

Artigo

A REFORMA TRABALHISTA - LEI 13.467/17; POSITIVISMO JURÍDICO; PÓS-POSITIVISMO E DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL. UMA ANÁLISE DO ARTIGO 8º, PARÁGRAFO 2º DA CLT.

THE LABOR REFORM - LAW 13.467/17; LEGAL POSITIVISM; POST-POSITIVISM AND JUDICIAL DISCRETION. ANALYSIS OF ARTICLE 8, PARAGRAPH 2 OF CLT.

Winícius da Silva Rodrigues¹

RESUMO

Com o advento da Lei 13.467/17, a famigerada “Reforma Trabalhista”, foram introjetados no ordenamento do jurídico uma série de alterações, seja no campo do direito material do trabalho seja no campo do direito processual. Dentre as referidas alterações está o parágrafo 2º, do art. 8º da CLT, que estabelece que “*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.*” A dicção do citado dispositivo, em uma perfunctória análise, pode induzir à conclusão que o legislador pretendeu tolher/impedir a interpretação dos magistrados no momento da aplicação do direito; culminando, assim, em uma volta ao positivismo exegetico (juízes como mero aplicadores de regras). O objetivo deste trabalho é demonstrar que, a despeito do receio apresentado pelo poder judiciário, o positivismo exegetico foi há muito tempo superado pelo pós-positivismo, sendo que a inovação legislativa deve ser analisada à luz da Teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin; evitando, assim, somente a discricionariedade judicial (Ativismo) no momento da aplicação do direito, mas não a interpretação do julgador do direito positivado.

PALAVRAS-CHAVE: Discricionariedade judicial; Positivismos; Reforma trabalhista;

ABSTRACT

With the advent of Law 13.467/17, the notorious "Labor Reform", were introjected into the legal system a series of changes, whether in the field of material labor law or in the field of procedural law. Among these changes is paragraph 2 of art. 8º of the CLT, which establishes that "Precedents and other statements of jurisprudence issued by the Superior Labor Court and the Regional Labor Courts may not restrict legally provided rights or create obligations that are not provided for in law." The diction of the device, in a perfunctory analysis, may lead to the conclusion that the legislator intended to avoid/prevent the interpretation of the magistrates at the time of the application of law; thus, culminating in a return to exegetic positivism (judges as mere enforcers of rules). The objective of this work is to demonstrate that, despite the fear presented by the judiciary, exegetic positivism was long surpassed by the post-positivism, and legislative innovation should be analyzed based of the Theory of Law as Integrity of Ronald Dworkin; thus,

¹ Advogado; Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga/MG. Pós-Graduado Lato Sensu em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO); Pós-Graduado Lato Sensu em título de especialista em Gestão de Relação do Trabalho pela Fundação Dom Cabral – Nova Lima/MG. E-mail: winiciusrodrigues@gmail.com

avoiding only judicial discretion (Activism) at the time of law application, but not the judge's interpretation of positive law.

KEYWORDS: Labor reform: Judicial discretion: Positivism;

1. INTRODUÇÃO

Não é incomum decisões judiciais *contra legem* sob o manto da utilização de princípios jurídicos, ou de alguma argumentação retórica no sentido de que o juiz não está adstrito ao texto da lei, sendo-lhe permitido buscar o “sentido” do texto na aplicação do caso concreto.

Diante desse cenário, instaurou-se na justiça trabalhista uma completa insegurança jurídica aos jurisdicionados. Algumas decisões judiciais, em verdade, não passam de expressões pessoais dos juizes que, superando o texto legal, julgam de acordo com a sua consciência ou o seu entendimento pessoal sobre o sentido da lei. Mas conforme será demonstrado ao longo deste estudo, a atuação dos juizes neste viés apresenta um problema crônico: a discricionariedade.

A Justiça do Trabalho tem adotado uma postura, em algumas situações, absolutamente discricionária, sujeitando às partes a uma visão de mundo ou justeza da que o juiz entende correta, na qual a vontade do julgador sobrepõe o legislador ordinário. Observado este ponto fulcral, ressalvados os casos em que haja dubiedade do texto ou a própria ausência normativa, é necessário que haja deferência ao legislador ordinário e uma coerência com o passado, sem que isso implique, ressalte-se, em uma impossibilidade de interpretação por parte do julgador.

Consoante será exposto, há exemplos na Justiça do Trabalho onde o julgador esvazia o texto semanticamente e faz valer o seu ideal de justiça. Deste modo, sob a perspectiva da Teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin, é que se dará a análise do parágrafo 2º, do art. 8º da CLT, já que o propósito da redação do referido dispositivo é a autocontenção (sem prejuízo da interpretação) no sentido de evitar excessos na atividade judicante materializados nos solipsismos, voluntarismos e discricionariedades do julgador. E não uma volta à Escola Francesa da Exegese (Positivismo Primitivo) - teoria que há muito tempo foi superada.

Mas, evidentemente, antes de chegar à questão central e nevrálgica, será necessário apresentar um pouco do aspecto histórico do positivismo e do pós-positivismo. O primeiro por nitidamente defender a possibilidade de utilização da discricionariedade judicial; e o segundo, sob o manto de que estava a combater e superar o positivismo jurídico, fomentou um protagonismo exacerbado do judiciário e, do mesmo modo, legitimou ativismos e solipsismos em razão de uma equivocada interpretação de sua teoria; recaindo, assim, no mesmo problema do primeiro.

2. POSITIVISMOS JURÍDICOS E DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

De início e para fins de melhor compreensão, é necessário aclarar que existem várias facetas do positivismo jurídico, não se limitando esse complexo fenômeno ao seguimento da “letra fria da lei” pelo intérprete. Essa ideia de positivismo e que é reverberada no Brasil como o único conceito que define essa teoria, está ultrapassada.

Evidentemente que aqui não se vai exaurir e detalhar todas as formas do positivismo jurídico, mas apenas trazer algumas ideias centrais e, principalmente, demonstrar que o maior problema (não o único!) do positivismo jurídico não é a subsunção de forma acrítica de fato à norma pelo intérprete, mas, sim, a discricionariedade judicial.

Em termos gerais, o positivismo é uma construção teórica que prima pela normativa do direito, e, por sua natureza complexa, é de difícil conceituação. Não obstante, é possível afirmar que o positivismo busca explicar a natureza do Direito, assim como intenta compreender e entender o que é Direito, sendo, pois, uma teoria sobre o Direito Positivo.

O positivismo descreve as coisas como elas são, e não como o intérprete gostaria como elas fossem. O positivismo jurídico primevo ou legalista, pode ser entendido “como uma tentativa de compreender o Direito como um fenômeno social objetivo” (STRECK, 2017, p.272, apud BARZOTTO, 2006, p. 643). Assim, o positivismo parte daquilo que está posto, escrito, já que a própria etimologia da palavra, originada do latim *positivus*, se refere a algo existente de modo explícito, aceito convencionalmente.

Com maestria, Streck² aduz que “em termos históricos, é possível observar que a partir do final do século XVIII, o juspositivismo começa a se projetar como paradigma jurídico dominante. Neste momento, apesar de possuir traços comuns, apresentou versões diferentes em virtude do recorte epistemológico daquilo que se poderia compreender como “positivo”, isto é, aquilo que garantia objetividade ao conhecimento jurídico. Deste modo, observa-se o desenvolvimento de movimentos na Inglaterra com a Jurisprudência Analítica (Bentham e Austin), na França com a Escola da Exegese (Blondeau e Duraton) e na Alemanha com a Jurisprudência dos Conceitos (Puchta e Windscheid). O traço comum é o objeto a ser descrito e ao mesmo tempo aplicado pelo juiz. O juiz é a boca que pronuncia as palavras da lei. O jurista-doutrinador e o juiz devem lidar com o Direito como algo posto, limitando-se o mito do dado.”

A primeira cena de relevo do positivismo jurídico está arraigada ao legalismo ou uma “codificação do Direito”, seja nas Escolas Francesa, Inglesa ou Alemã. Desse modo, toda argumentação jurídica é imputada aos códigos, que têm em seu conteúdo uma verdade tida como inofismável. Porém, com tempo houve a percepção que aquilo que está escrito nos códigos não contemplava todas as possibilidades, situação em que se iniciam os problemas relativos à interpretação dos textos.

Como não havia distinção entre direito e texto legal, o positivismo primevo estabelecia que somente o direito originado do Estado - legislador - era o direito válido. Não havia uma cisão entre descrição do Direito posto e a aplicação a ser feita pelo juiz.

À obviedade, nos casos práticos, quando um juiz se deparava com uma lacuna, a situação o impossibilitava de decidir e, como corolário, um sem-número de casos que não estavam codificados poderiam ficar “sem solução”, já que não podiam ser considerados como questões jurídicas e não podiam ser resolvidos pela interpretação do juiz, que apenas tinha a função de assentar o texto legal ao caso concreto.

Mas o positivismo primitivo também trazia com característica indelével a separação entre Direito e Moral. E como controlar o exercício da interpretação do direito livre de elementos

² STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2.ed – Belo Horizonte: Coleção Lenio Streck de Dicionário Jurídicos; Letramento; Casa do Direito, 2020.

metafísicos (moral, subjetivismos, ideologias etc.) que não eram bem recebidos pela teoria positivista? O positivismo dava amostras que não se preocupava com a decisão, pois, inexoravelmente, nos casos difíceis, aspectos valorativos e morais apareceriam (STRECK, 2020).

Pois bem. Não havendo no exegetismo uma ruptura entre descrição do Direito e a aplicação a ser realizada pelo julgador, em outra quadra da história aparece a teoria do positivismo normativista.

Lenio Luiz Streck³ ensina que “(...) positivismo exegetico (que era a forma do positivismo primitivo) é uma coisa distinta, porque separava direito e moral, além de confundir texto e norma, lei e direito, ou seja, tratava-se da velha crença – ainda presente no imaginário dos juristas - em torno da proibição de interpretar, corolário da vetusta separação entre fato e direito, algo que nos remete ao período pós-revolução francesa e todas as consequências que dali se seguiram. Depois veio o positivismo normativista, seguido das mais variadas formas e fórmulas, que - identificando (arbitrariamente) a impossibilidade de um fechamento semântico do direito - relegou o problema da interpretação jurídica a uma “questão menor (...)”

O positivismo normativista - que teve Hans Kelsen seu expoente - modificou sobremaneira questões até então trazidas pelo positivismo primitivo, podendo-se afirmar que houve a sua superação. Então, o exegetismo foi uma passagem do positivismo que avançou com a sua construção histórica, havendo, pois, um sobreposição desta teoria.

Marcio Renan Hamel e Mariane Favretto⁴, em artigo publicado na Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí, consignam “o positivismo normativo de Kelsen superou o positivismo exegetico, o qual se firmava na proibição de interpretar. O movimento de codificação, primeiro na França (1804) e depois na Alemanha (1900), atribuiu aos Códigos Civis a fundamentação de toda a argumentação jurídica, abandonando-se o auxílio que, até então, prestava o Direito Romano. Em determinado momento, entretanto, a complexidade social não pode mais ser regulada de tal maneira, de modo que a autossuficiência dos Códigos não pode mais ser sustentada. A busca por uma solução que conferisse aplicabilidade, mas mantivesse a segurança fornecida pelos Códigos, obteve resultado, em um primeiro momento, no positivismo primitivo ou exegetico e, posteriormente, no positivismo normativo. Por conseguinte, a tese de que o juiz deve aplicar a lei sob a proibição de interpretar, não pertence ao positivismo normativo, mas sim à escola da exegese. (...) Dessa maneira, o positivismo exegetico fora marcado pelo fechamento semântico, separação entre o Direito e a moral e pela aposta na atribuição de um sentido exato aos signos que compunham o Código. Diante da conceituação rigorosa, o juiz era proibido de interpretar, restando liberdade apenas ao legislador.”

Diferentemente do seu “antecessor”, o positivismo normativista apresentou que é possível a interpretação do direito, e reconhece que esta é inevitavelmente dotada de subjetivismos e aspectos morais. Aqui, é valido destacar que Kelsen nunca separou o Direito da Moral, mas distinguia Direito da Ciência do Direito, esta última, sim, livre de qualquer conteúdo moral.

³ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? – 4.ed.rev.Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

⁴ HAMEL, Marcio Renan; FAVRETTO, Mariane. A recepção da mudança de paradigmas ocorrida na filosofia da linguagem pelo direito brasileiro como superação do modelo de interpretação de Kelsen. Disponível em: <https://revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/8342>. Acesso em: 03/01/23.

Em Kelsen, o positivismo deseja compreender e representar o Direito como ele é, sem qualificá-lo como justo ou injusto, pois, o que importa é qual é o direito real e possível, e não qual é o direito correto. Nesta senda, Streck⁵ é categórico ao afirmar que “Kelsen, consciente da – para ele – impossibilidade de controlar o subjetivismo (moral, ideologia etc.) na aplicação do Direito a ser feita pelos juízes, rende-se e faz essa distinção entre ciência do Direito e Direito. A primeira, cindida da moral. O segundo, transformado em política jurídica. O juiz, ao fazer política jurídica, não descreveria, não reproduziria acriticamente as normas, ao revés, criaria Direito que, somente a *posteriori*, seria sistematizado cientificamente. Portanto, o juiz não faria um simples exercício analítico de subsunções e silogismos. Ao contrário, sua escolha seria influenciada por fatores externos ao Direito e outros de caráter subjetivo.”

Com isso, percebe-se que positivismo exegetico buscava objetividade e distanciamento dos aspectos pessoais e solipsistas do julgador através de uma interpretação dotada de literalidade e com racionalidade petrificada/matematizante. Por outro lado, a partir de Kelsen, a subjetividade tornou-se inexorável na concretude do Direito, pois juiz produz norma jurídica (já que a interpretação em Kelsen é um ato de vontade), havendo, assim, uma verdadeira disrupção com o exegetismo já no século XX; no entanto, é justamente nesse ponto que nascem os problemas do positivismo kelseniano - quando da aplicação do Direito.

A interpretação como ato de vontade possibilita ao julgador uma abertura a qual ele preencherá no momento da aplicação da norma - que inclusive poderá ser ultrapassada! (STRECK, 2013). Por conseguinte, daí nascem voluntarismos, decisões discricionárias e predileções pessoais do juiz no momento da decisão judicial, pois, para Kelsen, a aplicação do direito eivada da moral e da metafísica era inevitável.

Para o austríaco “o Direito não está composto somente de leis (normas), mas é um conceito mais amplo. Por isso ele faz uma concessão, deixando de lado a preocupação com a interpretação e com decisão, rendendo-se ao fato de que juiz também produz norma”. (STRECK, 2020, p.19).

O positivismo kelseniano, por uma ausência de uma construção com solidez no âmbito da interpretação, abriu espaço para ampla margem de discricionariedade decisória na atividade do intérprete. E por quê? Porque o positivismo normativista sustenta que o direito é apartado da moral na sua compreensão científica, o que não significa que na construção do direito ele está livre de aspectos morais, subjetivismos e posições enviesadas pelo julgador.

Luiz Carlos de Oliveira Paiva Júnior e Leonardo Medeiros Junior⁶, no artigo Análise da Subjetividade das Decisões Judiciais sob a Perspectiva Relativista de Hans Kelsen, expuseram que “para Kelsen as normas carecem de determinação semântica tem face da pluralidade de sentidos possíveis, situação que por si agrava a discricionariedade do julgador. Por sua vez, o real significado das normas, ao final do sistema normativo, é dado pela autoridade judicial, impondo sua interpretação como sentido objetivo de ato de vontade, motivo pelo qual a interpretação da autoridade cria direito através do seu sentido subjetivo. A indeterminação semântica das normas reflete em todas as esferas e hierarquias judiciais, desde a norma constitucional, até a sua concretização na decisão do julgador. Ocorre que, a partir da concretização das normas o

⁵ STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2.ed – Belo Horizonte: Coleção Lenio Streck de Dicionário Jurídicos; Letramento; Casa do Direito, 2020.

⁶ JUNIOR, Luiz Carlos de Oliveira Paiva; JÚNIOR, Leonardo Medeiros. Análise da subjetividade das decisões judiciais sob a perspectiva relativista de Hans Kelsen. Teorias do Direito e Realismo Jurídico, v. 4, n. 1, p. 73-89, 2018. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/teoriasdireito/article/view/4409/pdf>. Acesso em: 05/01/23.

magistrado vê-se incumbido de interpretar as normas ao caso concreto possuindo o intérprete uma certa discricionariedade na decisão.”

No positivismo-normativista kelseniano não há espaço para o caso concreto. O “caso” é deixado a cargo dos juízes para os quais não há métodos ou critérios que “freiam” a interpretação no momento da aplicação, abrindo, assim a possibilidade da discricionariedade do julgador.

Exposto em linhas acima o positivismo kelseniano, em termos cronológicos, passa-se agora, mesmo que brevemente, expor acerca do positivismo jurídico de Hebert Hart, primeiro grande positivista pós-kelseniano. Em Hart, o Direito é composto de duas ordens de regras: primárias (gerando obrigação) e secundárias (reconhecimento). As primárias definem um padrão de comportamento exigível àqueles que ela está subordinada, porém a existências destas regras não formariam um sistema, pois eram um conjunto desordenados de obrigações que poderiam ser ineficazes para solução de incertezas originadas pelas próprias regras.

Com efeito, a profusão destas regras levaria a um ponto de dúvida sobre o seu conteúdo (obrigacional) e como as pessoas seriam compelidas a cumprir estes comandos em razão da ausência de um sistema. Deste modo, seriam necessárias outras regras quem dariam matiz de sistema às regras primárias: as regras secundárias, que se subdividem em: reconhecimento, julgamento e alteração (KOZLOWSKI JÚNIOR, 2019).

As de reconhecimento exerceriam um papel disciplinando as próprias regras, ou seja, definindo o que é uma regra primária. As regras de alteração dispõem sobre atribuição de poderes à pessoa ou grupo que poderiam inserir novas regras – competência legislativa. Por fim, as de julgamento estabelecem por quem e como as regras primárias serão aplicadas.

Lúcio Picanço Facci⁷, no artigo “Discricionariedade judicial: considerações sobre a perspectiva positivista de Kelsen e Hart e a proposta de Dworkin para sua superação”, assinala que “Hart aponta, portanto, para a necessidade de complementação das regras primárias pelas secundárias, de forma a conferir ao regime de regras um caráter de sistema. Na sua visão, o Direito pode ser caracterizado como uma união de regras primárias de obrigação com regras secundárias institucionais. Ao contrário das normas primárias, as normas secundárias não criam obrigações, mas atribuem poderes. Na ótica hartiana, existem três tipos de normas secundárias: (i) de julgamento, disciplinadoras do processo e identificação dos órgãos e pessoas que devem julgar; (ii) de alteração, que confere poder a um indivíduo ou corpo de indivíduos para introduzir novas regras primárias disciplinadoras da vida social; e (iii) de reconhecimento, que serve para estabelecer critérios dotadas de autoridade para identificar a regras válidas do ordenamento jurídico.”

Mas Hart, não obstante o seu Conceito de Direito com as regras primárias e secundárias, também reconhecia que o Direito não é um sistema fechado, o qual oferece respostas em completude para os casos. Segundo o jusfilósofo, considerando que as regras têm textura aberta, suas reverberações semântico-normativas estão sujeitas a exceções, detendo o julgador, portanto, poder discricionário nas interpretações das zonas de penumbras - vagueza e ambiguidade da norma - normativas em razão da multiplicidade de situações juridicamente não reguladas. Para

⁷ FACCI, Lucio Picanço. Discricionariedade judicial: considerações sobre a perspectiva positivista de Kelsen e Hart e a proposta de Dworkin para sua superação. Revista da AGU, v. 11, n. 32, 2012. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista56/revista56_125.pdf. Acesso em: 06/01/23.

Hart⁸, “em todos os sistemas jurídicos, haverá casos não regulados previamente pelo Direito, nos quais os juízes deverão fazer escolhas. (...) A textura aberta do Direito significa que há, de fato, áreas de conduta nas quais muito deve ser deixado para ser desenvolvido pelas cortes e oficiais quando ponderam, à luz das circunstâncias, os interesses conflitantes que variam em peso de caso a caso.”

Percebe-se, portanto, que, superado o positivismo exegético (dotado de um julgador como mero aplicador de regras), as escolas positivistas de Kelsen e Hart, apesar do avanço com novas teorias sobre o que é o Direito, também apresentaram falhas no momento da aplicação do Direito.

A possibilidade de decisão judicial como ato de vontade e a textura aberta da norma como outorga para utilização da discricionariedade na concretização do Direito, evidenciam que o problema do positivismo jurídico permanecia: a aplicação do Direito. O elemento principal do positivismo jurídico é, justamente, não se importar com concretização do Direito/decisão judicial. (STRECK, 2018).

Este é o nó-górdio do positivismo jurídico. Diante das insuficiências e limitações das regras, diante dos casos difíceis e face à pluralidade ou sentido das regras, o positivismo permite que o juiz faça a melhor escolha tornando-se um “senhor das leis”.

3. PÓS-POSITIVISMO E O DIREITO COMO INTEGRIDADE

Observadas as limitações do positivismo jurídico, um novo movimento surgiu como forma de tentativa de superação daquele paradigma: o pós-positivismo. Em sua essência, observando o arraigado apego às regras pelo positivismo, notadamente pela sua característica normativista/descritivista; no pós-positivismo, o Direito se aproxima da moral como modelo teórico; os princípios jurídicos têm força normativa na aplicação do Direito; há a constitucionalização do Direito e uma rejeição ao formalismo.

Para o jusfilósofo espanhol Albert Calsamiglia⁹ “o pós-positivismo romperia com a ideia de que a teoria deveria ser apenas descritiva, agregando assim um caráter também prescritivo, normativo. Neste percurso, o foco da análise que antes estava no legislador passa a estar no intérprete, ou seja, da legislação para a aplicação concreta do Direito. Assim, as teorias buscariam modos de aplicar o Direito, mais do que uma descrição estrutural.”

Então, nesta “nova fase” do positivismo, o intérprete complementa um trabalho iniciado pelo legislador, partindo do que está positivado, mas não se atrelando, pois deve considerar os princípios aplicáveis ao caso concreto e, até mesmo, realizar uma espécie de conciliação dos princípios aplicáveis, de modo a adotar a solução que os realize da melhor maneira.

A entrelaçada relação de regras e princípios está relacionada diretamente sobre à distinção entre Direito e Moral, refletindo, pois, no modo como intérprete compreende e aplica o Direito. Os princípios representariam o que se pode chamar de tentativa de resgate de um mundo prático abandonado pelo positivismo jurídico.

⁸ HART, Hebert. L.A. O conceito de direito. 3ª ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

⁹ CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho, v.1,n.21, 1998.

Ou seja, no pós-positivismo, texto e norma jurídica são realidades que não se confundem, o intérprete não é neutro, e o seu raciocínio não é objetivo com a ideia de completude do ordenamento jurídico. Vale dizer: no pós-positivismo, Direito não é apenas um sistema de regras, mas de regras e princípios (estes com densidade deontológica), havendo uma concepção de modelo de abertura interpretativa.

Nesta ascensão “neopositivista”, vários jusfilósofos se destacaram na teoria de superação do positivismo jurídico. Autores como Albert Casamiglia, Friedrich Müller, Robert Alexy, Jürgen Habermas, Hans Gadamer, entre outros, são nomes de relevo de reverberação dessa teoria. Contudo, tendo em vista que foram as críticas de Ronald Dworkin que se popularizaram na comunidade jurídica internacional, inclusive na comunidade jurídica brasileira, este trabalho se limitará a apresentar, mesmo que resumidamente, algumas de suas ideias como ponto de partida para compreensão do pós-positivismo.

Por ser um dos maiores críticos do positivismo jurídico, especialmente o positivismo descritivista de Hebert Hart, Dworkin é adepto da teoria interpretativa do Direito, a qual deve ser realizada de forma construtiva. E é esta interpretação construtiva, trazendo a compreensão do Direito em completude - normativa e principiológica -, que vem a ser o que denomina Dworkin de concepção de Integridade no Direito. (ABEL, 2017).

Conforme é explicado pelo jusfilósofo, a integridade impõe ao juiz o dever de aplicar ao caso todo o conjunto de leis e o repertório de decisões judiciais pertinentes, o que é exemplificado pelo jurista por meio da metáfora do romance em cadeia. Segundo a metáfora, o Juiz figura, igualmente, como autor e como crítico de um romance e, nestas funções, terá que se desprender de suas preconcepções e focar em se adequar aos “capítulos anteriores”, já que não é possível perder de vista a ideia central do texto.

Assim, pode-se dizer que os juízes são como verdadeiros romancistas, que devem ler tudo o que os outros juízes escreveram no passado, não para descobrir como pensavam, mas para se chegar a uma conclusão do que esses juízes fizeram coletivamente. Os juízes devem, ainda, ter em mente que sua participação na construção do romance será levada a sério pelos Juízes que lhe sucederem.

O Direito como integridade é, assim, um freio de estabelecimento de dois pesos e duas medidas nas decisões judiciais, constituindo-se, verdadeiramente, em uma garantia contra arbitrariedades interpretativas. Para Kozlowski Júnior¹⁰, “o intérprete do direito como integridade é fiel e coerente ao passado institucional, no entanto não se encontra acorrentado ao passado quando o juízo crítico constitucional o aconselhar a superar o que foi decidido em favor de uma nova interpretação que permita um melhor desenvolvimento dos direitos dos membros da comunidade. (...) Desta forma, o direito como integridade aqui esposado, portanto, assume que o Estado deve demonstrar para cada um de seus cidadãos igual respeito e consideração e as decisões judiciais devem ser certas e fundadas em juízos objetivos de moralidade política, sem espaço para escolhas subjetivas.”

Dessa maneira, o juiz interpreta e constrói o entendimento jurídico chegando ao melhor resultado através de uma análise de normas e princípios. À vista disso, no pós-positivismo, considerando que o Direito não é somente um sistema de regras, mas regras e princípios, sob a

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2.ed – Belo Horizonte: Coleção Lenio Streck de Dicionário Jurídicos; Letramento; Casa do Direito, 2020.

ótica dworkiniana, a decisão como ato de vontade em Kelsen e a na zona de penumbra/textura aberta normativa de Hart, são falhas; e autorizam os juízes a terem um poder arbitrário e descabido, já que é possível existir uma obrigação jurídica ainda que ausente uma regra legal válida quando da concretização do Direito. Henrique Abel¹¹ assevera que “A noção de princípio é fundamental dentro da teoria de Dworkin, e não poderia ser de outra forma. Afinal, se a lei é silente ou ambígua sobre determinada questão, de que modo um juiz poderia praticar uma interpretação construtiva se não houvesse nada além da lei para valorar e fundamentar sua decisão? Sem os princípios, o Direito se limitaria a ser, como queriam os positivistas, um mero sistema de regras. Se assim fosse, não haveria nenhum sentido de se falar em integridade, nem em maneiras melhores e piores de interpretar uma lei ou decidir uma questão. (...) Deve ficar claro, no entanto, que a discricionariedade em sentido forte de Dworkin não se confunde com arbitrariedade, embora represente uma grande margem de livre poder de decisão para quem a possui. (...) Dizer que o juiz estaria limitado pela “moldura externa” do Direito é a mesma coisa que mandar um sargento selecionar seus cinco melhores soldados, ou seja, é conceder uma liberdade de decidir extremamente ampla e subjetiva. (...) a discricionariedade em sentido forte é uma porta aberta para a arbitrariedade, e nos obriga a depender dos limites que o próprio juiz irá impor a si mesmo.”

Fica evidente, pois, que Dworkin estabeleceu uma teoria limitadora aos poderes do julgador, sendo refratário à hipótese da discricionariedade judicial, porquanto vincula a atividade judicante aos princípios jurídicos, ao passado das decisões judiciais e ao fato que as decisões são um trabalho inserido no contexto histórico de outras decisões, e não uma manifestação isolada de vontade ou opinião do juiz.

É possível afirmar, então, que o grande problema do positivismo jurídico - a discricionariedade judicial - está resolvido? Na comunidade jurídica brasileira, seja por uma má-compreensão da teoria pós-positivista no tocante a utilização dos princípios com a sua deontologia, ou pela ideia de que não se pode observar o texto legal - por não ser o juiz um mero aplicador de regras -; tornou-se comum ver situações de protagonismo judicial em que o julgador, valendo de uma postura voluntarista, utiliza princípios jurídicos para inobservar os textos positivados, imaginando que vai de encontro ao positivismo jurídico.

Henrique Abel¹² é claro ao afirmar que “algumas leituras superficiais do trabalho de Dworkin acabam levando os juristas a crer que o autor pretendeu “tirar poder” das normas legais para dá-lo aos juízes, o que é uma completa e absurda inversão da realidade. Na raiz de todo o problema, está a má-compreensão sobre positivismo jurídico. Ao contrário do que está difundido no senso comum teórico dos juristas, o problema do positivismo jurídico nunca foi o seu apelo à obediência das normas legais, mais sim as prerrogativas antidemocráticas que ele concede aos juízes sempre que estes estejam diante de um caso concreto que não se resume à simplicidade banal de encontrar a resposta pronta num artigo de lei.”

Hoje, sob o manto do pós-positivismo, que deveria ser absolutamente contrário à discricionariedade judicial, paradoxalmente, há o pretexto de que os juízes por não mais serem a “boca da lei”, os princípios passaram a conceber uma era de abertura interpretativa e protagonismo dos julgadores. A regra previamente positivada não seria um óbice institucional à autuação dos juízes, podendo ser semanticamente esvaziada.

¹¹ ABEL, Henrique. Positivismo Jurídico e Discricionariedade Judicial: A filosofia do direito na encruzilhada do constitucionalismo contemporâneo. 2.ed. – Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017.

¹² Idem.



O resultado: um restabelecimento das antigas teses das teorias juspositivistas: discricionariedade e voluntarismo. O pano de fundo? Princípios são valores e trazem a moral para dentro do Direito. E aqui se tem um problema, pois princípios sem qualquer densidade deontológica têm se sobreposto ao Direito positivado sem que haja por parte do julgador qualquer análise da constitucionalidade do que está posto.

Sobre o fenômeno, Lênio Luiz Streck¹³ conceituou o que pode se chamar de *pamprincipiologia*: “O neoconstitucionalismo, entre outros aspectos, redimensionou o papel dos princípios de tal modo, repercutindo num reforço do ativismo judicial, na medida em que os princípios passaram a ser concebidos como um modelo de abertura interpretativa. No Brasil, a concepção de princípios como abertura interpretativa passou a representar um modo de justificar o voluntarismo judicial a partir de um critério “jurídico” que permite certa liberdade aplicativa. Ocorre que, no fundo, a mera atribuição de nome “princípio” a algo apenas serviu para garantir aparência de juridicidade, constituindo um verdadeiro *álibi* retórico. O grande problema é que a comunidade jurídica passou cada vez mais a lançar mão do nome princípio para justificar decisões discricionárias. Isso provocou uma fragmentação na aplicação judiciária, o que me levou a cunhar a expressão *pamprincipiologismo* para designar esse fenômeno que se transformou em uma verdadeira fábrica de princípios.”

4. O ATIVISMO JUDICIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Primeiramente, antes de apresentar alguns exemplos claros da prática do ativismo judicial na Justiça do Trabalho, se faz necessário conceituar esse fenômeno, para, então, compreender a introdução na CLT do artigo 8º, parágrafo 2º, e como este dispositivo deve ser interpretado à luz do atual Conceito de Direito.

Na visão de Georges Abboud¹⁴, ativismo é “o ativismo pode ser compreendido como a atuação dos juízes a partir de um desapego da legalidade vigente para fazer prevalecer, por meio da decisão, sua própria subjetividade (viés ideológico, político, religioso etc.). Em termos qualitativos, toda decisão judicial ativista é ilegal e inconstitucional. (...) O juiz, portanto, não é um senhor da lei, afinal, não se aplica lei sem prévia interpretação e o aplicador não pode interpretar, sem limites, a legislação aplicável.”

Pode-se afirmar, pois, que o ativismo judicial é, por excelência, o fenômeno em que se manifesta a discricionariedade judicial, em que por meio dele, leis são “suspensas” pelo julgador e substituídas por subjetividade.

Mas é importante deixar claro que, ao conceituar o ativismo judicial como o afastamento da legalidade vigente, não se está a levantar neste estudo a bandeira de um formalismo clássico com aplicação matematizante das leis.

O ponto é que se uma regra jurídica é válida, então ela deve ser aplicada, estando o juiz vinculado ao seu núcleo mínimo de sentido (GOMES, 2020). E deve ser assim mesmo que o

¹³ STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2.ed – Belo Horizonte: Coleção Lenio Streck de Dicionário Jurídicos; Letramento; Casa do Direito, 2020.

¹⁴ ABOUD, GEORGES. Ativismo judicial : os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional / Georges Abboud. – São Paulo : Thomson Reuters, 2022.

jugador não concorde, não sendo possível distorções do texto positivado para fazer valer o seu ideal de justiça.

No plano da Justiça do Trabalho, seja no âmbito do TST, Tribunais Regionais ou em decisões de juízes em primeira instância, há muito tempo se tem notado uma profusão de decisões discricionárias que afastam o texto positivado (operador deôntico) sem lançar a mão do aspecto (in)constitucional invólucro àquela lei.

Veja-se alguns exemplos. O art. 30 e seu parágrafo 6º da Lei 9.656/98¹⁵, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, estabelecem que “Art. 30. Ao consumidor que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, no caso de rescisão ou exoneração do contrato de trabalho sem justa causa, é assegurado o direito de manter sua condição de beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral. § 6º Nos planos coletivos custeados integralmente pela empresa, não é considerada contribuição a co-participação do consumidor, única e exclusivamente, em procedimentos, como fator de moderação, na utilização dos serviços de assistência médica ou hospitalar.”

De fácil leitura, a dicção dos dispositivos acima é clara ao dispor que o trabalhador que contribuir durante a relação de emprego para o plano de saúde, tem direito, após a rescisão contratual, mantê-lo nas mesmas condições desde que assuma o seu pagamento integral, não sendo considerada contribuição a mera coparticipação do trabalhador.

Uma juíza de primeiro grau integrante do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Minas Gerais, em um caso em que o trabalhador pleiteou a manutenção do plano de saúde (mesmo ciente que nunca havia contribuído para o plano durante a relação de emprego!), assim sentenciou¹⁶: “Não é verdade que o autor não contribuía com o plano, pois este era concedido a título oneroso, já que era uma forma de pagamento indireto, seja como salário ou como benefício contratual, sendo tal regulação uma forma de obstruir a aquisição de direitos relativos à manutenção de planos de saúde cujas carências já foram cumpridas, o que é nulo de pleno direito. (...) O custeio do plano, pago com o trabalho do autor e com os repasses de coparticipação, não serem considerados como pagamento para fins de enquadramento do plano nos arts. 30 e 31 da Lei 9.656/98. (...) Defiro a antecipação de tutela requerida, determinando que a reclamada restabeleça o plano de saúde, nas mesmas condições de acesso aos benefícios vigentes no curso do contrato, mediante o pagamento pelo autor do valor total das despesas médicas médias por empregado.”

Perceba-se que a juíza, não obstante reconhecer que o trabalhador não contribuía para o plano de saúde, pois este era na modalidade coparticipativa, concedeu o benefício ao trabalhador porque entendeu que havia uma contribuição “indireta”, seja pelo trabalho seja pela coparticipação. Fica evidente que a magistrada por não concordar ideologicamente com o conteúdo da norma, simplesmente ignorou o texto legal, decidiu como se ele não existisse, fez tabula rasa do operador deôntico e não lançou mão do controle de constitucionalidade difuso.

¹⁵BRASIL. Lei 9.656 de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm. Acesso: 09/01/23

¹⁶BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais. Disponível em: <https://pje.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0010408-62.2022.5.03.0069/1#4ea1cd7> Acesso: 09/01/23.

É um típico caso em que o conteúdo vernacular/semântico foi manietado para atender o ideal de justiça do julgador.

Em outro exemplo, agora no tocante à atuação do TST, em 2013, houve a publicação da Súmula 446¹⁷. O referido verbete estabelece que o parágrafo 4º do art. 71 da CLT é aplicável ao maquinista ferroviário, de maneira que o intervalo intrajornada passou a não computar na jornada de trabalho desta categoria e, uma vez não gozada a pausa intervalar, serão devidas horas extras aos trabalhadores.

Ocorre que os ferroviários são uma categoria diferenciada e com especificidades em sua realidade laboral. Por conseguinte, a CLT, no art. 238¹⁸, parágrafo 5º, prevê que no caso de trabalhadores integrantes da categoria C - maquinistas - computa-se na jornada de trabalho o tempo concedido para refeição quando forem tomadas em viagem ou nas estações durante as paradas.

A CLT, no art. 57¹⁹, de forma clara, estabelece que os preceitos insertos no capítulo sobre duração da jornada de trabalho aplicam-se a todas as atividades, excetuadas determinadas profissões, dentre elas os ferroviários. Ora, se esta categoria é regida por norma especiais e se há dispositivo legal que impossibilita a aplicação do art. 71 da CLT a este público. Sob qual justificativa o TST afastou este regramento? Como aplicar uma regra geral em detrimento de uma regra especial? É possível uma hermenêutica desconsiderando o texto positivado?

Abboud²⁰ menciona em sua obra que “o produto da interpretação judicial não se confunde, de forma isomórfica, com o texto interpretado. Por essa, razão, texto e norma não são sinônimos. Ocorre que, na lição de Friedrich Müller, o elemento textual integra o programa normativo, ou seja, ele é um elemento estruturante da norma, que baliza os possíveis resultados interpretativos. Os juízes, por óbvio, podem julgar contra as leis para se aproximarem da Constituição. Ou seja, decisões judiciais que contrariam os limites do texto legal somente são admissíveis no controle de constitucionalidade. Se o julgador, ao motivar sua decisão, demonstrar, fundamentalmente, a inconstitucionalidade da lei em questão, ele estará autorizado a proferir essa espécie de decisão, respeitando, por óbvio, os limites do texto constitucional. (...) Fora dessa hipótese, a fuga da literalidade das leis e da própria Constituição atenta contra os fundamentos da democracia e transforma o Judiciário em uma intolerável e perversa caixa de surpresas.”

¹⁷SÚMULA Nº 446 MAQUINISTA FERROVIÁRIO. INTERVALO INTRAJORNADA. SUPRESSÃO PARCIAL OU TOTAL. HORAS EXTRAS DEVIDAS. COMPATIBILIDADE ENTRE OS ARTS. 71, § 4º, E 238, § 5º, DA CLT. A garantia ao intervalo intrajornada, prevista no art. 71 da CLT, por constituir-se em medida de higiene, saúde e segurança do empregado, é aplicável também ao ferroviário maquinista integrante da categoria "c" (equipagem de trem em geral), não havendo incompatibilidade entre as regras inscritas nos arts. 71, § 4º, e 238, § 5º, da CLT. Observação: Res. 193/2013, DEJT divulgado em 13, 16 e 17.12.2013.

¹⁸ Art. 238. Será computado como de trabalho efetivo todo o tempo, em que o empregado estiver à disposição da estrada. §5º O tempo concedido para refeição não se computa como de trabalho efetivo, senão para o pessoal da categoria c, quando as refeições forem tomadas em viagem ou nas estações durante as paradas. Esse tempo não será inferior a uma hora, exceto para o pessoal da referida categoria em serviço de trens.

¹⁹ Art. 57 - Os preceitos deste Capítulo aplicam-se a todas as atividades, salvo as expressamente excluídas, constituindo exceções as disposições especiais, concernentes estritamente a peculiaridades profissionais constantes do Capítulo I do Título III.

²⁰ ABOUD, GEORGES. *Ativismo judicial : os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional / Georges Abboud.* – São Paulo : Thomson Reuters, 2022.

Nitidamente é possível perceber uma inobservância ao estabelecido pela autoridade normativa. O TST tornou letras mortas os artigos 57 e 238, parágrafo 5º da CLT, que, ressalte-se, não foram declarados inconstitucionais. O resultado? Os empregadores passaram a pagar inúmeras condenações ao pagamento do intervalo intrajornada.

Ainda, para exemplificar mais uma vez a postura ativista do judiciário trabalhista, a Lei 13.467/17 - Reforma Trabalhista - trouxe a inovação legislativa no sentido que a petição inicial deve apresentar os pedidos certos, determinados e com indicação do seu valor. Em outras palavras, os pedidos obrigatoriamente devem ser liquidados quando do ajuizamento da ação.

Em sentido totalmente contrário ao positivado, a 3ª Turma do TST²¹, em recente decisão, entendeu que à luz dos princípios da finalidade, efetividade social, simplicidade e informalidade, o novel dispositivo deve ser interpretado como uma exigência apenas de “estimativa preliminar de crédito” a ser apurado a fase de liquidação.

Perceba-se que, à luz dos princípios, esvaziou-se o conteúdo semântico do texto. Mas em nome de quê e com base em que é possível ignorar ou “passar por cima” de uma inovação legislativa aprovada democraticamente? (DIMOULIS, 2011). É possível fazer isso sem lançar mão da jurisdição constitucional?

Streck²² afirma que “historicamente os juízes eram acusados de ser a boca da lei. Essa crítica decorria da cisão entre questão de fato e questão de direito, isto é, a separação entre faticidade e validade (problemática que atravessa os séculos). As diversas teorias críticas sempre aponta(ram) para a necessidade de rompimento com esse imaginário exegético. Ocorre que, ao mesmo tempo, a crítica do direito, em sua grande maioria, sempre admitiu - e cada vez admite mais - um alto grau de discricionariedade nos casos difíceis, nas incertezas designativas, enfim, na zona de ‘penumbra’ das leis.”

E o que há de comum em todos os exemplos citados? Um enorme protagonismo judicial na criação de normas, e o que foi estabelecido pelo legislador é tido como acessório, que pode ser obedecido ou não! O que se está a demonstrar é que as palavras e os enunciados possuem múltiplos significados e o intérprete não lhes pode atribuir qualquer um que lhe venha à mente. Isso porque as palavras detêm núcleos mínimos de sentido que constituem pontos de partida da análise textual. (GOMES, 2020).

Nem o texto é tudo e nem o texto é um nada, mas ele é algo. Logo, a autoridade advinda do texto normativo impõe limite ao intérprete e, este, por sua vez, possui uma responsabilidade de respeitar os limites que a tradição e a autoridade do texto impõem. E esses limites devem ser considerados tanto para a rejeição da aplicação de uma literalidade quanto para rejeição de uma criação discricionária do sentido do texto.

De todo modo, é preciso, de fato, reconhecer que o direito positivado têm suas imperfeições, indeterminações, incompletudes e antagonismos, não sendo a norma (em seu conceito) construída exclusivamente pelo direito posto. Dessarte, evidentemente que não se está aqui a

²¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR - 228-34.2018.5.09.0562. Disponível em: <https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=228&digitoTst=34&anoTst=2018&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0562&submit=Consultar>. Acesso em 09/01/23.

²² STRECK, Lenio Luiz. O que é isto - decido conforme minha consciência? - 4.ed.rev.Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013

defender a posição de uma operação subsuntiva formalista com a concretização algorítmica do Direito; contudo, também não se pode, à luz de um “furor” principiológico, descartar os textos legais como se nada fossem, manuseando-os como quiser com base em idiosincrasias.

Até mesmo porque Direito é linguagem, que necessariamente demanda uma análise interpretativa. Mas isso não quer dizer que o intérprete está autorizado a, sob o pretexto de desconsiderar o elemento formal do texto, criar uma interpretação discricionária. Princípios não podem ser utilizados para justificar qualquer coisa.

Sem o texto, não há como se falar em interpretação, já que ele representa um pressuposto hermenêutico para o desenvolvimento de toda e qualquer atividade interpretativa. Quer dizer: não é possível hermenêuticamente admitir que a interpretação desconsidere o texto.

Parafraseando o jusfilósofo, Hans Gadamer (2012): “quem quiser interpretar um texto deve deixar primeiro que o texto lhe diga algo.” E mais, “o texto é como a palavra do rei: sempre vem primeiro.”

5. REFORMA TRABALHISTA - LEI 13.467/17; - ANÁLISE DO ARTIGO 8º, PARÁGRAFO 2º DA CLT

Diante da criticidade na concretização do Direito - Ativismo Judicial -, consoante se pôde verificar nos exemplos citados, a resposta do legislador a esse fenômeno tardou, mas chegou forte. Com o advento da Lei 13.467/17, foram introduzidos no ordenamento jurídico uma série de alterações, seja no campo do direito material do trabalho seja no campo do direito processual.

Dentre as referidas alterações, está o parágrafo 2º, do art. 8º da CLT²³, que estabelece que “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.”

A inovação trazida pela Reforma é claramente um aceno contra o ativismo judicial. E aqui, é importante transcrever trechos do parecer²⁴ emitido pela Comissão de Assuntos Econômicos no tocante ao Projeto de Lei nº 38, de 2017 - inicialmente como Projeto de Lei nº 6.787, de 2016: “De maneira ampla, o ativismo judicial gera uma insegurança jurídica que inibe a própria autocomposição e a celebração de mais acordos. Quantas negociações coletivas benéficas a possivelmente milhões trabalhadores deixaram de ser feitas nos últimos anos no Brasil simplesmente porque as empresas receiam serem posteriormente condenadas pela Justiça? É essencial garantir segurança jurídica a essas negociações, exatamente como faz o art. 611-A da CLT pela redação proposta pelo PLC. (...) 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. Nos §§ 1º a 3º do dispositivo, conforme a redação do PLC, fica expresso que a fonte subsidiária do direito do trabalho é o direito comum; que súmulas e outros enunciados do TST e dos TRT não podem restringir direitos nem criar obrigações que não tenham sido aprovadas pelo Congresso Nacional por meio de lei (...) Embora a interpretação e aplicação das normas não seja uma atividade mecânica, não há dúvida de que cabe ao Judiciário assegurar que os deveres e

²³ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso: 10/01/23

²⁴ BRASIL, SENADO. FERRAÇO, Ricardo. Parecer nº, de 2017 da Comissão de Assuntos Econômicos, sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 38, de 2017, que altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Acesso: 10/01/23

obrigações existentes por força de lei ou negociação coletiva sejam cumpridos, e não inovar na ordem jurídica para criar novos direitos e obrigações.”

Mas é possível afirmar que a autocontenção estabelecida pelo parágrafo 2º do art. 8º da CLT é uma volta à Escola Francesa da Exegese (Positivismo Primitivo)? Além do próprio legislador afastar essa possibilidade, já que reconhece que “interpretação e aplicação de normas não é uma atividade mecânica”, não se pode olvidar que o positivismo exegetico foi há muito tempo superado pelo positivismo kelseniano, hartiano e pelo próprio pós-positivismo.

Conforme já exposto ao longo deste trabalho, o exegetismo foi uma passagem do positivismo que avançou com a sua construção histórica, não se podendo, pois, abandonar o avanço de uma teoria, seja desprezando-a ou isolando-a de sua historicidade. Este ponto é fulcral para análise do parágrafo 2º do art. 8º da CLT.

Se o Direito no seu espectro matematizante foi superado. Se o maior problema do positivismo jurídico primitivo, que é a subsunção de forma acrítica de fato à norma pelo intérprete, restou derrotado. Não há como, nesta quadra da história, afirmar que a inovação trazida pela Lei 13.467/17 seria um combate ao ativismo judicial através da volta ao exegetismo. Ao revés, a bandeira levantada pelo novel dispositivo é o combate à discricionariedade judicial do pós-positivismo e dos positivismos kelseniano e hartiano, sem que se obste a interpretação no momento da concretização do Direito.

E esta linha de intelecção (possibilidade de interpretação no momento da concretização do Direito), malgrado os entendimentos contrários, parece ser a mais consentânea à realidade do direito brasileiro, haja vista que o próprio Código de Processo Civil, em 2015, no art. 926²⁵, inovou ao trazer positivado a teoria de Ronald Dworkin acerca da integridade e coerência: “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”

Fredie Didier Júnior²⁶, assevera sobre o dispositivo acima que “esse enunciado normativo é inédito e de difícil compreensão. A começar pelo fato dele incorporar dois termos muito difundidos nos estudos contemporâneos sobre a teoria do Direito, de um modo geral, e da decisão judicial, de um modo especial: a integridade e coerência. Isso naturalmente leva o intérprete a relacionar o enunciado normativo a determinada concepção teórica a respeito do tema; sobretudo o termo “integridade”, muito ligado às ideias de Ronald Dworkin; já o termo “coerência”, por outro lado, é bem disseminado.”

Daniel Amorim Assumpção Neves²⁷, comentando o referido artigo, assinala que “uma jurisprudência coerente impede que os sujeitos envolvidos em situações análogas sejam tratados de forma diferente, o que preserva o princípio da isonomia substancial, impedindo decisões construídas de forma solipsista pelo juiz, formadas a partir de seus entendimentos e valores pessoais (“cada cabeça uma sentença”) postura conhecida como voluntarismo judicial, que na verdade esconde argumentações arbitrárias.”

²⁵ BRASIL. Lei 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/113105.htm Acesso 10/01/23.

²⁶ DIDIER, Jr, Fredie, Curso de direito processual civil : 2 : teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória, 2022 – 17ª Edição. Ed. Juspodivm.

²⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Código de Processo Civil Comentado. 4.ed.rev. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

Assim, o dever de integridade impede o voluntarismo judicial ou discricionariedade por parte do julgador, evitando, assim, a concretização do Direito a partir de um marco zero interpretativo, sendo uma barreira de tanto entendimentos quanto sejam os juízes.

Em outras palavras, Dworkin ao combinar princípios jurídicos com objetivos, coloca à disposição dos intérpretes um manancial de possibilidades para construção de respostas coerentes com o Direito Positivo, o que assegura concretude face às discricionariedades.

É essa a leitura e interpretação que se deve fazer do parágrafo 2º do art. 8º da CLT, e não uma visão de uma teoria (positivismo primitivo) que é do século XIX e que já foi enterrada como ciência do Direito. O que há, em verdade, é um má-compreensão do que seja o positivismo e um desconhecimento de sua evolução histórica.

Streck²⁸ arremata que “(...) o juiz mudou, a lei mudou, a França mudou, o Brasil mudou, o mundo mudou. Por óbvio, mudou o positivismo também — mas, ao que parece, ainda insistem que sou um positivista por dizer que o texto legal importa, e talvez seja pelo mesmo motivo que ainda ressoe, nas salas de aula, que Kelsen — sobre quem falarei com mais vagar no tópico subsequente — era um exegeta. Positivismo é muito mais do que aquilo que foi a sua formulação original: o legalismo (seja ele manifestado através do exegetismo francês, da jurisprudência dos conceitos na Alemanha, ou através da jurisprudência analítica inglesa (...)). Em outras palavras, o positivismo, ao reconhecer que é impossível — quando se fala em Direito — conceber um código, uma legislação, um sistema completo, infinito, aceita que, quando a convenção termina, o juiz decida com base em seu juízo discricionário. Dworkin, em suas críticas, resumiu bem: para o positivista, “quando não há regra clara disponível, deve-se usar o poder discricionário pra julgar”. Ora, esse resultado nem poderia ser diferente: o positivista não tem pretensões de dizer como o Direito deve ser aplicado. A discricionariedade torna-se, pois, nada mais que um resultado natural.”

Não concordar com o Direito positivado não pode ser salvo-conduto para que o intérprete profira qualquer decisão sob o verniz do antilegalismo. Deferência aos limites normativos não é sinônimo de impossibilidade interpretativa.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto no presente trabalho, se buscou demonstrar que o advento da “Reforma Trabalhista”, notadamente com a inserção do parágrafo 2º, do art. 8º da CLT, não objetivou retirar a independência dos juízes para interpretar o Direito, com uma volta da “*bouche de la loi*” (visão acrílica das regras).

Ao longo deste estudo restou evidente que o positivismo em sua forma exegético-legalista foi há muito tempo superado, primeiro, pelo positivismo jurídico normativista de Kelsen, segundo, pelo positivismo descritivista de Hart, e, após, pelo pós-positivismo, tendo as ideias de Ronald Dworkin influenciado a comunidade jurídica nacional e grande parte da comunidade jurídica internacional.

Hoje, o conceito de Direito já está assentado no seio jurídico como necessário perpassar pela interpretação, não sendo uma hipótese a sua concretização de forma silogística e sem os seus vetores axiológicos. No entanto, tornou-se comum uma exacerbação da atividade judicante, a

²⁸ STRECK, Lênio Luiz. O que é positivismo, afinal? E qual positivismo? Disponível em : <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/13745/pdf>. Acesso em: 11/01/23.

qual, por meios dos princípios que assumiram um protagonismo normativo, deixa de aplicar o direito positivado sem que este esteja ou contrário à Constituição ou que vá de encontro à própria principiologia do direito do trabalho.

Vê-se, pois, que em determinados casos, prepondera o ideal de justiça do intérprete e é justamente esta a leitura que se deve fazer do parágrafo 2º, do art. 8º da CLT; uma visão contrária ao ativismo judicial (materializado através de solipsismos, voluntarismos e discricionariedade); sem, contudo, propor exegetismo.

A leitura e interpretação mais correta? Uma análise sob o espectro de um novo modelo teórico disruptivo (pós-positivismo) e uma interpretação sistemática com o direito comum, que desde 2015 positivou a Teoria do Direito Como Integridade e Coerência de Ronald Dworkin.

Não se pode abandonar o avanço de uma teoria desprezando e isolando sua historicidade, adotando uma interpretação do novel dispositivo com alijamento da evolução da Teoria do Direito.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

STRECK, Lênio Luiz. Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2.ed – Belo Horizonte: Coleção Lenio Streck de Dicionário Jurídicos; Letramento; Casa do Direito, 2020.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 12.ed Petrópolis: Vozes, 2012.

STRECK, Lênio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? – 4.ed.rev.Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

HAMEL, Marcio Renan; FAVRETTO, Mariane. A recepção da mudança de paradigmas ocorrida na filosofia da linguagem pelo direito brasileiro como superação do modelo de interpretação de Kelsen. Disponível em:
<https://revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/8342>. Acesso em: 03/01/23.

JUNIOR, Luiz Carlos de Oliveira Paiva; JÚNIOR, Leonardo Medeiros. Análise da subjetividade das decisões judiciais sob a perspectiva relativista de Hans Kelsen. Teorias do Direito e Realismo Jurídico, v. 4, n. 1, p. 73-89, 2018. Disponível em:
<https://indexlaw.org/index.php/teoriasdireito/article/view/4409/pdf>. Acesso em: 05/01/23.

KOZLOWSKI JÚNIOR, Wilson Marcelo. Direito como integridade e as decisões judiciais. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris. Ed., 2019.

FACCI, Lucio Picanço. Discricionariedade judicial: considerações sobre a perspectiva positivista de Kelsen e Hart e a proposta de Dworkin para sua superação. Revista da AGU, v. 11, n. 32, 2012. Disponível em:

https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista56/revista56_125.pdf. Acesso em: 06/01/23.

HART, Hebert. L.A. O conceito de direito. 3ª ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

STRECK, Lênio Luiz. O que é positivismo, afinal? E qual positivismo? Disponível em : <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/13745/pdf>. Acesso em: 06/01/23.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho, v.1,n.21, 1998. Tradução nossa.

ABEL, Henrique. Positivismo Jurídico e Discricionariedade Judicial: A filosofia do direito na encruzilhada do constitucionalismo contemporâneo. 2.ed. – Rio de Janeiro : Lúmen Juris, 2017.

ABBOUD, GEORGES. Ativismo judicial : os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional / Georges Abboud. – São Paulo : Thomson Reuters, 2022.

GOMES, Fábio Rodrigues. O retorno ao positivismo jurídico : reflexões críticas de um juiz desencantado. 1.ed. Niterói, RJ : Arthe Comunicação Gráfica, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso : Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. Ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Lei 9.656 de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm. Acesso: 09/01/23.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais. Disponível em: <https://pje.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0010408-62.2022.5.03.0069/1#4ea1cd7> Acesso: 09/01/23.

DIMOULIS, Dimitri. A relevância prática do positivismo jurídico. Disponível em: A relevância prática do positivismo jurídico | Revista Brasileira de Estudos Políticos (ufmg.br); Acesso em: 09/01/23.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR – 228-34.2018.5.09.0562. Disponível em: <https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=228&digitoTst=34&anoTst=2018&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0562&submit=Consultar>. Acesso em 09/01/23.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm Acesso: 10/01/23.

BRASIL, SENADO. FERRAÇO, Ricardo. Parecer nº, de 2017 da Comissão de Assuntos Econômicos, sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 38, de 2017, que altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Acesso: 10/01/23.

BRASIL. Lei 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/113105.htm Acesso 10/01/23.

DIDIER. Jr , Fredie, Curso de direito processual civil : 2 : teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória, 2022 – 17ª Edição. Ed. Juspodivm.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Código de Processo Civil Comentado. 4.ed.rev. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

Artigo recebido: 27.08.2023

Artigo publicado em: 29.12.2023

