, que inicialmente se pautarão na teoria constitucional desenvolvida e trata ainda da aplicação de precedentes procurando coerência em sua elaboração.

Neste ponto, o autor traz a concepção de uma “teia inconsútil”, ou seja, uma teia sem costuras, contínua, por meio da qual Hércules examinará os precedentes judiciais anteriores e continuará a aplicação destes, levando em consideração que é Hércules e que somente ele poderia encontrar incongruências em tais precedentes e inclusive corrigi-los, momento no qual elaborará sua decisão.

É possível identificar que referida teoria foi “refinada” por meio da teoria do “romance em cadeia” já explanada acima.

Em suma, Hércules examinará toda a instituição e depois identificará as espécies de direitos jurídicos ou princípios jurídicos subjacentes à instituição necessários para a solução de um caso concreto.

c) Desenvolvimento de uma teoria da moralidade política – conforme assinalou Dworkin o desenvolvimento de uma teoria da moralidade política é inerente ao item anterior.

Para identificar o princípio subjacente ao caso ou a intenção legislativa Hércules analisa o direito da comunidade como um todo, em uma análise histórica e coerente, com sua capacidade crítica inigualável.

Ao realizar tal análise desenvolve uma teoria constitucional e consequentemente uma teoria política e moral de aplicação do direito.

Pode-se concluir que este terceiro aspecto se mostra inerente ao item examinado anteriormente de forma instrumental. Para se definir o direito jurídico ou princípio jurídico apto a solucionar o “caso difícil”, Hércules desenvolveu uma teoria da moralidade política necessária à aplicação do direito.

3.6 APLICAÇÃO DA TEORIA DE RONALD DWORKIN

Serão utilizados os mesmos parâmetros aplicados na análise da teoria constitucional formulada por Konrad Hesse, tendo como objetivo verificar o impacto do neoconstitucionalismo no âmbito da Justiça do Trabalho.

Já foi identificado que houve maior intensidade e relevância da aplicação de referidas técnicas no período compreendido entre 2011 e 2017 (composição do Tribunal Superior do Trabalho na qual foi identificada maior influência da doutrina de Luís Roberto Barroso até a entrada em vigor da Reforma Trabalhista).

A pesquisa foi realizada na base de jurisprudência disponibilizada no sítio do Tribunal Superior do Trabalho (<https://jurisprudencia.tst.jus.br/>).

Assim, a presente pesquisa novamente se dividirá em dois períodos. O primeiro compreendido entre 01/01/2011 até 10/11/2017 e posteriormente entre 11/11/2017 a 31/12/2021.

Nos dois períodos foi inserido o argumento de pesquisa “Dworkin” e na sequência foram inseridas as variáveis equivalentes.

Também foram eliminados os julgados nos quais o argumento de pesquisa “Dworkin” foi apenas citado como tese de alguma das partes ou em transcrição de outro julgado, ou seja, somente foram considerados os julgados nos quais o argumento “Dworkin” foi utilizado como fundamento efetivo da decisão.

Novamente conforme recomendação de Lee Epstein²⁰⁸ e Gary King foi elaborada tabela com a lista de todos os processos analisados²⁰⁹, bem como tabelas com o resumo dos dados coletados.

²⁰⁸ EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *Pesquisa empírica em direito [livro eletrônico]: as regras de inferência*. São Paulo: Direito GV, 2013, p. 26.

²⁰⁹ SILVA, Glauco Bresciani. *Processos Examinados na Pesquisa Empírica quanto à Hermenêutica Constitucional aplicada na Justiça do Trabalho. Parte da Dissertação “Neoconstitucionalismo na Justiça do Trabalho: Solução ou Dissolução?” destinada à obtenção do título de Mestrado no Programa de Pós-*

a) Período compreendido entre 01/01/2011 até 10/11/2017 - percebe-se um número reduzido em comparação com capítulo anterior no qual foi apreciada a teoria constitucional de Konrad Hesse consubstanciada na “força normativa da Constituição”. Foram encontrados um total de 342 (trezentos e quarenta e dois) acórdãos com referência expressa a “Dworkin”, porém em 284 (duzentos e oitenta e quatro) acórdãos a citação se referia apenas a transcrição de outras decisões ou teses das partes, ou de alguma maneira sem relevância para a argumentação do acórdão, motivo pelo qual foram eliminados. Deste modo restaram para exame o número de 58 (cinquenta e oito) acórdãos. Segue abaixo resumo com os principais indicadores encontrados que serão explanados na sequência.

INDICADOR	QUANTIDADE DE ACÓRDÃOS
Direito como Integridade	8
Direito de resistência	7
Igual consideração e respeito	9
Igualdade de recursos e distribuição	3
Definição de princípios	3
Em conjunto com Alexy	3
Citação indireta com Canotilho	25

Diante do objetivo do presente trabalho que é a análise da aplicação das concepções do neoconstitucionalismo na Justiça do Trabalho, e de acordo com o corte epistemológico realizado na teoria de Luís Roberto Barroso, que identifica na força normativa dos princípios um dos principais eixos norteadores do intérprete neoconstitucionalista, o foco se dará no exame dos “Indicadores” acima que tratam da teoria da interpretação jurídica desenvolvida por Ronald Dworkin. Em primeiro lugar a distinção que realiza entre regras e princípios, posteriormente a concepção do “Direito como integridade” que na realidade trata-se de aperfeiçoamento da primeira teoria e por fim serão examinadas algumas citações indiretas diante do expressivo volume em comparação com as demais.

Quanto à teoria da força normativa dos princípios e a distinção entre regra e princípios, foi possível verificar 3 acórdãos nos quais a teoria de Dworkin foi citada em conjunto com a de Robert Alexy. Destaca-se que é muito utilizada a expressão regras aplicáveis como “tudo ou nada” em conjunto com a concepção de princípios como mandados de otimização como no exemplo abaixo:

Conquanto a necessidade de expor o que carrega na bolsa realmente se trate de uma certa restrição à intimidade da trabalhadora, nenhum direito fundamental, nem mesmo o direito à intimidade, é absoluto, conforme leciona Robert Alexy (Teoria dos Direitos Fundamentais). É que os direitos fundamentais, como o da intimidade, são estabelecidos sob a forma de princípios e, como tais, não se aplicam na fórmula do "tudo ou nada" (Ronald Dworkin), mas como mandados de otimização.²¹⁰

Também pode ser identificada citação no sentido de utilização de ponderação nos termos de Dworkin e Alexy. Tais citações acabam equiparando as teorias dos dois autores em pontos que não coincidem. A concepção de princípios é distinta para Dworkin e para Alexy. Somente para o segundo são mandados de otimização. Além disso, Dworkin apenas cita a ponderação e não busca a definição de um método que busca sua racionalização, tal procedimento não alinha ao posicionamento de Ronald Dworkin, mas somente ao de Robert Alexy. Ainda na obra “Levando os direitos a sério”, apesar de utilizar o termo ponderação, Ronald Dworkin na realidade atribui ao juiz Hércules a função de examinar todo o histórico institucional e identificar o princípio inerente ao caso. O modo como foi utilizado causa a impressão de que tanto Dworkin quanto Alexy defendem a sistemática de sopesamento e análise do conflito dos princípios em si, todavia para Dworkin tem mais relevância o histórico institucional.

Com relação à citação de Dworkin e à referência ao Direito como Integridade, merece destaque o acórdão sob a Relatoria da Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi nos autos do E-RR - 219000-93.2000.5.01.0019 no qual realizou expressa remissão à concepção de direito, integridade e coerência constante na obra “O Império do Direito”.²¹¹

²¹⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 7.ª Turma. **Recurso de Revista: RR 839-72.2012.5.15.0095**. Relator: Desembargador FRANCISCO ROSSAL DE ARAÚJO. Data de julgamento: 21 out. 2015. Data de publicação: DEJT, 23 out. 2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tst/247073592>. Acesso em: 03 nov. 2022.

²¹¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 3.ª Turma. **Recurso de Revista: E-RR 219000-93.2000.5.01.0019**. Relator: Ministro MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI. Data de julgamento: 29 abr. 2015. Data de publicação: DEJT, 08 maio 2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tst/186855857>. Acesso em: 03 nov. 2022.

Com relação às citações indiretas se mostra relevante o número de 25 (vinte e cinco) julgados proferidos sob a relatoria do Ministro José Roberto Freire Pimenta, no qual há invocação da doutrina de José Joaquim Gomes Canotilho e este cita Dworkin no seguinte sentido: “podemos afirmar com Dworkin que ‘o direito não se inventa’, mas a ‘criação’ do direito para o julgamento de casos difíceis exige”.

Nos vintes e cinco acórdãos foram apreciados os limites para exigência de apresentação de antecedentes criminais na fase pré-contratual do contrato de trabalho. O conflito é identificado como um “hard case”, porém para a solução expressamente adota do critério da proporcionalidade originária do direito alemão e não menciona conjuntamente Ronald Dworkin e Robert Alexy, o que se considera correto no presente trabalho.

Com relação à citação de Dworkin e à referência ao Direito como Integridade, merece destaque o acórdão sob a Relatoria do Ministro Alberto Luiz Fontan Bresciani nos autos do RR - 2774-97.2012.5.02.0067 (DEJT 08/05/2015) no qual buscou redigir um “romance em cadeia” pautado na coerência com análise histórica da adoção do salário mínimo como parâmetro para pagamento do adicional de insalubridade. Referido julgado foi também utilizado como referência em outros 3 (três) acórdãos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROVIMENTO. Diante de potencial violação do art. 192 da CLT, merece processamento o recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. II - RECURSO DE REVISTA. [...] 2 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE PROPORCIONAL À DURAÇÃO DO TRABALHO. ART. 192 DA CLT. INTERPRETAÇÃO DA NORMA. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO. 2.1. Em consonância com a noção de direito como integridade, preconizada por Ronald Dworkin, ao intérprete do direito cabe realizar interpretação coerente com as demais decisões políticas da comunidade, ao mesmo tempo em que assume o ônus de fundamentá-la com base em princípios reconhecidos por esta mesma coletividade. 2.2. Se a Suprema Corte vem negando a possibilidade de se interpretar o art. 192 da CLT de modo a estabelecer-se base de cálculo efetivamente mais justa - porque proporcional ao padrão salarial do trabalhador - e insuscetível de ferir a parte final do art. 7º, IV, da Constituição Federal, com muito mais razão, em virtude do princípio tuitivo, vetor axiológico da ciência juslaboral, é inadmissível que se estabeleça a proporcionalidade no pagamento do adicional somente para a hipótese em que empregado é remunerado com base no salário mínimo e proporcionalmente às horas efetivamente trabalhadas (OJ 358 da SBDI-1/TST). Seria o mesmo que admitir "interpretação evolutiva" do art. 192 da CLT apenas para prejudicar o trabalhador, em desarmonia com os princípios do Direito do Trabalho e jurisprudência desta Corte e do E. STF. 2.3. Assim, a interpretação conferida pela Corte Regional ao art. 192 da CLT rompe com direcionamento jurisprudencial conferido pelo E. STF relativamente à possibilidade de interpretação criativa da mencionada norma e o faz ignorando o princípio juslaboral da proteção, segundo o qual não é possível flexibilização de direitos

trabalhistas fora das hipóteses expressamente previstas pela Constituição e pela lei. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido.²¹²

b) Período compreendido entre 11/11/2017 até 31/12/2021 - foram encontrados um total de 98 (noventa e oito) acórdãos com referência expressa a “Dworkin”, porém em 69 (sessenta e nove) acórdãos a citação se referia apenas à transcrição de outras decisões ou teses das partes, ou de alguma maneira sem relevância para a argumentação do acórdão, motivo pelo qual foram eliminados. Deste modo restaram para exame o número de 29 (vinte e nove) acórdãos. Segue abaixo resumo com os principais indicadores encontrados que serão explanados na sequência.

INDICADOR	QUANTIDADE DE ACÓRDÃOS
Direito como Integridade	1
Princípios	3
Igualdade e igual distribuição de recursos	2
Igual consideração e respeito	4
Citação indireta com Canotilho	15
Direito de resistência	1
Riggs vs Palmer	1
Romance em cadeia	2

Novamente o foco se dará no exame da teoria dos princípios e do “Direito como integridade”.

Quanto a teoria dos princípios, 2 (dois) dos três acórdãos foram elaborados sob a relatoria do Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos e a transcrição de Dworkin “principles are propositions that describe rights” é utilizada como reforço ao argumento de que o Direito Processual deve ser examinado sob a perspectiva constitucional.

No acórdão referente ao processo MS - 1000583-16.2018.5.00.0000, sob a relatoria da então Presidente do C. TST Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, foram inseridas observações sobre o caso relatado por Dworkin em “Levando os Direitos a Sério”, Riggs contra Palmer. Ressalte-

²¹² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 3.^a Turma. **Recurso de Revista: RR 2774-97.2012.5.02.0067.** Relator: Ministro ALBERTO LUIZ BRESCIANI DE FONTAN PEREIRA. Data de julgamento: 29 abr. 2015. Data de publicação: DEJT, 08 maio 2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tst/186855857>. Acesso em: 03 nov. 2022.

se que neste caso não se trata exatamente de lide trabalhista, mas sim de impetrante que cumpre pena privativa de liberdade pelo homicídio de servidor do C.TST. Semelhantemente ao que ocorreu no caso Riggs contra Palmer, pleiteou o recebimento de pensão pela morte do servidor. Cabe observar que a citação restou muito bem colocada.

Em síntese, quanto à adoção da teoria de Ronald Dworkin pelo C.TST, em primeiro lugar é possível verificar que se mostra inexpressiva quantitativamente, entretanto foi possível verificar que, em sua grande maioria, as citações foram realizadas de modo contextualizado e adequado.

4 A TEORIA DE ROBERT ALEXY NA JUSTIÇA DO TRABALHO

A teoria de Robert Alexy é invocada por Luís Roberto Barroso em conjunto com a teoria de Ronald Dworkin atribuindo ênfase à força normativa dos princípios.

No presente capítulo será identificado que a teoria de Robert Alexy consiste em um sistema argumentativo de modo que, com fundamento na teoria analítica do discurso, busca demonstrar a possibilidade do controle racional da argumentação jurídica. Neste aspecto residem os dois fundamentos de sua teoria mais invocados, quais sejam, a força normativa dos princípios e a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Para o presente exame inicialmente a teoria de Alexy será contextualizada como um sistema, em sequência será examinado o fragmento de sua teoria no qual se insere a distinção entre regras e princípios, posteriormente será estudado o procedimento do sopesamento por meio da proporcionalidade.

Diante das inúmeras invocações em conjunto serão identificadas distinções de sua teoria para com a de Ronald Dworkin.

Assim como nos dois capítulos anteriores, será analisada a aplicação da teoria argumentativa de Robert Alexy em julgados proferidos no âmbito do C. TST, bem como situações específicas nas quais foi aplicada a ponderação entre direitos fundamentais em conflito com destaque à possibilidade de revista pelo empregador, bem como quanto à validade de norma coletiva. Tais aspectos têm como objetivo realizar análise empírica para quantificar a aplicação da teoria de Alexy no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho bem como realizar um contraste do posicionamento deste tribunal com o Supremo Tribunal Federal.

4.1 A TEORIA JURÍDICA DE ROBERT ALEXY COMO UM SISTEMA

A teoria do direito de Robert Alexy tem grande relevância para o movimento neoconstitucionalista no mundo jurídico brasileiro. Ao lado de Ronald Dworkin seus ensinamentos são considerados como cerne da força normativa dos princípios. Sua teoria foi desenvolvida em um sistema jurídico romano germânico, o que aproxima suas concepções das vigentes em nosso ordenamento e atrai ainda mais atenção e difusão de sua teoria tanto no meio acadêmico quanto na prática jurídica.

Ao contrário de Ronald Dworkin, buscou desenvolver um método interpretativo voltado para a solução de “casos difíceis” considerados aqueles nos quais ocorre o conflito entre direitos fundamentais. Tem por intenção criar um procedimento racional para a técnica de

sopesamento por meio da qual atribui pesos aos direitos em conflito desenvolvendo um verdadeiro iter argumentativo.

Inicialmente aplicada nas relações entre indivíduos e estado, diante da consideração da relevância da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sua teoria, a partir da Constituição Federal de 1988 e principalmente com a influência do neoconstitucionalismo, passou a ter grande aplicação na Justiça do Trabalho.

No presente item será analisada a teoria jurídica de Alexy como um sistema de modo a identificar em qual fragmento estaria a distinção entre regras e princípios e qual a finalidade desta distinção.

Alexy graduou-se simultaneamente em direito e em filosofia e, fundamentado na concepção analítica do discurso, buscou identificar a racionalidade do discurso criando uma teoria normativa no sentido de demonstrar um modo de desenvolver este discurso. Posteriormente aplicou esta teoria ao que considera como cerne do ordenamento jurídico, a Constituição, mais especificamente aos direitos fundamentais. Em seguida desenvolveu uma teoria do direito apreciando de forma crítica o juspositivismo, o jusnaturalismo e o realismo jurídico e ao final desenvolveu uma teoria alternativa às três concepções do direito mencionadas.

Estas concepções podem ser identificadas de forma gradual em suas três grandes obras: em primeiro lugar em “Teoria da Argumentação Jurídica” decorrente da publicação de sua tese de doutorado (*Theorie der juristischen Argumentation*, defendida em 1976 e publicada em 1978) é possível verificar que Alexy tem por objetivo mitigar, o máximo possível, o grau de irracionalidade e aumentar, o máximo possível, o grau de controlabilidade intersubjetiva da aceitabilidade jurídica. Cláudia Toledo sintetiza a obra da seguinte maneira:

Em sua primeira obra, Teoria da Argumentação Jurídica, Alexy aplica o modelo da Filosofia Analítica ao Direito, em sua dimensão discursiva, formulando uma teoria analítico-normativa do discurso jurídico. Isto é, uma teoria que analisa a estrutura lógica das fundamentações no discurso jurídico tanto de elaboração e aplicação do Direito (processo legislativo e decisões judiciais), quanto de abordagem científica do Direito (doutrina), estipulando critérios para a identificação e implementação da sua racionalidade (regras e formas do discurso prático geral e do discurso jurídico).²¹³

Alexy analisa inicialmente o discurso social, sua aceitabilidade convencional e a necessidade deste entendimento, fundamenta-se principalmente na teoria do discurso elaborada

²¹³ TOLEDO, Cláudia. **O Pensamento de Robert Alexy como Sistema**. São Paulo: Grupo GEN, 2017, p. 29.

por Jurgen Habermas e considera o discurso jurídico como uma especificação do discurso geral caracterizado pelos instrumentos normativos invocados, mas também passível de proceduralização.

Quanto mais racional o discurso, maior a possibilidade de controle e limitação do arbítrio daquele que exerce o poder, de modo que sua teoria busca principalmente o controle democrático e consequente proteção e efetivação dos direitos fundamentais e da dignidade humana.

Em sua teoria, identifica que os casos fáceis seriam solucionados pela subsunção, mas nos casos difíceis considera a necessidade de valoração dos direitos, que passou a ser adotado pelo Tribunal Constitucional Alemão a partir do “Caso Luth”. Suas considerações buscam sistematizar os critérios utilizados pela Corte, o que desenvolveu principalmente na obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”.

Entretanto, assim como Dworkin recebeu críticas por buscar uma resposta certa, mas na prática incentivaria o subjetivismo, a teoria de Alexy recebe as mesmas críticas, pois ao focar na valoração, esta, em geral se pauta em critérios subjetivos do intérprete, pois este atribui valor aos princípios de acordo com critérios próprios. Em que pese tais críticas, sua teoria traz recursos lógicos muitas vezes considerados matemáticos para limitar tal discricionariedade.

Na obra “Teoria dos Direitos Fundamentais” decorrente da tese de *Habilitation* (*Theorie der Grundrechte*, defendida em 1984 e publicada em 1985), Alexy realiza o conhecido alerta de que suas concepções são voltadas para o Direito Constitucional alemão. Tal observação não impede o estudo e aplicação em nossa realidade brasileira, todavia merece importantes considerações para se evitar anacronismos.

Algumas destas observações já foram realizadas no estudo da teoria de Konrad Hesse, porém cabe observar que, em primeiro lugar, os direitos fundamentais são previstos de maneira vaga na Lei Fundamental de Bonn, cabendo ao Tribunal Constitucional delimitar e regulamentar a aplicação de tais direitos. Daí a relevância da concepção de princípios de Robert Alexy que muitas vezes se referem a direitos fundamentais. Cabe aqui o alerta inicial de que Alexy realiza uma distinção qualitativa entre regras e princípios diferentemente da distinção de cunho lógico realizada por Dworkin. Tais distinções serão detalhadas posteriormente.

Em segundo lugar, principalmente no tocante ao Direito do Trabalho inserido no âmbito dos direitos sociais, a Lei Fundamental de Bonn não trouxe a previsão expressa de direitos sociais, sendo que somente são levados ao Tribunal Constitucional de forma indireta por atingirem de forma reflexa direitos fundamentais individuais.

Relevante considerar que Alexy em sua “Teoria dos Direitos Fundamentais” apreciou os procedimentos adotados pelo Tribunal Constitucional Alemão e a partir de tal observação sistematizou e racionalizou a forma de decidir casos complexos envolvendo a colisão entre direitos fundamentais.

Oportuna a observação de Cláudia Toledo:

Em síntese, nem foi o pensamento alexiano que criou os princípios jurídicos, nem foi com a teoria dos princípios que surgiu a ponderação como forma diferenciada de sua aplicação. A (grande) contribuição de Alexy consiste na racionalização do que se faz quando se está diante de princípios, ou seja, de como se articula o processo de ponderação pelo qual juízes aplicam os princípios em jogo.²¹⁴

É na obra “Teoria dos Direitos Fundamentais” que Alexy desenvolve a distinção entre regras e princípios e para solucionar a colisão entre princípios, o sistema do sopesamento através da aplicação procedural da ponderação.

Referido procedimento tem grande aplicação no mundo ocidental, principalmente nos países de ordenamento jurídico da família romano-germânica sendo que o Brasil é exemplo de país que adotou expressamente sua teoria no direito positivo. O art. 489 do atual Código de Processo Civil dispõe sobre os elementos essenciais da sentença e no segundo parágrafo do dispositivo chegam a ser utilizados literalmente termos típicos desenvolvidos por Alexy em sua teoria dos princípios como colisão entre normas e utilização da ponderação.²¹⁵

Recorre-se novamente à Cláudia Toledo que sintetiza a relação entre as obras “Teoria da Argumentação Jurídica” e “Teoria dos Direitos Fundamentais”:

A conexão entre a obra Teoria dos Direitos Fundamentais e a anterior Teoria da Argumentação Jurídica é evidenciada, antes de mais nada, pela busca de desenvolvimento da racionalidade no discurso jurídico. No primeiro livro, Alexy analisa propriamente a estrutura da argumentação jurídica e explicita regras que nela já implicitamente existem. Neste segundo livro, o autor faz um recorte temático no Direito, abordando, no âmbito do direito constitucional, os direitos fundamentais. Ao discurso jurídico cujo tema são esses direitos – ocorra ele no Poder Legislativo (legislação), no Poder Judiciário (precedentes) ou no debate doutrinário (dogmática) –, são integralmente aplicáveis as regras da Teoria da Argumentação Jurídica elaborada em 1976. À racionalidade atribuída à forma do discurso jurídico, Alexy busca acrescentar a

²¹⁴ TOLEDO, Cláudia. **O Pensamento de Robert Alexy como Sistema**. São Paulo: Grupo GEN, 2017, p. 36.

²¹⁵ BRASIL. **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. [...].” Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 03 nov. 2022.

racionalidade no tratamento de um dos vários conteúdos do Direito atual, os direitos fundamentais e sua estrutura principiológica.²¹⁶

No livro “Conceito e Validade do Direito” (Begriff und Geltung des Rechts) publicado em 1992, Alexy desenvolveu sua teoria do direito na qual identifica que uma teoria do direito deve considerar o aspecto formal, o aspecto social e o aspecto valorativo.

Entende que o positivismo jurídico focaria apenas na concepção formal e na eficácia social, deixando o critério moral de justiça apenas para aplicação. Em contrapartida, o jusnaturalismo concentraria apenas na condição moral. Por fim, o realismo se preocuparia apenas com a eficácia social.

Samuel Sales Fonteles relata importante reflexão desenvolvida pelo próprio Alexy:

Por fim, por ocasião da sua célebre palestra proferida nos átrios da Universidade de Brasília (UnB), na data de 25 de maio de 2017, de próprio punho, valendo-se de um pincel, Robert Alexy desenhou um polígono representativo de toda sua construção teórica, declarando que o centro de sua teoria era a pretensão de correção.²¹⁷

Robert Alexy em suas obras busca correção e racionalidade no exame analítico do discurso social considerando ainda os aspectos do Direito referentes à segurança e a coerção. A diferenciação entre regras e princípios tem fundamento no desenvolvimento de instrumentos argumentativos e racionais constantes principalmente da obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, tema que será aprofundado no próximo item.

4.2 DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS NA TEORIA DE ROBERT ALEXY

A distinção entre regras e princípios encontra-se na obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”. Na introdução já deixa claro a relevância do exame das decisões do Tribunal Constitucional Alemão:

A ciência dos direitos fundamentais - a despeito das controvérsias em torno do efeito vinculante das decisões do Tribunal Constitucional Federal tornou-se, em considerável medida, uma ciência da jurisprudência constitucional.²¹⁸

²¹⁶ TOLEDO, Cláudia. **O Pensamento de Robert Alexy como Sistema**. São Paulo: Grupo GEN, 2017, p. 38.

²¹⁷ FONTELES, Samuel Sales. **Hermenêutica constitucional**. Salvador: JusPodivum, 2018, p. 244.

²¹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.^a ed, 4.^a tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 27.

Alexy considera o tema complexo em decorrência da abertura do texto das normas de direitos fundamentais gerando ambiguidades nos textos normativos e até na própria jurisprudência.

Ao desenvolver sua teoria, afirma que se trata de uma teoria jurídica atrelada ao direito positivo, não sendo uma filosofia dos direitos fundamentais. A base de sua teoria dos direitos fundamentais é a teoria dos princípios abordada no terceiro capítulo da obra em análise.

Inicialmente Alexy define o objeto de uma teoria dos direitos fundamentais através da dogmática jurídica que possui três dimensões: uma analítica, uma empírica e uma normativa e justifica o motivo desta investigação dogmática:

A dogmática jurídica é, em grande medida, uma tentativa de se dar uma resposta racionalmente fundamentada a questões axiológicas que foram deixadas em aberto pelo material normativo previamente determinado. Isso faz com que a dogmática jurídica seja confrontada com o problema da possibilidade de fundamentação racional dos juízos de valor. Mais adiante será demonstrado que isso é em princípio possível.²¹⁹

O autor desenvolveu uma análise histórica da ciência do direito alemão, passando pela jurisprudência dos conceitos (predominantemente analítica), pela jurisprudência dos interesses (predominantemente teleológica) e pela jurisprudência dos valores (predominantemente valorativa). Apesar de buscar pontos positivos de cada uma das fases mencionadas, considera que sua teoria é ligada à tradição analítica da jurisprudência dos conceitos.²²⁰

Alexy atribui valor ao conceito semântico de norma devendo ser levado em consideração o contexto no qual é aplicado, o que mais uma vez ressalta a importância do caso concreto para a análise do direito.

Outro ponto relevante em sua teoria é a definição do que seria um direito fundamental. De forma objetiva considera como tal aquilo que é assim definido pela Constituição alemã, utiliza assim um critério formal.

Entretanto, com fundamento na norma expressamente prevista na Constituição alemã, é possível identificar um outro tipo de norma de direito fundamental que o autor denomina “norma de direito fundamental atribuída”, que surge de acordo com a fundamentação e o refinamento de uma norma constitucional.

²¹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.^a ed, 4.^a tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 36.

²²⁰ *Ibidem*, p. 49.

O autor se utiliza do exemplo da norma constitucional expressa que traz o enunciado: “a ciência, a pesquisa e o ensino são livres”.²²¹ A partir desta norma o Tribunal Constitucional cria regras semânticas e define atividade científica como: tudo aquilo “que, por seu conteúdo ou forma, pode ser encarado como uma tentativa séria e planejada de encontrar a verdade”.

A partir desta concepção semântica pode-se identificar a seguinte norma: Aquilo que, por seu conteúdo e forma, é uma tentativa séria e planejada de descobrimento da verdade deve ser livre.

Esta norma acima passou por um refinamento e apesar de não ser expressamente prevista na Constituição alemã, de acordo com a teoria de Alexy é considerada como uma norma constitucional atribuída.

Por fim, demonstra a importância e a finalidade da argumentação em sua teoria do direito: “Saber se uma norma atribuída é uma norma de direito fundamental depende, portanto, da argumentação referida a direitos fundamentais que a sustente”.²²²

A partir da definição de norma de direito fundamental Alexy passa a estabelecer a estrutura de sua teoria dos direitos fundamentais e, em suas palavras, a distinção mais relevante de categoria teórico-estrutural é a diferenciação entre regras e princípios que teria os seguintes efeitos:

Com sua ajuda, problemas como os efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros e a repartição de competências entre tribunal constitucional e parlamento podem ser mais bem esclarecidos. A distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais.²²³

O autor reconhece que esta distinção não é nova, mas realiza críticas diante da falta de clareza de tais distinções anteriores com destaque para a diferenciação que considera mais frequente que é aquela realizada com base na generalidade da norma.

De todo modo considera que a distinção entre regra e princípio é de caráter qualitativo, sendo que os princípios são mandamentos de otimização. Em suas palavras:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro

²²¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.^a ed, 4.^a tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 69.

²²² *Ibidem*, p. 74.

²²³ *Ibidem*, p. 86.

das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.²²⁴

Traz a seguinte concepção quanto às regras:

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos [...] a distinção entre regras e princípios é uma distinção de qualidade e não uma distinção de grau".²²⁵

Ainda deixa claro que regras e princípios são espécies de normas:

Toda norma é uma regra ou um princípio [...] tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser expressados por meio de expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição.²²⁶

Este ponto é fundamental para desfazer uma série de confusões no tocante à teoria de Alexy. O critério para sua definição de princípio não reside no conteúdo da norma, ou em sua importância ou em qual documento se encontra positivada, mas sim em sua estrutura qualitativa.

Para solucionar o conflito entre princípios, defendendo concepção diversa de Hans Kelsen para quem o magistrado teria liberdade de enquadrar a solução dentro da moldura do direito, Alexy propõe uma complexa fórmula da ponderação mediante aplicação do Princípio da proporcionalidade.

Alexy debruçou-se sobre inúmeros julgados do Tribunal Constitucional Federal alemão e identificou a utilização do princípio ou máxima da proporcionalidade e buscou racionalizar referida técnica. Nas palavras do autor:

Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja,

²²⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.ª ed, 4.ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 90-91.

²²⁵ *Ibidem*, p. 91.

²²⁶ *Ibidem*, p. 87 e 91.

que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza. O Tribunal Constitucional Federal afirmou, em formulação um pouco obscura, que a máxima da proporcionalidade decorre, "no fundo, já da própria essência dos direitos fundamentais.²²⁷

É possível sintetizar os três subprincípios da seguinte maneira, esclarecendo que os dois primeiros tratam de questões fáticas e o último se refere às questões jurídicas propriamente ditas:

a) Adequação – a medida adotada deve ser apta para atingir os fins almejados. Robert Alexy²²⁸, em palestra ministrada no auditório do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, citou como exemplo a edição de lei que trazia requisitos para obtenção de licença para realização de caça esportiva. Dentre os requisitos era exigida a prova de tiro. Entretanto, na Alemanha existe tradição da caça realizada com falcões e na realidade existiria um conflito subjetivo (uma rixa) entre estes e os caçadores que se utilizavam de armas de fogo que, por sua vez, mediante lobby conseguiram a aprovação de referida lei.

O Tribunal Constitucional Federal alemão considerou que referida lei não atingiria o objetivo almejado que seria o de avaliar as habilidades de caça dos candidatos à obtenção da licença, porquanto aqueles que se utilizam de falcões em geral não têm prática em utilizar armas de fogo, ou ainda que tivessem, não utilizavam armas de fogo comumente e o teste de tiro se mostraria inadequado. Deste modo declarou a lei inconstitucional por ausência de adequação.

Nas palavras de Alexy referida lei feriu “a tão cara liberdade geral de agir do indivíduo”.

Cabe o alerta do professor no sentido de que são raros os casos que podem ser resolvidos a nível de adequação.

b) Necessidade – de acordo com o presente subprincípio dentre os vários meios que possam ser adotados para se alcançar determinada finalidade, deve ser aplicado aquele que menos sacrifique ou limite os direitos envolvidos.

De acordo com Alexy a necessidade se mostra mais relevante e incidente que a adequação. De acordo com este subprincípio é exigido que entre duas medidas para otimizar (tornar ótimo) os princípios em conflito, deve ser escolhida aquela que menos restrinja um deles. Alexy em seu livro utiliza os referenciais P1 e P2 para demonstrar os princípios em conflito.

²²⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.ª ed, 4.ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 117.

²²⁸ SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2.ª Região. I Seminário Internacional Robert Alexy (2:10:35). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ShHnrXK7SQs>. Acesso em: 09 maio 2022.

Novamente recorre-se a exemplo prático trazido por Alexy²²⁹ no qual uma fábrica de alimentos comercializava um doce comemorativo de Páscoa, mais especificamente “coelhinhos de arroz”, porém pela embalagem existia a impressão de que seria de chocolate. Muitos consumidores adquiriam o produto acreditando que seria de chocolate e se sentiam lesados.

Com o intuito de proteger os consumidores, o Ministério para Juventude, Família e Saúde da Alemanha editou portaria proibindo a comercialização de doces que, embora contivessem chocolate em pó, eram feitos predominantemente de flocos de arroz.

No caso existe o conflito entre o direito de informação dos consumidores e a liberdade de comercialização abrangida pela livre iniciativa.

O Tribunal Constitucional Federal alemão apreciou o caso e identificou que a medida se mostrava adequada para proteger os consumidores, porém existiriam outras medidas menos restritivas como, por exemplo, a inserção de um rótulo no produto informando que não se tratava de um produto genuinamente de chocolate. Uma medida adequada, porém, menos restritiva.

Buscando aplicar sua concepção lógica e analítica Alexy explica a solução da seguinte maneira:

Também aqui a idéia de otimização é facilmente identificável. O princípio da proteção do consumidor (P2) é satisfeito de forma similar pelo dever de identificação no rótulo (M1) e pela proibição de comercialização (M2). Assim, para P2 é indiferente se se adota M1 ou M2. Mas isso não é assim para o caso da liberdade profissional (P1). M2 intervém em P1 de forma muito mais intensa que M1. Em face das possibilidades fáticas (M1 ou M2), P1 é satisfeito em um grau maior com a escolha de M1 que com a escolha de M2 sem que, com isso, surjam custos para P2. Por isso, a otimização de P1 e P2 veda a utilização de M2.²³⁰

O autor afirma que nessa máxima da necessidade aplica-se a ideia da eficiência de Pareto, ou seja, a busca da maior eficiência com o mínimo de intervenção.

É importante salientar que os subprincípios são aplicados de forma subsequente, ou seja, primeiro analisa-se o critério da adequação, somente se necessário passa-se ao critério da necessidade e, por fim, caso necessário enfrenta-se o subprincípio jurídico da proporcionalidade em sentido estrito.

Alexy alerta que nem sempre o exame da adequação e da necessidade seriam simples como nos casos acima e cita que em 1994 o Tribunal Constitucional alemão foi provocado a

²²⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.^a ed., 4.^a tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 591.

²³⁰ *Ibidem*, p. 590-591.

decidir se a criminalização da fabricação, comercialização, disseminação e aquisição de produtos derivados de *cannabis* seria compatível com a liberdade geral de ação e com a liberdade pessoal. De acordo com Alexy o Tribunal decidiu da seguinte forma:

A resposta do tribunal baseou-se na tese de que não existem "conhecimentos fundados cientificamente que decidam indubitavelmente em favor de um ou de outro caminho". Nessa situação, a decisão do legislador pela criminalização teria que ser aceita, "pois o legislador tem uma prerrogativa de avaliação e decisão para a escolha entre diversos caminhos potencialmente adequados para alcançar um objetivo legal".²³¹

Robert Alexy encerra o exame dos subprincípios considerados como pressupostos fáticos (adequação e necessidade) tratando de um exemplo trabalhista junto ao Tribunal Constitucional Federal alemão que diz respeito à proibição de utilização de trabalhadores temporários por empresários da construção civil. Essa prática geraria inúmeras violações trabalhistas, sociais, econômicas e tributárias, porém existiriam agências de trabalho que obedeciam a todas estas prescrições. Deste modo, a proibição total não seria necessária, bastaria uma maior fiscalização pelo Poder Público.

Assim, diante do conflito entre a liberdade de iniciativa e o direito dos trabalhadores, a medida adequada e necessária seria basicamente a intensificação na fiscalização.

Todavia, o Tribunal considerou a existência de um terceiro princípio que seria o uso racional dos recursos públicos, ou seja, seria válido gastar mais dinheiro do contribuinte para intensificar a fiscalização das empresas que atuam na construção civil?

Nesta situação já não se trata de questões fáticas, sendo necessário apreciar de forma jurídica, momento no qual se mostra necessário analisar o subprincípio seguinte.

c) Proporcionalidade em sentido estrito – consiste na verificação da intensidade da restrição adotada, ou seja, a força aplicada seria condizente com a finalidade almejada. Deve existir equilíbrio entre o motivo que ensejou a atuação e a medida adotada para consecução do fim definido.

Este é o aspecto jurídico do Princípio Geral da Proporcionalidade e Alexy considera como mais importante que os subprincípios da Adequação e da Necessidade.

É neste último aspecto que reside o sopesamento, ou seja, atribuição de pesos distintos aos princípios em conflito.

²³¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.^a ed, 4.^a tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 592.

Nas palavras proferidas pelo Professor Alexy em palestra proferida no auditório do TRT da 2^a Região: “Quanto maior o grau de insatisfação de determinado princípio, maior deverá ser a satisfação do princípio colidente com este para justificar a aplicação de determinado meio”.²³²

Para aplicação racional do preceito desenvolveu a “*weight formula*” ou “fórmula do peso”. Na palestra acima mencionada Alexy observou que, apesar de muito disseminada e aplicada, é muito pouco entendida.

A fórmula foi apresentada em sua versão refinada da seguinte maneira em 2016:²³³

$$W_{i,j} = \frac{I_i \text{ e } W_i \times R_e (\text{emp\'rica})_i \times R_n (\text{normativa})_i}{I_j \text{ e } W_j \times R_e (\text{emp\'rica})_j \times R_n (\text{normativa})_j}$$

Em resumo existiria o conflito entre os princípios “i” e “j”, por isso referidas letras aparecem na frente de I, W e R. São os pesos destes princípios que serão avaliados.

“W” é “weight” ou peso do princípio que somente pode ser definido após a análise de um caso concreto determinado, inexistindo peso aprioristicamente fixado. Em cada situação concreta teremos nuances que definirão este peso.

“I” seria a variável ligada à intensidade da interferência no princípio. Neste aspecto faz sentido a observação de Alexy: “Quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”.²³⁴

“R” seria a variável inerente à confiabilidade. Enquanto “W” e “I” são variáveis analíticas, “R” é uma variável empírica na qual se realiza avaliação do grau de conhecimento das atribuições às variáveis anteriores.

Para explicar a variável “R” cita novamente a discussão quanto à liberalização da *canabis*, na qual existiam dois grupos de cientistas que tinham conclusões totalmente opostas quanto aos efeitos da substância para o organismo humano. Neste caso, o peso dos dois princípios em conflito será o mesmo, ocorrendo empate, motivo pelo qual a decisão passa para o legislador como acima analisado.

²³² SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2.^a Região. **I Seminário Internacional Robert Alexy** (2:10:35). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ShHnrXK7SQs>. Acesso em: 09 maio 2022.

²³³ A fórmula é um pouco diversa daquela constante da obra Teoria dos Direitos Fundamentais, p. 603 representada pela seguinte fórmula: $G_{Pi,jC} = \frac{IP_{iC}}{WP_{jC}}$

²³⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.^a ed, 4.^a tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 593.

De toda a forma o julgador atribuirá os pesos 1, 2 ou 4 nas variáveis e a partir daí terá a conclusão sobre qual o princípio com o maior peso no caso concreto.

Para Alexy o subjetivismo é superado pela “tese da argumentação” e por meio dela o julgador justificará os pesos que atribuiu aos princípios.

Alexy afirma que a tese não seria assim tão complexa, pois apenas busca racionalizar algo que fazemos de forma imaginativa e abstrata.

4.3 APLICAÇÃO DA TEORIA DE ALEXY PELO C. TST

Com fundamento em pesquisa empírica, será analisada a adoção da teoria de Alexy junto ao C.TST. Novamente teremos como base o período compreendido entre 01.01.2011 e 10.11.2017 e posteriormente de 11.11.2017 a 31.12.2021.

a) Período compreendido entre 01.01.2011 e 10.11.2017 - foi utilizado o argumento “Alexy” com o retorno de 647 (seiscentos e quarenta e sete) acórdãos. Destes, 214 (duzentos e quatorze) traziam apenas citações e transcrições, ou seja, a teoria de Alexy não foi utilizada como fundamento da decisão, mas apenas estava em outra decisão ou tese citada no acórdão. Deste modo restaram 433 (quatrocentos e trinta e três) acórdãos.

Mais uma vez de acordo recomendação de Lee Epstein²³⁵ e Gary King foi elaborada tabela com a lista de todos os processos analisados, bem como tabelas com o resumo dos dados coletados.²³⁶

INDICADOR	QUANTIDADE DE ACÓRDÃOS
Citação em conjunto com Barroso	395
Proporcionalidade, necessidade e adequação	33
Em conjunto com Ronald Dworkin	3
Citação de Valéria de Oliveira Dias	2

²³⁵ EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *Pesquisa empírica em direito [livro eletrônico]: as regras de inferência*. São Paulo: Direito GV, 2013, p. 26.

²³⁶ SILVA, Glauco Bresciani. *Processos Examinados na Pesquisa Empírica quanto à Hermenêutica Constitucional aplicada na Justiça do Trabalho. Parte da Dissertação “Neoconstitucionalismo na Justiça do Trabalho: Solução ou Dissolução?” destinada à obtenção do título de Mestrado no Programa de Pós-Graduação “Strictu Sensu” da Universidade Presbiteriana Mackenzie sob autoria de Glauco Bresciani Silva*. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/12ZasnwBdUqXDaM7fHG011InpH6XwzJ2e/view?usp=sharing>. Acesso em: 12 dez. 2022.

Em 395 (trezentos e noventa e cinco) destes acórdãos ocorreu a citação de Alexy em conjunto com a teoria de Luís Roberto Barroso, utilizando a definição de regras e princípios destes últimos. Merece destaque o fato de que em todos os acórdãos o relator ou redator dos acórdãos foi o Ministro José Roberto Freire Pimenta. O fato se mostra relevante, pois como analisado inicialmente, referido ministro dividiu com o Luís Roberto Barroso a condução da disciplina “Hermenêutica Constitucional” em diversas edições do Curso de Formação Inicial dos Magistrados do Trabalho.

Ainda com relação a tais acórdãos, se mostra relevante o fato de que nestes foi mencionada a ponderação de interesses, porém apesar da citação de Robert Alexy, não se fez referência a seu método e nem a aplicação dos subprincípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito. Na realidade foi citada a ponderação de acordo com as concepções de Luís Roberto Barroso que se mostra diversa daquela adotada por Robert Alexy, conforme pode ser identificado no trecho abaixo que foi repetido nos julgados enumerados acima:

Aprofundando a análise da questão dos conflitos normativos e dos critérios de hermenêutica jurídica, Luís Roberto Barroso, em sua obra A Nova Interpretação Constitucional, Editora Renovar, 2006, p. 32-34, valendo-se dos ensinamentos de Robert Alexy e Norberto Bobbio, os secundou escrevendo o seguinte: [...] A denominada ponderação de valores ou ponderação de interesses é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. O legislador não pode, arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular o outro, sob pena de violar o texto constitucional. Seus balizamentos devem ser o princípio da razoabilidade (v. infra) e a preservação, tanto quanto possível, do núcleo mínimo do valor que esteja cedendo passo. Não há, aqui, superioridade formal de nenhum dos princípios em tensão, mas a simples determinação da solução que melhor atende o ideário constitucional na situação apreciada. [...] ²³⁷ (grifos nossos).

Conforme analisado, em nenhum momento Robert Alexy se refere ao parâmetro da razoabilidade, mas estabelece um método analítico diverso. É possível concluir que, em que pese Luís Roberto Barroso citar Robert Alexy, sua ponderação em nada se assemelha no tocante à busca de racionalidade.

²³⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 2.^a Turma. **Recurso de Revista: AIRR 10016-22.2015.5.03.0020.** Relator: Ministro JOSE ROBERTO FREIRE PIMENTA. Data de julgamento: 08 nov. 2017. Data da publicação: DEJT, 10 nov. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/8bf6b623125e0760448f0401fec25a2d>. Acesso em: 09 dez. 2022.

Necessário salientar que em praticamente todos estes julgados foi apreciada a legalidade de procedimento de terceirização.

Em 33 (trinta e três acórdãos) foi aplicada a teoria da ponderação de valores, e em 26 (vinte e seis) destes acórdãos o Ministro José Roberto Freire Pimenta foi o relator ou redator.

Na grande maioria destes acórdãos foram mencionados os subprincípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade e ocorreram principalmente na análise de possibilidade de revistas em bolsas dos empregados e na exigência de apresentação de antecedentes criminais, além da verificação da validade de norma coletiva.

Em 3 (três) acórdãos ocorreu a aplicação da teoria de Robert Alexy em conjunto com a de Ronald Dworkin de forma semelhante à concepção adotada por Luís Roberto Barroso. Segue trecho de um destes acórdãos:

A alegação de afronta ao art. 5º, LV, da Constituição Federal, não é suficiente ao cabimento do recurso de revista, neste caso. É que a ampla defesa constitui direito fundamental normatizado sob a forma de norma principiológica e, como tal, admite restrições de modo a acomodar na ampla gama de direitos fundamentais outros que eventualmente com ela colidam. Tratam-se, os princípios, de mandados de otimização (Alexy), estabelecendo um estado ideal de coisas (Humberto Ávila), impondo que os fins neles previstos sejam satisfeitos na máxima medida possível. A ampla defesa é de ambas as partes. E as regras processuais (aplicáveis na fórmula "tudo ou nada" – Dworkin –, estabelecendo diretamente comportamentos), impõem direitos e deveres, distribuindo os bens jurídicos processuais de modo a garantir a ambas prerrogativas equivalentes. Isso significa que nem toda restrição ou ônus processual imputado a uma das partes constitui ofensa ao princípio da ampla defesa, que precisa sempre ser sopesado diante do caso concreto.²³⁸

A citação acima também se mostra descontextualizada, tendo em vista que aplica o conceito de regras de Ronald Dworkin, com a característica de mandado de otimização dos princípios de Robert Alexy. Conforme já analisado, as teorias dos dois autores se mostram distintas e não deveriam ser aplicadas em conjunto. A caracterização de “mandado de otimização” é fundamento para a ponderação de interesses, ou sopesamento e delineamento de um método de julgamento. Tais características não são identificadas em Ronald Dworkin que em nenhum momento se mostra adepto de qualquer sopesamento.

Em 2 (dois) acórdãos ocorreu a citação de Valéria de Oliveira Dias e suas concepções a respeito da dignidade humana e de Alexy.

²³⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 7.ª Turma. **Recurso de Revista: AIRR 286-10.2012.5.02.0314.** Relator: Ministro FRANCISCO ROSSAL DE ARAUJO. Data de julgamento: 19 ago. 2015. Data da publicação: DEJT, 28 ago. 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/572ccc31ed4c85dda3f04a10fc291a1d>. Acesso em: 09 dez. 2022.

b) Período compreendido entre 11.11.2017 e 31.12.2021 – inserido o argumento “Alexy” obteve-se o retorno de 607 (seiscentos e sete) acórdãos, porém 493 (quatrocentos e noventa e três) se referiam apenas às transcrições de outras decisões ou teses das partes, restando 114 (cento e quatorze) acórdãos com fundamento na teoria de Alexy.

INDICADOR	QUANTIDADE DE ACÓRDÃOS
Citação em conjunto com Barroso	8
Ponderação	104
Princípios e regras	2

É possível identificar uma intensa redução na utilização de sua teoria em conjunto com Luís Roberto Barroso.

Com relação à aplicação da ponderação, 15 (quinze) dos 104 (cento e quatro) acórdãos foram proferidos sob a relatoria do Ministro José Roberto Freire Pimenta nos mesmos moldes do período anterior, tendo como objeto principalmente a análise de possibilidade de exigência de antecedentes criminais de candidatos a determinada vaga de emprego.

Ainda com relação à ponderação, merecem destaque os 88 (oitenta e oito) acórdãos sob a relatoria do Ministro Evandro Pereira Valadão Lopes nos quais realizou principalmente o julgamento da prática de terceirização conforme trecho abaixo colacionado:

Prevaleceu o entendimento, buscando base teórica na doutrina de Robert Alexy, de que não houve demonstração empírica da necessidade, adequação e proporcionalidade estrita a justificar a restrição de liberdade imposta pela Súmula nº 331 do TST.²³⁹

A aplicação mostrou-se adequada e demonstrou o caráter empírico da teoria de Alexy, principalmente no tocante aos elementos fáticos da proporcionalidade.

Em dois acórdãos houve a menção dos princípios como mandados de otimização e sem referência à teoria de Dworkin, o que se mostra correta, conforme já explicitado.

É possível verificar uma melhor apuração da invocação da teoria de Robert Alexy no período posterior à entrada em vigor da “Reforma Trabalhista”.

²³⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 7.^a Turma. Recurso de Revista: RR 2138500-83.2006.5.09.0015. Relator: Ministro EVANDRO PEREIRA VALADAO LOPES. Data de julgamento: 20 nov. 2019. Data da publicação: DEJT, 22 nov. 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/24f9090463d289d0357570ce5d2266c3>. Acesso em: 09 dez. 2022.

4.4 ANÁLISE CASUÍSTICA DA TEORIA DE ALEXY NO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Em primeiro lugar, quanto à utilização da Teoria da Força Normativa dos Princípios, o que pode ser identificado foi uma ausência de remissão ao autor neste sentido. Em geral foi identificada a citação de forma indireta pela doutrina de Barroso ou de Canotilho, muitas vezes em conjunto com a teoria de Ronald Dworkin.

Este aspecto pode ser considerado uma falha, tendo em vista as peculiaridades de sua doutrina em relação aos demais autores, sendo que a remissão a seu nome se deu apenas como argumento de autoridade sem a preocupação de sua definição de princípio.

Com relação à proporcionalidade a teoria de Alexy é considerada normativa porquanto define padrões e procedimentos em busca de uma racionalidade argumentativa. Tem grande aceitação no mundo jurídico ocidental, principalmente em países que seguem a família jurídica romano-germânica ou “*civil law*” conforme constatado por Jorge Reis Novais:

O modelo mais elaborado de ponderação, neste domínio, é o que consiste na aplicação específica de direitos sociais da teoria dos direitos fundamentais como princípios desenvolvida por ALEXY nos anos oitenta do século passado e que obteve, desde então, grande difusão e acolhimento, sobretudo na Europa do Sul e América Latina.²⁴⁰

Existem duas críticas recorrentes na aplicação prática do procedimento de ponderação sistematizado por Alexy: a) a primeira seria sua mera enunciação e aplicação sem o iter argumentativo desenvolvido; b) a segunda crítica reside na subjetividade constante na decisão que ainda remeteria à discricionariedade do positivismo identificada por Dworkin.

A primeira crítica é dirigida aos agentes jurídicos, principalmente aos magistrados; a segunda envolve a própria teoria.

No tocante à discricionariedade mostra-se relevante síntese crítica de Samuel Sales Fonteles sobre utilização da fórmula de Alexy:

Habermas é um dos maiores detratores da metodologia alexiana, considerando-a como irracional. Talvez esteja certo. Um simples experimento comprova a dificuldade de êxito da fórmula racionalizadora proposta por Alexy: a sua utilização, por Ministros diferentes que se debruçam sobre um mesmo caso concreto, pode conduzir a resultados completamente distintos. Ora, se o caso é o mesmo e se a metodologia empregada é idêntica, como o resultado pode ser diferente? Por exemplo, no HC 82.424/RS, os Ministros Gilmar Mendes e

²⁴⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais.** 1.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 223.

Marco Aurélio utilizaram a mesma fórmula do Professor de Kiel. Ambos trilharam os mesmos passos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), no entanto, chegaram a destinos diametralmente opostos. Logo é válida a inferência pela qual um dos Ministros está errado ou simplesmente a fórmula não serve para os fins que se propõe.²⁴¹

De todo o modo é possível verificar que existem casos nos quais a adoção da teoria se mostra suficiente e traz uma argumentação clara e objetiva, principalmente quando é possível solucionar o problema nos elementos fáticos do procedimento (adequação e necessidade), porém na proporcionalidade em sentido estrito, diante da possibilidade do intérprete atribuir pesos aos princípios em conflito, a subjetividade se torna elevada, mas ainda assim existe a necessidade de justificativa o que se coaduna com a finalidade democrática, restringindo o arbítrio do julgador.

No tocante à crítica aos agentes jurídicos, cabe observar que são raros os casos de enunciação dos subprincípios e argumentação quanto ao alcance destes, o que também pode ser considerado uma crítica.

Neste aspecto quantitativo merecem ser destacados os julgados proferidos pelo Ministro José Roberto Freire Pimenta (26 no primeiro período e 16 no segundo período) quanto à possibilidade de exigência de atestados criminais na fase pré-contratual que tiveram expressiva contabilização em comparação com outros indicadores, houve desenvolvimento argumentativo no qual considerou o procedimento adequado, porém desnecessário. Colaciona-se abaixo trecho do acórdão proferido nos autos RR-130041-10.2014.5.13.0024:

Nesse contexto, constata-se que o ato praticado pela empregadora, em que pese adequado, não é necessário, pois há outros meios menos gravosos de proteger seu patrimônio, tão eficazes ou até mais quanto a conduta investida contra o autor, sem que haja a necessidade de se restringir direito fundamental para tanto, expondo a intimidade do trabalhador, a fim de se proteger o direito de propriedade do empregador, de cunho substancialmente patrimonial, em detrimento do direito individual fundamental inerente à dignidade da pessoa humana. Como exemplo de ato menos gravoso, é possível verificar os antecedentes criminais de qualquer pessoa pelo sítio www.dpf.gov.br/servicos/antecedentes-criminais com o fornecimento de alguns dados, como nome, nome dos pais, data de nascimento, nacionalidade, naturalidade, RG e CPF, informações que ficam à disposição do empregador após a contratação. [...] o Logo, deve prevalecer o direito fundamental do reclamante, inerente à sua condição de pessoa humana, à proteção da sua intimidade, à presunção de inocência bem como à reinserção social daquele que já foi punido, em detrimento do direito de propriedade da empregadora, de viés patrimonial.²⁴² (grifos nossos).

²⁴¹ FONTELES, Samuel Sales. **Hermenêutica constitucional**. Salvador: JusPodivum, 2018, p. 107.

²⁴² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 2.ª Turma. **Recurso de Revista: RR 130041-10.2014.5.13.0024**. Relator: Ministro JOSÉ ROBERTO PIMENTA. Data de julgamento: 15 abr. 2015. Data da publicação: DEJT, 30

Mostra-se relevante o exercício argumentativo que possibilita clareza e controle da decisão nos moldes propostos por Robert Alexy.

Com objetivo de uma análise qualitativa da aplicação da teoria de Robert Alexy será realizada análise de outras duas situações nas quais será possível avaliar a adoção do procedimento proposto por Robert Alexy. Primeiramente em relação à revista de empregados e posteriormente em relação à validade das normas coletivas no qual será realizada a comparação com a decisão do Supremo Tribunal Federal, inclusive com os argumentos utilizados pelo Ministro Luís Roberto Barroso.

4.4.1 Revista em empregados

Neste ponto é examinada a possibilidade de o empregador submeter seus empregados a procedimento de fiscalização consistente em verificar seus pertences ou até mesmo partes de seu corpo com o intuito de proteger o patrimônio da empresa ou de seus clientes.

É uma situação na qual resta evidenciado o conflito entre o poder diretivo do empregador em seu âmbito de fiscalização e aspectos inerentes à dignidade do trabalhador, materializada em sua intimidade, imagem e privacidade.

Conforme Alexy, a aplicação de sua teoria é variável de acordo com o caso concreto, não sendo possível uma análise hipotética e mediante estes casos concretos alguns parâmetros vêm sendo definidos pelos órgãos do Tribunal Superior do Trabalho como: i) a análise da atividade desenvolvida pelo empregador; ii) o grau de interferência na esfera íntima do trabalhador; iii) o modo de realização da revista; e iv) a inexistência de discriminação entre os trabalhadores sujeitos à fiscalização.

Colaciona-se abaixo trecho esclarecedor deste entendimento com farta referência jurisprudencial no voto da Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi nos autos do processo TST-RR-1391-58.2014.5.05.0026:

Conforme a jurisprudência desta Eg. Corte, a revista visual de pertences do empregado, sem contato físico e realizada de forma indiscriminada em relação a todos os empregados (caso dos autos), não acarreta dano moral, pois se trata

de situação em que o empregador age dentro dos limites do seu poder direutivo, no regular exercício da proteção e defesa do seu patrimônio.²⁴³

Estes são os parâmetros definidos pelo C. TST, ou seja, para ser considerada lícita a revista dos empregados deve ser realizada sem discriminação de determinados trabalhadores e sem contato físico. Com fundamento em tais premissas serão analisados alguns casos concretos nos quais foram aplicados os subprincípios desenvolvidos por Robert Alexy.

Com fundamento na pesquisa desenvolvida por Ricardo Pereira de Freitas Guimarães²⁴⁴ serão analisadas duas decisões nas quais é possível identificar a busca de um itinerário argumentativo nos moldes “alexyanos”.

A primeira se refere ao TST-RR-3588100-54.2007.5.09.0015 de relatoria da Exa. Sra. Ministra Maria de Assis Calsing, na 4.^a Turma, com julgamento ocorrido em 29.02.2012.

Trata-se de ação ajuizada por trabalhador vigilante que se ativava em agência bancária. Restou comprovado que diariamente o empregado passava pelo detector de metais e também se submetia à revista pessoal filmada e realizada na presença de outro segurança. Durante a revista pessoal não havia contato físico, mas o trabalhador deveria levantar a calça e a camisa.

O Egrégio TRT da 9.^a Região considerou que ainda que sem contato físico tais revistas ofenderiam a dignidade do trabalhador, pois tal conduta leva à conclusão de que a empresa reclamada atuava sobre a presunção de que seus empregados poderiam cometer furtos, condenando ao pagamento de indenização por danos morais no montante de R\$ 20.000,00.

Conforme trechos do julgamento destacados por Ricardo Pereira de Freitas Guimarães o C.TST, desenvolveu a seguinte análise:

[...] os direitos fundamentais, que se assentam na própria Constituição da República, podem sofrer limitação quando estiver em jogo a necessidade de se viabilizar o funcionamento adequado de certas instituições – são as situações chamadas de relações especiais de sujeição.²⁴⁵

Na sequência descreveu o Princípio da Proporcionalidade e seus subprincípios, porém interrompeu o iter argumentativo na análise fática do Subprincípio da Adequação da Conduta:

²⁴³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 8.^a Turma. **Recurso de Revista: RR 13915820145050026**. Relator: Ministra MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI. Data de julgamento: 29 abr. 2020. Data da publicação: DEJT, 22 maio 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tst/849446030>. Acesso em: 03 nov. 2022.

²⁴⁴ GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas. **Princípio da Proporcionalidade no Direito do Trabalho: Teoria e Prática**. 1.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. *E-book*.

²⁴⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 4.^a Turma. **Recurso de Revista: RR 3588100-54.2007.5.09.0015**. Relatora: Ministra MARIA DE ASSIS CALSING. Data de julgamento: 29 fev. 2012. Data da publicação: DEJT, 02 mar 2012. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tst/928790284/inteiro-teor-928790287>. Acesso em: 23 nov. 2022.

Necessário verificar, assim, a partir do quadro registrado pelo Regional (portanto, dentro dos limites traçados pela Súmula 126 desta Corte), se o meio escolhido, isto é, a revista íntima (solicitar que o empregado levantasse a camisa e as barras das calças, sem contato físico), foi adequado para atingir o resultado almejado. E a conclusão a que se chega é que sim, o comportamento adotado mostrou-se adequado, sobretudo porquanto consignado pela decisão recorrida que não eram praticados excessos, uma vez que não havia contato físico, nem eram adotados quaisquer procedimentos que fossem, por si sós, constrangedores. Dessa feita, em respeito ao princípio da proporcionalidade, e, porquanto constatado, a partir do quadro fático retratado no acórdão regional, que as revistas praticadas pela reclamada tinham por finalidade apenas a preservação da segurança do patrimônio da empresa, e dos próprios empregados, tratando-se de comportamento adequado, sobretudo porquanto consignado pela decisão recorrida que não eram praticados excessos, uma vez que não havia contato físico, nem eram adotados quaisquer procedimentos que fossem, por si só, constrangedores, não se constata a prática de ato ilícito por parte do empregador, nos termos dos arts. 187 e 927 do CC brasileiro, sendo indevida a indenização por danos morais.²⁴⁶

Mostra-se oportuno a crítica à decisão desenvolvida por Ricardo Pereira de Freitas Guimarães:

Não houve ainda demonstração explícita e de forma suficientemente fundamentada que a conduta de revistar os empregados, apesar de se mostrar aparentemente a mais adequada para a finalidade de garantir o patrimônio do empregador – aos olhos do julgador –, deveria ainda se mostrar necessária e, mesmo assim, se ofendesse de modo a esvaziar direito fundamental do empregado, deveria ser coibida e, portanto, passível de indenização. O TST até descreve os subprincípios da proporcionalidade e ressalta sua aplicação, mas fica adstrito apenas à fase da adequação, sem mostrar a necessidade da conduta adotada (revista dos funcionários), ou seja, que não teria meio mais suave, e muito menos a fase que nos parece mais relevante, qual seja: a proporcionalidade em sentido estrito, pois não considerou se, em relação à outra parte, é preservada sua garantia constitucional ainda que em medida menor em razão do caso concreto.²⁴⁷

De todo modo, em que pese as críticas acima, é possível considerar a decisão do C. TST mais fundamentada e preocupada com a prestação jurisdicional que aquela desenvolvida pelo E. TRT da 9^a Região. Apesar da interrupção do iter argumentativo na fase da adequação,

²⁴⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 4.^a Turma. **Recurso de Revista: RR 3588100-54.2007.5.09.0015.** Relatora: Ministra MARIA DE ASSIS CALSING. Data de julgamento: 29 fev. 2012. Data de publicação: DEJT, 02 mar 2012. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tst/928790284/inteiro-teor-928790287>. Acesso em: 23 nov. 2022.

²⁴⁷ GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas. **Princípio da Proporcionalidade no Direito do Trabalho: Teoria e Prática.** 1.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. *E-book*.

é nítida a realização de verdadeira análise da conduta, ou seja, uma fragmentação desta de forma procedural com justificativa quanto à sua admissibilidade.

Porém, em face da finalidade do presente estudo consistente na verificação da aplicação do procedimento da ponderação, realmente poderia ocorrer um avanço no iter argumentativo no qual seria importante uma investigação com mais atenção quanto ao tipo de atividade desenvolvida pela empregadora e pelo empregado, o que poderia justificar a majoração na interferência da esfera da intimidade do trabalhador, além de um estudo mais profundo sobre a consideração da intimidade e honra do trabalhador no presente caso.

O segundo julgado ocorreu nos autos do processo n. TST-RR-28000-10.2009.5.11.0019 e também é de relatoria da Exa. Sra. Ministra Maria de Assis Calsing, na 4.^a T., com julgamento em 03.08.2011.

É ação ajuizada por agente de disciplina em presídio com o seguinte contexto fático delineado por Ricardo Pereira de Freitas Guimarães no qual o trabalhador deveria:

[...] desnudar, agachar três vezes e abrir a boca botando a língua para fora; essa revista era feita em uma sala fechada, perante dois colegas que deixavam o turno e era de pleno conhecimento seu desde o curso preparatório para o ingresso na função; o próprio agente ao deixar o turno também vistoriava os que entravam para lhe render. Importante salientar que o detector de metais e aparelho raio-x que havia no presídio não se prestavam a detectar a entrada de droga.²⁴⁸

Revela-se a colisão entre a defesa da segurança ou de um interesse coletivo e a intimidade do trabalhador.

O juízo de origem julgou procedente o pedido de condenação de indenização por danos morais no valor de R\$ 10.269,20, considerando o procedimento de revista íntima a que o empregado fora submetido, por entender que acarretou em desvalia moral e social em face do constrangimento diário comprovado por meio de suas testemunhas.

A decisão foi reformada pelo TRT da 11^a Região, que considerou que o interesse público deveria prevalecer sobre os direitos fundamentais do agente penitenciário conforme pode se depreender:

O detector de metal não consegue detectar droga quando envolvida em massa de pão ou de pizza e introduzida no ânus de uma pessoa; que no raio-x se detecta apenas a parte óssea da pessoa ou se tiver metal; que este invólucro

²⁴⁸ GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas. **Princípio da Proporcionalidade no Direito do Trabalho: Teoria e Prática.** 1.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. E-book.

que mascara o transporte de drogas no corpo humano pode ser confundido no raio-x por alimentos e fezes.²⁴⁹

O C. TST, manteve a decisão regional e apontou as três etapas da aplicação do Princípio da Proporcionalidade, Adequação, Necessidade e Proporcionalidade em Sentido Estrito, valendo a seguinte transcrição do acórdão:

Ainda segundo o autor dantes citado, estes critérios correspondem às seguintes perguntas: (a) o meio escolhido foi adequado e pertinente para atingir o resultado almejado?; (b) o meio escolhido foi o ‘mais suave’ ou o menos oneroso entre as opções existentes no jogo?; (c) o benefício alcançado com a adoção da medida buscou preservar valores mais importantes do que os protegidos pelo direito que a medida limitou? (op. cit., p. 376). Sendo afirmativas todas as respostas, será legítima a limitação ao direito fundamental.²⁵⁰

A turma do C.TST considerou que nem detector de metais nem o aparelho de raio-x poderiam substituir a revista que era procedida, sendo adequada a medida adotada pela empregadora.

No tocante ao Subprincípio da Necessidade, houve a seguinte análise por parte do C.TST trazendo três possíveis meios para se atender à finalidade almejada:

Se poderia cogitar da existência de outros meios para se detectar a presença de drogas na entrada dos presídios, como, por exemplo, cães farejadores, câmeras de segurança e portal detector de drogas e explosivos que acusam a presença de substância entorpecente pela emanação do calor humano. Entretanto, não há como se cogitar de que cão farejador pudesse, pelo olfato, cheirar, no ânus de alguém, droga envolta em pão ou pizza, em razão da presença de odores bem mais fortes na localidade. Da mesma forma, as câmaras de segurança não podem ser colocadas nos banheiros onde as drogas assim transportadas são liberadas, até mesmo sob pena de ferir, aí sim, a intimidade dos indivíduos. E com relação ao portal detector de drogas pela emanação do calor humano, o preço desta aparelhagem, infelizmente, a torna praticamente inviável para os presídios brasileiros, os quais, como se pontuou anteriormente, revelam situação caótica. Ademais, ainda estão apenas em fase de teste pela polícia federal, como dá conta a imprensa escrita.²⁵¹

Os três meios alternativos foram refutados da seguinte maneira:

²⁴⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 4.^a Turma. **Recurso de Revista: RR 28000-10.2009.5.11.0019.** Relatora: Ministra MARIA DE ASSIS CALSING. Data de julgamento: 03 ago. 2011. Data de publicação: DEJT, 12 ago. 2011. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tst/20208578/inteiro-teor-104848141>. Acesso em: 23 nov. 2022.

²⁵⁰ *Ibidem.*

²⁵¹ *Ibidem.*

Não há como se cogitar de que cão farejador pudesse, pelo olfato, cheirar, no ânus de alguém, droga envolta em pão ou pizza, em razão da presença de odores bem mais fortes na localidade”; que as câmeras de segurança não poderiam ser instaladas no banheiro, sob pena de ferir a intimidade dos indivíduos; já em relação “ao portal detector de drogas pela emanação do calor humano, o preço desta aparelhagem, infelizmente, a torna praticamente inviável para os presídios brasileiros.²⁵²

Novamente colaciona-se crítica perspicaz desenvolvida por Ricardo Pereira de Freitas Guimarães:

Queremos destacar que não basta, pela metodologia de avaliação utilizada no presente trabalho afirmar não haver meios mais suaves, nem mesmo listar alguns e, a partir de uma avaliação subjetiva, refutá-los, quando a afirmativa em relação aos cães farejadores deveria ser provada, e não apenas deduzida; quanto às câmeras no banheiro, faltou explicitar porque seria mais atentatório à dignidade humana do que a revista a que são submetidos os agentes (eles concordariam com essa afirmação?); e quanto ao detector de drogas, a refutação se dá com base em um critério econômico, mas também não se explicita a legitimidade de tal argumentação.²⁵³

Realmente se mostram relevantes as observações acima e trazem uma importante reflexão processual. Diante da expressa previsão da ponderação no art. 489, § 2º do CPC, seria possível cogitar a possibilidade de instar as partes a trazerem alternativas menos gravosas para se atingir a finalidade almejada pela prática. Na realidade tal ônus deveria ser atribuído à parte autora que tem interesse em demonstrar a ausência de proporcionalidade da conduta.

Tal procedimento se pautaria ainda em questão relativa ao ônus probatório constante no art. 818, § 1.º e § 2.º da CLT para se evitar surpresas que violaram o devido processo legal.

Por fim, quanto à Proporcionalidade em Sentido Estrito, considerou o órgão do TST que:

A resposta a esta última indagação exsurge cristalina no sentido afirmativo, porque o objetivo da revista era nada menos do que garantir a segurança dos presídios, em benefício de toda a população, inclusive dos que ali trabalham. A razão pública aqui suplanta a limitação da intimidade do autor.²⁵⁴

²⁵² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 4.ª Turma. **Recurso de Revista: RR 28000-10.2009.5.11.0019**. Relatora: Ministra MARIA DE ASSIS CALSING. Data de julgamento: 03 ago. 2011. Data de publicação: DEJT, 12 ago. 2011. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tst/20208578/inteiro-teor-104848141>. Acesso em: 23 nov. 2022.

²⁵³ GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas. **Princípio da Proporcionalidade no Direito do Trabalho: Teoria e Prática**. 1.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. E-book.

²⁵⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 4.ª Turma. **Recurso de Revista: RR 28000-10.2009.5.11.0019**. Relatora: Ministra MARIA DE ASSIS CALSING. Data de julgamento: 03 ago. 2011. Data de publicação: DEJT, 12 ago. 2011. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tst/20208578/inteiro-teor-104848141>. Acesso em: 23 nov. 2022.

Conforme Ricardo Pereira de Freitas Guimarães, no exame da proporcionalidade em sentido estrito deveria ser respondido o seguinte questionamento: “o benefício alcançado pela revista íntima buscou preservar valores mais importantes do que os protegidos pelo direito que tal medida limitou?”²⁵⁵

O C.TST depois das ponderações considerou que ocorreu violação à dignidade do trabalhador, apesar de validar a conduta da empregadora por entender que prevaleceu o bem de toda a coletividade:

Não se divisa, no caso dos autos, violação do art. 1.º, III e IV, da CF (princípios da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho) nem do art. 3.º, I, que enumera como objetivo da República Brasileira a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Tais princípios, como deflue dos fundamentos dantes expostos, não podem se sobrepor ao bem de toda a coletividade.²⁵⁶

Novamente transcreve-se as críticas de Ricardo Pereira de Freitas Guimarães:

Trata-se de grande equívoco, pois a última fase é justamente para garantir que nenhum dos direitos (fundamentais) em conflito seja totalmente extinto, que ceda completamente ao outro. Isto é o que garante a democracia. Trata-se da função de impor limite ao poder, o que sustenta a função contra majoritária dos direitos fundamentais. O princípio da proporcionalidade não pode servir como um instrumental à disposição de quem o aplica para compatibilizar determinada conduta com o ordenamento, de modo que tal proceder, como já salientado, somente poderia decidir por sua legalidade ou licitude. Ocorre que tal princípio, além de propiciar esta análise, impele o órgão responsável pela decisão a ir além, a confrontar tal conduta não apenas com o ordenamento jurídico, mas com seus efeitos em relação a quem tenha, em função dela, direitos (também fundamentados no mesmo ordenamento) aviltados. Deve-se deixar claro, portanto, que tal princípio deve rechaçar totalmente a possibilidade de um direito prevalecer e justificar a exclusão de outro. Uma decisão correta, legítima, proporcional, é aquela em que há uma solução de compromisso, em que cada direito cede até um ponto que não possa ser ultrapassado.²⁵⁷

²⁵⁵ GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas. **Princípio da Proporcionalidade no Direito do Trabalho: Teoria e Prática.** 1.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. E-book.

²⁵⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 4.ª Turma. **Recurso de Revista: RR 28000-10.2009.5.11.0019.** Relatora: Ministra MARIA DE ASSIS CALSING. Data de julgamento: 03 ago. 2011. Data da publicação: DEJT, 12 ago. 2011. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tst/20208578/inteiro-teor-104848141>. Acesso em: 23 nov. 2022.

²⁵⁷ GUIMARÃES, *op. cit.*

Em que pese as fundamentadas críticas acima, a presente decisão do C.TST se mostrou aprofundada e levou em consideração ainda o fato do autor desde o processo seletivo ter ciência do procedimento, além de também realizar as revistas nos colegas dos turnos subsequentes.

Ricardo Pereira de Freitas Guimarães identificou a possibilidade de subjetividade na aplicação da teoria alexiana, porém considera-se mais relevante o fato de que não houve na realidade a aplicação da fórmula do peso de Alexy em nenhum dos casos.

Novamente deve ser enaltecida a postura argumentativa do C.TST que supera a habitual e rasa invocação a princípios na qual se foge no iter argumentativo e aqui ressalta-se a importância da teoria alexiana, ou seja, aquele que se dispõe a adotá-la assume um ônus que aquele que simplesmente invoca a “força normativa dos princípios” não tem, devendo demonstrar o iter argumentativo que se mostra muito relevante para a democracia e legitimidade para o Judiciário, ainda que remanesçam critérios subjetivos, mostra-se como grande avanço ao menos na intenção de objetivação.

4.4.2 Limites à negociação coletiva

Neste item será abordada a aplicação da teoria de Robert Alexy especificamente quanto à limitação das negociações coletivas nas relações de emprego. Será realizada uma análise comparativa entre as decisões no âmbito do C.TST e do STF.

a) Análise de jurisprudência do C.TST – uma vez mais serão utilizados os apontamentos realizados por Ricardo Pereira de Freitas Guimarães nos autos do processo TST-RR-2388-25.2011.5.03.0148, com acórdão proferido pela 2.^a Turma e julgamento realizado em 24.04.2013, sob relatoria da Exa. Ministra Maria das Graças Silvany Dourado Laranjeira, Desembargadora Federal do Trabalho do TRT da 5^a Região que atuou como convocada junto ao C. TST, conforme Resolução Administrativa n.^o 1542 de 04 de junho de 2012.

Nos autos discutiu-se a aplicação de norma coletiva que fixou o pagamento de 45 (quarenta e cinco) minutos diários a título de horas *in itinere*, todavia restou evidenciado que o tempo real de ida e volta ao trabalho era de duas horas.

O Tribunal Regional do Trabalho da 3.^a Região deu provimento ao Recurso Ordinário interposto pelo reclamante para aumentar os limites das horas *in itinere* que foram estabelecidos por meio de norma coletiva.

Conforme transcrição do voto do relator, referida cláusula constitui:

Renúncia pura e simples à parte do direito as horas itinerantes, sem que a reclamada tenha oferecido qualquer contraprestação específica, não se constituindo em uma negociação equilibrada. [...] Fere os limites do bom senso e afronta os princípios da primazia da realidade e da razoabilidade, sendo certo que: Tal cláusula é francamente lesiva ao trabalhador, pois viola o disposto no § 2.º do art. 58 da CLT, acrescentado pela Lei 10.243/2001, em evidente renúncia de direitos, sendo nula de pleno direito, porquanto levada a efeito com a firma intenção de fraudar ou desvirtuar norma trabalhista (art. 9.º da CLT).²⁵⁸

O C.TST manteve a decisão com fundamento na proibição do retrocesso social, que conforme o acórdão teria como consequência:

Uma vez reconhecidos, os direitos fundamentais, entre os quais se insere o direito ao trabalho justo, adequado e não prejudicial à vida e saúde do trabalhador e aos direitos sociais laborais, não podem ser eles suprimidos ou diminuídos.²⁵⁹

O acórdão também realiza referência à técnica da “ponderação de interesses e considerando o Princípio da Proporcionalidade”, trazendo a conclusão de que não há que se falar, no entender do órgão do TST, em ofensa do art. 7.º, inciso XXVI da CF.

Importante a transcrição da análise de Ricardo Pereira de Freitas Guimarães:

Não se explica as etapas da proporcionalidade de modo correto, pois apesar de considerar que havia “renúncia pura e simples à parte do direito as horas itinerantes, sem que a reclamada tenha oferecido qualquer contraprestação específica, não se constituindo em uma negociação equilibrada”, logo depois parte de pressupostos que não são verídicos, data venia, como a afirmação de que “direitos fundamentais não podem ser suprimidos ou diminuídos”. O principal argumento utilizado é o princípio da proibição de retrocesso, o que evidencia partir-se do pressuposto de que os direitos fundamentais são absolutos e existem “em si mesmos”, e não apenas em conflito, no caso concreto.²⁶⁰

O autor complementa da seguinte maneira:

²⁵⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 2.ª Turma. **Recurso de Revista: RR 2388-25.2011.5.03.0148.** Relatora: Desembargadora Federal do Trabalho Convocada MARIA DAS GRAÇAS SILVANY DOURADO LARANJEIRA. Data de julgamento: 24 abr. 2011. Data de publicação: DEJT, 13 maio. 2013. Disponível em: <https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=2388&dígitoTst=25&anoTst=2011&orgaoTst=5&tribunalTst=03&varaTst=0148&submit=Consultar>. Acesso em: 23 nov. 2022.

²⁵⁹ *Ibidem*.

²⁶⁰ GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas. **Princípio da Proporcionalidade no Direito do Trabalho: Teoria e Prática.** 1.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. E-book.

Diz ainda que: “houve afronta os princípios da primazia da realidade e da razoabilidade”. O fato de não se proceder às etapas da proporcionalidade e não se proceder a uma argumentação mais exaustiva é muito prejudicial nesse tipo de julgamento, permissa venia, mesmo que no mérito possa estar na visão de uns ou de outros correto, pois a impressão que fica, como na maioria dos julgados, é que o papel do juiz é escolher qual direito deve prevalecer, qual deve ser garantido e qual deve/pode ser afastado, o que é totalmente contrário à proporcionalidade de modo que esta se preste a efetivar o Estado Democrático de Direito.²⁶¹

Relevante o argumento de Ricardo Pereira de Freitas Guimarães, pois conforme apreciado, nos acórdãos referentes à revista de trabalhadores houve a preocupação em enunciar os critérios da proporcionalidade e um esforço argumentativo neste sentido.

Todavia, no presente caso, houve apenas uma invocação retórica, uma enunciação da proporcionalidade e também da proibição do retrocesso, recursos muito comuns identificados com a aplicação do neoconstitucionalismo.

b) Análise de jurisprudência do STF – ainda quanto aos limites da negociação coletiva merece destaque o exame dos casos junto ao STF. Trata-se do STF-RE 590.415 (Ministro Luís Roberto Barroso) e do STF-RE 895.759 (Ministro Teori Zavascki), os quais serão mais bem abordados à frente.

O Recurso Extraordinário 590.415/SC foi interposto pelo Banco do Brasil, sucessor do Banco de Santa Catarina S/A – BESC. De forma sintética, argumentava a validade do Plano de Dispensa Incentivada – PDI que havia sido firmado pela empresa e pelo Sindicato dos Trabalhadores por meio Acordo Coletivo de Trabalho - ACT.

Nesse ACT foi estabelecido que os trabalhadores, ao aderirem de forma espontânea ao PDI, teriam seus contratos de trabalho encerrados com o pagamento das verbas rescisórias além de uma indenização adicional.

Ao mesmo tempo seria a realização da quitação de toda e qualquer parcela decorrente da relação de emprego.

No âmbito do C.TST já havia o entendimento consolidado por meio da Orientação Jurisprudencial nº 270 da SDI-I segundo a qual a quitação liberaria o empregador apenas de parcelas estritamente lançadas no termo de rescisão.

Com fundamento neste entendimento declarou inválida a quitação total do contrato de trabalho em virtude da adesão ao PDI firmado por negociação coletiva.

²⁶¹ GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas. **Princípio da Proporcionalidade no Direito do Trabalho: Teoria e Prática.** 1.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, E-book.

No STF, foi reconhecida a repercussão geral do tema do recurso, e na sequência foi provido o RE para reconhecer a validade da negociação coletiva e da quitação total do contrato de trabalho dos empregados que aderiram ao PDI.

O acórdão do STF, com repercussão geral, teve a seguinte tese:

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.²⁶²

Importante ressaltar que o STF não adotou expressamente a teoria alexiana e nem fez menção ao procedimento de ponderação, porém é possível identificar esforço argumentativo no voto do Ministro Luís Roberto Barroso no qual ressaltou os aspectos positivos da negociação coletiva.

Em suma é possível verificar o conflito entre o direito de proteção do trabalhador diante da liberdade de negociação coletiva.

No voto foram levadas em consideração as seguintes premissas favoráveis ao princípio da validade das negociações coletivas:

(I) Ampla participação dos empregados: “acordo coletivo que contou com ampla participação dos empregados”;

(II) Vantagens para trabalhador e benefícios ao empregador: “Previsão de vantagens aos trabalhadores, bem como quitação de toda e qualquer parcela decorrente de relação de emprego”;

(III) Equivalência de poder entre pessoas coletivas: “No âmbito do direito coletivo do trabalho não se verifica a mesma situação de assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Como consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual”;

(IV) Emancipação dos trabalhadores por meio da negociação coletiva: “O reconhecimento dos acordos e convenções coletivas permite que os trabalhadores contribuam para a formulação das normas que regerão a sua própria vida”;

²⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário: RE 590415/SC**. Relator: Ministro LUIS ROBERTO BARROSO. Data de julgamento: 30 abr. 2015. Data de publicação: DJ, 29 maio 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=306937669&ext=.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2022.

(V) Necessidade de reforçar a negociação coletiva: “É importante [...] assegurar a credibilidade de tais planos, a fim de preservar a sua função protetiva e de não desestimular o seu uso”.

Entretanto, é importante ressaltar que no voto foi considerada a necessidade de se manter uma proteção mínima inegociável:

[...] afirma-se que estão protegidos contra a negociação in pejus os direitos que correspondam a um “patamar civilizatório mínimo”, como a anotação da CTPS, o pagamento do salário mínimo, o repouso semanal remunerado, as normas de saúde e segurança do trabalho, dispositivos antidiscriminatórios, a liberdade de trabalho etc. Enquanto tal patamar civilizatório mínimo deveria ser preservado pela legislação heterônoma, os direitos que o excedem sujeitarse-iam à negociação coletiva, que, justamente por isso, constituiria um valioso mecanismo de adequação das normas trabalhistas aos diferentes setores da economia e a diferenciadas conjunturas econômicas.²⁶³

O argumento é relevante, porém buscando a clareza e racionalidade apontada por Alexy seria importante uma definição mais específica e detalhada de como se identificaria este mínimo e qual o critério utilizado.

Neste caso específico não foi necessário tal aprofundamento, porém em situações que envolvem jornada de trabalho que é matéria inerente à saúde e à segurança do trabalho a discussão necessariamente deve ser aprofundada.

Aliás este tema foi tratado no próximo julgado a ser apreciado. Trata-se do RE 895.759-PE, no qual foi analisada especificamente a negociação coletiva relacionada às horas *in itinere*.

Neste julgamento, o relator Ministro Teori Zavascki entendeu ser válida a negociação que previa supressão das horas *in itinere*. Para tanto, foi citado expressamente o RE 590.415/SC para fundamentar a decisão.

Posteriormente, foi interposto Agravo Regimental e a questão foi apreciada pela Segunda Turma do STF que confirmou a decisão monocrática do Relator Ministro Teori Zavascki.

No acórdão ficou expresso que: “é válida norma coletiva por meio da qual categoria de trabalhadores transaciona o direito ao cômputo das horas *in itinere* na jornada diária de trabalho em troca da concessão de vantagens de natureza pecuniária e de outras utilidades.”

Segue a ementa:

²⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário: RE 590415/SC**. Relator: Ministro LUIS ROBERTO BARROSO. Data de julgamento: 30 abr. 2015. Data de publicação: DJ, 29 maio 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=306937669&ext=.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2022.

EMENTA: TRABALHISTA. AGRAVOS REGIMENTAIS NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. TRANSAÇÃO DO CÔMPUTO DAS HORAS IN ITINERE NA JORNADA DIÁRIA DE TRABALHO. CONCESSÃO DE VANTAGENS DE NATUREZA PECUNIÁRIA E DE OUTRAS UTILIDADES. VALIDADE. 1. Conforme assentado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 590.415 (Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 29/5/2015, Tema 152), a Constituição Federal “reconheceu as convenções e os acordos coletivos como instrumentos legítimos de prevenção e de autocomposição de conflito trabalhistas”, tornando explícita inclusive “a possibilidade desses instrumentos para a redução de direitos trabalhistas”. Ainda segundo esse precedente, as normas coletivas de trabalho podem prevalecer sobre “o padrão geral heterônomo, mesmo que sejam restritivas dos direitos dos trabalhadores, desde que não transacionem setorialmente parcelas justrabalhistas de indisponibilidade absoluta.[...].²⁶⁴

Seria importante em um caso tão especial a utilização de técnicas argumentativas mais profundas como a sugerida por Alexy. Uma contextualização semântica da jornada de trabalho, sua relevância para a saúde e segurança e uma justificativa mais robusta da flexibilização das horas *in itinere* seria muito importante.

De todo modo, após tais decisões, mostra-se relevante a análise empírica realizada pela Confederação Nacional da Indústria quanto à postura do C.TST no exame da validade das negociações coletivas após as duas decisões do STF:

Nesse panorama verificou-se que, de forma geral, o TST seguiu a linha de entendimento sobre negociação coletiva traçada pela Suprema Corte apenas nas hipóteses idênticas às julgadas por este Tribunal. Isso ocorreu, basicamente, nas hipóteses de plano de demissão voluntária, por se tratar do mesmo tema da negociação coletiva analisada pelo STF. As horas *in itinere* (ou horas no percurso para o trabalho e retorno), um segundo tema de negociação coletiva analisado pelo STF em 2016 (RE 896.759-PE), recebeu tratamento mais restritivo pelo TST. De forma geral, este Tribunal entendeu que a decisão do Supremo só se aplica para casos idênticos ao analisado em 2016, não obstante os fundamentos da Suprema Corte sobre prestigiar de forma geral as negociações coletivas. Diversos outros temas de negociação coletiva também foram analisados pelo TST entre 2015 e 2017. Nesses julgamentos praticamente não houve aplicação dos fundamentos do precedente do STF. Portanto, mesmo após o julgamento do STF sinalizando o direcionamento de respeito às cláusulas coletivas, o TST manteve sua tendência jurisprudencial de analisar o conteúdo das negociações coletivas, muitas vezes as invalidando.²⁶⁵

²⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Recurso Extraordinário: RE 895759/PE**. Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI. Data de julgamento: 09 dez. 2016. Data de publicação: DJ, 23 maio 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311840680&ext=.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2022.

²⁶⁵ BRASIL. Confederação Nacional da Indústria. **Negociação coletiva: análise da jurisprudência do TST após o precedente do STF no RE 590.415/SC e antes da lei 13.467 de 2017**. Brasília-DF, Confederação Nacional da

Novamente ressalte-se que se trata de exercício acadêmico e análise da viabilidade de aplicação prática da teoria de Robert Alexy que, apesar das críticas quanto ao subjetivismo, traz importante ônus ao aplicador do direito tendo como finalidade a busca de clareza, ampliando o controle da sociedade sobre o Poder Judiciário.

4.5 ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DE ROBERT ALEXY

O presente estudo buscou contextualizar a teoria de Alexy principalmente no tocante à distinção entre regras e princípios e à aplicação do procedimento da ponderação no julgamento de conflitos entre direitos fundamentais nas relações de trabalho.

Em que pese sua complexidade mostrou-se relevante em relação à preocupação prática de referida teoria e à busca de racionalização do procedimento de ponderação entre princípios que realizamos intuitivamente.

No aspecto quantitativo não se mostrou expressiva a adoção de forma direta. Entretanto, com relação ao primeiro período analisado, foi possível identificar elevado número em referência conjunta com o posicionamento de Luís Roberto Barroso em comparação com o segundo período, indicativo relevante para o presente estudo que tem neste professor o marco teórico para definição do neoconstitucionalismo e analisar a influência de seus estudos na interpretação constitucional realizada pela Justiça do Trabalho.

Ainda neste aspecto a teoria de Alexy foi identificada na utilização em conjunto com a teoria de Ronald Dworkin, sendo comum encontrar a definição quanto às regras no modelo “tudo ou nada” e a de Robert Alexy na definição de princípios como mandamento de otimização.

Com relação ao aspecto qualitativo atribuiu-se destaque à aplicação do procedimento da ponderação.

Inicialmente foi examinada sua adoção em julgados do Ministro José Roberto Freire Pimenta que tiveram relevância quantitativa.

Estes casos foram resolvidos basicamente com o segundo Subprincípio da Necessidade.

Na sequência examinou-se a adoção em relação às revistas realizadas pelos empregadores, bem como no tocante à validade de normas coletivas.

Em que pese o fato da teoria de Alexy receber críticas consistentes quanto ao elevado grau de subjetividade atribuída ao julgador em sua aplicação, ainda assim a justificativa argumentativa desenvolvida por Alexy tem grande relevância para uma atuação clara e democrática do Poder Judiciário.

Ainda que uma adoção muitas vezes seja considerada incompleta, o esforço argumentativo mostrou-se relevante e ampliou o debate a respeito de conflitos como a possibilidade de revistas por parte do empregador e os limites da negociação coletiva.

Por fim, quanto ao último caso restou válido o estudo do posicionamento do Ministro Luís Roberto Barroso que contrariou jurisprudência firmada na Justiça do Trabalho.

Este ponto mostra-se de grande relevância para o desenvolvimento dos próximos capítulos nos quais será analisada se a adoção da Teoria Crítica do Direito e da Hermenêutica Neoconstitucionalista proposta por Barroso foi capaz de afetar a legitimidade da Justiça do Trabalho e responder se pode ser considerado como uma solução contra a crise que vem passand, ou se seria um fator determinante nesta.

5 TEORIA CRÍTICA DO DIREITO

Luís Roberto Barroso atribui grande relevância às concepções filosóficas da Teoria Crítica do Direito no desenvolvimento do “novo direito constitucional”, trazendo como consequência uma atitude militante, ativa e política dos magistrados.

Neste capítulo serão analisados alguns aspectos teóricos de referida teoria na Alemanha, Estados Unidos e França e a recepção destas concepções no ambiente acadêmico e jurisdicional brasileiro.

5.1 TEORIA CRÍTICA DO DIREITO E SUAS DIVISÕES

Embora não exista unanimidade quanto à unidade epistemológica de uma Teoria Crítica do Direito, mostra-se relevante a concepção de Antônio Carlos Wolkmer para quem referida teoria decorre do desenvolvimento do pensamento jurídico ocidental que, permeado por diversas teorias, estas ao longo do tempo propiciaram o desenvolvimento do “pensamento crítico” do estudo do direito, contribuindo para uma tomada de consciência levando a discussão para o campo teórico prático propiciando modificação de valores e posturas. Em suas palavras:

[...] as expressões “teoria jurídica crítica”, “crítica jurídica” ou “pensamento crítico” no Direito, [...], deverão ser entendidas como o profundo exercício reflexivo de questionar o que está normatizado e oficialmente consagrado (no plano do conhecimento, do discurso e do comportamento) em uma dada formação social, e a possibilidade de conceber outras formas não alienantes, diferenciadas e pluralistas de prática jurídica. Entende-se, destarte, que o “pensamento crítico” nada mais é do que a formulação “teórico-prática” de se buscar, pedagogicamente, outra direção ou outro referencial epistemológico que atenda às contradições estruturais da modernidade presente. Essa forma de visualizar o mundo dos valores humanos e o mundo de materialização jurídica é incorporada por um vasto, difuso e fragmentado movimento transnacional.²⁶⁶

Ainda de acordo com Antônio Carlos Wolkmer “o conhecimento ‘crítico’ seria aquele relacionado com um certo tipo de ação que resulta na transformação da realidade”.²⁶⁷ E o movimento transnacional mencionado por Wolkmer pode ser identificado nos diversos encontros e congressos realizados na América Latina com participação ou organização do próprio autor. Merecem destaque a criação da Revista Crítica Jurídica em 1983, bem como a Primeira

²⁶⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico**. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. XIII-XIV.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 4.

Jornada de Crítica Jurídica na Universidade Autônoma de Puebla no México com importante participação de integrantes da Escola de Crítica Jurídica da França Michel Mialle e Antoine Jemmaud, cujos estudos serão analisados posteriormente.

De acordo com Marcos Nobre, a teoria crítica tem por referência o marxismo e seu método, porém objetivos distintos. Em suas palavras:

Não pretende apresentar uma ‘explicação mais adequada’ do funcionamento do capitalismo. Pretende entender o tempo presente em vista da superação de sua lógica de dominação”. E continua dizendo que, além de explicar como as coisas funcionam, analisa este funcionamento sob a ótica de uma emancipação possível das relações sociais.²⁶⁸

Conforme António Manuel Hespanha:

A teoria crítica do direito tem como objetivo estabelecer uma compreensão sobre “o modo como o direito cria sistemas de classificação e de hierarquização, normas e imagens, que condicionam ou até instituem relações de poder na sociedade”²⁶⁹.

Ricardo de Macedo Mena Barreto²⁷⁰, professor português, assevera, com fundamento em Carlos Maria Cárcova, que um dos papéis da Crítica do Direito é a denúncia da função ideológica que encobre a própria fundamentação do jurídico.

Para Antônio Carlos Wolkmer²⁷¹ o movimento crítico no direito iniciou seu desenvolvimento no fim dos anos de 1960 a partir do economicismo jurídico soviético de Pachukanis, passando pela releitura gramsciana de Althusser, pela Escola de Frankfurt e pelas obras de Foucault sobre poder. Esses movimentos tinham a intenção de introduzir análises sociopolíticas antes ignoradas pela dogmática tradicional, inserindo dentro do direito estatal as práticas sociais e as ideias de ideologia e poder.

Para fins didáticos será utilizada a divisão teórica realizada por Manuel António Hespanha²⁷² para quem os principais movimentos teórico-críticos do Direito desenvolveram-se na França (*Critique du Droit*), nos Estados Unidos (*Critical Legal Studies*) e na Alemanha (*Rechtskritik*).

²⁶⁸ NOBRE, Marcos. **A Teoria Crítica**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004, p. 13.

²⁶⁹ HESPAHNA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 494.

²⁷⁰ MENA BARRETO, Ricardo de Macedo. Crítica do direito: perspectivas contemporâneas. **Revista Estudios de Derecho**, ano 2, v. 78, n. 171, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.17533/udea.esde.v78n171a02>. Acesso em: 03 nov. 2022.

²⁷¹ WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico**. 4.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16.

²⁷² HESPAHNA, op. cit., p. 494.

5.1.1 Teoria crítica do direito alemão ou teoria crítica frankfurtiana

Luís Roberto Barroso afirma que a Teoria Crítica do Direito teve influência da Escola de Frankfurt em especial de Max Horkheimer, Herbert Marcuse, Theodor Ludwig Wiesengrund-Adorno e Jürgen Habermas e do importante trabalho de desconstrução do direito voltado para a desmistificação do conhecimento jurídico convencional que, em suas palavras, seria uma instância de poder e instrumento de dominação de classe.²⁷³

Marília Freitas Lima²⁷⁴ explica que a utilização do termo “Escola de Frankfurt” busca aglutinar os trabalhos de um grupo de intelectuais marxistas, não ortodoxos, que na década 1920 permaneceram à margem de um marxismo-leninismo ‘clássico’, seja em sua versão técnico-ideológica, seja em sua linha militante e partidária, devendo ser entendido como uma atuação conjunta e não como uma existência de homogeneidade nos discursos entre seus adeptos.

Quanto aos fundamentos teóricos da Escola de Frankfurt é possível identificar uma articulação na tradição racionalista que remonta ao criticismo kantiano, passando pela dialética idealista hegeliana, pelo subjetivismo psicanalítico freudiano e culminando na reinterpretação do materialismo histórico marxista.²⁷⁵

A Escola de Frankfurt, em sua origem, tratava-se de uma Escola de “filosofia social” surgida da reorganização do Instituto de Pesquisa Social realizada por Max Horkheimer no ano de 1931 em decorrência da doação patrimonial de Felix Weil realizada em 1923. A expressão foi introduzida por Max Horkheimer em um manifesto que incluiria o artigo “Teoria Tradicional e Teoria Crítica”.

Com relação ao aspecto jurídico da Escola de Frankfurt existe a contribuição de Hans-Georg Gadamer com a hermenêutica-ontológica, a epistemologia crítico-dialética de Jürgen Habermas e dos fundamentos da justiça política de Otfried Höffe. Há, a partir dos pensadores deste movimento, o entendimento de que o direito seja um fenômeno a partir da realidade social e histórica se mostrando algo em constante mutação, consideradas por Antônio Carlos Wolkmer

²⁷³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 318.

²⁷⁴ LIMA, Marília Freitas. **O dilema democrático e seus reflexos no campo jurídico brasileiro: um debate sobre a liberdade de expressão**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2016, p. 49 e 55. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/17575>. Acesso em: 27 out. 2022.

²⁷⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico**. 4.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 5.

como posturas que refletem reações antipositivistas de profundo teor emancipatório da sociedade, e buscam uma nova racionalidade.²⁷⁶

Ricardo de Macedo Menna Barreto sintetiza o aspecto jurídico da Escola de Frankfurt da seguinte maneira:

Note-se que no seio da Escola de Frankfurt desenvolveu-se, em um determinado momento, uma espécie de “teoria crítica do Direito” por parte de alguns dos pensadores do chamado “círculo externo” da Escola. Segundo Günter Frankenberg, este círculo era composto por nomes como Fromm, Benjamin, Neumann e Kirchheimer, sendo que os dois últimos, especificamente, tinham formação em Direito e Ciência Política, o que lhes permitiu refletirem sobre o Direito como uma espécie de “mecanismo de direção central”.²⁷⁷

Esclarece ainda que, segundo as teorias políticas e jurídicas de Franz Neumann e Kirchheimer, a integração social não era gerada apenas pela submissão à cega execução dos imperativos do capitalismo, mas igualmente pela comunicação política e pela articulação entre os grupos sociais e as forças políticas.

José Rodrigo Rodriguez, citado pelo português Ricardo de Macedo Menna-Barreto como um dos expoentes da Escola de Frankfurt no Brasil, assevera que a teoria crítica de Franz Neuman vem sendo revalorizada tanto nos Estados Unidos da América quanto na Alemanha por meio dos estudos de Axel Honneth.²⁷⁸

Quanto a Jürgen Habermas, este ingressa como pesquisador na Escola de Frankfurt em 1954, tornando-se professor assistente de Theodor W. Adorno. No projeto de pesquisa “Universidade e Sociedade”, Habermas busca renovar a relação da ciência social com a prática concreta, mas não apenas no nível instrumental-técnico, mas também no nível prático-moral até mesmo desenvolvendo um “guia para a vida correta”.

Na década de 1980 direciona suas pesquisas para o direito nas quais sustenta ser determinante a passagem do paradigma da filosofia da consciência para o paradigma da filosofia da linguagem. Com isso, a Teoria Crítica será agregada pela virada linguística, por um pensamento pós-metafísico, colocando o filosofar sobre uma base metódica mais segura, libertando-o, finalmente, das aporias das teorias filosóficas da consciência. Forja-se, assim, uma

²⁷⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico**. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 45.

²⁷⁷ MENA BARRETO, Ricardo de Macedo. Crítica do direito: perspectivas contemporâneas. **Revista Estudios de Derecho**, ano 2, v. 78, n. 171, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.17533/udea.esde.v78n171a02>. Acesso em: 03 nov. 2022.

²⁷⁸ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Franz Neumann, o Direito e a Teoria Crítica. **Revista Lua Nova**, n. 61, p. 53, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a04n61.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2022.

compreensão ontológica da linguagem, habilitando sua função hermenêutica na interpretação do mundo.

Nas décadas posteriores, Habermas avança na teoria social e na teoria do Direito a partir das obras “Teoria do Agir Comunicativo” [Theorie des kommunikativen Handelns, 1981] (Habermas, 2012) e “Facticidade e Validade” [Faktizität und Geltung, 1992] (Habermas, 2010). É a partir daí que Habermas substituirá o espaço dedicado à razão prática para a razão comunicativa, a qual possibilitará uma nova orientação para as pretensões de validade. Com a concepção de ação comunicativa, Habermas colocará o Direito em uma posição central, permitindo, assim, o desenvolvimento de sua “Teoria Discursiva do Direito²⁷⁹ com relevante influência na teoria de Robert Alexy.

5.1.2 Teoria crítica norte-americana – Critical Legal Studies

Conforme Luís Roberto Barroso²⁸⁰ nos Estados Unidos da América, os “Critical Legal Studies”, também sob influência marxista – embora menos explícita –, difundiram sua crença de que “lei é política” (“law is politics”), convocando os operadores jurídicos a recomorem a ordem legal e social com base em princípios humanísticos e comunitários.

Considera-se que os “Critical Legal Studies” ou Estudos Jurídicos Críticos surgiram a partir de uma conferência sobre Estudos Jurídicos Críticos na Universidade de Wisconsin em 1977, na qual seus teóricos tiveram referências teóricas no realismo jurídico, no marxismo crítico, bem como na teoria literária estruturalista ou pós-estruturalista.

Uma das marcas desta corrente foi possibilitar a emergência de distintos movimentos intelectuais que se voltavam, sobretudo, a criticar o papel da lei na manutenção das hierarquias baseadas no sexo, na raça e na orientação sexual. Os Estudos Jurídicos Críticos, além disso, influenciaram fortemente pesquisas em estudos jurídicos interdisciplinares, para tanto recorriam aos métodos das humanidades somados aos das ciências sociais interpretativas.

Conforme Ricardo de Macedo Mena-Barreto os precursores deste movimento, nos anos 1970, foram principalmente Roberto Mangabeira Unger e Duncan Kennedy, ambos da Harvard Law School. Mais que propriamente um movimento ou escola, Duncan Kennedy denominou os Estudos Jurídicos Críticos (Critical Legal Studies) como uma “intervenção”

²⁷⁹ MENA BARRETO, Ricardo de Macedo. Crítica do direito: perspectivas contemporâneas. **Revista Estudios de Derecho**, ano 2, v. 78, n. 171, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.17533/udea.esde.v78n171a02>. Acesso em: 03 nov. 2022.

²⁸⁰ BARROSO Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10.^a ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022, p. 419.

política e intelectual nas Faculdades de Direito. Intervenção esta que contou com temas políticos bastante heterogêneos, todos com uma forte inclinação esquerdista. Kennedy entende que tal intervenção adquiriu basicamente cinco formas, as quais permitiram a institucionalização dos Critical Legal Studies, quais sejam: 1) a formação de espécies de “facções de esquerdas”, em diversas faculdades de Direito pelo país; 2) publicação em periódicos científicos especializados de uma “nova” literatura jurídica, até então nunca antes vista; 3) a organização de “colônias de férias”, nas quais dezenas de acadêmicos podiam discutir livremente suas pesquisas, ao mesmo tempo em que se dedicavam a ler e a debater os “clássicos”; 4) a promoção de amplos congressos, nos quais uma multiplicidade de abordagens, de diferentes classes, dos Critical Legal Studies, eram presenciadas por centenas de pessoas; e, por fim, 5) a criação de uma espécie de “rede nacional”, que apoiou todas estas atividades acadêmicas.

Ainda de acordo com Duncan Kennedy, uma característica marcante dos adeptos dos Estudos Jurídicos Críticos é a de que uma boa parcela de seus membros era dedicada a estudos dogmáticos-jurídicos como o Direito Contratual, o Direito do Trabalho e o Direito Penal. Pode-se perceber que a preocupação central se dirige ao próprio sistema jurídico em sua dimensão positiva.²⁸¹

É possível identificar na teoria de Barroso a valorização do aspecto dogmático no desenvolvimento de sua teoria crítica, por quanto afirma que realizou travessia do pensamento crítico para a utilização construtiva da dogmática jurídica em um trabalho escrito em 1986 que foi a base de sua tese de livre-docência que se converteu no livro “O direito constitucional e a efetividade de suas normas”.²⁸²

5.1.3 Teoria crítica do Direito francesa

Quanto à teoria crítica francesa afirma Luís Roberto Barroso que esta foi influenciada por Louis Althusser que procurou atribuir caráter científico ao direito, mas propôs uma ciência de base marxista que seria a única influência verdadeira.²⁸³

²⁸¹ MENA BARRETO, Ricardo de Macedo. Crítica do direito: perspectivas contemporâneas. **Revista Estudios de Derecho**, ano 2, v. 78, n. 171, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.17533/udea.esde.v78n171a02>. Acesso em: 03 nov. 2022.

²⁸² BARROSO Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10.ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022, 22, p. 1842.

²⁸³ *Ibidem*, p. 417.

Ricardo de Macedo Mena-Barreto entende que um ponto de partida possível dos principais aspectos da “*Critique du Droit*” é a obra “A Teoria Geral do Direito e o Marxismo” do jurista soviético Evgeny Pachukanis. Considerada um clássico da crítica marxista do direito, esta obra teve vultosa repercussão entre os juristas franceses, influenciando fortemente a elaboração do pensamento crítico do direito na França.²⁸⁴

Uma das obras de maior influência é “Uma Introdução Crítica ao Direito” (“*Une Introduction Critique au Droit*”), do jurista francês Michel Miaille. Apontando para suas bases teóricas, Miaille defende a necessidade de um regresso aos clássicos marxistas afirmando categoricamente que, para o sucesso de tal investida, “o texto mais claro e mais interessante continua a ser o de Pachukanis”. A obra está no cerne de um projeto mais amplo de elaboração de uma “teoria crítica do Direito”, buscando a necessidade imperiosa de dispor de uma epistemologia precisa. A obra de Michel Miaille é considerada uma epistemologia materialista e crítica, cuja preocupação principal reside em compreender porque o conhecimento do direito pode ser denominado de científico) com uma introdução científica do direito.²⁸⁵

O pensamento crítico não se resume ao pensamento abstrato sendo acrescentada a dialética. Michel Miaille afirma que:

A teoria crítica permite não só descobrir os diferentes aspectos escondidos de uma realidade em movimento, mas sobretudo abre, então, as portas de uma nova dimensão: a da ‘emancipação’, segundo o termo de G. Raulet. Reflectindo sobre as condições e os efeitos da sua existência na vida social, a teoria reencontra a sua ligação com a prática, quer dizer, com o mundo social existente.²⁸⁶

Por fim, importante a observação de Ricardo de Macedo Mena-Barreto que considera o fato de Michel Miaille e seus colegas franceses do movimento “Critique du droit” terem exercido grande influência na Teoria Crítica do Direito brasileira. Nesse aspecto cita que o argentino Luis Alberto Warat, idealizador das Jornadas Latino-americanas de Metodologia do Ensino do Direito, sediado no Brasil, chegou em certa oportunidade a recepcionar Michel Miaille, Antoine Jeammaud entre outros importantes nomes da crítica do direito francesa.

²⁸⁴ MENA BARRETO, Ricardo de Macedo. Crítica do direito: perspectivas contemporâneas. **Revista Estudios de Derecho**, ano 2, v. 78, n. 171, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.17533/udea.esde.v78n171a02>. Acesso em: 03 nov. 2022.

²⁸⁵ MIAILLE, Michel. Obstáculos epistemológicos ao estudo do Direito: retorno ao movimento “Crítica do Direito” e apontamentos sobre a crítica do Direito hoje. **Revista Meritum**, v. 9, n. 2, p. 263-278, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/3063/1668>. Acesso em: 14 jun. 2022.

²⁸⁶ MIAILLE, Michel. **Uma Introdução Crítica ao Direito**. Tradução: Ana Prata. Lisboa: Moraes Editores, 2011, p. 19.

Cabe ressaltar que Luís Alberto Warat foi orientador de Lênio Luiz Streck e Leonel Severo Rocha, autores de grande influência na hermenêutica constitucional atual.

Mena Barreto considera que seguramente tal aproximação possibilitou a criação e difusão de uma corrente crítica de influência francesa assente, sobretudo, na região sul do Brasil. Ressalta que esta corrente crítica do sul do Brasil, com destaque aos estados de Santa Catarina e Rio Grande do Sul, sofreu influência de outras correntes marxistas e neomarxistas, notadamente do movimento crítico italiano, de viés neomarxista, *L'uso alternativo del diritto* (*Uso Alternativo do Direito*), o qual reverberou significativamente no Brasil.²⁸⁷

Diante da relevância da Teoria Hermenêutica de Luís Roberto Barroso, o movimento do direito alternativo no Brasil será analisado no item seguinte.

5.1.4 Movimento do direito alternativo

Luís Roberto Barroso reserva um item específico para tratar do direito alternativo em sua obra “Interpretação e aplicação da Constituição”.²⁸⁸

Assevera que se trata de um movimento de desconstrução que, fundamentado na experiência crítica, procura contribuir para a emergência de um novo direito.

Esta concepção está no cerne de toda a teoria constitucional de Barroso, inclusive nos títulos de suas obras que contam com expressões como “dogmática constitucional transformadora” ou “construção de um novo modelo”.

Ainda de acordo com Barroso a exemplo da teoria crítica, o movimento do direito alternativo também tem por objetivo desmistificar a concepção liberal-positivista de identificação de direito e lei, além disso rompe com a ideia clássica da estatalidade do direito passando-se a admitir a existência de direitos alternativos.

Clémerson Merlin Clève considera que o direito alternativo trata de um movimento novo, não necessariamente homogêneo e que a partir de vários aportes e vias teóricas busca a emancipação das classes populares através do direito. Mostra-se esclarecedora a distinção que realiza entre o direito alternativo e a teoria crítica do direito:

Há uma diferença entre o direito alternativo e a antiga teoria crítica do direito. Esta, nascida no seio das universidades, preocupava-se em desmistificar o

²⁸⁷ MENA BARRETO, Ricardo de Macedo. Crítica do direito: perspectivas contemporâneas. **Revista Estudios de Derecho**, ano 2, v. 78, n. 171, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.17533/udea.esde.v78n171a02>. Acesso em: 03 nov. 2022.

²⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 285.

fenômeno jurídico através de novos deslocamentos epistemológicos. Tratava-se de um discurso de desconstrução. O direito alternativo, no Brasil, desenvolveu-se após a emergência desse tipo de teorização e certamente vale-se de sua experiência. Todavia, sua proposta é diferente. Cumpre agora, não apenas criticar o direito posto (discurso da denúncia), mas também contribuir para a emergência de um novo direito. O direito alternativo é um plus em relação à teoria crítica [...]. Cumpre, pois agora, resgatar a dogmática jurídica [...] saber jurídico instrumental [...] importa hoje para o jurista participante, sujar as mãos com a lama impregnante da prática jurídica.²⁸⁹

Em síntese o movimento do direito alternativo não é considerado um movimento teórico unitário, mas de forma semelhante ao “Critical Legal Studies” tem relevante preocupação com a aplicação prática consubstanciado em modo de interpretação e aplicação do direito, daí a relevância da hermenêutica jurídica.

Luís Roberto Barroso prefaciou obra coordenada por Clémerson Merlin Clève, ambos são considerados por Antônio Carlos Wolkmer como os principais representantes da Teoria Crítica no Direito Constitucional brasileiro. De todo modo Barroso descreve a influência que tiveram da teoria crítica e o modo de aplicação dogmática de referida teoria, bem como sua influência de pensadores da esquerda Antonio Gramsci e Noam Chomsky:

Ao longo da década de 90, migramos ambos de uma visão severamente crítica do Direito para a exploração de suas potencialidades transformadoras. Em busca da efetividade da Constituição e da concretização do seu papel emancipatório, trabalhamos ambos, em interação constante, pela construção de um constitucionalismo normativo, apoiado em boa dogmática e numa visão progressista da vida [...] parodiando Antonio Gramsci, vivemos um momento em que o velho já morreu e o novo ainda não nasceu. Um bom título para a quadra atual pode ser colhido em um livro de Noam Chomsky, da década de 90: A minoria próspera e a multidão inquieta.²⁹⁰

Antônio Carlos Wolkmer também retrata o direito alternativo como uma superação da crítica jurídica tradicional com o intuito de apreciar os avanços que essas teorias tiveram, tentando eliminar os seus problemas de modo a demonstrar uma inovação. Em suas palavras:

No final da década de 80, a expressão “Direito alternativo” vinha designando uma disciplina ministrada na Escola da Magistratura do Rio Grande do Sul, coordenada pelo juiz Amilton Bueno de Carvalho. Tendo em vista essa experiência, certos setores da imprensa associaram, polemicamente, a designação com o grupo de magistrado gaúchos que vinham proferindo sentenças e resolvendo conflitos de forma não convencional e progressista.

²⁸⁹ CLÈVE, Clémerson Merlin. Teoria do Direito Constitucional e Direito alternativo. In: **Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho – o Editor dos Juristas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 34-53.

²⁹⁰ CLÈVE, Clémerson Merlin. **Direito Constitucional Brasileiro – Volume 3**. 2.^a ed. Prefácio: Luís Roberto Barroso. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 31.

Em pouco tempo, a expressão alcançou nível nacional e passou a configurar a pluralidade de instâncias profissionais habilitadas a articular frentes de lutas dentro da legalidade instituída (o uso alternativo do Direito) e da legalidade insurgente a instituir (práticas de pluralismo jurídico) etc.²⁹¹

Luís Roberto Barroso também cita Amilton Bueno de Carvalho no sentido de preservar uma dimensão jurídica do movimento.²⁹² Pela relevância do texto vale a transcrição dos trechos selecionados por Barroso:

Alguns dizem que o Direito Alternativo caracteriza-se pela negativa da lei. E tal não corresponde à realidade. A lei escrita é conquista da humanidade e não se vislumbra possibilidade de vida em sociedade sem normas (sejam elas escritas ou não). [...] A alternatividade luta para que surjam leis efetivamente justas, comprometidas com os interesses da maioria da população, ou seja, realmente democráticas. E busca instrumental interpretativo que siga a mesma diretiva. O que a alternatividade não reconhece é a identificação do direito tão-só com a lei, nem que apenas o Estado produz direito, o que é diverso da negativa à lei. [...] O que a alternatividade busca é o novo paradigma, com a superação do legalismo estreito, mas tendo como limites (ou conteúdo racional) os princípios gerais do direito, que são conquistas da humanidade.²⁹³

É nítida a relação do trecho acima com as concepções de Barroso quando trata da relevância dos princípios na hermenêutica constitucional:

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais.²⁹⁴

É possível verificar que, de forma diferenciada em relação à concepção de Amilton Bueno de Carvalho, Barroso considera relevante o papel do Poder Judiciário e da Constituição como mecanismo de imunização da sociedade contra eventual ação danosa do processo político majoritário, o que justifica inclusive o caráter iluminista do Poder Judiciário, pois este seria incumbido de identificar os valores a serem perseguidos pela sociedade e não mais a maioria.

De todo modo, restou evidente que as concepções do movimento do direito alternativo estão inseridas em toda a teoria constitucional de Luís Roberto Barroso.

²⁹¹ WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico**. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 142.

²⁹² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 287.

²⁹³ *Ibidem*, p. 287.

²⁹⁴ BARROSO Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10.^a ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022, p. 447.

5.2 APLICAÇÃO DA TEORIA CRÍTICA DO DIREITO PELO COLENO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Em pesquisa empírica realizada nas bases jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho não foi encontrada nenhuma referência expressa ao argumento “teoria crítica do direito” ou “direito alternativo” ou ainda “Escola de Frankfurt” ou “Critical Legal Studies” nos períodos de 01/01/2011 a 10/11/2017 e nem 11/11/2017 a 31/12/2021. Somente os termos “teoria crítica do direito” e “direito alternativo” foram encontrados em referências a julgados recorridos como, por exemplo, a referência à obra de Tarso Genro “Introdução Crítica do Direito”.

De todo o modo Marília Freitas Lima sintetiza a relevância do direito alternativo e sua influência no sistema jurídico brasileiro atual:

É necessário destacar que o trabalho dos juristas relacionados a este movimento influenciou e ainda influencia de maneira contundente os estudos críticos brasileiros, principalmente com a implantação de ideias alternativas de resolução de conflitos e propostas de mudanças curriculares, seja na formação do jurista como na formação dos profissionais do direito – magistrados, promotores, delegados, defensores, etc. Um exemplo bastante claro da contribuição deste movimento e que perdura até o presente momento é a criação e manutenção das Assessoria Jurídicas Populares, que possibilitam ao estudante de direito ter um olhar mais crítico e promover, junto com a comunidade, alternativas emancipatórias.²⁹⁵

Entretanto, restou evidente que o ativismo judicial presente na teoria constitucional de Luís Roberto Barroso, com adoção expressa do substancialismo e do liberalismo igualitário, tem seus fundamentos nas concepções do movimento do “direito alternativo”.

Cabe ressaltar que o movimento de direito crítico atual considera que a judicialização de pautas progressistas e sociais enfraquece o debate, prejudicando inclusive a organização dos movimentos sociais, conforme se observa nas palavras de Lara Freire Bezerra De Sant’anna: “A judicialização, portanto, enfraquece o debate, uma vez que retira da esfera comum o debate acerca das questões a serem decididas e, via de consequência, dificulta a formação das arenas públicas”.²⁹⁶

²⁹⁵ LIMA, Marília Freitas. **O dilema democrático e seus reflexos no campo jurídico brasileiro: um debate sobre a liberdade de expressão.** 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2016, p. 55. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/17575>. Acesso em: 27 out. 2022.

²⁹⁶ SANT’ANNA, Lara Freire Bezerra. A institucionalização das lutas sociais através da judicialização e seus efeitos sobre o militantismo e o engajamento: análise sobre o panorama brasileiro. In: WOLKMER, Antonio Carlos; CORREAS, Oscar (Organizadores). **Crítica Jurídica na América Latina.** 1^a ed. Aguascalientes: CENEJUS (Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat), 2013, p. 219.

É possível concluir que, em que pese as grandes influências que recebe da Teoria Crítica do Direito, Barroso deixa claro que desenvolveu teoria própria com parâmetros de hermenêutica que conforme se verificará posteriormente acabam ampliando de sobremaneira a discricionariedade do julgador.

6 JUSTIÇA DO TRABALHO, HERMENÊUTICA E LEGITIMIDADE

No presente capítulo serão analisados os dados empíricos coletados, bem como ocorrerá um aprofundamento no estudo da hermenêutica aplicada pela Justiça do Trabalho com a avaliação dos impactos da adoção do neconstitucionalismo por seus órgãos.

Levar-se-á em consideração as definições de legitimidade de Max Weber, bem como a pesquisa qualitativa e quantitativa quanto à adoção de Teoria Neoconstitucionalista de Luís Roberto Barroso e seus fundamentos teóricos examinados nos capítulos anteriores quais sejam: a força normativa da constituição de acordo com a concepção de Konrad Hesse, a força normativa dos princípios nos termos propostos por Ronald Dworkin e Robert Alexy e a ponderação de interesses nos termos propostos por Alexy, além da Teoria Crítica do Direito.

No estudo da hermenêutica trabalhista será analisado seu histórico, motivo pelo qual serão levados em consideração os estudos de Francisco José de Oliveira Vianna, bem como sua relação com a hermenêutica aplicada mais recentemente, com ênfase nos posicionamentos expressamente citados nas manifestações do Poder Legislativo a respeito da Justiça do Trabalho, o que envolve o estudo dos precedentes das Súmulas n.º 437, 244 e 277 do Tribunal Superior do Trabalho, bem como das “Semanas do TST”.

Será ainda cotejada a teoria de Luís Roberto Barroso com a hermenêutica trabalhista e outras teorias das hermenêutica jurídica com a identificação de semelhanças entre as concepções de Luís Roberto Barroso e Francisco José de Oliveira Vianna.

Com fundamento nas análises acima será apreciada a legitimidade da Justiça do Trabalho mediante estudo do tipo ideal de juiz definido por Max Weber, com a demonstração de sua distinção para com os demais ramos do Poder Judiciário no tocante à adoção do neoconstitucionalismo.

6.1 TEORIAS DE KONRAD HESSE, RONALD DWORKEIN, ROBERT ALEXY E A TEORIA CRÍTICA DO DIREITO

Foi possível perceber que a menção à “interpretação constitucional” com referência expressa à obra de Luís Roberto Barroso teve relevante diminuição após a entrada em vigor da Lei n.º 13.467/2017 (Reforma Trabalhista).

No tocante às teorias dos autores mencionados, identificou-se expressiva a adoção do Princípio da Força Normativa da Constituição, porém com baixo índice de remissão à Teoria Hermenêutica Concretista de Konrad Hesse, sendo identificada mera aplicação retórica ou mero argumento tópico semelhante a um argumento de autoridade, sem contextualização ou ao

menos definição do princípio de modo que foi basicamente identificado apenas como a aptidão da norma em produzir seus efeitos em um conceito de eficácia social da norma.

Com relação a Ronald Dworkin a pesquisa quantitativa revelou um nível reduzido de aplicação, todavia a teoria hermenêutica do romance em cadeia demonstra um esforço argumentativo que poderia propiciar uma melhora na aceitação das decisões tomadas pela Justiça do Trabalho, porém em um único acórdão foi identificada a adoção de tal postura argumentativa.

Por fim, quanto à adoção da teoria de Robert Alexy, esta foi mencionada muitas vezes em conjunto com a teoria dos princípios de Ronald Dworkin. Percebeu-se predominantemente a adoção da definição de regras de Dworkin (lógica do tudo ou nada) com os princípios de Robert Alexy como mandados de otimização. Tais constatações merecem críticas tendo em vista que as duas teorias se distanciam principalmente no tocante a sua aplicação prática. Além disso, a teoria de Dworkin quanto às regras e aos princípios não foi desenvolvida em suas obras posteriores, na realidade, diante das inúmeras críticas foi praticamente abandonada pelo autor e substituída pelas metáforas do direito como literatura, romance em cadeia e direito como integridade.

Ainda com relação a Robert Alexy foi possível identificar a utilização de sua Teoria da Proporcionalidade em conflitos de direitos fundamentais como no caso da possibilidade de revista pelo empregador, possibilidade de exigência de antecedentes criminais na fase pré-contratual e na validade das negociações coletivas.

Verificou-se o desenvolvimento argumentativo para justificar a prevalência de determinados direitos em detrimento de outros, mediante análise dos Subprincípios da Adequação e da Necessidade, não se verificando a adoção da “fórmula do peso” inerente ao Subprincípio da Proporcionalidade.

De todo o modo, a utilização acima mostrou-se relevante e apta a auxiliar no controle da racionalidade da decisão judicial propiciando maior aceitação da decisão judicial por parte da sociedade. Ademais, o critério da ponderação foi expressamente adotado no art. 489, § 2º do CPC, bem como no art. 20, parágrafo único da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro.

Tais fatos quantitativos e qualitativos acima permitem concluir que, em decorrência do baixo índice de menção das teorias acima citadas, bem como do índice ainda mais reduzido quanto à efetiva adoção das referidas teorias, a crise de legitimidade da Justiça do Trabalho não decorre da aplicação das teorias de Konrad Hesse, Ronald Dworkin e Robert Alexy. Entretanto,

remanesce o questionamento quanto à hermenêutica trabalhista, a teoria de Luís Roberto Barroso e outros fundamentos teóricos de sua teoria neoconstitucionalista.

Com relação à Teoria Crítica do Direito, Luís Roberto Barroso expressamente declarou sua “travessia” de uma visão crítica do direito para uma visão dogmática e até instrumental, o que o aproximou dos Estudos Jurídicos Críticos norte-americanos, mas principalmente do movimento do direito alternativo existente no Brasil nas décadas de 1980 e 1990, sendo possível identificar grande semelhança de suas concepções quanto à hermenêutica e aquela defendida por Amilton Bueno de Carvalho, juiz de direito gaúcho, professor da disciplina Direito Alternativo na escola judicial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a quem cita expressamente no sentido de preservar uma dimensão jurídica do movimento.²⁹⁷ Pela relevância do texto vale a transcrição dos trechos selecionados por Luís Roberto Barroso:

Alguns dizem que o Direito Alternativo caracteriza-se pela negativa da lei. E tal não corresponde à realidade. A lei escrita é conquista da humanidade e não se vislumbra possibilidade de vida em sociedade sem normas (sejam elas escritas ou não). [...] A alternatividade luta para que surjam leis efetivamente justas, comprometidas com os interesses da maioria da população, ou seja, realmente democráticas. E busca instrumental interpretativo que siga a mesma diretiva. O que a alternatividade não reconhece é a identificação do direito tão-só com a lei, nem que apenas o Estado produz direito, o que é diverso da negativa à lei. [...] O que a alternatividade busca é o novo paradigma, com a superação do legalismo estreito, mas tendo como limites (ou conteúdo racional) os princípios gerais do direito, que são conquistas da humanidade.²⁹⁸

É nítida a relação do trecho acima com as concepções de Barroso quando trata da relevância dos princípios na hermenêutica constitucional:

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais.²⁹⁹

É possível verificar que, de forma diferenciada à concepção de Amilton Bueno de Carvalho, Barroso considera relevante o papel do Poder Judiciário e da Constituição como mecanismo de imunização da sociedade contra eventual ação danosa do processo político

²⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 287.

²⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10.ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022, p. 447.

²⁹⁹ BARROSO, *op. cit.*, p. 287.

majoritário, o que justifica inclusive o caráter iluminista do Poder Judiciário, pois este seria incumbido de identificar os valores a serem perseguidos pela sociedade e não mais a maioria.

Assim, dentre os estudos acima, identificou-se que a Teoria Crítica do Direito, na vertente do Direito Alternativo é a que possui maior influência na concepção de Luís Roberto Barroso. Deste modo, apesar da ausência de remissões expressas à Teoria Crítica do Direito ou ao movimento do Direito Alternativo nos julgados no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, a atuação de Barroso como professor nos cursos formação inicial de magistrados trabalhistas na Escola Nacional de Formação de Magistrados Trabalhistas e o alto índice de citação de sua Teoria Hermenêutica Constitucional, refletem na realidade em grande parte a adoção indireta de referidas teorias (Neoconstitucionalismo e Teoria Crítica do Direito/Direito Alternativo).

6.2 HERMENÊUTICA TRABALHISTA E NEOCONSTITUCIONALISMO

O Direito do Trabalho é ramo jurídico relativamente recente em comparação com o Direito Civil, de modo que ainda remanescem inúmeros debates quanto ao nível de intervenção estatal necessário nas relações de trabalho, bem como quais seriam os órgãos estatais competentes, se pertencentes ao Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário, conforme explanado por Homero Batista Mateus da Silva:

Aliás, os dilemas sobre o excesso de ingerência do Poder Judiciário sobre as relações sociais e sobre o perfil legiferante de muitas Súmulas não deixam de ser similares ao estudo sobre a crise dos poderes legiferantes concedidos aos mandatários do Poder Executivo. Está longe de ser essencialmente brasileira a discussão sobre o uso desmesurado e inadvertido dos comandos normativos atribuídos ao chefe do executivo, veiculados por medidas provisórias e decretos regulamentadores na experiência brasileira e documentos análogos, como ordens executivas, decreto-lei, ordens de serviço e outras nomenclaturas para semelhantes conteúdos, colhidos na experiência de outros ordenamentos.³⁰⁰

Neste âmbito reside a discussão quanto ao papel da Justiça do Trabalho. Referido ramo de justiça especializada tem caráter diferenciado, sendo previsto inicialmente na Constituição Federal de 1934 como integrante do Poder Executivo, fato que gerou impactos no seu modo de interpretação e aplicação das normas trabalhistas.

Sua instituição legislativa ocorreu no ano de 1939 como integrante do Poder Executivo, tinha por atribuição a elaboração de orientações com força normativa, ou seja, sua

³⁰⁰ SILVA, Homero Batista Mateus da. **Direito do Trabalho Aplicado – Teoria geral de direito do trabalho e do direito sindical - Volume 1**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. E-book.

atuação inicial era diferenciada dos ramos da justiça comum, principalmente no tocante ao princípio da inércia mediante sua atuação de ofício na interpretação prévia de atos legislativos, realizando interpretação pró futuro e normativa de caráter geral e abstrato.

Os fundamentos para tal atuação da Justiça do Trabalho têm origem na obra de Francisco José de Oliveira Vianna considerado, ao lado de Francisco Campos, como um dos principais constitucionalistas da “Era Vargas”, participou de intensos debates quanto à criação da Justiça do Trabalho prevista nas Constituições de 1934 (art. 122) e de 1937 (art. 139), sendo identificado como principal autor do Projeto de Lei Orgânica da Justiça do Trabalho.

Algumas destas concepções quanto a uma atuação diferenciada do Poder Judiciário Trabalhista podem ser identificadas na exposição de motivos de referido Projeto de Lei:

Função não menos importante, também atribuída pelo projeto à justiça do trabalho, é a de fixar a interpretação das leis, cuja aplicação lhe incumbe. Não se trata da fixação da inteligência das leis através a uniformidade das decisões sucessivas, isto é, por força da jurisprudência, como acontece com a justiça comum, Este poder a justiça de trabalho o teria independentemente de qualquer disposição expressa. O que o projeto dá à justiça do trabalho é causa muito diferente dessa determinação da inteligência das leis sociais por meio da tradição jurisprudencial; é o poder de fixar por antecipação, e de modo genérico, esta inteligência. E uma competência muito concordante com a natureza mesma da justiça do trabalho, que revive, como observou Raneletti, a antiga justiça pretoriana. Da mesma forma que pretores da antiga Roma, com os seus editos, o Tribunal Nacional, com os seus acórdãos interpretativos, fixará ad futuram, para os tribunais que lhe são subordinados, o sentido dos textos da legislação social.³⁰¹ (grifo nosso).

Como se percebe existe uma defesa aberta da atividade interpretativa de cunho normativa da Justiça do Trabalho com interpretações a serem aplicadas “para o futuro” com remissão à atividade dos pretores romanos. Tal possibilidade foi estabelecida no art. 2º do Projeto de Lei.³⁰²

Necessário relembrar que a Justiça do Trabalho ainda faria parte do Poder Executivo, com autonomia e regime autárquico e que tal atribuição seria apenas uma herança de atividade desenvolvida pelo Ministro do Trabalho, que elaborava instruções com caráter normativo para os órgãos administrativos, conforme se observa abaixo:

³⁰¹ BRASIL. **Projeto de Lei Orgânica da Justiça do Trabalho.** Rio de Janeiro: Serviço Gráfico do Ministério de Educação e Saúde, 1938, p. 19. Disponível em: <https://bibliotecadigital.trt1.jus.br/jspui/handle/1001/676333>. Acesso em: 11 jan. 2022.

³⁰² BRASIL. **Projeto de Lei Orgânica da Justiça do Trabalho.** Rio de Janeiro: Serviço Gráfico do Ministério de Educação e Saúde, 1938. “Art. 2.º Compete à Justiça do Trabalho dirimir os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados, reguladas na legislação social. § único — Para os efeitos deste artigo, cabe à Justiça do Trabalho: [...] b) determinar, de maneira genérica, a interpretação das leis, cuja aplicação lhe incumba; [...],” p. 35. Disponível em: <https://bibliotecadigital.trt1.jus.br/jspui/handle/1001/676333>. Acesso em: 11 jan. 2022.

Esta disposição do projeto, atribuindo à justiça do trabalho, a faculdade de interpretação prévia das leis sociais, foi aconselhada pela nossa própria experiência administrativa. Desde que se fundou o Ministério do Trabalho, esta faculdade de fixar, de modo geral, a interpretação das leis sociais, tem sido exercida, sem interrupção, pelo Ministro.³⁰³

Tal competência atribuída à Justiça do Trabalho foi objeto de duras críticas principalmente formuladas pelo advogado e Deputado Federal na época Waldemar Martins Ferreira, sendo que no Decreto-Lei n.º 1.237/1939 que instaurou a Justiça do Trabalho não constou expressamente tal possibilidade, todavia o Decreto Lei n.º 1.346/1939 que reorganizou o Conselho Nacional do Trabalho, posteriormente convertido em Tribunal Superior do Trabalho, trouxe a competência consultiva de referido órgão no artigo 7º.³⁰⁴

Oportuno esclarecer que não há que se confundir esta competência de interpretação genérica e pró-futuro com a possibilidade atribuída à Justiça do Trabalho de elaborar normas, consistente no denominado Poder Normativo, que também foi prevista em referido projeto e justificada da seguinte maneira:

Ora, si aos tribunais do trabalho é dada competência para dirimir conflitos coletivos, isto implica afinal não apenas competência para aplicar a norma legal ou contractual por ventura existente; mas, como no caso dos conflitos coletivos de natureza econômica, também a competência para formular esta própria norma — o que importará, por sua vez, em reconhecer aos tribunais do trabalho competência para editar normas gerais, reguladoras das relações do trabalho entre as duas classes, categorias ou grupos em conflito.³⁰⁵

Tal prerrogativa foi estabelecida no art. 5º do projeto de lei.³⁰⁶

³⁰³ BRASIL. **Projeto de Lei Orgânica da Justiça do Trabalho.** Rio de Janeiro: Serviço Gráfico do Ministério de Educação e Saúde, 1938, p. 19. Disponível em: <https://bibliotecadigital.trt1.jus.br/jspui/handle/1001/676333>. Acesso em: 11 jan. 2022.

³⁰⁴ BRASIL. **Decreto-lei n.º 1.346, de 15 de junho de 1939.** Reorganiza o Conselho Nacional do Trabalho. “Art. 7º Compete ao Conselho Pleno. [...] d) responder às consultas dos órgãos governamentais sobre questões de legislação social referentes ao trabalho e à previdência social; e) opinar, quando solicitado, sobre os projetos de leis e regulamentares e outros atos que o Governo tenha de expedir relativamente aos assuntos mencionados na alínea anterior, e propor ao Governo as medidas que julgar convenientes; [...].” Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1346compilado.htm. Acesso em: 03 nov. 2022.

³⁰⁵ BRASIL. **Projeto de Lei Orgânica da Justiça do Trabalho.** Rio de Janeiro: Serviço Gráfico do Ministério de Educação e Saúde, 1938, p. 13. Disponível em: <https://bibliotecadigital.trt1.jus.br/jspui/handle/1001/676333>. Acesso em: 11 jan. 2022.

³⁰⁶ BRASIL. **Projeto de Lei Orgânica da Justiça do Trabalho.** Rio de Janeiro: Serviço Gráfico do Ministério de Educação e Saúde, 1938. “Art. 5.º Em caso de dissídio coletivo, que tenha em vista novas condições de trabalho e em que houver participado uma fração apenas dos empregados de uma empresa, poderá o tribunal, que tenha proferido a decisão, extendê-la, se assim julgar justo ou conveniente, a outra fração, da mesma profissão ou categoria dos dissidentes.”, p. 36. Disponível em: <https://bibliotecadigital.trt1.jus.br/jspui/handle/1001/676333>. Acesso em: 11 jan. 2022.

Waldemar Martins Ferreira também teceu duras críticas contra este poder normativo diante da separação dos poderes e do fato de que a Constituição de 1934 não adotava os mesmos princípios que a “Carta do trabalho italiana”. Referido poder normativo foi mantido de forma restrita no atual art. 114, § 2º da Constituição Federal de 1988, sendo exigido o prévio acordo entre as partes litigantes para que seja exercido pela Justiça do Trabalho.

Percebe-se que mesmo após a integração da Justiça do Trabalho ao Poder Judiciário as interpretações sedimentadas por meio de súmulas e orientações jurisprudenciais têm grande impacto na prática trabalhista muitas vezes criando e restringindo direitos, conforme apreciado no Capítulo 1 do presente trabalho.

Todavia, diante da Reforma Trabalhista (Lei n.º 13.467/2017), referida possibilidade foi consideravelmente restringida diante da alteração da redação do art. 702, inciso I, alínea “f” da CLT que definiu inúmeros requisitos para aprovação ou alteração de súmulas e orientações jurisprudenciais. Até o presente momento nenhuma súmula ou orientação jurisprudencial foi editada após a entrada em vigor da Reforma Trabalhista.

Especificamente quanto à hermenêutica aplicada pela Justiça do Trabalho, é possível identificar desde sua origem uma forte tendência à aplicação normativa de princípios. De todo modo, esta tendência pode ser explicada pela origem recente do Direito do Trabalho em comparação com outras disciplinas do Direito como o Direito Civil.

Em face da ausência de um corpo de normas consolidado era necessária a grande recorrência aos princípios a exemplo do que também acontecia no âmbito do Direito Administrativo. Sustenta Américo Plá Rodriguez que: “o Direito do Trabalho necessita apoiar-se em princípios que supram a estrutura conceitual, assentada em séculos de vigência e experiência possuídas por outros ramos jurídicos”.³⁰⁷

Quanto à denominada força normativa dos princípios, Arnaldo Sussekind, um dos membros da comissão de juristas designada para elaborar a redação da CLT, com fundamento em Alfredo Otto Julio Ruprecht, já enfatizava que os princípios teriam força normativa pois se aplicam a situações de fato e de direito.³⁰⁸

Referidos aspectos hermenêuticos peculiares do judiciário trabalhista foram examinados por Amauri Mascaro Nascimento questionando inicialmente se o juiz deveria julgar por justiça ou por lógica e depois analisa tanto a aplicação literal da lei pelo magistrado como a interpretação aplicação do Direito pela Escola do Direito Livre:

³⁰⁷ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3.ª ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 26.

³⁰⁸ SUSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho - v. 1**, 19.ª ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 147.

Os já citados Paul Durand e Jaussaud frisam que, “durante muito tempo dominado pelo direito civil, o direito do trabalho foi interpretado conforme os princípios desse direito, e as lacunas foram cobertas à luz do direito comum. O particularismo do direito do trabalho justifica uma completa independência e a adoção de um método próprio”. Entendem que “o direito do trabalho, que durante longo tempo não foi objeto de uma regulamentação completa, constituiu para a Escola do Direito Livre um domínio particularmente próprio. A interpretação tinha por objeto a formação de um direito intuitivo. [...].³⁰⁹

Este é o cerne do debate a respeito da hermenêutica jurídica, ou seja, em que medida deverá ser respeitada a literalidade normativa e até que ponto o Poder Judiciário tem liberdade na busca da efetivação da justiça, o que leva ao questionamento de quem teria legitimidade para estabelecer o que seria “justiça”.

No tocante às escolas hermenêuticas no contexto do desenvolvimento da hermenêutica constitucional alemã que influencia de sobremaneira os estudos no Brasil, identifica-se um grande formalismo na “escola pandectista” e um enfoque à sensibilidade do magistrado desenvolvido pela “escola livre” do direito. Conforme identificado por Amauri Mascaro, identificou-se inicialmente na Justiça do Trabalho uma tendência à adoção das concepções menos formalistas da “Escola do Direito Livre” justificada pela existência de muitas lacunas.

Em referida concepção jurídica merecem destaque os estudos de Eugen Ehrlich, que aprofundou os estudos das lacunas do direito realizado pelo francês Françoise Geny, e seu pensamento que se desenvolveu no sentido de uma compreensão sociológica do Direito, tendo profunda repercussão sua tese de que é facultado ao juiz estabelecer livremente uma solução própria (com base em estudos sociológicos, é claro) toda vez que dos textos legais não seja possível inferir-se uma solução que efetivamente corresponda ao fato em apreço, de maneira adequada e justa.

O discurso da liberdade do direito e também dos juízes foi radicalizado por Hermann Kantorowicz em sua obra “A luta pela ciência do direito” de 1906, na qual expressamente buscava uma “ressurreição do direito natural” em forma modificada, um direito independente do Estado. Em suas palavras:

Portanto, exigimos que o juiz, vinculado por juramento, resolva o caso de acordo com o texto inequívoco da lei. O juiz pode e deve dispensar a lei em primeiro lugar, se lhe parecer que a lei não lhe oferece uma decisão sem dúvidas; em segundo lugar, se não lhe parece plausível, segundo sua livre e consciente convicção, que o Poder do Estado existente à época da decisão teria

³⁰⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Interpretação, integração e aplicação do direito do trabalho. **Revista LTr: legislação do trabalho**, São Paulo, v. 73, n. 08, p. 910, ago. 2009.

emitido a resolução que a lei exige. Em ambos os casos, o juiz ditará a sentença que, segundo sua opinião, o atual Poder do Estado teria decretado, caso tivesse considerado o presente caso.³¹⁰

Percebe-se que assim como no Direito do Trabalho a tese das lacunas também foi influente para a concepção hermenêutica do movimento do direito livre, ocorreu um avanço no sentido de buscar um ideal de justiça.

Além desta concepção inicial de aplicação de princípios também é possível identificar a relevância do neoconstitucionalismo na postura hermenêutica atual dos órgãos da Justiça do Trabalho, conforme observado nas palavras de Elisabeth Silva de Oliveira:

Em harmonia com este intento, o neoconstitucionalismo contribuiu significativamente para consolidação do Direito do Trabalho [...] conduzindo o Estado-juiz a uma nova forma de fundamentar suas decisões nas demandas trabalhistas, isto é, a proferir o decisum formulado sob diretrizes preconizadas pelos princípios da supremacia da Constituição, da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, da interpretação conforme a Constituição, da unidade, da razoabilidade e da efetividade.

Esta nova forma de fundamentar as decisões nas demandas trabalhistas ultrapassa a simples aplicação da norma jurídica. A obtenção de respostas adequadas à Constituição requer da atividade jurídica um desempenho compatível com a normatividade constitucional e com a tradição jurídica consolidada do Estado Democrático de Direito.³¹¹

Elisabeth Silva de Oliveira sustenta a relevância da teoria do Ministro Maurício Godinho Delgado para a difusão do neoconstitucionalismo na seara trabalhista:

A Constituição de 1988 formou-se exatamente sob a influência do neoconstitucionalismo. Conforme observa Maurício Godinho Delgado o texto constitucional brasileiro anuncia, além de outros conceitos estruturantes, o de Estado Democrático de Direito, fundamentado em três elementos cardeais: a pessoa humana, a sociedade política e a sociedade civil. E, a partir deste conceito, afirma-se a relevância da dimensão social da ordem jurídica como importante instrumento de viabilização da efetividade da democracia.³¹²

³¹⁰ KANTOROWICZ, Hermann Ulrich. La lucha por la ciéncia del Derecho. Tradução: Werner Goldschmidt. In: MIOZZO, Pablo Castro. **Interpretação jurídica e criação judicial do direito: de Savigny a Friedrich Muller**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 156.

³¹¹ OLIVEIRA, Elisabeth Silva de. O Neoconstitucionalismo e o Direito do Trabalho: a efetividade dos Direitos Constitucionais no âmbito trabalhista. In: DELGADO, Daniela Neves; PIMENTA, José Roberto Freire; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; LOPES, Othon de Azevedo Lopes (Coordenadores). **Direito Constitucional do Trabalho – Princípios e Jurisdição Constitucional do TST**. São Paulo: LTr, 2015, p. 57.

³¹² *Ibidem*, p. 53.

Importante salientar que Maurício Godinho Delgado³¹³ cita três fatores que consideram impeditivos à realização da proposta constituição no campo da aplicação: a postura tradicional que impede a eficácia jurídica de grande parte das regras constitucionais ou o manejo impróprio da teorização proposta pela vertente moderna, a recusa em conferir os efeitos jurídicos reais à função normativa dos princípios constitucionais, e a lacuna na construção de uma permanente e reiterada jurisprudência de valores constitucionais.

Percebe-se, nas concepções de Godinho, a relevância que atribui aos fundamentos do neoconstitucionalismo, quais sejam: a força normativa dos princípios e um incentivo à atuação constitucional do Poder Judiciário, ressalta as condições que impediriam a “realização da proposta da Constituição Federal” o que se assemelha à concepção de Luís Roberto Barroso e a necessária postura ativa do intérprete, identifica inclusive uma “lacuna” no que considera necessário, ou seja, o desenvolvimento de uma jurisprudência de valores constitucionais.

De todo modo é importante salientar que Godinho pouco utiliza o termo “neonconstitucionalismo” em suas obras, porém, sua atuação acadêmica e jurisdicional reflete claramente tais concepções.

Evidencia-se a grande semelhança entre o movimento do direito livre, o movimento do direito alternativo e consequentemente do neoconstitucionalismo, com o destaque no sentido de que no direito livre o magistrado buscaria a justiça, já no neoconstitucionalismo buscaria o ideal estabelecido na Constituição. Entretanto, para o movimento neoconstitucional os textos constitucionais deveriam ser mais amplos e com a invocação de princípios. Em suma, existiria uma ampla discricionariedade atribuída ao magistrado. O resultado seria o mesmo.

Todavia, em que pese a alegada origem recente do neoconstitucionalismo, pois, segundo Barroso, ocorreu um despertar do “Novo Direito Constitucional” com o término da Segunda Guerra Mundial, e mais especificamente no Brasil com o final do regime militar e a promulgação da Constituição Federal de 1988, é possível perceber nas origens da Justiça do Trabalho brasileira alguns aspectos latentes do neoconstitucionalismo como o julgamento de acordo com critérios de justiça e equidade do julgador sem o excesso de formalismo “liberal” e o exercício de um poder normativo e consultivo atuando nos vazios legislativos.

Esta coincidência entre a atuação ativista inerente ao neoconstitucionalismo e o movimento do direito livre aplicados pela Justiça do Trabalho foi identificada pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes nos autos da ADPF n.º 323:

³¹³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 19.^a ed. São Paulo: LTr, 2020, p. 274.

O chamado “Movimento do Direito Livre”, do qual é considerado precursor o escrito *Gesetz und Richteramt*, de Oskar Bülow, publicado em 1885, seguia o princípio de que haveria pluralidade de significados para a aplicação de determinado texto de lei, cabendo ao juiz ponderar o que acreditava ser a mais justa, em verdadeira livre investigação do direito. O magistrado não teria limites no momento de decidir litígios.³¹⁴ É esse ativismo um tanto quanto naif que o TST parece pretender seguir na espécie.³¹⁵

É possível identificar que houve na realidade uma comunhão entre a hermenêutica trabalhista e a “nova interpretação constitucional” de Luís Roberto Barroso, sendo que suas concepções em muito se assemelham as de Francisco José Oliveira Vianna, apesar das ideologias políticas opostas defendidas por ambos, fatos que serão aprofundados no próximo item. Em suma, a Justiça do Trabalho já era neoconstitucionalista antes da concepção do neoconstitucionalismo.

De todo modo a atividade interpretativa desempenhada pela Justiça do Trabalho foi criticada por órgãos do Poder Legislativo com manifestações expressas que serão apreciadas.

Colaciona-se exposição de motivos do relatório da Comissão da Câmara dos Deputados que deixa evidente a reprovação à interpretação aplicada na Justiça do Trabalho mediante o estabelecimento de rígidos requisitos para a elaboração de súmulas e orientações jurisprudenciais no art. 702:

As mudanças sugeridas em relação ao art. 702 baseiam-se no já mencionado ativismo judicial frequentemente praticado pelos tribunais trabalhistas. São inúmeras as decisões contidas em enunciados de jurisprudência do TST que interpretam além do que prevê a lei, ou até mesmo contra a lei, em muitos casos, das quais podemos suscitar como exemplos o pagamento integral do intervalo intrajornada gozado apenas parcialmente (Súmula nº 437), a já citada ultratividade das normas coletivas (Súmula nº 277), a estabilidade provisória de empregada gestante em contrato de trabalho por tempo determinado (Súmula nº 244), pagamento em dobro das férias fracionadas irregularmente e cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade (Precedentes do TST), entre tantos outros.³¹⁶

³¹⁴ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 78.

³¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 323 MC/DF**. Relator: Ministro GILMAR FEREIRA MENDES. Data da publicação: DJe, 14 out. 2016. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310538275&ext=.pdf>. Acesso em: 13 maio 2022.

³¹⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei n.º 6.787, de 2016, do Poder Executivo**. Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências. Presidente: Deputado DANIEL VILELA. Relator: Deputado ROGÉRIO MARINHO. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra?codteor=1544961. Acesso em: 31 ago. 2022.

O trecho acima expressou a contrariedade à redação de súmulas e orientações jurisprudenciais. Deste modo mostra-se necessário o aprofundamento em dois temas referentes ao modo de interpretação do ordenamento jurídico pela Justiça do Trabalho.

Em primeiro lugar, o procedimento de elaboração de súmulas e orientações jurisprudenciais. Neste ponto merecem destaque as “Semanas do TST” ocorridas nos anos de 2011 e 2012 (esclarecendo que não foram as únicas, mas foram determinantes para a nova redação do art. 702 da CLT) nas quais ocorreram a criação e a alteração de diversos enunciados de jurisprudência em processo diferenciado sem acesso da sociedade.

Em segundo lugar, as súmulas expressamente citadas acima (437, 244 e 277) serão examinadas com intuito de identificar seus precedentes e motivações, buscando identificar as técnicas hermenêuticas aplicadas.

6.2.1 As Semanas do TST de 2011 e 2012

As denominadas “Semanas Institucionais do TST” marcaram a composição do Tribunal Superior do Trabalho e ocasionaram a alteração de jurisprudência firmada da Corte através de súmulas e orientações jurisprudenciais que ocorreram principalmente nos anos de 2002, 2011 e 2012, consideradas estas últimas (2011 e 2012) as mais impactantes, motivo pelo qual serão examinadas.

Homero Batista Mateus da Silva ressalta a importância das Súmulas e Orientações Jurisprudenciais:

Ainda há quem argumente que jurisprudência não “cria” direitos nem deveria ser considerada como uma forma eficiente de compreensão da legislação trabalhista existente, pois ela é e sempre será cronologicamente posterior à vigência da norma jurídica e, de toda forma, o Poder Judiciário não pode legislar nem produzir normas capazes de vincular comportamentos. Mas a realidade ensina que existe, sim, autoridade e peso no valor das decisões das cortes trabalhistas e da Corte Constitucional, suficientes para a vinculação dos comportamentos, das condutas e das tomadas de decisão, sem que, com isso, se possa dizer em desrespeito à separação dos poderes ou invasão ao campo do processo legislativo.³¹⁷

A relevância prática das súmulas e orientações jurisprudenciais está na previsão do art. 896 da CLT a respeito do cabimento de Recurso de Revista, de modo que a divergência apta para ensejo do recurso não poderá estar prevista em súmula, ou iterativa e notória jurisprudência

³¹⁷ SILVA, Homero Batista Mateus da. **Direito do Trabalho Aplicado – Teoria geral de direito do trabalho e do direito sindical - Volume 1**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. E-book.

do Tribunal Superior do Trabalho. As orientações jurisprudenciais seriam esta sinalização quanto à iterativa e notória jurisprudência, ou seja, quando a matéria passa a ser prevista em súmula ou orientação jurisprudencial não será mais cabível Recurso de Revista para discutir o Direito.

Homero Batista Mateus da Silva exemplifica o importante papel da jurisprudência com relação à terceirização de atividades realizadas pelas empresas no país. Uma realidade material que não havia sido regulada pelo Poder Legislativo, cabendo ao Poder Judiciário inicialmente proibir a prática (Súmula 256 do TST em 1986), tolerar (Súmula 331 do TST em 1993) e liberar (Tema de Repercussão Geral n.º 725 do STF em 2019), esclarecendo que os três momentos jurisprudenciais foram empreendidos praticamente com base no mesmo acervo normativo.

De todo modo, a relevância das “Semanas do TST” está na revisão e alteração de diversas súmulas e orientações jurisprudenciais que proporcionaram.

No tocante às motivações para a realização das “Semanas do TST” segundo José Roberto Freire Pimenta, Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, buscou-se adequar a redação das súmulas e orientações jurisprudenciais às concepções dos novos integrantes do tribunal:

Com efeito, a partir do início deste século XXI, o Tribunal Superior do Trabalho, pouco a pouco, se modificou no tocante a seus integrantes, [...]. O resultado dessas modificações, como não poderia deixar de ser, foi o surgimento de gradativas e importantes mudanças na jurisprudência deste Órgão, o que se refletiu mais intensamente nas denominadas “Semanas do TST” de maio de 2011 e de setembro de 2012. Como se sabe, estes dois eventos, frutos da histórica e louvável iniciativa do então Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, Ministro João Oreste Dalazen, nasceram da constatação de que parte importante dos verbetes de sua jurisprudência uniforme (súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos) já não refletiam, naquelas datas, o pensamento majoritário dessa Corte Superior.³¹⁸

Ives Gandra da Silva Martins Filho, também Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, compartilha da mesma percepção:

O que se verificou, no caso das Semanas do TST, foi que, em face da nova composição do TST, decidiu-se promover uma revisão da jurisprudência. Ou seja, os novos ministros que ingressaram na Corte buscaram não apenas influir na formação da jurisprudência a partir de seu ingresso, mas também rediscutir

³¹⁸ PIMENTA, José Roberto Freire. A reforma trabalhista da Lei 13.467/2017 e as limitações, pelo novo art. 702, I, f e seus parágrafos 3º e 4º, da CLT, à uniformização de jurisprudência e à edição ou revisão de precedentes pelos Tribunais Trabalhistas. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo. v. 84, n. 03, p. 19-58, jul./set. 2018.

jurisprudência já pacificada, para conformá-la à nova maioria formada no Tribunal. Ora, esse último viés, de mudar o passado pacificado, para conformá-lo à nova corrente majoritária, a par de não ser usual, fez-se de forma contrária às normas regimentais de sumulação (que exigiam parecer prévio da Comissão de Jurisprudência e discussão com base em precedentes) e com via de mão quase única, fortemente ampliativa de direitos pela via judicial.³¹⁹

A documentação referente às “Semanas do TST” é escassa, por este motivo foram realizadas entrevistas com dois juízes do trabalho que atuaram como secretários dos grupos de trabalho compostos pelos Ministros do TST durante as “Semanas do TST”.

Marcos Neves Fava, Juiz do Trabalho do TRT da 2^a Região, auxiliar do Presidente do Tribunal Superior do Trabalho na época que atuou como secretário do grupo de jurisprudência na “Semana do TST de 2012”, relata³²⁰ que, em decorrência da disciplina judiciária que permeia a corte, não ocorreram decisões novas contrárias as súmulas existentes, tendo apenas as ressalvas de posicionamento com a aplicação daquele entendimento sedimentado, de modo que durante os períodos das “Semanas do TST” ocorreram respeitosos debates entre os ministros sendo identificadas tais situações nas quais o posicionamento firmado não era mais o posicionamento dominante.

Procedimentalmente ocorreu a divisão em dois grupos de trabalho, um primeiro grupo que debateu possíveis propostas legislativas e outro grupo que debateu a possibilidade de alterações de enunciados de súmulas e orientações jurisprudenciais.

Quanto à “Semana de 2011” relativamente às propostas de aperfeiçoamento da legislação processual trabalhista, aprovou-se o encaminhamento ao Ministério da Justiça de 2 (dois) anteprojetos de lei dispondo sobre: 1) o processamento de recursos no âmbito da Justiça do Trabalho; 2) o cumprimento das sentenças e da execução de títulos extrajudiciais na Justiça do Trabalho.

A Semana do TST de 2011 ainda ensejou a constituição de 2 (duas) comissões temporárias de Ministros.

A primeira, destinada a apresentar proposta de anteprojeto de lei dispondo sobre alterações da Lei nº 7.701/88 no tocante à competência da Seção Especializada em Dissídios

³¹⁹ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Confronto entre TST e STF: uma análise psicológica do direito (Disputes between the TST and STF: a psychological analysis of law). **Revista de direito do trabalho e segurança social**, São Paulo, v. 47, n. 215, p. 29, jan./fev. 2021.

³²⁰ FAVA, Marcos Neves. **Entrevista concedida para fins do programa de pós-graduação concedida em 14 jun. 2022.** Disponível em: <https://drive.google.com/drive/folders/1LKpiaYUG1tyA9dswnAHRMPKYL03A7g7k>. Acesso em: 20 jun. 2022.

Coletivos, integrada pelos Ministros Brito Pereira (Presidente), Pedro Paulo Manus e Walmir Oliveira da Costa.

A segunda comissão, formada pelos Ministros Carlos Alberto Reis de Paula (Presidente), Ives Gandra Martins Filho e José Roberto Freire Pimenta, apresentou anteprojeto de lei de atualização das terminologias da CLT, encaminhado ao Congresso Nacional em meados de 2011.

No ano de 2012 os trabalhos seguiram sistemática semelhante e, com relação aos aspectos legislativos deste ano, ocorreu a iniciativa de projeto destinado à modernização da execução trabalhista; porém, com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, não houve necessidade de sua aprovação legislativa.

No tocante à estatística, considerando os eventos dos anos de 2011 e 2012, ocorreu a alteração de 52 enunciados jurisprudenciais (entre súmulas e orientações jurisprudenciais), sendo que 38 destes enunciados ampliaram direitos trabalhistas, ou em outras palavras, criaram novas obrigações aos empregadores.

Marcos Neves Fava considera relevante a influência dos posicionamentos de Luís Roberto Barroso no tocante ao incentivo de sua postura substancialista. Ressalta, ainda, a importância da Constituição de 1988 e se não fosse sua promulgação um evento desta magnitude nunca teria sido possível.

De todo modo, Marcos Neves Fava também ressalta que, diante do grande respeito entre os ministros nos debates quanto à jurisprudência firmada pelo Tribunal Superior do Trabalho, não ocorreriam menções expressas a doutrinadores, pois não havia a intenção de nenhum membro da Corte em ensinar algo aos colegas.

Cabe observar que também foi concedida entrevista pelo Juiz do Trabalho Rubens Curado Silveira³²¹, que atuou como Secretário Geral da Presidência do C. TST. Entretanto, Rubens Curado Silveira participou da comissão destinada aos debates legislativos e neste âmbito não identificou a influência das concepções de Luís Roberto Barroso.

Um dos pontos relevantes reside no fato de que não há demonstração documental de que durante as “Semanas do TST” foi seguido o procedimento definido no Regimento Interno do C.TST vigente na época para elaboração ou alteração de súmulas e orientações jurisprudenciais (art. 163, §§ 1º e 2º).

³²¹ SILVEIRA, Rubens Curado. **Entrevista concedida para fins do programa de pós-graduação concedida em 14 jun. 2022.** Disponível em: <https://drive.google.com/drive/folders/1LKpiaYUG1tyA9dswnAHRMPKYL03A7g7k>. Acesso em: 20 jun. 2022.

O Ministro do C.TST Ives Gandra da Silva Martins Filho se manifestou expressamente contrário ao procedimento adotado e coordenou estudos que resultaram na base do projeto legislativo que deu origem à Lei 13.467/2017, de modo que a redação dos artigos 8º, § 2º e 702, alínea “f” da CLT foram expressamente inseridos com o fim de se evitar o “ativismo judicial”, sendo que as “Semanas do TST” são consideradas, de acordo com a concepção do ministro, como um grande exemplo.

Laura Germano Matos e Patrícia Tuma Bertolin³²² consideram que ocorreu uma reação contra o Poder Judiciário por parte do Poder Legislativo (“efeito backlash” nas palavras das autoras) com a Reforma Trabalhista que pode ser identificada de forma empírica e afirmam as professoras que: “há uma característica da Reforma Trabalhista, marcante em diversos dispositivos da Lei n.º 13.467/2017: eles possuem uma redação claramente oposta à de diversas Súmulas e precedentes do TST.”

De todo modo, a atitude ativista no Poder Judiciário é a tônica da atualidade presente nas decisões do Supremo Tribunal Federal e inúmeros outros órgãos judiciários, porém no presente trabalho considera-se que tal posicionamento causa uma reação mais intensa e célere em face da Justiça do Trabalho diante das peculiaridades de sua atuação que serão apreciadas posteriormente.

Não há como se negar a relevância das “Semanas do TST” quanto ao presente estudo da legitimidade da Justiça do Trabalho, motivo pelo qual foram utilizadas como parâmetro temporal para o exame das decisões do C.TST quanto à aplicação das teorias de Konrad Hesse, Ronald Dworkin e Robert Alexy, da Teoria Crítica do Direito e consequentemente da teoria de Luís Roberto Barroso.

6.2.2 Ampliação de direitos por meio de Súmulas (437, 277 e 244)

Neste item serão abordadas súmulas expressamente mencionadas como exemplo de ativismo judicial pela Comissão da Câmara dos Deputados no parecer referente ao Projeto de Lei que deu origem à reforma trabalhista, quais sejam, as Súmulas 437, 244 e 277 do C.TST.

Optou-se pela ordem acima em decorrência do grau de maturidade dos precedentes utilizados para a elaboração das súmulas, ou seja, foi identificado este grau de maturidade jurisprudencial de maneira mais evidente na Súmula 437 que teve origem em orientações

³²² BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; MATOS, Laura Germano. A reforma trabalhista de 2017: um diagnóstico da tensão entre os poderes legislativo e judiciário. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 45, n. 198, p. 91, fev. 2019.

jurisprudenciais, de maneira um pouco menos intensa na Súmula 244 que foi modificada principalmente no âmbito das “Semanas do TST” e ao final a Súmula 277, a qual foi atribuída nova redação também no âmbito das “Semanas do TST”, porém sem nenhum precedente anterior.

a) Súmula 437 do C.TST - trata do intervalo intrajornada para descanso e refeição destinado aos trabalhadores durante a jornada diária de trabalho. Para Maurício Godinho Delgado, os intervalos intrajornadas podem ser conceituados como: “lapsos temporais regulares, remunerados ou não, situados no interior da duração diária de trabalho, em que o empregado pode sustar a prestação de serviços e sua disponibilidade perante o empregador”.³²³

A presente Súmula trata da interpretação do art. 71, § 4º da CLT, que antes da publicação da Lei n.º 13.467/2017, tinha a redação regulamentada pela Lei n.º 8.923, de 27 de julho de 1994.³²⁴

Referido dispositivo foi inserido no ano de 1994 por meio da Lei n.º 8.923/1994 e, antes de sua edição, não havia previsão legal quanto à consequência jurídica para o descumprimento da obrigação legal de concessão de intervalo intrajornada ao trabalhador.

Cabe observar que o presente intervalo concedido não é considerado como integrante da jornada diária de trabalho, motivo pelo qual não é remunerado, assim em 1994 o legislador definiu que caso ocorra o trabalho durante o período destinado ao intervalo, referido período será considerado como de efetivo labor e deverá ser quitado e, além disso, se configura como jornada extraordinária, incidindo nesta hora de trabalho o adicional de 50% do valor normal da hora trabalhada.

O dispositivo legal gerou debates quanto à sua abrangência, ou seja, caso o trabalhador se ativasse durante trinta minutos, ele receberia a hora completa adicionada de 50% ou apenas os trinta minutos também acrescido do adicional?

As turmas do C.TST divergiram sobre o assunto, mas predominou o segundo entendimento fundamentado na concepção de que o intervalo teria uma dupla função, a primeira seria o tempo destinado à alimentação do trabalhador e a segunda a função de restabelecimento das condições físicas e psicológicas do trabalhador durante a jornada, ou seja, um descanso

³²³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 19.ª ed. São Paulo: LTr, 2020, p. 1128.

³²⁴ BRASIL. **Lei n.º 8.923, de 27 de julho de 1994**. Acrescenta parágrafo ao art. 71 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, prescrevendo sanção a ser aplicada em caso de descumprimento do disposto no caput do referido artigo. “§ 4º - Quando o intervalo para repouso e alimentação, previsto neste artigo, não for concedido pelo empregador, este ficará obrigado a remunerar o período correspondente com um acréscimo de no mínimo 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho.” Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8923.htm#:~:text=%C2%A7%204%C2%BA%20Quando%20o%20intervalo,Art. Acesso em: 03 nov. 2022.

além da própria alimentação, sendo considerado como matéria inerente à saúde e segurança do trabalhador, de modo que a concessão parcial seria equivalente a não concessão, pois não atenderia a finalidade do instituto.

Homero Batista Mateus da Silva justifica o posicionamento da seguinte maneira:

Em verdade, não devemos pensar na pausa do art. 71 da CLT meramente para a alimentação: embora o legislador tenha usado a expressão “intervalo para repouso ou alimentação”, é seguro que não tratou dos temas como excludentes, como se dissesse que o trabalhador ou descansará ou se alimentará. Antes, o trabalhador usará o tempo como lhe aprouver. Diz-se que o art. 71 é de ordem pública, tem natureza cogente e contempla matéria infensa à negociação coletiva.³²⁵

Diante da sedimentação do entendimento jurisprudencial foi elaborada no ano de 2003 a Orientação Jurisprudencial n.º 307 no âmbito da Subseção de Dissídios Individuais n.º 1 do C.TST com o seguinte teor:

OJ-SDI1-307 INTERVALO INTRAJORNADA (PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO). NÃO CONCESSÃO OU CONCESSÃO PARCIAL. LEI Nº 8.923/94. Após a edição da Lei nº 8.923/94, a não concessão total ou parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, implica o pagamento total do período correspondente, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT).³²⁶

No ano de 2012, durante a Semana do C.TST referido posicionamento foi inserido no item I da Súmula 437 em análise. De todo modo, conforme informação contida do site oficial do C. TST, referido posicionamento se pauta em dezessete precedentes expressos.

Destes dezessete precedentes, em cinco deles há manifestação a respeito do intervalo intrajornada do trabalhador rural e não exatamente a respeito do item I. Nos demais existe expressa referência à OJ n.º 307 da SBDI-I do C.TST.

Por amostragem é possível retirar a seguinte fundamentação de julgado no âmbito do C.TST quanto à interpretação do art. 71, § 4º com redação anterior à Lei n.º 13.467/2017:

As normas sobre duração da jornada de trabalho são de cunho tutelar. Por meio delas, pretendeu o legislador assegurar melhores condições ao trabalhador, no exercício das atividades. Não há dúvidas de que a extensa e contínua execução

³²⁵ SILVA, Homero Batista Mateus da. **Direito do Trabalho Aplicado – Teoria geral de direito do trabalho e do direito sindical - Volume 1**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. E-book.

³²⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Orientação Jurisprudencial SDI1-307: OJ-SDI1-307 Intervalo Intrajornada (para repouso e alimentação). Não concessão ou concessão parcial. Lei n.º 8.923/94**. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/sumula.asp?idmodelo=3037>. Acesso em: 03 nov. 2022.

de tarefas, muitas vezes repetitivas, gera a diminuição da atenção, aumentando o risco de acidentes. O descanso integra o estudo da higiene do trabalhador. Por ser meio de contenção da fadiga e estresse, tem natural função preventiva de disfunções. Tem o intervalo intrajornada, portanto, dupla função: se por um lado destina-se à alimentação do empregado, por outro preza pela preservação de sua saúde, física e mental, por meio do descanso. [...] O caput do mesmo artigo dispõe que será obrigatória a concessão de um intervalo mínimo de uma hora, quando a jornada for superior a seis. Dessa forma, apenas quando assegurado o período mínimo destinado ao descanso e alimentação do empregado, desincumbe-se o empregador da obrigação legal. No presente caso, o intervalo intrajornada concedido era de apenas 40 (quarenta) minutos, insuficiente, estando correto o acórdão regional ao impor condenação em pagamento do intervalo intrajornada de forma integral, acrescido do adicional extraordinário.³²⁷

Em resumo, o tema é considerado como matéria inerente à saúde e à segurança do trabalhador no âmbito do direito tutelar do trabalho, no qual não haveria espaço para disponibilidade nem mesmo por parte do trabalhador. Diante desta natureza teria dupla finalidade (descanso e refeição) e a concessão parcial seria equivalente a nenhuma concessão.

É justamente este último fundamento que gerou discordância por parte dos órgãos legislativos, que se manifestaram expressamente a este respeito.

Em que pese considerar válida a premissa, Homero Batista Mateus da Silva defende análise razoável da situação concreta da seguinte maneira:

Encontrado, contudo, o exemplo da pausa de 50 ou 55 minutos, é bastante razoável sustentar que (a) o propósito da norma foi atingido e (b) a variação pode ter decorrido das oscilações naturais dos cartões de ponto, na ida ou na volta do intervalo, aplicando-se ao caso idêntico entendimento quanto à inexistência de horas extras quando o relógio marca poucos minutos antes e ou depois da duração normal da jornada.³²⁸

De todo modo os órgãos do Congresso Nacional demonstraram, por meio de suas comissões, contrariedade quanto à interpretação sedimentada pelo C.TST. A Comissão da Câmara dos Deputados manifestou-se da seguinte maneira a respeito da Súmula 437 do C.TST ao justificar a nova redação do art. 71, § 4º da CLT:

Assim, quem trabalha acima de seis horas num dia, por exemplo, tem direito a uma hora de intervalo para repouso e alimentação. Porém, se o trabalhador usufruir de apenas trinta minutos desse intervalo, o TST, nos termos da

³²⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. **Embargo em Recurso de Revista: E-RR 628779-56.2000.5.02.5555**. Relatora: Ministra MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI. Data de julgamento: 11 nov. 2002. Data da publicação: DJe, 22 nov. 2002.

³²⁸ SILVA, Homero Batista Mateus da. **Direito do Trabalho Aplicado – Teoria geral de direito do trabalho e do direito sindical - Volume 1**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. E-book.

Súmula 437, entende que o intervalo restante, de trinta minutos, gera uma condenação de 1 hora e 30 minutos, e ainda com adicional de 50%, e reflexos em férias com 1/3, 13º salário, base de cálculo ainda para recolhimento de FGTS, INSS, e outros adicionais, como o adicional noturno e de insalubridade, por exemplo. Ou seja, os acréscimos que deveriam incidir sobre meia hora, são calculados sobre uma hora e meia. É importante ressaltar que a Súmula 437 do TST não possui respaldo na Constituição ou mesmo na legislação, sendo um exemplo claro de ativismo judicial que criou obrigações sem lei que a exija e que invade a esfera do Poder Legislativo. O que se pretende com a nova redação, simplesmente, é fazer com que o tempo devido pela violação de um intervalo para repouso e alimentação, seja aquele efetiva e matematicamente suprimido.³²⁹

O entendimento sumulado foi considerado como típico exemplo de ativismo judicial.

De todo modo, a Comissão do Senado Federal destinada a mesma finalidade de elaborar parecer referente ao projeto de lei da reforma trabalhista trouxe premissa semelhante quanto ao ativismo judicial e violação do direito à isonomia, diante do mesmo tratamento atribuído aos empregadores que se comportaram de forma diferente diante da norma celetista, ou seja, aquele que concede o intervalo parcial sofreria a mesma consequência jurídica daquele que descumpriu a norma totalmente, conforme se identifica abaixo:

É diverso do que dispõe a Súmula nº 437 do TST, que definiu que, mesmo que o intervalo seja suprimido em 10 minutos, a hora extraordinária cheia deve ser paga. Além da grosseira invasão à competência deste Congresso Nacional, o entendimento da Súmula provoca insegurança jurídica e desprestigia a isonomia. Não podemos concordar com o que dizem os opositores da nova redação: que a Súmula nº 437 deve ser validada porque o intervalo intrajornada só cumpre sua função para a saúde quando concedido integralmente. Não é justo tratar da mesma forma o trabalhador que perdeu seu horário de descanso integralmente e o trabalhador que perdeu apenas alguns minutos.³³⁰

Em decorrência de referida interpretação, o texto do art. 71, § 4º da CLT passou a ter a seguinte redação.³³¹

³²⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei n.º 6.787, de 2016, do Poder Executivo.** Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências. Presidente: Deputado DANIEL VILELA. Relator: Deputado ROGÉRIO MARINHO. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra?codteor=1544961. Acesso em: 31 ago. 2022.

³³⁰ BRASIL. Senado Federal. **Parecer da Comissão de Assuntos Econômicos sobre o Projeto de Lei da Câmara n.º 38/2017.** Relator: Senador RICARDO FERRAÇO, fl. 55. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5302372&ts=1635963640864&disposition=inline>, fl. 55. Acesso em: 13 maio 2022.

³³¹ BRASIL. **Decreto-lei n.º 5.452, de 1º maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. “Art. 71 - Em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de 6 (seis) horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo, de 1 (uma) hora e, salvo acordo escrito ou contrato coletivo em contrário, não poderá exceder de 2 (duas) horas. [...] § 4º A não concessão ou a concessão parcial do intervalo

A norma em vigor previu expressamente que o trabalhador que se ativar durante o intervalo intrajornada terá direito apenas ao valor suprimido acrescido do adicional de 50% (cinquenta por cento). Assim, caso tenha um salário hora de R\$ 10,00 e se ativa em trinta minutos, terá o direito de receber por este período (R\$ 5,00) acrescido de 50%, no caso mais R\$ 2,50 (dois reais e cinquenta centavos), recebendo um total de R\$ 7,50 (sete reais e cinquenta centavos) pelo labor durante trinta minutos de intervalo.

Em resumo, foi possível identificar que o órgão legislativo considerou equivocada a premissa do órgão de cúpula da Justiça do Trabalho, segundo a qual, por não atender a finalidade completa do instituto, o descumprimento parcial seria equivalente ao descumprimento total. Aliado a esta concepção diversa considerou que se trata de imposição de obrigação sem a devida previsão legal o que ultrapassaria a competência do Poder Judiciário, incorrendo no que considera como ativismo judicial.

Resta evidente ainda que a concepção de ativismo utilizada pelos órgãos do Poder Legislativo também se mostra diversa daquela aplicada pelo Ministro Luís Roberto Barroso apreciada no Capítulo 2 do presente trabalho.

b) Súmula 244 do C.TST - trata da garantia provisória de emprego destinada à gestante prevista no art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988.³³²

O debate referente ao tema reside na existência de tal garantia à gestante sujeita a contrato de trabalho na modalidade de contrato de experiência. Inicialmente predominou o entendimento jurisprudencial no sentido de que o término do contrato de experiência não seria equivalente à dispensa arbitrária ou sem justa causa, mas decorreria do advento do termo contratual, motivo pelo qual não haveria incidência da hipótese tipificada na norma acima transcrita, de modo que não existiria o direito assegurado às gestantes nesta modalidade de contrato de trabalho.

O entendimento foi consolidado por meio do item III da Súmula n.º 244 em 2003.

intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento, de natureza indenizatória, apenas do período suprimido, com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho. [...]” Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452compilado.htm. Acesso em: 03 nov. 2022.

³³² BRASIL, [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília-DF: Presidência da República, [2022]. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição: “Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: [...] II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: [...] b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. [...]” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 jan. 2022.

Entretanto, a partir de 2010, algumas turmas do C.TST passaram a adotar posicionamento diverso e em 2012 o item III da Súmula 244 foi modificado. O Ministro Maurício Godinho Delgado participou de referida alteração que ocorreu durante a Semana do TST de 2012 e contextualiza o tema da seguinte maneira:

Conforme ponderamos na edição de janeiro de 2012 deste Curso, reaberto o debate na comunidade jurídica, parecia-nos irreprimível a tendência ao alargamento da efetividade dos direitos humanos e sociais trabalhistas, em especial quando possuem matriz na própria Constituição. Felizmente é o que ocorreu em setembro de 2012, com a nova redação promovida pelo TST no item III de sua Súmula 244: “A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea ‘b’, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.”³³³

O repositório de jurisprudência do C.TST apresenta nove precedentes para a redação acima nos quais existem ressalvas quanto ao antigo item III da Súmula e fazem referência a julgados do STF a respeito do tema.

Em síntese os argumentos principais seriam a inviabilidade de interpretação restritiva a direitos fundamentais, bem como assegurar o direito à vida e subsistência do nascituro. Cita-se abaixo trecho de acórdão sob a relatoria do Ministro Maurício Godinho Delgado:

Em princípio, a lógica dos contratos a termo não permite qualquer possibilidade de maior integração do trabalhador na empresa, além de já preestabelecer o final do próprio vínculo empregatício. Em face disso, em regra, o instituto da garantia de emprego é inábil a produzir, no contexto dos contratos a termo, a mesma extensão de efeitos que seguramente propicia na seara dos contratos indeterminados. Por outro ângulo, contudo, é certo dizer que a lógica dos contratos a termo é perversa e contra ela se contrapõe todo o Direito do Trabalho, já que esse ramo jurídico especializado busca aperfeiçoar as condições de pactuação da força de trabalho no mercado. [...] Nessa linha, está realmente superada a interpretação exposta no item III da Súmula 244 do TST. Inclusive o Supremo Tribunal Federal possui diversas decisões - que envolvem servidoras públicas admitidas por contrato temporário de trabalho - em que expõe de forma clara o posicionamento de garantir à gestante o direito à licença-maternidade e à estabilidade, independentemente do regime jurídico de trabalho. Sob esse enfoque, o STF prioriza as normas constitucionais de proteção à maternidade, lançando uma diretriz para interpretação das situações congêneres. Recurso de revista conhecido e provido.³³⁴ (grifo nosso).

³³³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 19.^a ed. São Paulo: LTr, 2020, p. 1309.

³³⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 6.^a Turma. **Recurso de Revista: RR 21700-25.2009.5.01.0079**. Relator: Ministro MAURÍCIO GODINHO DELGADO. Data de julgamento: 27 jan. 2012. Data da publicação: DJe, 13 abr. 2012. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tst/928643423>. Acesso em: 03 nov. 2022.

Grifou-se na transcrição acima o posicionamento no sentido de buscar a restrição dos contratos a termos, tendo em vista que seriam “perversos” e contrários à própria lógica do Direito do Trabalho com manifesta referência ao conteúdo anterior do item III da Súmula 244 do C.TST.

Importante salientar que os precedentes que deixaram de aplicar o antigo item III fundamentaram a decisão em basicamente três decisões do Supremo Tribunal Federal cujas ementas são transcritas abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CARGO EM COMISSÃO. SERVIDORA GESTANTE. EXONERAÇÃO. DIREITO À INDENIZAÇÃO. 1. As servidoras públicas e empregadas gestantes, inclusive as contratadas a título precário, independentemente do regime jurídico de trabalho, têm direito à licença-maternidade de cento e vinte dias e à estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Precedentes: RE n. 579.989-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 29.03.2011, RE n. 600.057-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJe de 23.10.2009 e RMS n. 24.263, Segunda Turma, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 9.5.03. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.³³⁵

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDORAS PÚBLICAS E EMPREGADAS GESTANTES. LICENÇA-MATERNIDADE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ART. 7º, XVIII, DA CONSTITUIÇÃO. ART. 10, II, "B", do ADCT. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que as servidoras públicas e empregadas gestantes, inclusive as contratadas a título precário, independentemente do regime jurídico de trabalho, têm direito à licença-maternidade de cento e vinte dias e à estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, nos termos do art. 7º, XVIII, da Constituição do Brasil e do art. 10, II, "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.³³⁶

CONSTITUCIONAL. LICENÇA-MATERNIDADE. CONTRATO TEMPORÁRIO DE TRABALHO. SUCESSIVAS CONTRATAÇÕES. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ART. 7º, XVIII DA CONSTITUIÇÃO. ART. 10, II, b do ADCT. RECURSO DESPROVIDO. A empregada sob regime de contratação temporária tem direito à licença-maternidade, nos termos do art. 7º, XVIII da Constituição e do art. 10, II, b do ADCT, especialmente quando celebra sucessivos contratos temporários com o mesmo empregador. Recurso a que se nega provimento.³³⁷

³³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento: AI 804574 AgR/DF.** Relator: Ministro LUIZ FUX. Data de julgamento: 30 ago. 2011. Data da publicação: DJe, 15 set. 2011. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/20621740>. Acesso em: 03 nov. 2022.

³³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário: RE 600057 AgR/SC.** Relator: Ministro EROS GRAU. Data de julgamento: 29 set. 2009. Data da publicação: DJe, 23 out. 2009. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/5411174>. Acesso em: 03 nov. 2022.

³³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Recurso Extraordinário: RE 287905/SC.** Relatora: Ministra ELLEN GRACIE. Redator do acórdão: Ministro JOAQUIM BARBOSA. Data de julgamento: 28 jun. 2005. Data de publicação: DJ, 30 jun. 2006. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/764072/inteiro-teor-100480233>. Acesso em: 03 nov. 2022.

Percebe-se nas ementas acima transcritas que as turmas do STF aplicaram o art. 10, inciso II, alínea “b” do ADCT em contratos temporários com a Administração Pública. Todavia, o que deve ser levado em consideração é o fato de que não se trata de relações de trabalho sujeitas ao regime empregatício debatido na Justiça do Trabalho, mas sim de vínculo jurídico administrativo, seja estatutário ou outro regime jurídico, ou seja, o sujeito passivo da obrigação é uma entidade ligada à Administração Direta ou Indireta.

Tal consideração justifica a posição contrária ao posicionamento do C.TST manifesta pelos órgãos do Poder Legislativo, o que não ocorreu em face do posicionamento do STF. Este aspecto será aprofundado no exame específico da legitimidade da Justiça do Trabalho diante de eventual posicionamento ativista, pois atinge em sua maioria sujeitos passivos da sociedade privada, e estes por sua vez possuem poder de influência mais acentuado junto aos órgãos legislativos, pois em último grau possuem sócios na condição de pessoa física que ostentam a condição de cidadãos e elegem representantes políticos.

Outro ponto que chamou a atenção foi o fato de que o item III não foi alterado de acordo com procedimento estabelecido no regimento interno do C.TST, mas sim nos debates entre os ministros do C.TST que ocorreram durante a “Semana do TST” de 2012.

O item III da Súmula 244 foi expressamente previsto no relatório da Câmara dos Deputados como exemplo de conduta ativista que amplia direitos sem previsão legal.

c) **Súmula 277 do C.TST** - trata da vigência das normas coletivas elaboradas no âmbito de negociações coletivas que estabelecem condições de trabalho, tanto entre entes sindicais (convenção coletiva) quanto entre uma pessoa jurídica e um ente sindical (acordo coletivo). O prazo de vigência é condição essencial e importantíssima no instrumento normativo.³³⁸

A Súmula 277 inicialmente publicada em 1988 definia que as condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos.

Importante esclarecer que inicialmente se tratava apenas de sentença normativa que apesar de tratar de condições trabalho é elaborada pela própria Justiça do Trabalho provocada por meio de dissídio coletivo nos termos do art. 114, § 2º da Constituição, já a última redação da Súmula n.º 277 tratou das normas coletivas elaboradas pelas próprias categorias profissionais e patronais.

³³⁸ SILVA, Homero Batista Mateus da. **CLT Comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. E-book.

O entendimento foi ampliado com a alteração da redação em 2009 quando passou a abranger a convenção e o acordo coletivo de trabalho.³³⁹

A fundamentação da não incorporação dos direitos aos contratos de trabalho reside na busca de constante diálogo social, ou seja, caso determinados direitos restassem integrados aos contratos de trabalho, não haveria interesse para novas negociações. Ademais o contrato de trabalho é sujeito às alterações sociais e econômicas de âmbito nacional e internacional, sendo necessária a revisão de normas coletivas para a continuidade da atividade econômica empresarial.

Maurício Godinho Delgado³⁴⁰ explica que o critério inicialmente dominante quanto à vigência das normas coletivas era o da aderência contratual limitada pelo prazo, negando qualquer ultratividade de tais regras por além do prazo fixado na norma coletiva. Assevera que a partir de 2008 a Seção de Dissídios Coletivos do C. TST passou a adotar posicionamento intermediário com a publicação do Precedente Normativo n.º 120 com a seguinte redação:

SENTENÇA NORMATIVA. DURAÇÃO. POSSIBILIDADES E LIMITES
(positivo) — (Res. 176/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.5.2011) A sentença normativa vigora, desde seu termo inicial até que sentença normativa, convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho superveniente produza sua revogação, expressa ou tácita, respeitado, porém, o prazo máximo legal de quatro anos de vigência.³⁴¹

De acordo com o autor houve evolução na interpretação quanto à vigência da sentença normativa, reconhecendo que a alteração realizada na Súmula 277 em 2012 retirou a menção à sentença normativa e atribuiu a ultratividade apenas aos acordos e convenções coletivas de trabalho, conforme se verifica abaixo:

CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATRIVIDADE (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. As cláusulas normativas dos acordos

³³⁹ Súmula Nº 277 do C.TST. Sentença normativa. Convenção ou acordo coletivos. Vigência. Repercussão nos contratos de trabalho. I - As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa, convenção ou acordos coletivos vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos individuais de trabalho. II - Ressalva-se da regra enunciado no item I o período compreendido entre 23.12.1992 e 28.07.1995, em que vigorou a Lei nº 8.542, revogada pela Medida Provisória nº 1.709, convertida na Lei nº 10.192, de 14.02.2001. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n.º 277.** Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tst/sumulas/sumula-n-277-do-tst/1431370323>. Acesso em: 03 nov. 2022.

³⁴⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 19.ª ed. São Paulo: LTr, 2020, p. 1545.

³⁴¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Precedente Normativo n.º 120.** Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/PN_com_indice/PN_completo.html#Tema_PN120. Acesso em: 23 nov. 2022.

coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.³⁴²

Esta foi uma das principais críticas à redação atribuída pelo TST em 2012, qual seja a inexistência de precedentes que fundamentem a edição de súmula, pois o que havia era a menção à sentença normativa e não aos acordos e convenções coletivas de trabalho, além disso havia limitações à vigência.

Ives Gandra da Silva Martins Filho analisou a situação da seguinte maneira e citou expressamente o entendimento de Maurício Godinho Delgado em conjunto com posicionamento nos Ministros Augusto César Leite de Carvalho, Kátia Magalhães Arruda da seguinte maneira:

Quase que como reconhecimento de atividade legiferante pelo TST, já que a mudança de orientação da Súmula 277 se deu com a carência absoluta de precedentes jurisprudenciais, o site do TST, na época, publicou artigo doutrinário de três ministros da Corte expondo a “ratio decidendi” da nova redação, com chamada rotativa e posterior publicação na Revista do TST (Augusto César Leite de Carvalho, Kátia Magalhães Arruda e Maurício Godinho Delgado, “A Súmula n. 277 e a Defesa da Constituição”, Revista do TST, ano 78, out/dez 2012). Foi uma justificativa, em 2012, para dar as razões da virada jurisprudencial sem precedentes.³⁴³

Diante da nova redação da Súmula 277, a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 323 na qual foi proferida decisão liminar determinando a suspensão dos efeitos de referida súmula com a seguinte manifestação do Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes: “Da análise do caso extrai-se indubitavelmente que se tem como insustentável o entendimento jurisdicional conferido pelos tribunais trabalhistas ao interpretar arbitrariamente a norma constitucional.”³⁴⁴

O entendimento manifestado pelo Ministro Gilmar Mendes a respeito do tema foi expressamente citado pela Comissão da Câmara dos Deputados em parecer fundamentando o

³⁴² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n.º 277**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tst/sumulas/sumula-n-277-do-tst/1431370323>. Acesso em: 03 nov. 2022.

³⁴³ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Confronto entre TST e STF: uma análise psicológica do direito (Disputes between the TST and STF: a psychological analysis of law). **Revista de direito do trabalho e segurança social**, São Paulo, v. 47, n. 215, p. 21-78, jan./fev. 2021.

³⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 323 MC/DF**. Relator: Ministro GILMAR FEREIRA MENDES. Data da publicação: DJe, 14 out. 2016. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310538275&ext=.pdf>. Acesso em: 13 maio 2022.

texto da “reforma trabalhista” em conjunto com a insegurança jurídica, ausência de previsão legal, conforme se verifica abaixo:

Ocorre, porém, que temos visto com frequência os tribunais trabalhistas extrapolarem sua função de interpretar a lei por intermédio de súmulas, para, indo além, decidirem contra a lei. Assim, um instrumento que deveria ter a finalidade precípua de trazer segurança jurídica ao jurisdicionado, garantindo a previsibilidade das decisões, é utilizado, algumas vezes, em sentido diametralmente oposto, desconsiderando texto expresso de lei. Exemplo evidente disso é o entendimento esposado pelo TST quanto à ultratividade da norma coletiva, segundo o qual as cláusulas normativas serão mantidas incorporadas ao contrato individual de trabalho até que novo acordo coletivo ou convenção coletiva seja firmado (Súmula nº 277), enquanto a CLT prevê expressamente que a vigência desses instrumentos não ultrapassará o prazo de dois anos (§ 3º do art. 614). A questão foi remetida ao STF, por intermédio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 323, havendo uma decisão cautelar formulada pelo relator, o Ministro Gilmar Mendes, pela “suspensão de todos os processos em curso e dos efeitos de decisões judiciais proferidas no âmbito da Justiça do Trabalho que versem sobre a aplicação da ultratividade de normas de acordos e de convenções coletivas, sem prejuízo do término de sua fase instrutória, bem como das execuções já iniciadas.³⁴⁵

As mesmas concepções foram manifestadas pela Comissão do Senado Federal na qual ainda foi ressaltada a inibição da negociação coletiva conforme se verifica abaixo:

Diretamente relacionado ao tema da prevalência do negociado sobre o legislado está a chamada ultratividade, que fica vedada nos termos do § 3º no art. 614 da CLT, proposto pelo PLC. Primordial ressaltar que havia entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal (STF) no mesmo sentido, na ADPF nº 323, relatada pelo Ministro Gilmar Mendes, que suspendeu os efeitos da Súmula nº 277 do TST. [...] Reconhecemos que foi com o intuito de beneficiar o trabalhador que o TST criou essa previsão sem amparo em lei. Entretanto, avaliamos que a reação a esta insegurança jurídica é óbvia: a maioria dos empregadores não quer mais celebrar diversos tipos de acordo. Quem perde é exatamente aquele que se quis beneficiar. Não por outro motivo que o jurista Mauricio de Figueiredo Côrrea da Veiga afirma que com a Súmula 277 o TST decretou “a morte da negociação coletiva.”³⁴⁶

³⁴⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei n.º 6.787, de 2016, do Poder Executivo.** Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências. Presidente: Deputado DANIEL VILELA. Relator: Deputado ROGÉRIO MARINHO. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra?codteor=1544961. Acesso em: 31 ago. 2022.

³⁴⁶ BRASIL. Senado Federal. **Parecer da Comissão de Assuntos Econômicos sobre o Projeto de Lei da Câmara n. 38/2017.** Relator: Senador RICARDO FERRAÇO. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5302372&ts=1635963640864&disposition=inline>, fl. 55. Acesso em: 13 maio 2022.

Diante das considerações acima, a CLT foi reformada em 2017 e o art. 614, § 3º vedou expressamente a ultratividade.³⁴⁷

No ano de 2022 a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 323 foi julgada de forma definitiva com a declaração de inconstitucionalidade da Súmula 277 do C.TST.

A presente análise não teve por objeto a verificação da adequação do conteúdo da Súmula 277 no âmbito do Direito do Trabalho, mas apenas o modo pelo qual o entendimento nela consolidado foi captado pelo órgão legislativo federal e o Supremo Tribunal Federal. De todo modo, foi possível verificar que em suma considerou-se como interpretação que ultrapassou os limites definidos na Constituição Federal.

6.3 AS SEMELHANÇAS ENTRE AS TEORIAS DE LUÍS ROBERTO BARROSO E FRANCISCO JOSÉ DE OLIVEIRA VIANNA

No item referente à hermenêutica desenvolvida no âmbito do Justiça do Trabalho foram examinados os estudos de Francisco José de Oliveira Vianna, principal autor do Projeto de Lei Orgânica da Justiça do Trabalho, no qual foram inseridas teses específicas sobre o modo de interpretação a ser adotado pelos juízes do trabalho.

Cabe esclarecer que o autor tem vasta obra histórica e sociológica, buscando sistematizar a história brasileira para fundamentar sua proposta política para o Brasil que culminou em sua participação no governo de Getúlio Vargas e na defesa do corporativismo. No tocante ao posicionamento político e ideológico de Oliveira Vianna Nilo Odalia traz o seguinte esclarecimento:

É essa fé na ciência como um instrumento de racionalidade que leva Oliveira Vianna a, recorrentemente, insistir naquilo que o diferencia, como um idealista orgânico, daqueles que, por desconhecerem a realidade histórica de nosso país, persistem em ter ilusões quanto à possibilidade de adaptar às nossas condições societárias modelos de organização social e política importados; são os idealistas utópicos.³⁴⁸

³⁴⁷ BRASIL. Decreto-lei n.º 5.452, de 1.º maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. “Art. 614 - Os Sindicatos convenientes ou as empresas acordantes promoverão, conjunta ou separadamente, dentro de 8 (oito) dias da assinatura da Convenção ou Acordo, o depósito de uma via do mesmo, para fins de registro e arquivo, no Departamento Nacional do Trabalho, em se tratando de instrumento de caráter nacional ou interestadual, ou nos órgãos regionais do Ministério do Trabalho e Previdência Social, nos demais casos. [...] § 3º Não será permitido estipular duração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho superior a dois anos, sendo vedada a ultratividade.” Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452compilado.htm. Acesso em: 03 nov. 2022.

³⁴⁸ ODÁLIA, Nilo. **As Formas do Mesmo: ensaios sobre o pensamento historiográfico de Varnhagen e Oliveira Vianna.** São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1997, p. 125.

Em sua teoria sobre a história do Brasil, Oliveira Vianna defende a concepção de que, em decorrência da vasta extensão territorial, ocorreu um isolamento natural ocasionando a solidão e consequente individualismo que tem como ponto de sustentação o clã (de fazendeiros) que se opõe a ideais democráticos e coletivos.

Para buscar o interesse coletivo e democrático defende o aumento da circulação política por meio de uma maior presença das instituições estatais junto às comunidades que se formam, em torno inclusive dos centros econômicos ativos e não somente no exercício da atividade fiscal pelo Estado.

Considerando que os conservadores entendem melhor os danos causados pelos “clãs” na estrutura social e democrática brasileira defende estes em face dos políticos de ideologia utópica e contra os liberais.

Oliveira Vianna convoca o Estado para conceber uma “Nação brasileira solidária”, seu sonho político.³⁴⁹ Entretanto, considera que os membros do Parlamento seriam os representantes dos “antigos clãs” que prejudicariam o alcance de seus ideais. Tais fatos justificam sua defesa de uma atuação mais ativa dos juízes da Justiça do Trabalho, porém defende abertamente um Poder Executivo forte com concentração de poder nas mãos de um único homem.

Com relação ao Poder Judiciário, Nilo Odália esclarece o posicionamento de Oliveira Vianna da seguinte maneira:

Distinto dos dois outros poderes por sua natureza, caberá a ele, de um lado, conter o Executivo, nos seus excessos de autoridade, e, de outro, reforçá-lo, na medida em que também ele deve ser organizado de forma a privilegiar a justiça federal, em prejuízo das justiças estadual ou municipal, pois estas estarão sempre mais abertas às influências regionais e locais.³⁵⁰

Expressamente Oliveira Vianna defende um Poder Judiciário forte. Em suas palavras: “um Poder Executivo forte; ao lado dele e contra ele um Poder Judiciário ainda mais forte — eis a fórmula.”³⁵¹

Novamente de forma paradoxal, para defender o país dos clãs ou das oligarquias rurais Oliveira Vianna defende abertamente a denominada “Oligarquia da Toga”: “De todas as

³⁴⁹ ODÁLIA, Nilo. **As Formas do Mesmo: ensaios sobre o pensamento historiográfico de Varnhagen e Oliveira Vianna**. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1997, p. 134.

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 154.

³⁵¹ VIANNA, Francisco José de Oliveira. **Problemas de Direito Corporativo**. 2.ª ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 1983, p. 39-40.

oligarquias possíveis em nosso país, a “oligarquia do Supremo” – a oligarquia da Toga – seria a única realmente benéfica e liberal, a única, cuja opressão não humilharia – porque seria a opressão da Lei e não do arbítrio.”³⁵²

Neste aspecto defende a criação de uma Justiça do Trabalho mais intervencionista, com juízes desenvolvendo interpretação de maneira mais pragmática, o que restou evidenciado no Projeto de Lei Orgânica da Justiça do Trabalho.

Referidos posicionamentos foram contestados pelo Deputado Federal de posicionamento liberal, o advogado Waldemar Ferreira.

Em sua resposta Francisco José de Oliveira Vianna ressaltou a necessidade de um novo modo interpretativo, conforme bem observado por Lígia Lopes Fornazieri:

Para Oliveira Vianna, a conclusão do parecerista da Comissão de Justiça pode ser explicada pela técnica interpretativa da Constituição realizada por Ferreira. Segundo o publicista, existem dois métodos, nos Estados Unidos, para a análise de sua Constituição: a “interpretação”, processo lógico-formal, ou a “construção”, que consiste em procurar o sentido do texto constitucional por um processo mais complexo. O trabalho construtivo significa um ajuste do sistema da Constituição e da estrutura política-administrativa à sociedade em evolução: “O processo ‘construtivo’ é, pois, entre os americanos, fundamentalmente político.”³⁵³

Percebe-se semelhança na fundamentação de Oliveira Vianna com aquela utilizada por Luís Roberto Barroso quanto à necessidade de uma “nova interpretação constitucional” que seria mais complexa que um processo de subsunção lógico-formal. Aliás, o conjunto de artigos elaborados por Oliveira Viana para responder às críticas de Waldemar Ferreira foi reunido em obra intitulada “Problemas de Direito Corporativo”, que traz como tema do primeiro capítulo “Novos methodos de exegese constitucional”.

A comparação mostra-se paradoxal tendo em vista que Luís Roberto Barroso, conforme já apreciado, tem concepções progressistas, considerando-se um liberal igualitário, ao passo que Francisco José de Oliveira Vianna foi caracterizado como conservador, e muitas vezes reacionário.

Estes paradoxos se mostram comuns inclusive quanto ao ativismo judicial defendido por Barroso que enaltece a atuação da Corte de Warren de caráter progressista, entretanto, as

³⁵² VIANNA, Francisco José de Oliveira. **Problemas de Direito Corporativo**. 2.^a ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 1983, p. 95.

³⁵³ FORNAZIERI, Lígia Lopes. Um projeto de Justiça do Trabalho no Brasil: o debate entre Oliveira Viana e Waldemar Ferreira (1934-1936). **Anais do XXVII Simpósio Nacional de História. Conhecimento histórico e diálogo social**, Natal, RN, 22 a 26 de julho de 2013. Disponível em: <http://www.snh2013.anpuh.org/site/anaiscomplementares#L>. Acesso em: 29 abr. 2022.

origens do ativismo judicial remontam uma atuação conservadora da Suprema Corte Norte-Americana como, por exemplo, no caso “Lochner contra Nova Iorque”, no qual uma lei estadual foi julgada inconstitucional e o Estado de Nova Iorque não poderia interferir nas relações contratuais de trabalho.³⁵⁴

As observações demonstram a relevância do debate referente à hermenêutica constitucional no âmbito da Justiça do Trabalho desde sua instauração como pode ser verificado abaixo em mais um trecho escrito por Oliveira Vianna:

O problema da organização da Justiça do Trabalho – o que é em todos os povos civilizados um formidável problema de política social – aqui se reduz, aos olhos dos senhores membros da Comissão de Justiça da Câmara dos Deputados, à simples condição de um mero problema de técnica jurídica, resolvido por meio de análises e confrontos, puramente gramaticais, dos textos constitucionais e com critérios, de si mesmos absolutamente inadequados, do Direito Privado – como se os intérpretes estivessem procurando o sentido de um dispositivo do Código Civil.³⁵⁵

É possível identificar outras semelhanças nas concepções de Vianna com o neoconstitucionalismo. As decisões na Suprema Corte norte-americana proferidas pela “Corte de Warren” podem ser consideradas como fonte de inspiração dos neoconstitucionalistas como observa Jorge Lavocat Galvão.³⁵⁶ Abaixo é possível verificar o próprio Luís Roberto Barroso esclarecendo tal influência:

Os dezesseis anos em que a Suprema Corte americana esteve sob a presidência de Earl Warren (1953-1969) integram de maneira indelével, o imaginário do constitucionalismo democrático contemporâneo. Sua afirmação de igualdade entre os homens e de outros direitos individuais inspirou gerações de militantes dos direitos humanos, constitucionalistas e estadistas pelo mundo afora. Essa energia imensa, que atravessou continentes, foi gerada por uma ideia tentadora: a de que uma corte de justiça progressista pode promover a revolução humanista que o processo político majoritário não é capaz de fazer.³⁵⁷

³⁵⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court (Suprema Corte do Estados Unidos da América). **Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905)**. Discutido em: 23-24 fev. 1905. Julgado em: 16-17 abr. 1906. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/>. Acesso em: 29 ago. 2022.

³⁵⁵ VIANNA, Francisco José de Oliveira. **Problemas de Direito Corporativo**. 2.^a ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 1983, p. 39.

³⁵⁶ GALVÃO, Jorge Otávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito**. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book, p. 35.

³⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. A americanização do Direito Constitucional e seus paradoxos: Teoria e Jurisprudencia Constitucional no mundo contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 324-325.

A Suprema Corte norte-americana também inspirou Oliveira Vianna na busca de uma interpretação judicial mais ampliativa, pois em suas palavras sob a liderança de Brandeis, a corte havia reconhecido o imperativo de reagir “contra a mecanização da aplicação da lei”.³⁵⁸

A crítica a uma inatividade jurisdicional e seu distanciamento da realidade social também era presente na obra de Oliveira Vianna:

O exemplo de Pedro Lessa é típica expressão deste sonambulismo judicial. Seja, por exemplo, construindo nosso conceito de “autonomia local” pelo critério estrito do self-governement americano [...] vendo-o argumentar com sua sólida erudição e a sua dialética poderosa e mergulhado inteiramente nos casos americanos – que, no espírito deste grande mestre ou, melhor deste grande logicien de nosso direito público, o Brasil ou o povo brasileiro não existiria como realidade objetiva.³⁵⁹

Como bem observa Rosenfield, Vianna também buscava se afastar de formalismos com uma visão pragmática do direito:

Não se trata de coincidência, pois, que Vianna tenha iniciado a obra com longa exposição sobre os novos métodos de exegese constitucional. Sua crítica ao formalismo jurídico estava ancorada na visão de realistas norte-americanos e de juristas do campo progressista, como Cardozo, Holmes, Brandeis, Llewellyng e Pound. A transformação da prática jurídica em Oliveira Vianna tinha como vetor uma interpretação pragmática da lei, em que o juiz não estaria mais adstrito às velhas concepções da escola clássica”. Essa nova exegese seria, então o método adequado para a compreensão do “fenômeno corporativo”.³⁶⁰

Com relação à Luís Roberto Barroso restou evidente ao longo do presente trabalho que o “Novo Direito Constitucional Brasileiro” proposto por Luís Roberto Barroso tem fundamento no direito alternativo e na teoria crítica do direito, bases do denominado pós-positivismo. Em suas palavras, referida teoria “enfatiza o caráter ideológico do Direito, equiparando-o à política, um discurso de legitimação do poder”.³⁶¹

Além disso, de acordo com Barroso, a relevância na Teoria Crítica do Direito está no caráter transformador da atividade do operador jurídico, conforme pode ser identificado: “A teoria crítica preconiza, ainda, a atuação concreta, a militância do operador jurídico, à vista

³⁵⁸ VIANNA, Oliveira. **Problemas de Organização e Problemas de Direção**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1952, p. 147-148.

³⁵⁹ VIANNA, Francisco José de Oliveira. **Instituições Políticas Brasileiras**. 2.^a ed. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2019, p. 345.

³⁶⁰ ROSENFIELD, Luis. **Revolução conservadora: genealogia do constitucionalismo autoritário brasileiro (1930-1945)**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2021, p. 40.

³⁶¹ BARROSO Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10.^a ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022, p. 417.

concepção de que o papel do conhecimento não é somente a interpretação do mundo, mas também sua transformação.”³⁶²

Considera que a teoria crítica teve influência decisiva no surgimento de uma geração menos dogmática, sobretudo após os eventos desencadeados a partir de 1989. E esta geração menos dogmática da qual o próprio Barroso faz parte propiciou o que denominou como uma volta ao direito no Brasil.³⁶³

Pautado nestes fundamentos da Teoria Crítica do Direito, adotando discurso prescritivo ao recomendar uma postura ao magistrado, destaca a relevância da interpretação principiológica: “É preciso, portanto, explorar as potencialidades positivas da dogmática jurídica, investir na interpretação principiológica, fundada em valores, na ética e na razão possível.”³⁶⁴

Tais fundamentos podem ser identificados em outros trechos de sua obra no qual demonstra grande apreço pela postura “ativa” da denominada Corte de Warren³⁶⁵ e, em contrapartida, ao se referir à composição da corte nomeada a pelo Presidente Ronald Reagan, de características opostas às da Corte de Warren, ou seja, com mais deferência ao texto literal da constituição e menos ativista, caracterizou esta corte como “sem brilho”³⁶⁶, asseverando por sua vez que a Corte de Warren realizaria uma interpretação evolutiva do direito.

Considera como interpretação evolutiva:

[...] um processo informal de reforma do texto da Constituição. Consiste ela na atribuição de novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação do seu teor literal, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes na mente dos constituintes.³⁶⁷

De todo o modo, em relação à teoria crítica, considera que esta já passou da fase da desconstrução do direito e já se associou à boa doutrina para dar ao direito uma dimensão transformadora e emancipatória, mas sem desprezo às potencialidades da legalidade democrática.³⁶⁸

³⁶² BARROSO Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 10.ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022, p. 418.

³⁶³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição.** 7.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 319.

³⁶⁴ *Ibidem*, p. 319.

³⁶⁵ *Ibidem*, p. 230.

³⁶⁶ *Ibidem*, p. 119.

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 151.

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 344.

Sua visão transformadora almeja alterar aspectos da realidade que considera como vicissitudes crônicas da vida nacional que seriam a ideologia da desigualdade e a corrupção institucional.³⁶⁹ Revela que considera o juiz como um dos principais agentes desta mudança:

O juiz não pode ignorar o ordenamento jurídico. Mas, com base em princípios constitucionais superiores, poderá paralisar a incidência da norma no caso concreto, ou buscar-lhe novo sentido, sempre que possa motivadamente demonstrar sua incompatibilidade com as exigências da razoabilidade e justiça que estão sempre subjacentes ao ordenamento.³⁷⁰

Tais concepções, quanto ao papel transformador do juiz também podem ser identificadas na obra de Antônio Carlos Wolkmer, autor brasileiro também identificado com a Teoria Crítica do Direito conforme pode ser abaixo identificado:

Na esteira dessas asserções, pode-se categorizar que ao Juiz compete a função política de transformar os parâmetros tradicionais na instância dogmática e formalista do Direito [...]. É contribuindo para a transformação e democratização contínua da ordem jurídica positiva que o Juiz, em seu mister interpretativo, insere a semente vivificadora e inspiradora do Direito Justo.³⁷¹

Antônio Carlos Wolkmer enfatiza que a clássica Separação dos Poderes que tem por finalidade restringir o juiz a um mero aplicador da lei tem cunho ideológico liberal e ressalta a necessidade transformadora do Direito e de todo o aparato estatal em relação ao indivíduo e encerra sua obra Ideologia, Estado e Direito conclamando a uma Revolução citando inclusive Mao Tsé Tung e sua concepção da necessidade de criar e recriar o homem:

Uma Revolução Cultural para a América Latina deve primar pelo caráter humanístico, democrático e pluralista, cuja objetivação interiorize a permanente transformação crítica e emancipadora, “já que fazer e refazer o homem é uma tarefa sem fim”.³⁷²

Thomas Rosa Bustamente também identificou o caráter revolucionário no modelo jurídico proposto por Luís Roberto Barroso:

A tentativa de reter a “hipótese estética” sem as constrições conservadoras que Dworkin assumiu em sua teoria interpretativa fazem a teoria constitucional do

³⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 345.

³⁷⁰ *Ibidem*, p. 295.

³⁷¹ WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, estado e direito**. 3.ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 179-180.

³⁷² *Ibidem*, p. 198.

Ministro Barroso uma teoria revolucionária, que não estabelece limites à atividade inovativa das cortes constitucional constitucionais. Sem embargo, trata-se de uma teoria revolucionária em um sentido não explicitamente reconhecido, pois o Ministro Barroso não está completamente ciente dessas implicações revolucionárias.³⁷³

Este caráter revolucionário é expresso na própria dedicatória de sua obra “Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo”, na qual faz a seguinte dedicatória: “Aos que sonharam com a revolução que não veio. Aos que não perderam o ideal”.³⁷⁴

Luís Rosenfield identificou o caráter revolucionário de Oliveira Vianna analisando a genealogia do constitucionalismo brasileiro entre 1930 e 1945 e paradoxalmente intitula sua obra como “Revolução Conservadora”.³⁷⁵

É possível verificar que na teoria de Luís Roberto Barroso tal atributo transformador conferido ao magistrado foi concebido como o caráter iluminista inerente ao Poder Judiciário, mais especificamente a ser exercido pelas Supremas Cortes. Nas palavras de Barroso este caráter iluminista “deve ser exercido com parcimônia pelo grande risco democrático que representa”.³⁷⁶

Em suas palavras o caráter iluminista se justificaria no seguinte contexto:

Ao longo da história, alguns avanços imprescindíveis tiveram de ser feitos, em nome da razão, contra o senso comum, as leis vigentes e a vontade majoritária da sociedade. A abolição da escravidão ou a proteção de mulheres, negros, homossexuais, transgêneros e minorias religiosas, por exemplo, nem sempre pôde ser feita adequadamente pelos mecanismos tradicionais de canalização de reivindicações sociais.³⁷⁷

Justifica a utilização do termo “iluminista” no seguinte sentido:

É nesse sentido que o termo é empregado neste tópico: o de uma razão humanista que conduz o processo civilizatório e empurra a história na direção do progresso social e da liberação de mulheres e homens. [...] As intervenções humanitárias que o papel iluminista dos tribunais permite não é para impor valores, mas para assegurar que cada pessoa possa viver os seus, possa

³⁷³ BUSTAMANTE, Thomas Rosa. A Triste História do Juiz que Acreditava Ser Hércules. In: **Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro**. 2.^a ed. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021, p. 559.

³⁷⁴ BARROSO Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10.^a ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022, p. 18.

³⁷⁵ ROSENFIELD, Luis. **Revolução conservadora: genealogia do constitucionalismo autoritário brasileiro (1930-1945)**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2021, p. 40.

³⁷⁶ BARROSO, *op. cit.*, p. 943.

³⁷⁷ BARROSO, *op. cit.*, p. 943.

professar as suas convicções, tendo por limite o respeito às convicções dos demais.³⁷⁸

Deste modo, na concepção de Barroso a Suprema Corte teria a capacidade de identificar quais seriam os aspectos nos quais a sociedade não estaria respeitando o direito de determinados indivíduos e excepcionalmente poderia agir na conformação de tais direitos, superando preconceitos, obscurantismos, superstições e visões primitivas. E desta forma “Vez por outra, no entanto, é preciso acender luzes na escuridão, submeter a vontade à razão. Nesses momentos raros, mas decisivos, as cortes constitucionais podem precisar ser os agentes da história”.³⁷⁹

Em certa medida, é possível verificar que o posicionamento adotado pelo C. TST nas “Semanas do TST” em 2011 e 2012 se aproximam mais do papel iluminista definido por Barroso do que da força normativa da constitucional no âmbito da interpretação concretista do direito de Konrad Hesse, da força normativa dos princípios definida por Ronald Dworkin e aprimorada em sua tese do romance em cadeira do Direito como integridade, da teoria dos princípios como mandado de otimização de Robert Alexy e da ponderação de valores por meio da proceduralização da proporcionalidade.

Em outras palavras, a prática incentivada academicamente por Luís Roberto Barroso se distancia daquela defendida pelos teóricos com os quais fundamentou sua nova interpretação constitucional, porém pode ser verificado que sua teoria fortaleceu uma concepção pró ativa já existente na Justiça do Trabalho desde sua formação.

O que pode ser verificado na “nova interpretação constitucional” proposta por Luís Roberto Barroso é que defende um alto grau de discricionariedade do magistrado afastando-se das teorias de Konrad Hesse, Ronald Dworkin e Robert Alexy, utilizando-se de recursos retóricos por meio dos quais define seus valores fundamentais e os defende de maneira ativa em sua atuação acadêmica e jurisdicional.

Tomas Rosa Bustamante³⁸⁰ verifica que Barroso busca inclusive utilizar uma metáfora estética semelhante ao “romance em cadeia” de Ronald Dworkin, porém em seu cerne defende a discricionariedade do julgador, afastando-se diametralmente do autor norte-americano. Utiliza para tanto a canção garota de Ipanema no seguinte sentido:

³⁷⁸ BARROSO Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 10.ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022, p. 945-946.

³⁷⁹ *Ibidem*, p. 947.

³⁸⁰ BUSTAMANTE, Thomas Rosa. A Triste História do Juiz que Acreditava Ser Hércules. In: **Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro**. 2.ª ed. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021, p. 553.

Garota de Ipanema, na voz ou nos instrumentos de seus múltiplos intérpretes, conserva sua essência, seus elementos de identidade, mas nunca é a mesma. A razão é que, entre a obra e o público, há uma intermediação necessária feita por quem vai executá-la. A interpretação, por certo, é desenvolvida com base na obra preexistente e nas convenções musicais. Mas estará sempre sujeita à percepção e à sensibilidade do intérprete.³⁸¹

O ponto central é que Luís Roberto Barroso admite que a obra artística estará sempre sujeita à percepção do intérprete, inexistindo uma interpretação correta nos termos dworkinianos.

Thomas Rosa Bustamante³⁸² também identifica semelhanças entre as concepções de Luís Roberto Barroso e as de Francisco José de Oliveira Vianna, porquanto compartilham da visão de que a sociedade brasileira emergiu de fundações patriarcais e permaneceu sob o controle de elites predatórias e corruptas, sem qualquer atividade política relevante do próprio povo.

Conforme já mencionado, Francisco José de Oliveira Vianna foi o principal autor do Projeto de Lei de Organização da Justiça do Trabalho, fundamentado na concepção autoritária de sociedade com foco na atuação do Poder Judiciário para que se pudesse progredir em uma sociedade adequada. Para o autor, a solução para o fracasso da democracia constitucional no Brasil deveria ser encontrada em uma dessas duas alternativas:

a) ou investir o Poder Judiciário, tornado exclusivamente federal, de uma força e de uma autoridade, estendidas até o máximo de suas possibilidades; ou b) criar um quarto poder tal como o antigo Poder Moderador, que, sendo vitalício, também tenha, entretanto, o direito de iniciativa, que o Poder Judiciário não tem. Em suma: ou isto ou qualquer outra coisa que represente um centro da força, de natureza essencialmente político; mas, completamente fora de qualquer afinância ou dependência como os grupos partidários. Este centro da força, cuja necessidade todos sentimos, seria organizado de maneira tal que pudesse agir direta e espontaneamente, e com eficiência imediata quando se fizesse preciso, sobre os grupos, as facções, os clãs, neutralizando-lhes a influência e a nocividade na vida administrativa do país.³⁸³

Thomas Bustamante identifica que a semelhança entre a defesa, por Oliveira Vianna, de um poder moderador e a defesa, por Luís Roberto Barroso, da supremacia judicial é mais profunda do que parece à primeira vista:

³⁸¹ BARROSO Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 10.^a ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022, p. 484.

³⁸² BUSTAMANTE, Thomas Rosa. A Triste História do Juiz que Acreditava Ser Hércules. In: **Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro.** 2.^a ed. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021, p. 564.

³⁸³ VIANNA, Francisco José Oliveira. **Problemas de Política Brasileira.** 2.^a ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1947, p. 54.

A defesa do ativismo judicial realizada pelo Ministro Barroso não é, portanto, substancialmente diferente do argumento de Oliveira Viana. O Ministro Barroso está inadvertidamente ressuscitando os mesmos argumentos que foram utilizados por constitucionalistas do passado autoritário para a justificação da ditadura militar que o próprio Ministro Barroso, com boas razões, rechaça. Apesar do Ministro Barroso estar advogando um poder judicial para supervisionar os outros poderes, ao invés de um poder a ser atribuído às forças armadas, as razões apresentadas em seu argumento são perturbadoramente semelhantes: É irônico “que tais elites já não são, somente, aquelas mesmas ‘de sempre’ (para utilizar a linguagem de Faoro); são, também, aquelas criadas, aparelhadas, ou potencializadas pela própria Constituição de 1988, em especial do Supremo Tribunal Federal, que passa a atuar como um animal político nos jogos políticos de poder, ele próprio influenciando os caminhos do Estado.³⁸⁴

Francisco José de Oliveira Vianna foi um dos principais juristas da Era Vargas, do mesmo modo que Luís Roberto Barroso identifica um atraso na sociedade brasileira que deveria de algum modo ser corrigido.

Os dois autores defendem uma atuação efetiva do Poder Público para se atender a determinadas finalidades, que neste sentido se assemelham quanto aos instrumentos a serem utilizados para tal finalidade.

Este paradoxo no qual reacionários e progressistas acabam atuando da mesma forma diante do ativismo judicial, também foi identificado por Ronald Dworkin que relata basicamente os juízes da Suprema Corte que inspiram Oliveira Vianna e Luís Roberto Barroso. Em primeiro lugar, o juiz Louis Brandeis ativista por declarar inconstitucionais leis de cunho social do denominado New Deal na década de 1930 e o juiz Earl Warren, que se mostrou ativista por estabelecer direitos sociais. De modo que reacionários acusam progressistas de ativistas e vice-versa conforme destacou Dworkin:

Nos primórdios do New Deal, como os críticos da Corte de Warren prontamente assinalam, foram os liberais que objetaram às decisões da Suprema Corte que invalidavam atos do Congresso em nome da cláusula de processo legal justo.³⁸⁵

Quanto aos valores, Oliveira Vianna expressamente adotou o corporativismo para a solução de tais mazelas.

Em contrapartida, na análise das decisões e posições acadêmicas e judiciais de Barroso, Thomas Rosa Bustamante identificou que seus valores fundamentais seriam: uma

³⁸⁴ BUSTAMANTE, Thomas Rosa. A Triste História do Juiz que Acreditava Ser Hércules. In: **Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro**. 2.ª ed. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021, p. 568.

³⁸⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 216.

teoria liberal dos direitos individuais, a emancipação por meio do Direito Penal, neoliberalismo e colapso do Estado Social.

Quanto aos valores dos direitos individuais é possível identificar sua defesa do reconhecimento pleno para as uniões e casamento homoafetivos, sua defesa do direito ao aborto de fetos anaencefálicos, o direito das pessoas transgênero a utilizarem o nome social, o direito de não ser punido por pequenas quantidades de maconha e o direito de cientistas realizarem pesquisas em embriões humanos.

No tocante à emancipação do Direito Penal, defende uma aplicação mais rigorosa deste ramo do Direito considerando inclusive a interpretação contrária à literalidade do art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal e a possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado ao interpretar o art. 283 do Código de Processo Penal na ADPF 395.

Foi em defesa dos valores do neoliberalismo em face do Estado Social que sua influência junto à Justiça do Trabalho se torna paradoxal. Porquanto, adotando as concepções de Luís Roberto Barroso, alguns órgãos do Tribunal Superior do Trabalho atuaram de forma ativa, buscaram “levar à sociedade adiante”, atuando na omissão do legislador, porém Barroso reformou alguns destes relevantes posicionamentos adotados.

Como casos paradigmáticos é possível citar seu posicionamento no julgamento do RE 590.415 em que contrariou posicionamento firmado pelo C.TST por meio da Orientação Jurisprudencial nº 270 da SDI-I, segundo a qual a quitação liberaria o empregador apenas de parcelas estritamente lançadas no termo de rescisão. Em sentido oposto, Barroso entendeu que o termo de quitação firmado por meio de Plano de Demissão Incentivada regulado por norma coletiva teria eficácia liberatória geral.

Com relação à Reforma Trabalhista considerou válida a cobrança de custas judiciais do trabalhador beneficiário da Justiça Gratuita na ADI 5766, entretanto seu voto foi vencido. Interessante notar que o Ministro Barroso define premissas próprias para análise do caso, em nenhum momento realiza referências a estudos de Direito do Trabalho:

Portanto eu gostaria de enunciar, logo de início, as minhas précompreensões acerca deste tema. Três delas são as seguintes: primeira, em uma sociedade desigual, um dos principais papéis do Estado é contribuir para a redução da desigualdade e para o enfrentamento da pobreza – esta é uma premissa importante do modo como vejo a vida e do modo como estarei interpretando esta matéria posta em julgamento; segunda, o enfrentamento da pobreza e a redução da desigualdade dependem do crescimento econômico e da distribuição justa de recursos; terceira, as diretrizes que pautam o raciocínio que a seguir vou desenvolver são as seguintes: qual dentre as interpretações possíveis facilita o crescimento com a expansão do mercado de trabalho; e qual dentre as interpretações possíveis produz a melhor alocação dos recursos

sociais, porque isso é imprescindível para a distribuição de justiça e de riquezas.³⁸⁶

De forma semelhante proferiu voto na ADI 6363-DF na qual foi apreciada a constitucionalidade da Medida Provisória n.º 936/2020 e considerou constitucional a redução de jornada e salário sem a necessidade de negociação coletiva nos termos do art. 7º, inciso VI da Constituição. Novamente define parâmetros particulares para análise do Direito do Trabalho:

Gostaria de declinar aqui os princípios e valores que pautam minhas convicções na interpretação do Direito Constitucional do Trabalho. Em primeiro lugar, penso que é princípio essencial assegurar o respeito aos direitos constitucionais trabalhistas materialmente fundamentais. As principais garantias constitucionais do trabalhador incluem segurança no trabalho, salário mínimo capaz de atender às necessidades previstas na própria Constituição, repouso remunerado, férias e garantias contra o desemprego. O segundo princípio que norteia minha visão no Direito do Trabalho é a necessidade de preservar o emprego e aumentar a empregabilidade. Em segundo lugar, formalizar o trabalho, removendo os obstáculos que levam à informalidade. Em terceiro, melhorar a qualidade geral dos sindicatos, que considero devam ter papel importante nas relações de trabalho. Em quarto, desonerasar a folha de salários, o que ajuda tanto na empregabilidade quanto na redução da informalidade. E em quinto, acabar com a imprevisibilidade do custo das relações de trabalho. O imenso volume que ainda existe de litígios trabalhistas no Brasil faz com que o empregador, ao contratar, não seja capaz de avaliar o custo daquela contratação. Ele só vai saber disso verdadeiramente depois que termina a relação de trabalho e a Justiça do Trabalho se pronuncia. Esse é o conjunto de princípios e valores que norteiam a linha que pretendo seguir neste julgamento.³⁸⁷

Estas concepções particulares de Barroso podem ser julgadas com fundamento no respeito à literalidade da norma ou seu total desrespeito ou até mesmo a total desconsideração de disposição constitucional expressa o que revela um “sistema de discricionariedade absoluta” em sua tomada de decisão, conforme identificado por Tomas Bustamante³⁸⁸ tal sistema beneficia somente seu intérprete. Neste ponto ativistas conservadores e progressistas se tornam idênticos.

³⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 5766/DF.** Relator: Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO. Data de julgamento: 20 out. 2021. Data da publicação: DJe, 03 maio 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15350971179&ext=.pdf>. Acesso em: 13 maio 2022.

³⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6363 Distrito Federal: ADI 6363 MC-REF/DF.** Relator: Ministro RICARDO LEWANDOWSKI. Data de julgamento: 17 abr. 2020. Data de publicação: DJe, 23 nov. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345059901&ext=.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2022.

³⁸⁸ BUSTAMANTE, Thomas Rosa. A Triste História do Juiz que Acreditava Ser Hércules. In: **Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro**. 2.ª ed. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021, p. 568.

Conforme verificado, a valorização social do trabalho não se encontra entre os valores defendidos por Luís Roberto Barroso e a Justiça do Trabalho é entendida como empecilho conforme sua declaração em aula pública conjuntamente organizada pela Universidade de Oxford, sustentou sem indicar nenhuma fonte que o Brasil sozinho possui 98% das ações trabalhistas do mundo.³⁸⁹

Conforme demonstrado de forma empírica por Cássio Casagrande tal afirmação se mostrou desconectada da realidade³⁹⁰ como bem sintetizado por Thomas Bustamante:

No que diz respeito apenas aos Estados Unidos, por exemplo, Casagrande demonstrou que 11,18% de todas as ações ajuizadas na Justiça Federal dos Estados Unidos são sobre direito do trabalho; se assumirmos que esse percentual provavelmente se mantém nas jurisdições dos Estados, podemos então estimar (com base em previsões conservadoras) que “provavelmente há em torno de 1,7 milhões de ações trabalhistas por ano no sistema jurídico dos Estados Unidos”. E se adicionarmos a essas figuras a informação de que um traço distintivo do sistema jurídico do Estados Unidos é a admissibilidade das actions, em que múltiplos demandantes litigam em conjunto, então esse class número é muito maior (provavelmente há, assim, mais litigantes trabalhistas naquele país do que no Brasil).³⁹¹

Mostra-se interessante que, apesar de totalmente ausente de base fática, a informação de Luís Roberto Barroso serviu de fundamento para a exposição de motivos da Reforma Trabalhista elaborado pelo Senador Ricardo Ferraço.³⁹²

De forma semelhante a Oliveira Vianna, Barroso entende que a atuação do Parlamento pode ser limitada ultrapassada pelo Poder Judiciário em um ato de “by pass” e defende a ampliação do papel dos juízes. Em suas palavras:

O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um

³⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O momento institucional brasileiro e uma agenda para o futuro.** Palestra Luís Roberto Barroso – Brazil Forum UK 2017 (1:07:17). Disponível: <https://www.youtube.com/watch?v=IeDp2Ga2f6c>. Acesso em: 13 maio 2022.

³⁹⁰ CASAGRANDE, Cássio. Brasil, “campeão de ações trabalhistas” – como se constrói uma falácia. **JOTA**, 25 jun. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/brasil-campeao-de-acoes-trabalhistas-25062017>. Acesso em: 13 maio 2022.

³⁹¹ BUSTAMANTE, Thomas Rosa. A Triste História do Juiz que Acreditava Ser Hércules. In: **Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro**. 2.^a ed. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021, p. 578.

³⁹² BRASIL. Senado Federal. **Parecer da Comissão de Assuntos Econômicos sobre o Projeto de Lei da Câmara n. 38/2017**, fl. 55. Relator: Senador RICARDO FERRAÇO. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5302372&ts=1635963640864&disposition=inline>. Acesso em: 13 maio 2022.

mecanismo para contornar, bypassar o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso.³⁹³

Assim é possível considerar o fato de que o Tribunal Superior do Trabalho não adotou de forma significativa as teorias de Konrad Hesse, Ronald Dworkin e de Robert Alexy que restringem a discricionariedade do julgador, porém intensificou sua postura ativa aproximando-se do modelo iluminista defendido por Luís Roberto Barroso e Oliveira Vianna, entretanto, de maneira paradoxal, este estudioso não considera tal atuação como válida em decorrência dos valores particulares que defende, é neste ponto que reside a análise posterior fundamentada na concepção de legitimidade de Max Weber.

Na realidade a teoria do “novo direito constitucional” de Luís Roberto Barroso também se distancia das teorias de Hesse, Dworkin e Alexy e se aproxima muito mais da teoria de Francisco José de Oliveira descrita em seu artigo “Novos métodos de exegese constitucional” e sua “oligarquia da toga”, ou seja, ambos defendem uma postura ativa do magistrado não apegada ao texto normativo, atento ao direcionamento constitucional na busca de concepções ideais de sociedade.

Em resumo Barroso e Vianna compartilham em certa medida de um ideal revolucionário, têm um modelo político e social próprios (e opostos), enxergam o Parlamento com reservas e consideram que o Estado através do Poder Judiciário é um elemento importante para se alcançar o modelo idealizado de sociedade. Neste aspecto é possível considerar que a “oligarquia da toga” de Oliveira Vianna vem sendo exercida atualmente mediante o desempenho do “papel iluminista” exercido pela Suprema Corte brasileira nos moldes defendidos por Luís Roberto Barroso.

6.4 HERMENÊUTICA E A LEGITIMIDADE DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Tendo como fundamento os aspectos da teoria weberiana da legitimidade racional e legal desenvolvidas no segundo capítulo, passa-se ao exame do questionamento fundamental do presente trabalho, ou seja, de acordo com a teoria de Max Weber, seria possível afirmar que a hermenêutica trabalhista em seu aspecto constitucional, e consequentemente a aplicação do “neoconstitucionalismo” nos moldes propostos por Luís Roberto Barroso pode ser considerado como fator determinante para a crise de legitimidade da Justiça do Trabalho.

³⁹³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista [Syn]Thesis**, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 31, 2012.

Neste item será examinado o estudo do direito desenvolvido por Max Weber, sua relação com o capitalismo e como seria o “tipo ideal” do magistrado no Estado burocrático e racional weberiano.

Max Weber atribui relevante valor ao aspecto da racionalidade o qual caracteriza e diferencia a sociedade ocidental das demais. Não despreza a racionalidade em outras sociedades, todavia identifica aspectos singulares como o desenvolvimento no Ocidente de um conhecimento científico possuidor de uma validade universal³⁹⁴ e também de um Estado nacional racional com instituições especializadas, com Constituição escrita regulamentando a atividade política. Apenas no Ocidente encontrava-se um pensamento jurídico racionalizado, bem como uma burocracia formada por especialistas, juristas e técnicos.

Estas condições ao lado da religião protestante, propiciaram o surgimento do sistema capitalista no Ocidente e não em outra parte do mundo.

Max Weber era jurista de formação e em suas obras demonstra conhecimento enciclopédico do direito descrevendo o direito romano, germânico, francês, anglo-saxônico, judaico, hindu, chinês e o direito consuetudinário polinésio. De todo modo, considera que é fator determinante para a configuração do direito, a existência de um aparelho de coerção para assegurar sua efetividade.

Julien Freund realiza a seguinte análise dos estudos jurídicos de Max Weber:

A ideia dominante dessa análise é a mesma de sempre: expor as fases e os fatores que contribuíram para a racionalização do direito moderno no contexto da racionalização peculiar a civilização ocidental. Para esse fim, Weber estuda a ação política, da religião à economia sobre a evolução do direito, sem esquecer o esforço despendido pelos juristas, os legistas, os advogados e em geral, todos os profissionais do direito.³⁹⁵

Max Weber atribuía relevância às distinções entre o ser e o dever ser e entendia necessário à sociologia esclarecer e evidenciar eventual distanciamento entre o ordenamento jurídico formal e a sua aplicação efetiva no âmbito da sociedade.

O autor concebe a evolução do direito da seguinte maneira:

O desenvolvimento do direito e do procedimento jurídico, dividido em "etapas de desenvolvimento" teóricas, conduz à revelação carismática do direito por "profetas jurídicos" - por meio da criação e aplicação empírica do direito por honorários jurídicos (criação de direito cautelar e de direito baseado em

³⁹⁴ FREUND, Julien. **Sociologia de Max Weber**. Tradução: Luís Claudio de Castro e Costa. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 106.

³⁹⁵ *Ibidem*, p. 178.

precedentes) -, à imposição do direito pelo imperium profano e por poderes teocráticos e, por fim, ao direito sistematicamente estatuído e à "justiça" aplicada profissionalmente, na base de uma formação literária e formal lógica, por juristas doutos (juristas especializados). As qualidades formais do direito desenvolvem-se nesse processo a partir da combinação de um formalismo magicamente condicionado a uma irracionalidade determinada pela origem em revelações, no procedimento jurídico primitivo, passando, eventualmente, por uma racionalidade material ou não-formal, ligada a um fim e patrimonial ou teocraticamente condicionada, rumo a uma racionalidade e sistemática jurídica crescentemente especializada e, portanto, lógica e, por essa via - sob aspectos puramente externos -, ao progresso da sublimação lógica e do rigor dedutivo do direito e da técnica racional do procedimento jurídico.³⁹⁶

Percebe-se a correlação com os regimes de dominação carismática, tradicional e racional, passando o direito por fases semelhantes. Já restou evidenciado que na concepção de Weber o regime capitalista está intimamente ligado à racionalização da sociedade e no tocante à relação específica entre o direito e o regime capitalista afirma que:

Na medida em que participaram na formação dos traços especificamente modernos do atual direito ocidental, atuaram, de modo geral, no seguinte sentido: para os interessados no mercado de bens, a racionalização e a sistematização do direito significaram, em termos gerais e com a reserva de uma limitação posterior, a calculabilidade crescente do funcionamento da justiça - uma das condições prévias mais importantes para empresas econômicas permanentes, especialmente aquelas de tipo capitalista, que precisam da "segurança de trâfico" jurídica.³⁹⁷

No trecho abaixo colacionado novamente Max Weber relaciona o surgimento do capitalismo ao direito calculado racionalmente:

Internamente, a moderna empresa capitalista baseia-se sobretudo no cálculo. Para poder existir, ela precisa de uma justiça e de uma administração, cujo funcionamento, pelo menos em princípio, também pode ser calculado racionalmente com base em certas normas gerais fixas, do mesmo que se calcula o rendimento previsto em uma máquina.³⁹⁸

Nas palavras de Danilo Martuccelli para Max Weber: “a capacidade de cálculo da racionalidade capitalista baseia-se, assim, em um ethos diferente daquele dos homens da sociedade tradicional”.

³⁹⁶ WEBER, Max. **Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva – Volume 2**. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Revisão técnica: Gabriel Cohn. Brasília-DF: Editora Universidade de Brasília, 2004, p. 143.

³⁹⁷ *Ibidem*, p. 144.

³⁹⁸ WEBER, Max. Parlamento e governo na Alemanha reorganizada – sobre a crítica política do funcionalismo e do partidarismo. **Escritos Políticos**, São Paulo: Martins Fontes, p. 189, 2014.

Weber relaciona o capitalismo e a racionalidade e ainda conjuga tais considerações com a organização do trabalho, fato que ressalta a relevância de suas conclusões para o Direito do Trabalho de forma ainda mais acentuada que em outras disciplinas do Direito:

Mas aquilo que é específico do capitalismo moderno, em oposição àquelas formas arcaicas de aquisição capitalista, isto é, a organização estritamente racional do trabalho sobre o fundamento da técnica racional, não surgiu nem poderia ter surgido em nenhum lugar dentro de Estados tão irracionalmente construídos.³⁹⁹

E em seguida traz o papel do juiz neste sistema capitalista:

Podiam surgir apenas em duas circunstâncias: ou como na Inglaterra, onde a configuração prática do direito estava de fato nas mãos dos advogados que, a serviço de sua clientela (pessoas com interesses capitalistas), inventaram as formas comerciais apropriadas e de cujo meio precederam os juízes estritamente comprometidos com “precedentes”, isto é, com esquemas calculáveis, ou então onde o juiz, como no Estado burocrático com suas leis racionais, é mais ou menos uma máquina automática de fazer parágrafos, na qual se introduzem por cima a documentação, mais custo e as taxas, para retirar por baixo a sentença com razões mais ou menos convincentes – enfim, uma pessoa cujo funcionamento é grosso modo calculável.⁴⁰⁰

Percebe-se que sua concepção da separação dos poderes está alinhada à clássica teoria de Montesquieu inclusive no tocante à ideia de que o exercício do poder tende a corromper aquele que o exerce, concepção que expressamente influenciou os “Federalistas” norte-americanos e consequentemente a ordem constitucional brasileira.

Neste aspecto o poder do juiz é limitado pelo texto da lei, considerando expressamente o “tipo ideal” do juiz em uma sociedade burocrática como aquele que seria equivalente a uma máquina automática de “fazer parágrafos”, uma concepção semelhante àquela do juiz como “mera boca da lei”. Considera que tal postura atribuiria calculabilidade ao sistema, condição necessária ao surgimento e manutenção do capitalismo.

A formalidade jurídica e a previsibilidade das decisões são inerentes ao regime de economia de mercado, ao capitalismo. Deste modo é possível afirmar que no caso do Direito do Trabalho, por seu objeto de regulação estar intimamente ligado aos agentes econômicos, maior deve ser sua previsibilidade, o que acaba impondo à Justiça do Trabalho uma atividade interpretativa mais vinculada à segurança jurídica.

³⁹⁹ WEBER, Max. Parlamento e governo na Alemanha reorganizada – sobre a crítica política do funcionalismo e do partidarismo. **Escritos Políticos**, São Paulo: Martins Fontes, p. 190, 2014.

⁴⁰⁰ *Ibidem*, p. 190-191.

Assim é possível verificar que em relação à matéria inerente à relação de emprego o tipo ideal de Max Weber do magistrado atuando como um técnico burocrata tem mais incidência no mundo dos fatos que em outros ramos do direito, tendo em vista sua íntima relação com a área econômica.

Todavia, tal conclusão não afasta a possibilidade de utilização das técnicas hermenêuticas concretista de Hesse, do “romance em cadeia” de Dworkin e também o procedimento de ponderação de Alexy nos casos nos quais não há legislação clara. Pois referidas técnicas buscam limitar a discricionariedade do magistrado e incentivam uma argumentação atinente aos fatos. Desta forma, o aspecto da calculabilidade é inerente a tais teorias da decisão judicial que também buscam limitar a atividade interpretativa do magistrado, tornando-a cada vez mais racional e consequentemente calculável.

Neste aspecto reside a atualidade dos estudos de Max Weber que na realidade enfatizam a necessidade de previsibilidade das decisões judiciais. José Carlos Francisco contextualiza a noção de necessidade de previsibilidade das decisões judiciais e a legitimidade do Poder Judiciário na complexa e dinâmica sociedade atual:

A dinâmica e complexa realidade contemporânea (sociedade de risco e modernidade líquida) levou à ampliação do grau de abstração de atos normativos (notadamente da lei ordinária, que passaram a empregar expressões com maior abertura semântica) como tentativa de dar maior elasticidade ou plasticidade ao texto normativo pela interpretação. Contudo, essa maior abertura do texto é objeto de interpretação feita por centenas de milhares de profissionais da área jurídica (dentre advogados, promotores e juízes), com diferentes perfis em razão do pluralismo alavancado pelo Estado Democrático de Direito buscado pelo ordenamento constitucional de 1988, que também proporciona formidável acesso à judicialização (resultando em milhões de ações judiciais em andamento). A despeito de extraordinárias qualidades desse quadro de fatores, o reflexo negativo é a multiplicidade das possibilidades de interpretação, gerando impactos na legitimidade dos agentes políticos normatizadores (Poder Legislativo e Poder Executivo) e também causando insegurança jurídica pela imprevisibilidade das decisões judiciais. [...].⁴⁰¹

Quanto à Justiça do Trabalho no Brasil, foi possível identificar que antes mesmo da configuração da complexa sociedade atual, desde sua instauração teve como concepção a realização de julgamentos com caráter mais ativo e desprendido do texto legal, com fundamento em princípios. Em parte isso se justificaria em virtude da ausência de maturação na produção

⁴⁰¹ FRANCISCO, José Carlos. Conceitos jurídicos indeterminados científicos e empíricos e limite à interpretação judicial. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 9, n. 31, p. 893-894, jan./abr. 2015.

doutrinária e legislativa, porém no atual estágio de desenvolvimento, não mais se justifica tal postura.

O neconstitucionalismo delineado por Luís Roberto Barroso e seu ativismo apenas acrescentaram fundamentos como a força normativa dos princípios e da constituição à hermenêutica ampliativa já existente nos órgãos da Justiça do Trabalho e notadamente incentivaram tal prática.

A atitude interpretativa realizada por seus órgãos teve como característica o desapego ao texto normativo, com ampla atitude criativa, fato considerado como inerente à justiça social, porém distante da necessária calculabilidade e previsibilidade de suas decisões, fatores exigidos pela sociedade para manutenção de sua legitimidade.

Assim como todo o Poder Judiciário, a Justiça do Trabalho existe em decorrência da necessidade de atribuição de segurança às relações econômicas. A insegurança decorrente de atitudes ativistas prejudicaram o desempenho deste seu papel, o que tem provocado reação da sociedade por meio de seus representantes eleitos democraticamente, aspecto analisado no primeiro capítulo do presente trabalho no qual foram expostas manifestações expressas de reprovação da atitude interpretativa dos órgãos da Justiça do Trabalho que “criariam” diretos não previstos em lei.

Em que pese a alteração do papel do Estado e as modificações tecnológicas, o que a sociedade ainda espera da Justiça do Trabalho é o desempenho de papel semelhante àquele definido por Max Weber ao “tipo ideal” de juiz na sociedade capitalista e racional.

Além disso, posturas ativistas dos demais ramos do Poder Judiciário e até do Supremo Tribunal Federal em sua grande maioria possuem o Estado como sujeito passivo, como nos casos de condenação de entes federativos ao fornecimento de medicamentos, nos quais poucos são indivíduos que se indignam em realizar o pagamento. Entretanto, no ativismo praticado na esfera trabalhista ocorre a intervenção do Estado em propriedade particular, o que gera questionamentos quanto à postura ativista benéfica para apenas um lado do litígio.

Assim, é possível concluir que a adoção da Teoria Neoconstitucional de Luís Roberto Barroso intensificou o afastamento da Justiça do Trabalho do papel ideal definido por Max Weber, o que prejudicou sua legitimidade, ou seja, diminuiu a aceitação de sua autoridade perante aqueles que recebem suas decisões, o que pode ser verificado tanto pelas iniciativas do Poder Legislativo, do Poder Executivo e até nas decisões do Supremo Tribunal Federal, sendo órgãos mais influenciados pela opinião pública.

Deste modo, resta evidente que o neoconstitucionalismo e a grande discricionariedade que atribui ao juiz praticamente foi aplicado desde a instituição da Justiça do Trabalho,

considerando as concepções de Oliveira Vianna e sua semelhança com aquelas adotadas por Luís Roberto Barroso, todavia acabou sendo recompensada com diversas reações negativas dos demais poderes da república.

A postura ativista se mostra menos aceita pela sociedade com relação à Justiça do Trabalho do que aquela adotada pelos outros ramos do Poder Judiciário, porquanto interfere no planejamento econômico elaborado pelos agentes econômicos, fatos que necessitam da predominância do valor segurança jurídica sobre o valor justiça.

Além disso, a adoção de uma postura mais ativa em outros ramos do Poder Judiciário em geral tem como sujeito passivo o Estado e a efetivação de políticas públicas ou em sua condenação para prestação de serviços na educação, saúde, moradia ou assistência social, podendo citar o típico exemplo da determinação judicial para o fornecimento de medicamentos.

Na Justiça do Trabalho o sujeito passivo das condenações são entidades privadas dotadas de influência na opinião pública, possuindo nítido poder político com capacidade de influenciar na tomada de decisões dos demais órgãos dos poderes públicos. E de acordo com o movimento político e econômico durante a história política, social e econômica do país, a aceitação da postura da Justiça do Trabalho menos apegada aos textos legais e fundamentada em princípios passou a prejudicar a aceitação e obediência às decisões proferidas pela própria Justiça do Trabalho.

De todo modo, evidencia-se uma crise de legitimidade em todo o Poder judiciário brasileiro, porém por meio do presente estudo, evidenciou-se que os primeiros resultados estão ocorrendo na Justiça do Trabalho.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo investigar as causas da crise de legitimidade pela qual passa a Justiça do Trabalho. Inicialmente justificou-se a consideração do estado de crise com as manifestações do Poder Legislativo, Executivo e até do Supremo Tribunal Federal, bem como foi utilizada a teoria de Max Weber para definir o critério de análise de legitimidade. Considerando a função do Poder Judiciário e sua legitimidade racional passou-se a investigar se a hermenêutica aplicada pela Justiça do Trabalho poderia ser a causa de referida crise de legitimidade.

Tendo em vista o enfoque da relação entre a Justiça do Trabalho e os demais poderes constituídos, o tema foi delimitado na hermenêutica constitucional aplicada por seus órgãos, com ênfase no Tribunal Superior do Trabalho.

Neste aspecto, mediante pesquisa empírica identificou-se a relevância quantitativa da adoção da Teoria do Neoconstitucionalismo de Luís Roberto Barroso e sua “nova interpretação constitucional” nos julgados proferidos pelo C.TST, além de sua atuação como professor em diversas edições no curso de formação inicial de magistrados ministrado junto à Escola Nacional de Magistrados do Trabalho (Enamat).

Analisa-se os fundamentos teóricos enunciados por Barroso, sendo identificados como o cerne da interpretação de sua teoria a aplicação da força normativa da Constituição com menção expressa a Konrad Hesse e a força normativa dos princípios com menção expressa à Ronald Dworkin e Robert Alexy e, ao final, a Teoria Crítica do Direito, com destaque ao movimento do Direito Alternativo.

Verificou-se que a hermenêutica trabalhista desde a instauração teve a recomendação de atividade interpretativa semelhante ao neoconstitucionalismo de Barroso, identificando-se semelhanças entre sua teoria e a teoria da interpretação constitucional do principal autor do Projeto de Lei Orgânica da Justiça do Trabalho Francisco José de Oliveira Vianna.

As teorias jurídicas hermenêuticas dos três autores (Hesse, Dworkin e Alexy) foram analisadas de forma teórica nas quais foi identificada a intenção de restringir a discricionariedade do julgador mediante adoção de critérios racionais nas decisões. Posteriormente foi desenvolvida pesquisa empírica quantitativa e qualitativa quanto à aplicação de referidas teorias pelo Tribunal Superior do Trabalho.

De forma quantitativa, não se verificou adoção expressiva das teorias com destaque a número elevado de menções à “força normativa da Constituição” de forma isolada à Teoria Hermenêutica concretista de Konrad Hesse e, de forma qualitativa, não se verificou adoções

que pudessem gerar crise de legitimidade, sendo que em sua maioria as referências aos autores mencionados foram realizadas de maneira contextualizada e adequada.

Na realidade verificou-se que a teoria de Barroso se distancia das teorias dos três autores acima referidos.

Diante do resultado da pesquisa empírica, aprofundou-se no estudo da teoria de Barroso na qual se identificou a relevância da “teoria crítica do Direito” em seu cerne, que propugna por uma atuação mais ativa e militante do magistrado na busca de valores estabelecidos. Tais concepções puderam ser identificadas em obras mais recentes de Barroso nas quais trata do caráter iluminista das Supremas Cortes. Para isso também desenvolveu teoria estética da interpretação de maneira semelhante a Ronald Dworkin, porém com parâmetro diametralmente oposto, porquanto considera que cada intérprete terá sua visão da obra de arte, ao passo que Dworkin afirma existe a melhor interpretação a ser considerada como correta.

Neste âmbito é possível identificar alto grau de discricionariedade na teoria da decisão judicial de Barroso que se fundamenta basicamente em valores que justificariam a militância do juiz, o que aproxima novamente e paradoxalmente suas concepções daquelas defendidas por Francisco José de Oliveira Vianna, que seriam opostas no sentido de busca de uma sociedade conservadora para Vianna e uma sociedade progressista para Barroso, porém nos dois aspectos a discricionariedade judicial seria justificada pela busca de valores supremos. Demonstrou-se a semelhança da “oligarquia da toga” defendida por Vianna com a “corte constitucional iluminista” propagada por Luís Roberto Barroso.

Identificou-se que Barroso define estes valores como opostos a um obscurantismo, quais sejam: o liberalismo individual, a emancipação por meio do Direito Penal, neoliberalismo e colapso do Estado Social.

Neste último aspecto restou evidenciado o paradoxo da Justiça do Trabalho, porquanto em seus julgamentos e pronunciamentos Barroso atua em sentido oposto àquele defendido tradicionalmente pela Justiça do Trabalho.

Ao final recorreu-se novamente às concepções de Max Weber e foi verificada de maneira mais aprofundada a concepção de legitimidade no seio da sociedade capitalista de modo que os agentes econômicos exigem uma atuação clara e calculável pelo fato da Justiça do Trabalho estar intimamente relacionada à organização dos meios de produção trabalhista, sua atuação deverá se pautar de forma predominante nos parâmetros da segurança jurídica, tendo em vista que invocações retóricas de princípios e teorias filosóficas têm sujeitos passivos determinados que podem se configurar em grandes empresas, mas também em pequenos

empresários, sendo que a exigência de clareza e inteligibilidade de suas decisões mostra-se mais latente que nos demais ramos do Poder Judiciário.

Deste modo, é possível considerar que o fim do neoconstitucionalismo, nesta concepção discricionária apreciada, teve seu início na Justiça do Trabalho, com o desencadeamento de sua crise de legitimidade mediante a reação dos Poderes Legislativo e Executivo e também das decisões do Supremo Tribunal Federal que, em grande medida, reformaram entendimentos que eram consolidados junto à Justiça do Trabalho.

Conclui-se que a crise de legitimidade da Justiça do Trabalho tem como um de seus principais fatores a postura ativa e discricionária adotada pelos seus órgãos, o que foi reforçado pela adoção da Teoria Neoconstitucionalista de Barroso, que por sua vez tem suas bases na Teoria Crítica do Direito, em que pese Barroso afirmar que passou da fase de busca de desconstrução, teve como resultado o início da desconstrução e dissolução da Justiça do Trabalho.

REFERÊNCIAS

- ALEMANHA. Tribunal Federal Constitucional Alemão. **Konrad Hesse wird 80 Jahre**, 27 jan. 1999. Disponível em: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/1999/bvg99-011.html>. Acesso em: 24 abr. 2022.
- ALEMÃO, Ivan. **A Esquerda e o Direito do Trabalho: discursos, fatos e desencontros**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2019.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.^a ed, 4.^a tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- APPIO, Eduardo Fernando. O ativismo judicial na visão de Ronald Dworkin. **Revista Publicum**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 37-53, 2018. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>. Acesso em: 06 maio 2022.
- ARON, Raymond. **As Etapas do Pensamento Sociológico**. Tradução: Sérgio Bath. 5.^a ed, 2.^a tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ASH, Elliott; CHEN, Daniel L.; NAIDU, Suresh. **Ideas Have Consequences: The Impact of Law and Economics on American Justice – Volume 4**. ETH Zurich: Center for Law & Economics, mar. 2019. Disponível em: <https://www.research-collection.ethz.ch/handle/20.500.11850/376884>. Acesso em: 28 mar. 2022.
- BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de janeiro, v. 232, p. 141-176, 1.^o abr. 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. A americanização do Direito Constitucional e seus paradoxos: Teoria e Jurisprudencia Constitucional no mundo contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 324-325.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10.^a ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 15, p. 11-47, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista [Syn]Thesis**, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1–42, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **O momento institucional brasileiro e uma agenda para o futuro.** Palestra Luís Roberto Barroso – Brazil Forum UK 2017 (1:07:17). Disponível: <https://www.youtube.com/watch?v=IeDp2Ga2f6c>. Acesso em: 13 maio 2022.

BELAÚNDE, Domingo García. Los gigantes de Weimar. **Revista Ius Et Veritas**, n. 17, p. 310-313, 1998. Disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15814/16246>. Acesso em: 29 abr. 2022.

BERNARDES, Filipe. **O Direito do Trabalho no Supremo Tribunal Federal.** Salvador: Juspodivm, 2021.

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; MATOS, Laura Germano. A reforma trabalhista de 2017: um diagnóstico da tensão entre os poderes legislativo e judiciário. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 45, n. 198, p. 83-103, fev. 2019.

BONAVIDES, Paulo. O método concretista da Constituição Aberta. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará**, Fortaleza, v. 25, n. 1, p. 33-44, jan./jun. 1984.

BOTELHO, Catarina Santos. **Os direitos sociais em tempos de crise – ou revisitando as normas programáticas.** Coimbra: Almedina, 2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei n.º 6.787, de 2016, do Poder Executivo.** Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências. Presidente: Deputado DANIEL VILELA. Relator: Deputado ROGÉRIO MARINHO. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra?codteor=1544961. Acesso em: 31 ago. 2022.

BRASIL. Confederação Nacional da Indústria. **Negociação coletiva: análise da jurisprudência do TST após o precedente do STF no RE 590.415/SC e antes da lei 13.467 de 2017.** Brasília-DF: Confederação Nacional da Indústria, 2018, p. 1-69. Disponível em: https://conexaotrabalho.portaldaindustria.com.br/media/publication/files/Negociacao_coletiva_web_S2sBez1.pdf. Acesso em: 03 nov. 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. **Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização Relatório Geral ao PL n.º 7 de 2015 – CN (PLOA 2016).** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/relatorio-comissao-congresso.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2022.

BRASIL, [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília-DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 jan. 2022.

BRASIL. **Decreto-lei n.º 1.346, de 15 de junho de 1939.** Reorganiza o Conselho Nacional do Trabalho. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1346compilado.htm. Acesso em: 03 nov. 2022.

BRASIL. Decreto-lei n.º 5.452, de 1.º maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452compilado.htm. Acesso em: 03 nov. 2022.

BRASIL. Escola Nacional de Formação de Magistrados. Calendário. Eventos Realizados. CFI. Disponível em: http://www.enamat.jus.br/?page_id=903. Acesso em: 06 out 2022.

BRASIL. Lei n.º 8.923, de 27 de julho de 1994. Acrescenta parágrafo ao art. 71 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, prescrevendo sanção a ser aplicada em caso de descumprimento do disposto no caput do referido artigo. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8923.htm#:~:text=%C2%A7%204%C2%BA%20Quando%20o%20intervalo,Art. Acesso em: 03 nov. 2022.

BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 03 nov. 2022.

BRASIL. Projeto de Lei Orgânica da Justiça do Trabalho. Rio de Janeiro: Serviço Gráfico do Ministério de Educação e Saúde, 1938. Disponível em: <https://bibliotecadigital.trt1.jus.br/jspui/handle/1001/676333>. Acesso em: 11 jan. 2022.

BRASIL. Senado Federal. Parecer da Comissão de Assuntos Econômicos sobre o Projeto de Lei da Câmara n. 38/2017. Relator: Senador RICARDO FERRAÇO. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5302372&ts=1635963640864&disposition=inline>. Acesso em: 13 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 5468/DF. Relator: Ministro LUIZ FUX. Data de julgamento: 30 jun. 2016. Data de publicação: DJe, 02 ago. 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13269137>. Acesso em: 02 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 6188/DF. Relator: Ministro RICARDO LEWANDOWSKI. Julgamento virtual: 18 jun. 2021 a 25 jun. 2021. Data de publicação: DJe n.º 55, 22 mar. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/julgamento-adi-quorum-aprovacao-sumula.pdf>. Acesso em: 02 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 6363/DF. Relator: Ministro RICARDO LEWANDOWSKI. Redator do acórdão: Ministro ALEXANDRE DE MORAES. Data de julgamento: 17 abr. 2020. Data de publicação: DJe, 23 nov. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345059901&ext=.pdf>. Acesso em: 13 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo n.º 610. Brasília-DF, 22 a 26 de novembro de 2010. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo610.htm>. Acesso em: 03 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Agravo Regimental na Reclamação: RCL 43544 AGR/MG.** Relatora: Ministra ROSA WEBER. Data de julgamento: 17 fev. 2021. Data de publicação: DJe, 3 mar. 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1174919506/inteiro-teor-1174919515>. Acesso em: 03 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento: AI 804574 AgR/DF.** Relator: Ministro LUIZ FUX. Data de julgamento: 30 ago. 2011. Data de publicação: DJe, 15 set. 2011. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/20621740>. Acesso em: 03 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário: RE 590415/SC.** Relator: Ministro LUIS ROBERTO BARROSO. Data de julgamento: 30 abr. 2015. Data de publicação: DJ, 29 maio 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=306937669&ext=.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6363 Distrito Federal: ADI 6363 MC-REF/DF.** Relator: Ministro RICARDO LEWANDOWSKI. Data de julgamento: 17 abr. 2020. Data de publicação: DJe, 23 nov. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345059901&ext=.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário: Ag. Reg. RE 477544/MG.** Relator: Ministro CELSO DE MELLO. Data de julgamento: 16 ago 2011. Data de publicação: DJe, 26 ago. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário: RE 600057 AgR/SC.** Relator: Ministro EROS GRAU. Data de julgamento: 29 set. 2009. Data de publicação: DJe, 23 out. 2009. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/5411174>. Acesso em: 03 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Recurso Extraordinário: RE 287905/SC.** Relatora: Ministra ELLEN GRACIE. Redator do acórdão: Ministro JOAQUIM BARBOSA. Data de julgamento: 28 jun. 2005. Data de publicação: DJ, 30 jun. 2006. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/764072/inteiro-teor-100480233>. Acesso em: 03 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Recurso Extraordinário: RE 895759/PE.** Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI. Data de julgamento: 09 dez. 2016. Data de publicação: DJ, 23 maio 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311840680&ext=.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 5766/DF.** Relator: Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO. Data de julgamento: 20 out. 2021. Data de publicação: DJe, 03 maio 2022. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15350971179&ext=.pdf>. Acesso em: 13 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Agravo Regimental em Reclamação: Ag. Reg. na Reclamação 8.150 SP.** Relator originário: Ministro EROS GRAU. Redatora do acórdão: Ministra ELLEN GRACIE. Data de julgamento: 24 nov. 2010. Data de publicação: DJe, 3 mar. 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=619962>. Acesso em: 03 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 323 MC/DF.** Relator: Ministro GILMAR FEREIRA MENDES. Data de publicação: DJe, 14 out. 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310538275&ext=.pdf>. Acesso em: 13 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 324/DF – Terceirização de atividade-fim e de atividade-meio. Constitucionalidade.** Relator: Ministro ROBERTO BARROSO. Data de julgamento: 30 ago. 2018. Data de publicação: DJe, 06 set. 2019. Disponível em: <https://www.trt6.jus.br/portal/jurisprudencia/temas-e-precedentes/20039>. Acesso em: 03 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Recurso Extraordinário: RE 958252/MG.** Relator: Ministro LUIZ FUX. Data de julgamento: 30 ago. 2018. Data de julgamento: DJe, 13 set. 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/768163352>. Acesso em: 03 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. NUGEPNAC da Presidência. **Temas de Recursos Repetitivos com Mérito Julgado (Temas aplicáveis no TJSP),** p. 1-148. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=140938>. Acesso em: 02 set. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2.^a Região. **I Seminário Internacional Robert Alexy - Fundamental Rights – Parte 1,** São Paulo, 1.^º jul. 2016. (2:10:35). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ShHnrXK7SQs>. Acesso em: 09 maio 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15^a Região. Seção de Dissídios Coletivos. **Dissídio Coletivo: DC 00309-2009-000-15-00-4.** Relator: Desembargador Federal do Trabalho JOSÉ ANTONIO PANCOTTI. Data de julgamento: 27 mar. 2009. Data de publicação: DEJT, 30 mar. 2009. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trt-15/18968099/inteiro-teor-104217585>. Acesso em: 23 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Orientação Jurispudencial SDI1-307: OJ-SDI1-307 Intervalo Intrajornada (para repouso e alimentação).** Não concessão ou concessão

parcial. Lei n.^o **8.923/94.** Disponível em:
<https://www.jurisway.org.br/v2/sumula.asp?idmodelo=3037>. Acesso em: 03 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Precedente Normativo n.^o 120.** Disponível em:
https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/PN_com_indice/PN_completo.html#Tema_PN120.
Acesso em: 23 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Secretaria-Geral Judiciária. Coordenadoria de Jurisprudência. **Súmulas, Orientações Jurisprudenciais (Tribunal Pleno / Órgão Especial, SBDI-I, SBDI-I Transitória, SBDI-II e SDC), Precedentes Normativos.** Brasília-DF: Coordenação de Serviços Gráficos - CSG/SEG/TJDFT, p. 1-567, 2022. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/documents/10157/63003/LivroInternet+%282%29.pdf/8d181062-503a-54c5-97fa-b66208a7e39b?t=1667941194801>. Acesso em: 03 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 2.^a Turma. **Recurso de Revista: AIRR 10016-22.2015.5.03.0020.** Relator: Ministro JOSE ROBERTO FREIRE PIMENTA. Data de julgamento: 08 nov. 2017. Data da publicação: DEJT, 10 nov. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/8bf6b623125e0760448f0401fec25a2d>. Acesso em: 09 dez. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 2.^a Turma. **Recurso de Revista: RR 130041-10.2014.5.13.0024.** Relator: Ministro JOSÉ ROBERTO PIMENTA. Data de julgamento: 15 abr. 2015. Data de publicação: DEJT, 30 abr. 2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tst/184865335/inteiro-teor-184865362>. Acesso em: 03 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 2.^a Turma. **Recurso de Revista: RR 2388-25.2011.5.03.0148.** Relatora: Desembargadora Federal do Trabalho Convocada MARIA DAS GRAÇAS SILVANY DOURADO LARANJEIRA. Data de julgamento: 24 abr. 2011. Data de publicação: DEJT, 13 maio. 2013. Disponível em: <https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&consCsjt=&numeroTst=2388&dígitoTst=25&anoTst=2011&orgaoTst=5&tribunalTst=03&varaTst=0148&submit=Consultar>. Acesso em: 23 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 3.^a Turma. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista: Ag-AIRR-20759-45.2017.5.04.0812.** Relator: Ministro MAURÍCIO GODINHO DELGADO. Data de julgamento: 17 ago. 2022. Data de publicação: 19 ago. 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tst/1619314464/inteiro-teor-1619314467>. Acesso em: 03 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 3.^a Turma. **Recurso de Revista: E-RR 219000-93.2000.5.01.0019.** Relator: Ministro MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI. Data de julgamento: 29 abr. 2015. Data de publicação: DEJT, 08 maio 2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tst/186855857>. Acesso em: 03 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 3.^a Turma. **Recurso de Revista: RR 2774-97.2012.5.02.0067.** Relator: Ministro ALBERTO LUIZ BRESCIANI DE FONTAN PEREIRA. Data de julgamento: 29 abr. 2015. Data de publicação: DEJT, 08 maio 2015.

Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tst/186855857>. Acesso em: 03 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 3.^a Turma. **Recurso de Revista RR 5700-48.2009.5.13.0003**. Relatora: Ministra ROSA MARIA WEBER CANDIOTA DA ROSA. Data de julgamento: 26 out. 2011. Data de publicação: DEJT, 04 nov. 2011. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/c216202573e954f6a5fd34a45b21635b>. Acesso em: 08 dez. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 3.^a Turma. **Recurso de Revista: RR 59400-87.2009.5.03.0076**. Relatora: Ministra ROSA MARIA WEBER CANDIOTA DA ROSA. Data de julgamento: 03 out. 2011. Data de publicação: DEJT, 07 out. 2011. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/ed2304e92afee1f847dbf6c6d39817a1>. Acesso em: 17 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 4.^a Turma. **Recurso de Revista: RR 28000-10.2009.5.11.0019**. Relatora: Ministra MARIA DE ASSIS CALSING. Data de julgamento: 03 ago. 2011. Data de publicação: DEJT, 12 ago. 2011. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tst/20208578/inteiro-teor-104848141>. Acesso em: 23 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 4.^a Turma. **Recurso de Revista: RR 3588100-54.2007.5.09.0015**. Relatora: Ministra MARIA DE ASSIS CALSING. Data de julgamento: 29 fev. 2012. Data de publicação: DEJT, 02 mar. 2012. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tst/928790284/inteiro-teor-928790287>. Acesso em: 23 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 5.^a Turma. **Recurso de Revista: RR 36400-92.2008.5.04.0261**. Relatora: Ministra KÁTIA MAGALHÃES ARRUDA. Data de julgamento: 01 jun. 2011. Data de publicação: DEJT, 10 jun. 2011. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tst/19569691/inteiro-teor-104393678>. Acesso em: 08 dez. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 6.^a Turma. **Recurso de Revista: RR 21700-25.2009.5.01.0079**. Relator: Ministro MAURÍCIO GODINHO DELGADO. Data de julgamento: 27 jan. 2012. Data de publicação: DJe, 13 abr. 2012. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tst/928643423>. Acesso em: 03 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 7.^a Turma. **Recurso de Revista: AIRR 286-10.2012.5.02.0314**. Relator: Ministro FRANCISCO ROSSAL DE ARAUJO. Data de julgamento: 19 ago. 2015. Data da publicação: DEJT, 28 ago. 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/572ccc31ed4c85dda3f04a10fc291a1d>. Acesso em: 09 dez. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 7.^a Turma. **Recurso de Revista: RR 839-72.2012.5.15.0095**. Relator: Desembargador FRANCISCO ROSSAL DE ARAÚJO. Data de

julgamento: 21 out. 2015. Data de publicação: DEJT, 23 out. 2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tst/247073592>. Acesso em: 03 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 7.^a Turma. **Recurso de Revista: RR 2138500-83.2006.5.09.0015**. Relator: Ministro EVANDRO PEREIRA VALADAO LOPES. Data de julgamento: 20 nov. 2019. Data da publicação: DEJT, 22 nov. 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/24f9090463d289d0357570ce5d2266c3>. Acesso em: 09 dez. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 8.^a Turma. **Recurso de Revista: RR 13915820145050026**. Relator: Ministra MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI. Data de julgamento: 29 abr. 2020. Data de publicação: DEJT, 22 maio 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tst/849446030>. Acesso em: 03 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Orientação Jurisprudencial SDI1-307: OJ-SDI1-307 Intervalo Intrajornada (para repouso e alimentação). Não concessão ou concessão parcial.** Lei n.^º 8.923/94. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/sumula.asp?idmodelo=3037>. Acesso em: 03 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. **Embargo em Recurso de Revista: E-RR 628779-56.2000.5.02.5555**. Relatora: Ministra MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI. Data de julgamento: 11 nov. 2002. Data da publicação: DJe, 22 nov. 2002.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n.^º 277**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tst/sumulas/sumula-n-277-do-tst/1431370323>. Acesso em: 03 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Tribunal Pleno. **Arguição de Inconstitucionalidade: ArgInc 696-25.2012.5.05.0463**. Relator: Ministro AMAURY RODRIGUES PINTO JÚNIOR. Data de julgamento: 16 maio 2022. Data de publicação: 17 jun. 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tst/1547020775>. Acesso em: 03 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Tribunal Pleno. **Incidente de Uniformização de Jurisprudência – IUJ-RR: 2977513119965045555 297751-31.1996.5.04.5555**. Relator: MILTON DE MOURA FRANÇA. Data de julgamento: 11 set. 2000. Data de publicação: DJ, 20 out. 2000. Disponível em: usbrasil.com.br/jurisprudencia/tst/1511663. Acesso em: 03 nov. 2022.

BUSTAMANTE, Thomas Rosa. A Triste História do Juiz que Acreditava Ser Hércules. In: **Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro**. 2.^a ed. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021, p. 549-599.

CAENEDEM, Rudolph Carl Van. **Judges, Legislators and Professors Chapters in European Legal History**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

CAGGIANO. Monica Herman Salem. Democracia X constitucionalismo: um navio à deriva? **Cadernos de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, n. 1, p. 5-23, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.^a ed. Lisboa: Almedina, 2007.

CAPELETI, Célia Regina; VIDAL, Pedro Walter Guimarães Tang. Direitos Sociais e Sua Efetivação: uma análise a partir dos Princípios da Proporcionalidade e da Proibição do Retrocesso Social. **Revista Direito em Debate**, v. 25, n. 45, p. 70-97, jan./jun. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2016.45.70-97>. Acesso em: 01 jun 2021.

CASAGRANDE, Cássio. Brasil, “campeão de ações trabalhistas” – como se constrói uma falácia. **JOTA**, 25 jun. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/brasil-campeao-de-acoes-trabalhistas-25062017>. Acesso em: 13 maio 2022.

CASTELLS, Manuel. **Ruptura: a crise da democracia liberal**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. *E-book*.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **Direito Constitucional Brasileiro – Volume 3**. 2.^a ed. Prefácio: Luís Roberto Barroso. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

CLÈVE, Clémerson Merlin. Teoria do Direito Constitucional e Direito alternativo. In: **Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho – o Editor dos Juristas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 34-53.

COHN, Gabriel. **Weber: Sociologia**. 7.^a ed. 5.^a reimpr. São Paulo: Ática, 2003. (Coleção Grandes Cientistas Sociais).

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 19.^a ed. São Paulo: LTr, 2020.

DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. 5.^a ed. São Paulo: LTr, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2020.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. **Pesquisa empírica em direito [livro eletrônico]: as regras de inferência**. São Paulo: Direito GV, 2013.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court (Suprema Corte do Estados Unidos da América). **Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905)**. Discutido em: 23-24 fev. 1905. Julgado em: 16-17 abr. 1906. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/>. Acesso em: 29 ago. 2022.

FAVA, Marcos Neves. **Entrevista concedida para fins do programa de pós-graduação concedida em 14 jun. 2022**. Disponível em: <https://drive.google.com/drive/folders/1LKpiaYUG1tyA9dswnAHRMPKYL03A7g7k>. Acesso em: 20 jun. 2022.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso crítico de direito do trabalho.** São Paulo: Saraiva, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 34.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 250, p. 151–167, 1º jan. 2009.

FONTELES, Samuel Sales. **Hermenêutica constitucional.** Salvador: JusPodivum, 2018.

FORNAZIERI, Lígia Lopes. Um projeto de Justiça do Trabalho no Brasil: o debate entre Oliveira Viana e Waldemar Ferreira (1934-1936). **Anais do XXVII Simpósio Nacional de História. Conhecimento histórico e diálogo social**, Natal, RN, 22 a 26 de julho de 2013. Disponível em: <http://www.snh2013.anpuh.org/site/anaiscomplementares#L>. Acesso em: 29 abr. 2022.

FORTES, Mateus da Jornada. **Descontruindo o princípio da proibição do retrocesso no direito brasileiro: a proteção dos direitos sociais como direitos fundamentais.** 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016. Diponível em: <http://hdl.handle.net/10451/31835>. Acesso em: 03 nov. 2022.

FORTES, Olga Vishnevsky. Uma voz dissonante no Direito do Trabalho. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, 7 abr. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-07/olga-fortes-voz-dissonante-direito-trabalho>. Acesso em: 28 mar. 2022.

FRANCISCO, José Carlos. Conceitos jurídicos indeterminados científicos e empíricos e limite à interpretação judicial. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 9, n. 31, p. 893-914, jan./abr. 2015.

FRANCISCO, José Carlos. (Neo) Constitucionalismo na pós-modernidade: princípios fundamentais e justiça no caso concreto. In: FRANCISO, José Carlos (coord.). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional. Do passivismo ao ativismo judicial.** Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

FREUND, Julien. **Sociologia de Max Weber.** Tradução: Luís Claudio de Castro e Costa. 5^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

FUX, Luiz. **Jurisdição Constitucional: Democracia e Direitos Fundamentais.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo civil e análise econômica.** 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

GALVÃO, Jorge Otávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito.** São Paulo: Saraiva, 2017. E-book.

GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas. **Princípio da Proporcionalidade no Direito do Trabalho: Teoria e Prática.** 1.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. E-book.

HÄBERLE, Peter. **Nachrufe Konrad Hesse.** Bayerische Akademie der Wissenschaften (Academia de Ciências da Baviera). Disponível em: <https://badw.de/fileadmin/nachrufe/Hesse%20Konrad.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2022.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia.** Coimbra: Almedina, 2012.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Tradução: Gilmar Ferreira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.** Tradução: Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional.** 1.^a ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2009.

KANTOROWICZ, Hermann Ulrich. La lucha por la ciéncia del Derecho. Tradução: Werner Goldschmidt. In: MIOZZO, Pablo Castro. **Interpretação jurídica e criação judicial do direito: de Savigny a Friedrich Muller.** Curitiba: Juruá, 2014, p. 156.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução: João Baptista Machado. 8.^a ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020.

KORIOTH, Stefan. Rudolph Smend. Introduction. In: JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard. **Weimar - A Jurisprudence of Crisis.** London: Berkeley Los Angeles, University of California Press, 2000. Disponível em: <http://ark.cdlib.org/ark:/13030/kt209nc4v2/>. Acesso em: 30 abr. 2022.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciéncia do Direito.** Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, Fernando Rister de Sousa; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Separação dos poderes e complexidade social – uma releitura sistêmica. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 189-220, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rinc/a/R4B4GNDTY4VZYtVzWYgN9vL/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 27 out. 2022.

LIMA, Marília Freitas. **O dilema democrático e seus reflexos no campo jurídico brasileiro: um debate sobre a liberdade de expressão.** 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/17575>. Acesso em: 27 out. 2022.

LUZ, Vladimir de Carvalho. **Assessoria Jurídica Popular no Brasil.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Como levar Dworkin a sério ou fotografar um porco-espinho em movimento. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Ensaios de Teoria do Direito.** 1.^a ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2013, p. 393-425.

MAGALHÃES, Marco Túlio Reis. Hermenêutica constitucional: comparação das teorias de Konrad Hesse e Friedrich Müller. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, v. 7, n. 75, out./nov. 2005.

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Confronto entre TST e STF: uma análise psicológica do direito (Disputes between the TST and STF: a psychological analysis of law). **Revista de direito do trabalho e seguridade social**, São Paulo, v. 47, n. 215, p. 21-78, jan./fev. 2021.

MARTUCELLI, Danilo. **Sociologías de la modernidad (Itinerario del siglo XX)**. Tradução: Carlos Iturra. Santiago: LOM Ediciones, 2013.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais**. 1.^a ed., 3.^a tir. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELO, Geraldo Magela. A vedação ao retrocesso e o direito do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3.^a Região**, Belo Horizonte, v. 52, n. 82, p. 65-74, jul./dez. 2010.

MENA BARRETO, Ricardo de Macedo. Crítica do direito: perspectivas contemporâneas. **Revista Estudios de Derecho**, ano 2, v. 78, n. 171, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.17533/udea.esde.v78n171a02>. Acesso em: 03 nov. 2022.

MIAILLE, Michel. Obstáculos epistemológicos ao estudo do Direito: retorno ao movimento “Crítica do Direito” e apontamentos sobre a crítica do Direito hoje. **Revista Meritum**, v. 9, n. 2, p. 263-278, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/3063/1668>. Acesso em: 14 jun. 2022.

MIAILLE, Michel. **Uma Introdução Crítica ao Direito**. Tradução: Ana Prata. Lisboa: Moraes Editores, 2011.

MIOZZO, Pablo Castro. **Interpretação jurídica e criação judicial do direito: de Savigny a Friedrich Muller**. Curitiba: Juruá, 2014.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Interpretação, integração e aplicação do direito do trabalho. **Revista LTr: legislação do trabalho**, São Paulo, v. 73, n. 08, p. 903-913, ago. 2009.

NOBRE, Marcos. **A Teoria Crítica**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. 1.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

ODÁLIA, Nilo. **As Formas do Mesmo: ensaios sobre o pensamento historiográfico de Varnhagen e Oliveira Vianna.** São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1997.

OLIVEIRA, Elisabeth Silva de. O Neoconstitucionalismo e o Direito do Trabalho: a efetividade dos Direitos Constitucionais no âmbito trabalhista. In: DELGADO, Daniela Neves; PIMENTA, José Roberto Freire; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; LOPES, Othon de Azevedo Lopes (Coordenadores). **Direito Constitucional do Trabalho – Princípios e Jurisdição Constitucional do TST.** São Paulo: LTr, 2015, p. 51-61.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Palestra – As Metáforas de Dworkin e a Teoria da Decisão** (1:54:30). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=5OuX8UtOrvc>. Acesso em: 03 nov. 2022.

PACHECO, Alexandre Sansone. Bolsonaro errou: a Justiça do Trabalho existe, sim, em muitos países. **Gazeta do Povo**, 20 jan. 2019. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/justica/bolsonaro-errou-a-justica-do-trabalho-existe-sim-em-muitos-paises-38eiwhrswvvfmwwev4536dbqy/>. Acesso em: 08 abr. 2022.

PEDRON, Flávio Quinaud. **Aula – A Teoria do Direito de Ronald Dworkin – Parte 01** (1:48:05). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=7XL8PWIj9AQ>. Acesso em: 03 nov. 2022.

PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. **Teorias Contemporâneas do Direito - análise crítica das principais teorias jurídicas da atualidade.** 2.^a ed. Belo Horizonte: Conhecimento Livraria e Distribuidora, 2022.

PIMENTA, José Roberto Freire. A reforma trabalhista da Lei 13.467/2017 e as limitações, pelo novo art. 702, I, f e seus parágrafos 3º e 4º, da CLT, à uniformização de jurisprudência e à edição ou revisão de precedentes pelos Tribunais Trabalhistas. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo. v. 84, n. 03, p. 19-58, jul./set. 2018.

PIMENTA, José Roberto Freire. **Hermenêutica Constitucional e Jurisdição em Direitos Fundamentais Sociais – 15º Curso de Formação Inicial da Escola Nacional e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT), de 28 outubro a 29 de novembro de 2013** (Parte 1/3 – 29:22). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=0HQ3KZge5Ps&t=334s>. Acesso em: 13 maio 2022.

PINTO E NETTO, Luísa Cristina. **O princípio de proibição de retrocesso social.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho.** 3.^a ed. São Paulo: LTr, 2015.

POZOLLO, Suzana. Neoconstitucionalismo y Especificidad de la Interpretación Constitutional. **UA Revistes Científiques**, v. 2, n. 21, p. 339-352, 1998. Disponível em: <https://doxa.ua.es/article/view/1998-v2-n21-neoconstitucionalismo-y-especificidad-de-la-interpretacion-constitucional>. Acesso em: 11 jun. 2022.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial.** 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, Elival da Silva. Controle Jurisdicional de Políticas Públcas: a efetivação dos direitos sociais à luz da Constituição brasileira de 1988. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 102, p. 327-356, jan./dez. 2007. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/67758-89188-1-pb.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2022.

REIS, Daniela Muradas. **O princípio da vedação do retrocesso no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Franz Neumann, o Direito e a Teoria Crítica. **Revista Lua Nova**, n. 61, p. 53-73, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a04n61.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2022.

ROSENFIELD, Luis. **Revolução conservadora: genealogia do constitucionalismo autoritário brasileiro (1930-1945)**. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2021.

SALIBA, Ana Luisa. Decisões do STF tiram da seara trabalhista processos de R\$ 5 bilhões, aponta estudo. **Revista Consultor Jurídico**, 19 jun. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-19/decisoes-stf-tiram-seara-trabalhista-processos-bilhoes>. Acesso em: 02 set. 2022.

SANT'ANNA, Lara Freire Bezerra. A institucionalização das lutas sociais através da judicialização e seus efeitos sobre o militarismo e o engajamento: análise sobre o panorama brasileiro. In: WOLKMER, Antonio Carlos; CORREAS, Oscar (Organizadores). **Crítica Jurídica na América Latina**. 1ª ed. Aguascalientes: CENEJUS (Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat), 2013, p. 205-225.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2.ª Região. **I Seminário Internacional Robert Alexy** (2:10:35). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ShHnrXK7SQs>. Acesso em: 09 maio 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4.ª ed., rev., ampl. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. **La Ciencia del Derecho**. Buenos Aires: Editorial Losada, 1949.

SGARBI, Adrian. **Clássicos da Teoria do Direito**. 4.ª ed. São Paulo: Lumen Juris, 2020.

SILVA, Blecaute Oliveira. Contornos da fundamentação no Novo CPC. In: DIDIER JR, Fredie; MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. **Novo CPC – Doutrina Selecionada – V. 2 – Procedimento Comum**. 2.ª ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 447-461.

SILVA, Glauco Bresciani. **Processos Examinados na Pesquisa Empírica quanto à Hermenêutica Constitucional aplicada na Justiça do Trabalho. Parte da Dissertação “Neoconstitucionalismo na Justiça do Trabalho: Solução ou Dissolução?” destinada à obtenção do título de Mestrado no Programa de Pós-Graduação “Strictu Sensu” da Universidade Presbiteriana Mackenzie sob autoria de Glauco Bresciani Silva**. Disponível em:

<https://drive.google.com/file/d/12ZasnwBdUqXDaM7fHG011InpH6XwzJ2e/view?usp=sharing>. Acesso em: 12 dez. 2022.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **CLT Comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. *E-book*.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à Reforma Trabalhista. Análise da Lei 13.467/2017. Artigo por artigo**. 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Direito do Trabalho Aplicado – Teoria geral de direito do trabalho e do direito sindical - Volume 1**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. *E-book*.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115-143.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SILVEIRA, Rubens Curado. **Entrevista concedida para fins do programa de pós-graduação concedida em 14 jun. 2022**. Disponível em: <https://drive.google.com/drive/folders/1LKpiaYUG1tyA9dswnAHRMPKYL03A7g7k>. Acesso em: 20 jun. 2022.

SUSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho - v. 1**, 19.ª ed. São Paulo: LTr, 2000.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. As escolas judiciais no mundo contemporâneo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 38, n. 149, jan./mar. 2001.

TOLEDO, Cláudia. **O Pensamento de Robert Alexy como Sistema**. São Paulo: Grupo GEN, 2017.

VEIGA, Aloysio Corrêa da. Uma retórica maçante e desagradável. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 83, n. 4, p. 28-30, out./dez. 2017.

VIANNA, Francisco José de Oliveira. **Instituições Políticas Brasileiras**. 2.ª ed. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2019.

VIANNA, Francisco José de Oliveira. **Problemas de Direito Corporativo**. 2.ª ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 1983.

VIANNA, Francisco José Oliveira. **Problemas de Política Brasileira**. 2.ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1947.

VIANNA, Oliveira. **Problemas de Organização e Problemas de Direção**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1952.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A Juridicização e Judiciarização enfocadas a partir da “Sociologia Política do Direito” de Jacques Commaille. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, Porto Alegre, ABraSD, v. 2, n. 2, p. 56-75, jul./dez. 2015.

VITAL, Danilo. STF vive disputa psicodélica de decisões com a Justiça do Trabalho, diz Gilmar. **Revista Consultor Jurídico**, 22 set. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-22/stf-vive-disputa-psicodelica-justica-trabalho-gilmar>. Acesso em: 02 set. 2022.

WEBER, Max. **Ciência e política: duas vocações**. 18.^a ed. São Paulo: Cultrix, 2011.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia comprensiva – Volume 2**. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Revisão técnica: Gabriel Cohn. Brasília-DF: Editora Universidade de Brasília, 2004.

WEBER, Max. Parlamento e governo na Alemanha reorganizada – sobre a crítica política do funcionalismo e do partidarismo. **Escritos Políticos**, São Paulo: Martins Fontes, p. 167–342, 2014.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, estado e direito**. 3.^a ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico**. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002.